

SAP de Bizkaia de 26 de abril de 2006

En Bilbao, a veintiséis de abril de dos mil seis.

En nombre de S.M. el Rey, por la autoridad que le concede la Constitución.

Vistos por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 501 de 2003, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Getxo y del que son partes como demandante DOÑA María Esther, representada por la Procuradora Sra. Miral Oronoz y dirigida por el Letrado Sr. Pérez García y como demandada Dña. Milagros, representada por la Procuradora Sra. Frade Fuentes y dirigida por la Letrado Sra. Vicario Martínez, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada Doña BEGOÑA LOSADA DOLIA por sustitución de Doña María Elisabeth Huerta Sánchez por encontrarse de baja.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.-Por el Juzgador de primera instancia se dictó con fecha 26 de julio de 2004 sentencia, cuya parte dispositiva dice literalmente : "FALLO: Estimando íntegramente la demanda que fue interpuesta por el Procurador de los Tribunales Doña Inmaculada Frade Fuentes en nombre y representación de Dª Milagros, debo declarar y declaro la nulidad de pleno derecho de la transmisión instrumentada en la escritura pública otorgada ante el Notario de Durango D. Néstor José Almarza de la Peña en la fecha del 13 de marzo de 2002, bajo el nº 545 de su protocolo, por D. Hugo y Dª María Esther, con la consiguiente cancelación de los asientos registrales que traigan causa de dicho acto, y en concreto, de la inscripción 3ª de la finca NUM000 obrante al Folio NUM001, Libro NUM002 de Berango, Tomo NUM003 del Registro de la Propiedad nº 11 de Bilbao, declarándose, en su virtud, que el difunto D. Hugo era titular exclusivo del dominio de la vivienda única sita en la planta baja (también denominada bajo izquierda) de la casa señalada con el nº NUM004 de la CALLE000 del municipio de Berango, con su consiguiente reflejo registral. Todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en el procedimiento.-."

SEGUNDO.-Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Doña María Esther y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia y se turnaron a esta Sección Quinta, donde se formó el correspondiente rollo y se siguió este recurso por sus trámites, señalándose para votación y fallo del recurso el día 12 de febrero de 2006.

TERCERO.-En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-La parte apelante, demandada en la instancia interesa la revocación de la sentencia de instancia y en su lugar se dicte otra desestimando la demanda y en consecuencia se declare la validez de la aportación o acuerdo sobre la traslación de dominio de un bien privativo que consta en la escritura pública otorgada el día 13 de marzo de 2002. Como motivos de su recurso se reproduce en esta alzada la alegada falta de legitimación activa y excepción de inadecuación del procedimiento.

En cuanto al fondo alegó en síntesis, que la escritura cuya nulidad declara la sentencia, no constituye sino modificación implícita del régimen económico matrimonial, siendo la conclusión que establece el juzgador, para invalidar el contrato, contrario a los principios interpretativos que establece el *código civil - arts. 1281 ss -* Que dicho contrato reúne todos los requisitos para su validez (*1323 y 1261 C.Civil*), siendo la intención de los consortes el transmitir a la esposa la propiedad de la mitad de la vivienda o el pactar que un bien privativo sea común, y en cualquier caso la comunicación foral no se consolidó y por tanto el régimen aplicable resultaba ser el de gananciales, siendo por tanto la aportación del bien privativo ajustada al derecho aplicable (*Art. 97 Ley 3/1992*).

SEGUNDO.-En relación en primer lugar a las excepciones desestimadas en la instancia y reproducidas en la alzada, resulta procedente su desestimación. Así y en relación a la falta de legitimación activa de la parte actora; ausencia de acreditación de perjuicio en el legitimario que le faculte para promover la nulidad del acto, esta Sala comparte lo sustentado por el juzgador como fundamento para su desestimación, por cuanto la legitimación de Doña Milagros deviene del propio testamento otorgado en fecha 12-2-02 (doc. 6 de la demanda) en el que tras instituir heredera universal, el Sr. Hugo a su esposa, en su clausula 3ª igualmente incluye "a salvo de la legítima que pudiera corresponder a su madre".

De forma que pretendiéndose la nulidad del negocio jurídico celebrado en fecha 13 de marzo de 2002, resulta incuestionable, que al no ostentar una cuota concreta, sino meramente abstracta sobre lo que en definitiva constituye el patrimonio hereditario del Sr. Hugo, el mismo se verá incrementado o no según el bien forme parte de la masa hereditaria en su totalidad o sólo en su 50%.

Siendo además indiferente, como sostiene la parte apelada, que existan o no otros bienes para cubrir su cuota legitimaria, por cuanto la misma quedaría afectada según se declare la validez o nulidad del negocio jurídico.

En relación a la alegada inadecuación de procedimiento, ciertamente en la sentencia como establece el apelante, no se contiene referencia expresa respecto a la misma, pero fue oportunamente resuelta en la audiencia previa. Su fundamento se basaba en la errónea acción entablada, siendo el adecuado no el ordinario sino el procedimiento previsto en el *Art. 782 ss LEC* para la división judicial de patrimonios. Los argumentos expuestos por el Juzgador en la audiencia previa para su desestimación son plenamente compartidos, por cuanto no se trata sino del ejercicio de la acción de nulidad de un negocio jurídico, que en su caso influirá en la determinación del caudal hereditario, no

se trata de liquidar la herencia del causante, sino de un antecedente de la posterior fijación y división de la herencia.

