

SAP de Bizkaia de 7 de enero de 2005

En Bilbao, a siete de enero de dos mil cinco.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se reseña, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO N° 176/02, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia n° 3 de Barakaldo y seguidos entre partes: Como apelante D. Felipe, representado por la Procuradora Sra. Llama de Cerio y como apelados que se oponen al recurso Dª Filomena, D. Narciso, D. Jose Augusto e Silvia, representados por la Procuradora Sra. Arruza Doueil.

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 25 de Febrero de 2003 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la excepción de falta de legitimación activa debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones de la parte demandante. Se imponen las costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte 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 n° 442/03 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento para la votación y fallo del presente recurso, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la deliberación y resolución.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. FERNANDO VALDÉS SOLÍS CECCHINI.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Antecedentes necesarios para la resolución de la presente causa son los siguientes: el demandante es hijo de Don Felix y de Dª Filomena; Don Felix falleció en

Portugalete el día 6 de septiembre de 1947 pasando la viuda a contraer segundas nupcias con Don Valentín de cuyo matrimonio hubo otros dos hijos, medio hermanos del demandante y demandados en los presentes autos.

La acción que se ejercita es una acción declarativa de dominio en relación con la edificación (no con el suelo) que se ubica en Abatxolo nº 54. A la par que se ejerce una accesión invertida frente a los propietarios del suelo para su adquisición.

Don Marco Antonio promovió ante el Notario Don Eugenio Gomeza acta de notoriedad de Declaración de Herederos, Acta que establece que es el único heredero de su difunto padre sin que a la viuda le asista ningún derecho en la herencia de éste por considerar que se trataba de un vizcaíno infanzón.

SEGUNDO.- La primera de las cuestiones discutidas en el procedimiento es la fecha de edificación del inmueble; en tesis del demandante la vivienda se construyó en su integridad en vida de su padre quien ocupó un terreno municipal "de propios" para hacerlo, construcción que posteriormente fue legalizada por el Ayuntamiento. Esta tesis se apoya en las certificaciones de empadronamiento (notoriamente contradictorias entre sí por cuanto la madre del demandante vivió en Santander hasta que contrajo matrimonio ya en estado de gravidez) y en el Catastro de Urbana que fija la antigüedad del edificio con fechas "aproximadas".

Es un dato relevante, que a nuestro juicio demuestra la fecha de construcción del inmueble, el que se corresponde con el proyecto del Arquitecto, visado el 24 de junio de 1.946 (folio 124), y el Acuerdo del Ayuntamiento autorizando la construcción de la vivienda de fecha 12 de julio de 1.946, por lo que podemos concluir que la vivienda comenzó a edificarse en vida del causante de la parte demandante. Acudir a otras pruebas que operan por meras aproximaciones o que responden a criterios tan poco seguros como el empadronamiento en tales fechas nos parece introducir un elemento de inseguridad difícil de soslayar.

TERCERO.- Donde le asiste razón a la parte demandada es en el tema concerniente a la declaración de herederos, cuya nulidad predica pero que debe entenderse insuficiente tanto para fundar una acción declarativa de dominio cuanto incompleta por no contemplar los derechos que, en aquel momento histórico, asistían a la viuda.

Es sabido (como señala la parte recurrida) la constante Jurisprudencia del TS que, hasta la promulgación de la Compilación de Derecho Foral Vizcaíno de 1.959, venía entendiendo que la sucesión intestada se regía en la tierra llana vizcaína conforme a las normas del Código civil por aplicación de la Ley de Mostrencos. En tal sentido citamos las sentencias de dicho Tribunal de fechas 27 de mayo de 1.961 y 20 de marzo de 1.962. Por tanto la afirmación contenida en el Acta de Notoriedad excluyendo a la viuda de todo derecho hereditario colisiona con la mencionada jurisprudencia y debemos entender que a la demandada, D^a Filomena, le asiste en la herencia de su primer esposo el derecho reconocido por el *art. 834 del Código civil*.

De seguirse la tesis de que se trataba de un matrimonio sometido al régimen de comunicación foral (no al de gananciales, al ser el de comunicación régimen legal supletorio y no constar que el matrimonio estuviera sometido a otro régimen convencional) la situación de la viuda sería de la titular de una comunidad de bienes en

que le hubiera correspondido la mitad de los bienes adquiridos constante matrimonio, conforme a la Compilación de 1.959 y al Fuero.

Por ello la acción que ejercita el demandante para sí, con exclusión de cualquier otro coheredero o comunero, está incorrectamente planteada en tanto ignora los derechos de la viuda a quien, además, se demanda reclamando el reconocimiento del derecho exclusivo de la parte demandante e ignorando el derecho que a ella corresponde sobre el mencionado bien.

Con ello no queremos afirmar que la declaración de herederos sea nula, por el sencillo motivo de que no lo es. Es incompleta en cuanto ignora los derechos del cónyuge viudo y, en tal sentido, no resulta operativa frente a dicho cónyuge viudo y parte demandada.

CUARTO.- Es por ello que coincidimos plenamente con la Sentencia recurrida en tanto en cuanto estima que el título esgrimido para la acción declarativa de dominio es insuficiente al no reunir tal requisito el acta de notoriedad de declaración de herederos frente a ninguno de los demandados; acta que, añadimos, es incompleta al desconocer los derechos que le asistían a la viuda al momento de la defunción del causante de la parte demandante. La demanda se dirige, por último, contra quien o bien tiene un derecho hereditario sobre el bien cuyo dominio se reclama (es decir, justo título de uno de los demandados) o bien es comunero del demandante. En definitiva la sentencia debe ser confirmada en todos sus pronunciamientos.

QUINTO.- Desestimado el recurso procede imponer a la recurrente las costas de esta apelación.

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

FALLAMOS desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don Felipe contra Sentencia dictada por el Ilmo Sr. Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 3 de los de Barakaldo en autos de procedimiento ordinario nº 176/02, de que el presente rollo dimana, debemos confirmar e íntegramente confirmamos la sentencia recurrida, imponiendo al recurrente las costas de esta apelación.

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