

## **SAP de Álava de 13 de abril de 2004**

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. Iñigo Madaria Azcoitia, Presidente, D. Jaime Tapia Parreño, y D. Iñigo Elizburu Aguirre, Magistrados, ha dictado el día trece de abril de dos mil cuatro.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA N° 106/04**

En el recurso de apelación civil rollo de Sala n° 89/04, procedente del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Amurrio, Procedimiento n° 88/99, promovidos por D. Fidel, D. Jose Carlos y D<sup>a</sup> Lidia, y por D. Benedicto, D. Silvio y D. Alejandro, dirigidos por los Letrados D. Cesar Monje Balmaseda y D. José María Arenzana y representados por los Procuradores D<sup>a</sup> Begoña Garayoa Meseguer y D. Federico de Miguel Alonso, siendo parte también el Ministerio Fiscal. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Iñigo Elizburu Aguirre.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En la mencionada fecha se dictó por el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Amurrio, la sentencia y el auto aclaratorio cuyo contenido es de ver en los autos.

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpusieron, en tiempo y forma, recursos de apelación por las representaciones de D. Fidel, D. Jose Carlos y D<sup>a</sup> Lidia y de D. Benedicto, D. Silvio y D. Alejandro, recursos que se tuvieron por interpuestos mediante providencias de fechas 10.2.04 y 24.2.04, respectivamente, dándose traslado a la demás partes personadas por diez días para alegaciones. El Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la resolución impugnada y los Procuradores Sr. De Miguel y Sra. Garayoa, presentaron escritos de oposición a los recursos formulados de contrario, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, en fecha 25.03.04 se formó el rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 30.03.04.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurren en apelación, D. Fidel, D. Jose Carlos y D<sup>a</sup>. Lidia, por un lado, y D. Benedicto, D. Silvio y D. Alejandro, por otro.

SEGUNDO.- Por los primeros se pretende que se deje sin efecto la acordada ineficacia de los legados dispuestos por D<sup>a</sup>. Rita en su testamento a favor de su hija D<sup>a</sup>. María y, en consecuencia, ordenando su no refundición en la masa hereditaria y su atribución completa tanto en la sucesión de D. Sergio como en la de D<sup>a</sup>. Rita a la herencia yacente de D<sup>a</sup>. María ; y dejando sin efecto la adjudicación a D. Benedicto de las lonjas ubicadas en la CALLE000 número NUM000 incluidas en el apartado C.6.5 del cuaderno particional dirimente, que han de entenderse legadas a D<sup>a</sup>. María, y la lonja sita en la CALLE001 número NUM001, a la que afectará la institución de heredero por mitad prevista en el testamento.

Sin necesidad de reproducir las consideraciones en las que dicha parte apelante basa tales peticiones, al deber ser conocidas por las demás partes, debe comenzarse indicando que la primera de tales pretensiones debe ser acogida, procediendo estimar eficaces los legados dispuestos por D<sup>a</sup>. Rita, en su testamento, a favor de D<sup>a</sup>. María y procediendo su atribución a la herencia yacente de ésta, y ello en base a lo dispuesto en el *artículo 54 párrafo tercero de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco de 1992*, según el cual, los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente..., precepto en relación con el cual, autores como D. Íñigo, en los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales de Edersa, y cuyo criterio comparte esta Sala, sostienen, y partiendo de que en la Ley foral no hay legítima individual, que no se aclara si el no apartado es el que ha sido instituido heredero o el que ha sido preterido en forma no intencional, pero parece claro que en cualquiera de los casos se produce una sustitución vulgar tácita a favor de los descendientes de ulterior grado, y que si se trata de un heredero instituido en el testamento, sus descendientes le sustituyen en el mismo derecho, y si fuera un preterido no intencionalmente, mantendría su derecho de impugnación en los términos oscuros que define el mismo párrafo del *artículo 54* en su segunda parte, orientándose en el mismo sentido la normativa contenida en el Código Civil, pues estableciendo el *artículo 888*, que cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer, esta Sala considera, siguiendo el criterio de autores como Juan Enrique y Jon, que entre los supuestos de excepción, y aparte del que resulta de la aplicación a los legados del *artículo 1001*, debe entenderse también comprendido el derecho de representación, al que no se hace referencia expresa en aquel artículo debido a que, en la concepción del Código Civil, la representación es propia de la sucesión que se defiere por ley, a falta de testamento, pero una excepción a este régimen es el vigente *artículo 814 párrafo tercero*, con arreglo al cual, los descendientes de otro descendiente..., representan a éste en la herencia del ascendiente..., debiendo entenderse que en la sucesión testada, por los propios términos de dicho precepto y porque en cuanto a la intestada, ello obedece a la regla general del *artículo 926*, por presumirse, con razón, constituyendo éste el motivo de fondo, que el causante, al nombrar heredero o legar algo a su hijo (o nieto), quiso instituir también a los descendientes ulteriores para el evento de premorirles, debiendo añadirse, y sin necesidad de más

consideraciones, que en el mismo sentido se manifestaron los dos causantes en sus respectivos testamentos, si bien al referirse al remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, pero no expresando un criterio distinto respecto a los legados, al instituir herederos a sus hijos, D. Benedicto y D<sup>a</sup>. María, por iguales partes, y que, en defecto de alguno, sería sustituido, por los hijos o descendientes legítimos del mismo, conforme al derecho de representación.

