

## **STSJPV de 17 de enero de 1995**

En Bilbao, a diecisiete de enero de mil novecientos noventa y cinco.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la C.A. del País Vasco, integrada por los Magistrados del margen, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que, con fecha 20 de octubre de 1992, dictó la Sección 48 de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el recurso de apelación deducido contra la pronunciada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Gernika en los autos de juicio de menor cuantía nº 243/90, seguidos sobre petición de herencia y otros extremos; habiendo sido formulado el presente recurso por D.<sup>a</sup> Florentina, representada por la Procuradora D.<sup>a</sup> Lucila Chirapozu, y dirigida por la Letrada D.<sup>a</sup> Inmaculada Gomeza Villa; siendo parte recurrida D.<sup>a</sup> Eufemia, representada por la Procuradora D.<sup>a</sup> Rosario Martínez González y defendida por el Letrado D. Juan Carlos de Zabalo Arena.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 18 de junio de 1990, ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Gernika, el Procurador D. Pedro M. Luengo Arrizabalaga, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Florentina, formuló demanda de Juicio Declarativo Ordinario de Menor Cuantía, sobre petición de herencia y otros extremos, contra Eufemia y tras las alegaciones correspondientes terminó suplicando que se dictara sentencia declarando: "1º.- Que D.<sup>a</sup> Florentina es heredera fideicomisaria de su madre D.<sup>a</sup> Balbina, en virtud del último y válido testamento otorgado por la misma el 6 de mayo de 1977, ante el Notario de Guernica D. Ramón Altuna con el número 28 de su protocolo, quien recibe los bienes hereditarios de la misma que conservaba a su fallecimiento el heredero fiduciario designado en primer grado por haber fallecido éste sin sucesión. 2º.- Que la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios de este fideicomiso en favor de D.<sup>a</sup> Florentina, se produjo en la fecha del fallecimiento del heredero fiduciario D. Emilio, que tuvo lugar el 6 de octubre de 1988 en estado soltero y sin tener descendencia. 3º.- Que en consecuencia de lo anteriormente pronunciado en esta sentencia, la demandante D.<sup>a</sup> Florentina tiene el dominio en cuando a la mitad indivisa de la heredad llamada E. o E. y S. sita en Gauteguiz de Arteaga, de 5.188 m<sup>2</sup> que constituye la finca registral número 184 del Registro de la Propiedad de Guernica y que D.<sup>a</sup> Eufemia debe hacer entrega inmediata de la posesión de la mitad indivisa de esta heredad E. 4º.- Que asimismo, a la demandada D.<sup>a</sup> Eufemia se le declare poseedora de mala fe de esta finca E. y viene obligada a la indemnización correspondiente de reintegro y abono a mi representada, de todos los frutos percibidos y aquellos que hubiera podido percibir de esta mitad indivisa de la citada finca, de acuerdo con el art. 455 del Código Civil, cuya cuantificación y determinación se hará en ejecución de sentencia. 5º.-Condenar a la demandada a las costas de este juicio".

**Segundo.-** El Procurador D. Carlos Muniategui Landa, en nombre y

representación de D.<sup>a</sup> Eufemia, contestó a la demanda con las alegaciones que figuran en autos y terminó suplicando se dictase sentencia: "absolviendo a mi representada y desestimando las pretensiones de la demandante".

**Tercero.-** Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos, la Sra. Juez de Primera Instancia n° 2 de Gernika, dictó sentencia, con fecha 29 de julio de 1991, con el siguiente fallo: "Que desestimando totalmente la demanda de Juicio de Menor Cuantía sobre petición de herencia interpuesta por el Procurador Sr. Luengo, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Florentina contra D.<sup>a</sup> Eufemia, debo absolver y absuelvo a esta última de los pedimentos en ella contenidos, con expresa condena en costas a la parte actora".

**Cuarto.-** Apelada la sentencia por la representación de la parte actora, y sustanciándose el recurso con arreglo a derecho, la Sección 4.<sup>a</sup>, de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en Rollo de Apelación n° 439/91, de su registro, dictó sentencia, con fecha 20 de octubre de 1992, con el siguiente fallo: "Desestimando el recurso de apelación, interpuesto por D.<sup>a</sup> Florentina contra Sentencia dictada por la Sra. Juez de Primera Instancia n° 2 de los de Gernika en autos de menor cuantía n° 243/90, de que este rollo dimana, debemos confirmar e íntegramente confirmamos la sentencia recurrida imponiendo a la apelante las costas de esta alzada".

