



Roj: **SAP PO 56/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:56**

Id Cendoj: **36038370012015100013**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **20/01/2015**

Nº de Recurso: **674/2014**

Nº de Resolución: **12/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00012/2015

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 674/14

Asunto: ORDINARIO 172/14

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 1 A ESTRADA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NO MBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.12

En Pontevedra a veinte de enero de dos mil quince.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 172/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de A Estrada, a los que ha correspondido el Rollo núm. 674/14, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Serafina , representado por el Procurador D. MANUEL SANCHEZ ORTEGA, y asistido por el Letrado D. JESUS MARIA SANCHEZ CAMPOS, y como parte apelado-demandado: NCG BANCO SA, representado por el Procurador D. MAGDALENA MENDEZ-BENEGASSI GAMALLO, y asistido por el Letrado D. MARIA DEL CARMEN CAMPOS BAZ, y siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. **Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de A Estrada, con fecha 28 octubre 2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Debo desestimar y desestimo la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Ortega, en nombre y representación de Dª Serafina contra la entidad Novagalicia Banco SA, representada por la



Procuradora de los Tribunales Sra. Méndez-Benegassi Gamallo, y en consecuencia, absuelvo a la entidad Novagalicia Banco SA, de todos los pedimentos dirigidos frente a ella.

Desestimándose íntegramente la pretensión actora, la parte actora deberá abonar la totalidad de las costas devengadas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Serafina , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud del precedente Recurso por la apelante D^a Serafina se pretende la revocación de la Sentencia desestimatoria de la demanda dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 172-14 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de A Estrada, sobre reclamación de saldo que arrojaba una cuenta bancaria contra la entidad NCG, Banco SA a nombre de su padre fallecido, y de ella misma. La recurrente que resultó única heredera de su padre y el Banco negaba el reintegro si es que no constaba la firma de la usufructuaria, a la sazón segunda esposa de su padre, para la retirada del numerario.

La Sentencia de instancia rechazó la demanda por considerar que no se había producido la liquidación de la sociedad de gananciales con la segunda esposa del padre de la actora y que ostentando el cónyuge viudo en los términos del art. 839 un derecho de afección sobre los bienes de la herencia al pago de su legítima, no tenía derecho a la retirada del numerario de la cuenta bancaria que reclamaba en tanto no se hubiera realizado la partición.

A dicha pretensión se opone D^a Serafina aduciendo que ostenta y recae sobre su persona una doble condición, de un lado es cotitular mancomunada de la cuenta bancaria y a la vez heredera del otro titular. Es así entonces que la entidad demandada no puede exigir la firma de la usufructuaria de los bienes para que pueda como heredera disponer de los bienes. Añade que la actual viuda de su padre no tiene derecho al legado testamentario de este toda vez que quien lo tenía era su madre, D^a Marisol ya fallecida como usufructuaria universal. La viuda de su padre ya reconoció a presencia judicial en conciliación que el saldo de la cuenta bancaria litigiosa era privativa de su marido. Debe aplicarse la ley de Dereito Civil de Galicia al caso y no el Código civil, de ahí que únicamente la viuda tenga derecho a una cuarta parte de la herencia en concepto de usufructo, que no de heredero. Se está ejercitando una acción de petición de herencia y se cumplen todos los requisitos para ello.

NCG, Banco SA, actualmente ABANCA, se opone al recurso y aduce que

D^a Alejandra como viuda del Sr. Ruperto , único titular del dinero obrante en la cuenta bancaria litigiosa, ostenta la condición de usufructuaria, y que en tanto no se concrete este derecho en determinados bienes, "todos los bienes de la herencia quedan afectos al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo". Por tanto, hasta que no se concrete el usufructo de la viuda no está obligada la entidad a la devolución a la actora en exclusiva del numerario.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el fondo del asunto habrán de clarificarse los hechos sobre los que versa la acción ejercitada, a la sazón del siguiente tenor:

a)D. Ruperto y su hija D^a Serafina eran cotitulares mancomunados de la cuenta bancaria de Abanca, nº NUM000 que cuenta con un saldo de 38.939, 82 euros.