Respecto a las demás peticiones de la reseñada parte apelante, debe indicarse que no pueden prosperar, pues es claro que en ambos testamentos legaron los causantes a su hijo D. Benedicto, la casa número NUM002 de la CALLE001 de Llodio, sobre cuya correspondencia con la hoy número NUM001 no se efectúa objeción alguna, y porque respecto a los controvertidos locales de la casa número NUM000 de la CALLE000 también Llodio, de ambos testamentos también resulta que los causantes legaron a su hijo D. Benedicto, la mitad indivisa de los Cines Del Castillo y Llodio, abarcando dicho legado no solo el dominio de los inmuebles, si no sus respectivos negocios..., extendiéndose, también, a los accesorios y complemento de ambos inmuebles, especificados en sus respectivos títulos dominicales..., y recogiendo en el cuaderno particional que es objeto de controversia que tales locales están al servicio del Cine, por dicha parte apelante, a quien incumbía la carga de la prueba conforme a lo dispuesto en el *artículo 217 del vigente L.E.C.*, no se ha acreditado que la apreciación del contador partidario dirimente, sea incorrecta, bien atendiendo a los títulos dominicales a los que se hace referencia en los testamentos y a los que ni siquiera se alude en el recurso, bien por su destino.

TERCERO.- Por los otros apelantes se pretende que se concluya que tanto la lonja dedicada al comercio de ropa y complementos denominada Charol, como las rentas devengadas por su arrendamiento, constituyen masa hereditaria a repartir a partes iguales entre el heredero D. Benedicto y la herencia yacente de doña María.

Pues bien, esta petición también debe ser acogida, dado que siendo fundamental estar a lo que constituyó la voluntad real de los causantes, han sido aportados por el contador-partidario Sr. Gustavo, documentos de los que se desprende que los mismos, de forma más clara D<sup>a</sup>. Rita, lo consideraban parte integrante de la casa número NUM003 de la CALLE002, además de que lo normal es que la separación entre los distintos edificios o casas sea vertical, no siendo correcta la argumentación contenida en la sentencia recurrida para llegar a conclusión distinta: que ambos causantes legaron a su hijo D. Benedicto los inmuebles relacionados con la explotación de los dos negocios de cine sin hacer referencia a otro tipo de negocios, y a su hija Lidia, otros, sin especificar destino alguno..., pues en relación con la lonja sita en la CALLE001 número NUM001, a la que anteriormente ya nos hemos referido, la otra parte apelante en su recurso ha manifestado que tiene el uso de local comercial, a pesar de lo cual los legados a favor de D. Benedicto, de toda la casa, son claros y, además, no todos los bienes inmuebles fueron objeto de legado, como resulta del tenor de la cláusula segunda f) de ambos testamentos y la relación de los bienes inmuebles inventariados y adjudicados, sin objeción alguna de las partes, en el cuaderno particional controvertido.

CUARTO.- En relación con las costas de esta alzada, partiendo de lo dispuesto en el *artículo 398 de la L.E.C.*, y dado el contenido de la presente sentencia, no procede verificar especial pronunciamiento sobre las mismas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por D. Fidel, D. Jose Carlos y D<sup>a</sup>. Lidia representados por la Procuradora Sra. Garayoa, y ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D. Benedicto, D. Silvio y D. Alejandro representados por el Procurador Sr. De Miguel, ambos frente a la sentencia dictada con fecha 15 de diciembre de 2003 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Amurrio en el Procedimiento de Testamentaria seguido ante el mismo con el número 88/99, de que este Rollo dimana, y REVOCAR PARCIALMENTE la misma en el sentido de estimar eficaces los legados dispuestos por D<sup>a</sup>. Rita en su testamento a favor de D<sup>a</sup>. María procediendo su atribución a la herencia yacente de ésta y estimar que tanto la lonja dedicada al comercio de ropa y complementos que gira bajo el nombre de Charol como las rentas devengadas por su arrendamiento, constituyen masa hereditaria a repartir a partes iguales entre el heredero D. Benedicto y la herencia yacente de D<sup>a</sup>. María, debiendo efectuarse en el cuaderno particional controvertido las modificaciones correspondientes, todo ello sin verificar especial pronunciamiento sobre las costas de 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 en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.