**Quinto.-** Por la Procuradora Lucila Canivell Chirapozu, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Florentina, se interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, fundado en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del número 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de normas del ordenamiento jurídico por aplicación indebida de los artículos 793 y 675 del Código Civil y el artículo 23 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya.

Segundo.- Incongruencia. Al amparo de lo establecido en el artículo 1692, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia, recogidas en el artículo 359 de la propia Ley Procesal.

**Sexto.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, se señaló para la votación y fallo el 11 de Enero en curso.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Julián M. Arzanegui Sarricolea.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** La cuestión debatida en el proceso y ahora en el presente recurso tiene su origen en los siguientes hechos:

A) D. Vicente, vecino que fue de Gauteguiz de Arteaga, confirió poder testatorio

a su esposa D.<sup>a</sup> Balbina el 10 de Julio de 1969 ante el Notario de Gernika D. Javier de Obieta y Chalbaud, haciendo en el mismo instrumento disposición subsidiaria de sus bienes a favor de los hijos habidos de dicho matrimonio, por iguales partes entre ellos, y estableciendo, para en su caso, los derechos de representación y de acrecer, con apartamiento de los demás parientes no llamados a la sucesión.

B) Más adelante, ambos cónyuges D. Vicente y D.<sup>a</sup> Balbina, otorgaron cada uno de ellos su respectivo testamento abierto, en la misma fecha del 22 de Septiembre de 1971 y con igual contenido, disponiendo a título de legado y a favor de su hija D.<sup>a</sup> Eufemia, demandada en el pleito, de las dependencias que les correspondían en la casa G. y de la heredad E., conocida como E. y S., todo ello radicante en Gauteguiz de Arteaga, e imponiéndole la obligación de reservar en la casa un cuarto para su hermano D. Emilio mientras conservara su estado de soltero. En ambos testamentos cada uno de los otorgantes hizo manifestación expresa de reservarse la facultad de disponer del resto de sus bienes, consignando la cláusula de apartamiento de su demás hijos y descendientes respecto de los bienes dispuestos.

C) El 6 de Mayo de 1977, fallecido ya D. Vicente Echave, su viuda D.<sup>a</sup> Balbina otorgó dos testamentos, ante el Notario de Gernika D. Ramón Altuna Uriarte, el primero en concepto de comisaria de su finado esposo y el segundo en su propio nombre. En ambos testamentos, de igual contenido, hizo la otorgante las siguientes disposiciones: 1) El legado a favor de su hijo D. José Ignacio de la parte que a cada uno de los cónyuges correspondía en la heredad llamada O., sita en Gautéguiz de Arteaga; 2) El legado a favor de su hijo D. Juan José de la parte que también a cada causante correspondiera en todas las fincas sitas en jurisdicción de Cortézubi; y 3) La institución de heredero a favor de su hijo D. Emilio en el remanente de sus bienes, estableciendo un fideicomiso de residuo a favor de su hija D.<sup>a</sup> Florentina, demandante en el pleito, o de los descendientes de ésta, respecto de las fincas que el heredero designado recibiese de sus padres y conservara a su fallecimiento sin dejar sucesión. Finalmente, consignó la otorgante en ambos testamentos la cláusula de apartación de sus demás hijos y descendientes no llamados a la sucesión, sin hacer manifestación explícita alguna respecto de la subsistencia o de la revocación de los testamentos otorgados el 22 de Septiembre de 1971.

Con estos antecedentes y habiendo ocurrido, además, el fallecimiento del heredero fiduciario D. Emilio sin dejar descendencia, la fideicomisaria D.<sup>a</sup> Florentina formuló en el proceso la pretensión de que se declarase su titularidad dominical sobre la mitad indivisa de la heredad E. o E. y S. en el expresado concepto de heredera fideicomisaria de su finada madre D.<sup>a</sup> Balbina y, conectada con esa petición, se suscitó a través de las alegaciones de la parte demandada la cuestión de si el otorgamiento del segundo testamento de la mencionada causante D.<sup>a</sup> Balbina produjo la revocación del primer testamento de la misma, todo lo cual fue resuelto negativamente en ambas instancias.

