

## **Auto de la AP de Bizkaia de 4 de marzo de 2004**

En Bilbao, a cuatro de marzo de dos mil cuatro.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, los presentes autos de declaración de herederos 900/01, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Baracaldo y seguidos entre partes: como apelante D. Javier representado por el Procurador Sr. Martínez Rivero y con Letrado Sr. Valbuena Pinto y como apelado el Mº FISCAL.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho del Auto apelado en cuanto se relacionan con el mismo.

### **HECHOS**

PRIMERO.- Que el Auto de instancia de fecha 12 de marzo de 2002 es de tenor literal siguiente:

"PARTE DISPOSITIVA: Se desestima la prestación formulada por D. Javier no procediendo la declaración de herederos abintestato de D. Jose Pablo en los términos interesados.

Notificar al fiscal y partes interesadas.

Una vez firme la presente resolución expídase testimonio de la misma y procédase al desglose de los documentos acompañados".

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 1058/02 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 DOÑA REYES CASTRESANA GARCÍA.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dos son los presupuestos fácticos que deben ser tenidos en consideración:

a) D. Jose Pablo, falleció en Barakaldo, de donde era vecino, el día 9 de septiembre de 1.975, en estado de únicas nupcias con Dña. Eugenia, de cuyo matrimonio, no tuvieron descendencia.

b) Dicho causante falleció bajo la vigencia del testamento abierto autorizado por el Notario de Barakaldo, D. Constantino Prieto González, el 12 de enero de 1.966, que contenía como cláusulas: 1) Legado a favor de su esposa Dña. Eugenia del quinto de su herencia, que conforme, al Derecho Civil Foral de Vizcaya, es de libre disposición, 2) Y, en el remanente de sus bienes, derechos y acciones y obligaciones, instituye sus herederos a sus descendientes, en defecto de éstos, a su madre Dña. Montserrat y en caso de premoriencia de ésta al testador, instituye por única y universal heredera, en pleno dominio y libertad de disposición a su esposa Dña. Eugenia.

En base a ello, la Juzgadora de primera instancia desestimó la declaración de herederos abintestato de D. Jose Pablo, a favor de su única hermana Dña. Ana María, a su vez fallecida en 1998, interesada por el solicitante D. Javier, primo carnal y heredero testamentario de ésta última, en virtud de testamento de 17 de septiembre de 1.992, en relación con el bien troncal consistente en la octava parte indivisa de una casa sita en Barakaldo, en Vega de Gorostiza, señalada con el nº 1, con fundamento en el *art. 912 del Código Civil* porque el finado otorgó testamento disponiendo de la totalidad de sus bienes, conforme al *art. 27 de la Compilación de 1.959 coincidente con la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco*, siendo preciso para declarar abierta la sucesión forzosa que previamente se declare la ineficacia del testamento por vulneración de los derechos de los parientes tronqueros.

SEGUNDO.- El motivo de impugnación contra el Auto desestimatorio de la declaración de herederos abintestado de D. Jose Pablo en los términos interesados, alegando por el apelante D. Javier una incorrecta aplicación de las normas de derecho sustantivo que fundamentan la resolución recurrida, no puede ser acogido por esta Sala.

Como se dice en la resolución recurrida, no procede abrir la sucesión ab-intestado, ya que el causante otorgó testamento abierto de todos sus bienes, sin que se esté en los supuestos contemplados en el *art. 912 del Código Civil*, que regula los supuestos en que la sucesión intestada se abre y entre ellos, cuando no hay testamento o este sea nulo o haya perdido su validez, o cuando no contiene institución de herederos en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que correspondan al testador. El testamento del finado contiene la institución de herederos de todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones, sin distinción alguna entre los bienes que pudiera o no ser troncales.

Es evidente que si el solicitante considera que este acto de disposición mortis causa ha vulnerado los derechos de los parientes tronqueros, según el *art. 17 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco*, podrá ejercitar la acción prevista en el anterior *art. 10 de la Compilación de 1.959, hoy regulada en el art. 24 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco*, que establece que 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 transmite, serán nulos de pleno derecho. Esta pretensión de nulidad debe ser ejercitada en el correspondiente juicio declarativo, con intervención de los adquirentes en virtud del mencionado título mortis causa, con aplicación de los principios de audiencia, defensa y efectiva contradicción, y el análisis de los necesarios requisitos objetivo, subjetivo y causal para la prosperidad de la acción de nulidad del testamento otorgado por vulneración de la troncalidad.

TERCERO.- En materia de costas procesales en esta segunda instancia, la desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición de las causadas al apelante, en virtud del *art. 398-1º de la LECn*.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso de autos,

### **LA SALA DISPONE**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por DON Javier, representado por el Procurador D. Jesús Martínez Rivero, contra el Auto de fecha 12 de marzo de 2.002, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barakaldo, en el Expediente de Declaración de Herederos Ab-Intestato nº 900/01, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución, con expresa imposición de las costas procesales causadas al apelante.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. que lo encabezan. Doy fe.

MAGISTRADOS