

SAP de Bizkaia de 21 de octubre de 2010

En Bilbao, a veintiuno de octubre de dos mil diez.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, el procedimiento PRO.ORDINARIO L2 153/08, procedente del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE GETXO y seguido entre partes: Como apelante Alexis y Amalia representados por el Procurador Sr. Bartau Rojas y dirigidos por el Letrado Sr. Picaza Cortes y como apelada que se opone al recurso Consuelo y Felisa representadas por la Procuradora Sra. Arruza Doueil y dirigidas por el Letrado Sr. Monzón Castañeda.

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 20 de enero de 2010 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO TOTALMENTE la demanda interpuesta por Consuelo y Felisa, representadas por el Procurador Sra. Barreda Lizarralde, y asistido por el Letrado Sr. Monzón Castañeda, contra Alexis y Amalia, representados por el Procurador Sr. Bartau Rojas, y asistido por el Letrado Sr. Picaza Cortés, y DECLARO que, el demandado está obligado a la entrega del Legado a favor de Felisa, de la mitad indivisa de las acciones, así como la mitad del metálico correspondiente a D. Onesimo, bien por herencia al fallecimiento de éste, bien por disolución de su Comunidad Foral, con los intereses legales correspondientes; se declare que el demandado está obligado a la entrega del Legado a favor de Consuelo de la mitad indivisa del piso NUM000 de la casa del nº NUM001 de la calle DIRECCION000 de Las Arenas (Getxo); y se condena al demandado a estar y pasar por tales declaraciones, y en consecuencia a realizar todos los actos y suscripciones de documentos públicos o privados necesarios o convenientes.

Se impone las costas a la parte demandada."

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 433/10 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. LOURDES ARRANZ FREIJO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia acogiendo la demanda, ordena a los demandados entregar a las actoras los legados ordenados en testamento de 26 de Diciembre de 1980, otorgado por Dña. Paula, actuando como comisaria de su esposo premuerto, D. Onesimo.

SEGUNDO.- Los demandados se alzan frente a dicha resolución y en su primer motivo de recurso sostienen la invalidez del legado ordenado en favor de la demandante Consuelo, consistente en la mitad indivisa del piso primero derecha de la casa nº NUM001 de la C/ DIRECCION000 de las Arenas, sosteniendo que tal inmueble era privativo de Dña. Paula, por cuanto que ésta lo había adquirido con posterioridad al fallecimiento de su marido, sin que exista prueba de la afirmación que se realiza en la sentencia de que tal inmueble fuera comprado con dinero perteneciente a la Comunidad Foral.

El recurso no puede acogerse, ya que la pertenencia del bien legado a la comunidad foral, se extrae de la aplicación del *art. 105 de la LCFPV*, pues como quiera que al momento de la compra del inmueble, la esposa no había hecho uso del poder testatorio, y no se había designado sucesor, la comunidad subsistía, y por tanto tal bien tuvo que ser adquirido con dinero de la comunidad, y para la misma.

A mayor abundamiento, la sentencia razona que además en ningún caso tal bien hubiese podido ser adquirido con dinero privativo de la esposa, pues ésta nunca había obtenido una fuente de ingresos que se lo permitiera, conclusión que compartimos pues la actividad probatoria realizada al respecto, solo ha acreditado la existencia de unos mínimos ingresos de la viuda, que en ningún caso alcanzarían para adquirir un inmueble.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso, se articula frente al pronunciamiento que ordena la entrega de legado a favor de la otra demandante, consistente en la mitad del metálico y valores, alegando que en contra de lo que se afirma en la sentencia, no se ha acreditado la existencia de tales bienes al momento del fallecimiento de D. Onesimo, puesto que la propia viuda al poco de ocurrir el fallecimiento de su esposo otorgó escritura pública de manifestación de todos sus bienes(el 16 de Setiembre de 1.974) en la que no se hace referencia alguna, ni a dinero, ni acciones.

Sin embargo, este último dato no puede resultar decisivo para negar la existencia de los bienes legados, ya que la propia viuda con posterioridad, al otorgar el testamento actuando como comisaria de su esposo, reconoce su existencia, y hace un legado de su mitad indivisa, para seguidamente otorgar testamento en su propio nombre, en el que lega la otra mitad.

Además la documental incorporada a los autos ha puesto de manifiesto la existencia de acciones al momento de disolución de la comunidad foral, pues así se desprende de la contestación al oficio librado al BBVA, que tuvo entrada en el Juzgado el 7 de Mayo de 2009; y también la existencia de metálico puede presumirse de la venta de una finca realizada el día 10 de Mayo de 1974,(es decir menos de dos meses antes del fallecimiento del esposo), pues a falta de prueba del destino del metálico obtenido, habrá de entenderse ingresado en la comunidad foral.

Lo que sucede, es que no se ha realizado la división y adjudicación de los bienes del régimen de comunicación foral, y por ello no se conoce exactamente el contenido del legado, lo que no supone que éste sea inexistente, sino que su contenido deberá concretarse una vez se efectúe la liquidación del régimen económico matrimonial.

Procede por lo expuesto la íntegra confirmación de la sentencia dictada.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena al pago de las costas de la apelación (*arts. 394 y 398 de la LEC*).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Alexis y Amalia contra la Sentencia de fecha 20 de enero de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Getxo, en el procedimiento PRO.ORDINARIO L2 153/08, de que el presente rollo dimana; debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, condenando al apelante al pago de las costas del recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.