TERCERO.- En relación a la cuestión de fondo, son hechos acreditados los siguientes:

1º Con fecha 5 de febrero de 1973 Don Hugo en estado de soltero adquirió la vivienda sita en la casa nº NUM004 de la C/ CALLE000 de Berango.

2º Con fecha 15 de julio de 2000 contrajo matrimonio con Doña María Esther, bajo el régimen de comunicación foral de bienes.

3º Con fecha 13 de marzo de 2002 en virtud de escritura otorgada ante el Notario de Durango aportó a la sociedad de gananciales la referida vivienda.

4º El Sr. Hugo falleció, sin descendencia, el 20 de julio de 2002, habiendo otorgado testamento en fecha 12 de febrero de 2002 instituyendo heredera universal de todos sus bienes a su esposa, a salvo de la legítima que pudiere corresponder a su madre.

En base a tales hechos, la sentencia de instancia declara la nulidad del referido negocio jurídico de aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales por falta del requisito de adquirente, por cuanto no existía sociedad de gananciales que ocupara la posición de destinatario de la transmisión.

Esta Sala, sin embargo no comparte lo establecido por el juzgador de la instancia.

No se cuestiona que el régimen económico del matrimonio fuera el de comunicación foral, y según dispone el *artículo 95 DCF Ley 3/1992*, determina "Que en virtud de la comunicación foral se hacen comunes, por mitad entre marido y mujer todos los bienes de la procedencia que sean tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio, y sea cual fuere el lugar en que radiquen."

Según su régimen peculiar, todos los bienes conyugales están llamados a comunicarse definitivamente en el momento de la consolidación de la comunicación foral, de forma que cuando no se consolida esto es no se disuelve por muerte de un cónyuge dejando hijos comunes - la consecuencia no es sino la liquidación y partición como comunidad de ganancias.

No cabe duda que constante matrimonio, la comunicación foral funciona prácticamente como el régimen de gananciales, y durante el mismo serán aplicables las reglas que disciplinan la libertad de contratación entre cónyuges (*Art. 1323 y 1355 C.Civil*) y en su virtud se podrán realizar contratos y trasvases de la masa ganancial a la privativa y viceversa.

Atribuciones que durante el matrimonio tendrán plena virtualidad y también a la disolución del régimen, si la comunicación foral de bienes no se consolida.

Y por el contrario, caso de consolidarse, las atribuciones que se hayan realizado durante la vida del matrimonio, sólo tendrán virtualidad si se han otorgado como modificaciones del mencionado régimen y en escritura pública.

CUARTO.-Lo anteriormente consignado lo es a los efectos de determinar la perspectiva desde la que debe ser valorado e interpretado el negocio jurídico de fecha 13 de marzo de 2.002 y en el que el Sr. Hugo efectúa la aportación del bien privativo a la que

manifiesta es "sociedad de gananciales" por cuanto el sometimiento al régimen de comunicación de bienes es suficiente para entender que realizó tal atribución en la consideración de que solo sería definitivamente eficaz, caso de no consolidación del mismo –fallecimiento sin descendientes.

Igualmente debe tenerse en consideración acerca de la inequívoca voluntad de hacer común la vivienda que constituía el domicilio, los actos igualmente concluyentes que precedieron a la misma y en particular el testamento otorgado un mes antes del otorgamiento de la referida escritura y en el que instituye como heredera universal a su esposa, siendo su fallecimiento - 20 de julio de 2002 - a causa de la grave enfermedad que padecía - a los pocos meses del otorgamiento tanto de la escritura de 13 de marzo como del referido testamento otorgado el 12 de febrero de dicho año.

Lo expuesto igualmente es aplicable a la petición subsidiaria articulada en la demanda, por cuanto declarada la validez del negocio jurídico de aportación de lo que constituía la vivienda familiar, el fundamento de la acción ejercitada con base en el *artículo 1358 C.Civil* decae por cuanto vuelve a pretenderse la reintegración al patrimonio privativo del Sr. Hugo la totalidad -valor actualizado- de la finca aportada a la sociedad de gananciales.

Razones por las cuales procede la estimación del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia con desestimación de la demanda.

QUINTO.-En relación a las costas de ambas instancias procede imponer las de la instancia a la parte actora y no hacer expresa imposición respecto de las causadas en esta alzada (*arts 394 y 298 LEC*).

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

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña María Esther contra la sentencia dictada el día 26 de julio de 2.004 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Getxo, en autos de procedimiento ordinario nº 501/03 a que este rollo se refiere, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución y en su lugar dictamos otra por la que desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por la representación de Doña Milagros contra Doña María Esther y en consecuencia absolvemos a la misma de los pedimentos contenidos en la demanda, con imposición de las costas de la instancia a la parte actora, y sin expresa imposición de las de esta alzada.

Devuélvase 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.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Ilma. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.