**Segundo.-** El primer motivo del recurso, formulado al amparo del número 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción de los arts. 793 y 576 del Código Civil y del art. 23 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya, preceptos a cuyo examen, en relación con la materia del recurso, conviene proceder separadamente.

En orden a la transmisión de los bienes por causa de muerte, la voluntad del causante constituye la ley de la sucesión y, como esa voluntad se halla contenida en el testamento, de ahí que, para conocer cuál fue realmente la voluntad acerca de la transmisión sucesoria de los bienes, resulte necesario interpretar el sentido de las cláusulas testamentarias, teniendo para ello en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el art. 675 del Código Civil, la interpretación se ha de atener, en primer término, al sentido literal de las palabras empleadas y, cuando aparezca claro que fue otra distinta la voluntad del testador, ha de prevalecer ésta sobre la mera apariencia de las expresiones utilizadas.

Al disponer el art. 739 del Código que el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que subsista el primero, no sienta una norma objetiva de revocación, sino una mera regla de interpretación de la voluntad del testador, que, conjugada con lo dispuesto en el art. 675, permite establecer los siguientes criterios: 1) En nuestro Derecho, no existe en principio incompatibilidad para la coexistencia de dos o más testamentos válidos y eficaces de una misma persona; 2) Es al testador a quien corresponde disponer la subsistencia o no del testamento anterior, cuando posteriormente otorga otro; 3) En principio, el silencio del testador sobre la subsistencia del testamento anterior se interpreta como decisión de revocarlo, por lo que la voluntad de que ambos coexistan no puede presumirse, sino ha de constar de manera expresa, pero en cambio no se requiere que esa expresa voluntad se manifieste explícitamente, pudiendo serlo de manera implícita; 4) En consecuencia, la indagación de si la voluntad del testador ha sido la de que el testamento anterior subsista o, por el contrario, quede derogado por el posterior, constituye una función interpretativa que ha de llevarse a cabo conforme a las reglas establecidas para ello, aceptando el sentido literal de los términos empleados, cuando no quepa duda de que concuerda con la voluntad del otorgante, pero haciendo prevalecer ésta sobre la literalidad de los términos, en otro caso.

**Tercero.-** Tratándose en definitiva de un problema de interpretación de los testamentos abiertos otorgados por D.<sup>a</sup> Balbina, madre de las litigantes, el 6 de Mayo de 1977, uno de ellos en concepto de comisaria de su finado esposo D. Vicente y el otro por si, una constante doctrina jurisprudencial, de la que son exponente más actual las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1988, 5 de Marzo y 18 de Marzo de 1991, 6 de abril y 31 de Diciembre de 1992 y 9 de Marzo de 1993, ha declarado que tal función interpretativa del testamento constituye facultad soberana de los Tribunales de instancia, cuyas apreciaciones no son revisables en casación, salvo cuando para obtener las conclusiones alcanzadas se hubieren apartado manifiestamente de criterios

racionales, haciendo aplicación de otros arbitrarios o absurdos.

En el caso del recurso, para fundar su apreciación de que la voluntad de la testadora D.<sup>a</sup> Balbina, al otorgar su último testamento de 6 de Mayo de 1977, fue la de mantener la vigencia del anterior de 22 de Septiembre de 1971, la Sala de segunda instancia se apoya en los siguientes hechos: que la testadora convivió hasta su fallecimiento con su hija, la demandada D.<sup>a</sup> Eufemia, favorecida en el primer testamento y quien en otro caso resultaría apartada de todos los bienes; que en el segundo testamento no se hace mención alguna de las fincas legadas en el primero de ellos; y que ya en vida de la testadora, su citada hija D.<sup>a</sup> Eufemia, estuvo disfrutando de las fincas que le estaban legadas en el primer testamento. Y este criterio no puede ser calificado de arbitrario o absurdo, sino de ponderado y racional, porque, partiendo de los hechos que se tienen por probados y a los que se ha de estar en casación, obtiene la Sala una conclusión lógica y proporcionada sobre lo que esas formas de proceder revelan acerca de la intención de quien las realiza, según la común manera de obrar de las personas; a todo lo cual cabría de añadir, como refuerzo de ese criterio y de la conclusión que del mismo deriva, las siguientes consideraciones: A) En sus testamentos de 1971 ambos causantes hacen reserva expresa, aun siendo absolutamente innecesaria, de la facultad de disponer de sus restantes bienes, lo que, aun sin excluir en absoluto la posibilidad de revocar aquellos testamentos de acuerdo con lo establecido en el art. 737 del Código Civil, cabe interpretar como anuncio de su propósito de otorgar posterior testamento, referido a los bienes no dispuestos; B) Del testamento que D.<sup>a</sup> Balbina otorgó el año 1977, actuando como comisaria de su finado esposo, no puede deducirse que su intención fuera la de revocar el testamento que el propio comitente había otorgado en 1971, porque esa facultad no consta que le fuera atribuida en los términos que exige el art. 17 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, y dado que el testamento que otorgó en la misma fecha de 1977 en su propio nombre tiene un contenido literalmente coincidente con el otorgado en concepto de comisaria, resulta lógico deducir que también el testamento propio carece de voluntad revocatoria, pues de otro modo se estaría dando significado diverso a unos mismos términos; y C) Dar soluciones distintas a las sucesiones de cada uno de los cónyuges D. Vicente y D.<sup>a</sup> Balbina en cuanto a la casa G. y a la heredad E., como resultaría de las pretensiones de la recurrente, equivaldría a frustrar el designio que los causantes revelan en sus distintas disposiciones testamentarias, en el sentido de que cada una de las fincas de las que ambos consortes eran titulares resulte adjudicada en su integridad a aquel de sus hijos elegido para suceder en ella.

**Cuarto.-** La denuncia de infracción del art. 23 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, si se atiende al desarrollo del motivo del recurso en relación con los fundamentos de la sentencia recurrida, parece fundarse básicamente en dos afirmaciones: una, que para la validez del apartamiento de los descendientes no se requiere que éstos sean nombrados de manera expresa en la cláusula de apartación; y otra, que el apartamiento contenido en el testamento posterior implica por sí mismo la

voluntad de revocar el testamento anterior.

Para que sea eficaz el apartamiento de los parientes de la línea recta, tanto descendente como ascendente, se requiere, según el art. 23 de la Compilación, que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su herencia y, en el caso del recurso, debe entenderse que esta exigencia fue cumplidamente observada, tal como la recurrente sostiene, en los testamentos otorgados por D.<sup>a</sup> Balbina el año 1977, en concepto de comisaria de su finado esposo y en su propio nombre, cuando, después de manifestar el matrimonio que tuvo contraído y los hijos habidos en él, incluso nombrando a todos ellos, en la última de las cláusulas testamentarias "excluye y aparta de su herencia a sus hijos y descendientes no llamados a ella, con el mínimo que consiente la vigente legislación foral vizcaína". Sin embargo, de esto no puede derivarse que proceda la estimación del motivo del recurso, por las razones siguientes: A) Porque de la fundamentación de la sentencia recurrida no se desprende que acepte la afirmación que consta en la pronunciada por el Juzgado en el sentido de que el art. 23 de la Compilación exige que el apartamiento de una hija debe hacerse nombrando a la excluida; B) Porque en cualquier caso la corrección de ese criterio carecería de influencia para alterar el sentido de los pronunciamientos, que permanecerían invariables al no ser aquel determinante del fallo y quedar subsistentes las demás razones que a éste le sirven de apoyo, siendo sabido que los recursos no se conceden contra la fundamentación de las resoluciones, sino contra la parte dispositiva de las mismas; y C) Porque incluso la sentencia del Juzgado, en una lectura detenida y más allá de lo que parece expresar su texto literal, lo que está razonando realmente es que la cláusula que contiene el segundo testamento de la causante, apartando de manera genérica a sus demás hijos y descendientes, no es suficiente para destruir las demás razones expuestas en pro de la subsistencia del primer testamento de la misma, porque ese apartamiento no se hace mencionando a la legataria del testamento primero D.<sup>a</sup> Eufemia y excluyéndola de todos los bienes del caudal hereditario.

La segunda de las alegaciones que se contienen en el motivo del recurso con base en el art. 23 de la Compilación está fundada en que en el último testamento de los otorgados por D.<sup>a</sup> Balbina en su propio nombre, después de ordenar dos legados y hacer institución de heredero en el remanente de los bienes, apartó de la herencia a sus hijos y descendientes no llamados, entre los cuales se encuentra la legataria del testamento anterior D.<sup>a</sup> Eufemia, y de ello deduce que el citado testamento posterior revela en la testadora su voluntad de revocar el testamento anterior. Para el examen de esta alegación se ha de partir de que el apartamiento de los parientes comprendidos en la línea llamada a suceder únicamente cabe verificarlo cuando se disponga de todos o de algunos de los bienes de la sucesión y tan sólo respecto de los bienes dispuestos, por lo cual evidentemente el apartamiento no revuelve el problema de determinar si dentro del remanente de sus bienes al que se refiere el testamento posterior deben o no entenderse comprendidos también aquellos de los cuales el testador habla dispuesto en el testamento anterior, que es en lo que consiste el tema litigioso, con lo que el

planteamiento de la recurrente no resulta admisible, porque viene a hacer supuesto de la cuestión.

En consecuencia de todo ello, el primero de los motivos del recurso ha de ser desestimado.

**Quinto.-** El motivo segundo del recurso, al amparo del número 3º del art. 1692 de la Ley Procesal Civil, denuncia vicio de incongruencia en la sentencia recurrida, por no haber resuelto todas las cuestiones litigiosas planteadas en la demanda, aduciendo en concreto la existencia de ese defecto en cuanto la sentencia no contiene, a su entender, pronunciamiento sobre las dos primeras pretensiones formuladas en el escrito de demanda, la primera en petición de que se declarase que la actora D.<sup>a</sup> Florentina es heredera fideicomisaria de su madre D.<sup>a</sup> Balbina y en tal concepto recibe los bienes hereditarios que a su fallecimiento conservaba el heredero fiduciario designado en primer grado, y la segunda sobre declaración también de que la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios a la fideicomisaria se produjo en la fecha del fallecimiento del heredero fiduciario.

La formulación del motivo no tiene en cuenta que, al haberse desestimado totalmente la demanda en la primera instancia y al haber sido confirmada la sentencia del Juzgado íntegramente por la Audiencia Provincial, todo ello de acuerdo con lo peticionado por la demandada al contestar a la demanda y en la vista del recurso, no cabe que la sentencia recurrida incurra en incongruencia, dado que este defecto reside en la falta de aquella correspondencia que debe existir entre el contenido del fallo y las pretensiones deducidas oportunamente por las partes en relación con una concreta causa de pedir, por lo cual las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruentes, ya que resuelven todas las peticiones formuladas en el proceso, según reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias de 23 de Julio, 5 de Noviembre y 10 de Diciembre de 1990, 30 de Octubre y 12 de Diciembre de 1991, 10 de Enero, 18 de Junio y 5 de Octubre de 1992 y 23 de Julio, 28 de Septiembre y 25 de Octubre de 1993), salvo el caso singular, que aquí no se da, de que la absolución se haya dictado por estimar excepciones no alegadas por el demandado ni apreciables de oficio.

Pero, además, se ha de señalar que el derecho fundamental reconocido por el art. 24.1 de la Constitución a todas las personas para obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, está significando que quien lo ejercita se halle en situación en la que, razonablemente, precise impetrar el auxilio judicial, ya que no cabe demandar en juicio a quien no contradice el derecho de otro ni su libre ejercicio; y dado que en el caso del recurso la oposición de la demandada D.<sup>a</sup> Eufemia a admitir la pretensión de su hermana y demandante D.<sup>a</sup> Florentina de ser reconocida como heredera fideicomisaria de su madre D.<sup>a</sup> Balbina, se refería única y exclusivamente en cuanto a las fincas legadas a aquella en el primer testamento de la causante y no a cualquiera de los restantes bienes, como por otro lado se desprende de la correlación entre las distintas peticiones contenidas en la demanda, resulta congruente

entenderlo de esa manera y decidirlo en esos términos.

**Sexto.-** La desestimación del recurso lleva consigo la imposición de las costas a la recurrente y la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en el art. 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y en virtud de los fundamentos expuestos, por la autoridad que nos confiere la Constitución y el Estatuto de Autonomía del País Vasco,

### **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto en nombre de D.<sup>a</sup> Florentina contra la sentencia que con fecha 20 de Octubre de 1992 dictó la Sección 4a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, condenando a dicha recurrente al pago de las costas del recurso y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal. Y a su tiempo, con certificación de esta sentencia, devuélvase a la expresada Audiencia los autos y rollo de Sala que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.