b)Existe una cuenta no identificada en autos cuyo saldo era procedente de la recuperación de un dinero que el Sr. Ruperto había invertido en Participaciones preferentes y que por arbitraje le había sido devuelto, se trataría de un dinero privativo del mismo.

c)D. Ruperto había realizado **testamento** abierto el 9 de enero de 1991 en el que instituye heredera a su única hija, hoy actora y declara que está casado en únicas nupcias con D^a Marisol . A continuación en la cláusula tercera del **testamento** dispone que: "Lega a su esposa el usufructo universal y vitalicio de su herencia, relevándola de las obligaciones de hacer inventario y de prestar fianza, facultándola expresamente para cortar y vender plantas maderables y vender animales y semovientes. Si la heredera se opusiere lega a su esposa el tercio de libre disposición en pleno dominio, sin perjuicio de su legítima en usufructo sobre el tercio de mejora".

d)D. Ruperto fallece el 17 de septiembre de 2013, casado con D^a Alejandra en segundas nupcias y D^a Marisol el 14 de noviembre de 1999.



e) El día 27 de marzo de 2014 se formula por la actora demanda de conciliación contra D^a Alejandra ante el Juzgado de Primera Instancia n^o 3 de Cangas de Morrazo en la que esta no se aviene a reconocer las pretensiones de la conciliante si es que antes no se liquida la sociedad de gananciales, desconoce la existencia de bienes personales del fallecido, indica que la hoy actora reclama cosas que no son suyas y otras que sí lo son las obvia como una cuenta bancaria que no identifica, privativa de aquel.

Sentado lo anterior habrá de establecerse el marco jurídico dentro del cual ha de resolverse la cuestión por la Sala, y este no es otro que la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia de 14 de junio que regula la sucesión del cónyuge viudo ampliamente, y que resultaría aplicable a la sucesión del Sr. Ruperto en tanto la documental revela su vecindad civil gallega.

Partiendo de lo anterior y como cuestión previa, hemos de remitirnos a su disposición testamentaria en la que, según dejamos sentado, declara que se halla casado con D^a Marisol, a continuación instituye heredera a su hija -la hoy actora- y en una tercera cláusula determina que <<lega el usufructo universal y vitalicio a su esposa>>. Es evidente que la interpretación de esta voluntad testamentaria nos conduce a la que lo era en el momento de realizar su **testamento**, esto es a D^a Marisol, que no a la Señora Alejandra, además el art. 208 de la LDCG establece que "Salvo que del **testamento** resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges.", es obvio que aunque no se contempla expresamente la muerte es un caso a incluir en el mismo presupuesto.

Así las cosas el eventual derecho a la herencia del Sr. Ruperto por parte de la Sra. Alejandra, lo será en los términos de la sucesión intestada, esto es, conforme al art. 253 "Si concurriera con descendientes del causante, al cónyuge viudo le corresponde en concepto de *legítima el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario* fijado conforme a las reglas del artículo 245".

TERCERO.- La resolución a quo desestima la demanda partiendo de que el art. 839 del C. Civil establece que en tanto no se satisfaga al cónyuge su parte de usufructo, "estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo". Concluye que si esto es así en tanto no se produzca dicha satisfacción ni estando liquidada la sociedad de gananciales ni que dicho bien sea privativo, no puede otorgarse a la demandante lo que pide, porque dicho bien de la herencia está sujeta al pago de dicho usufructo para el segundo cónyuge.

Efectivamente no estimamos probado que la cuenta de litis pueda tenerse por privativa del padre de la actora habida cuenta de las alegaciones realizadas por la Sra. Alejandra en el acto de conciliación, toda vez que menciona la existencia de una cuenta bancaria privativa *pero no la identifica*, no resultando suficiente la alegación del acto de la vista por la Letrada de la parte demanda cuando reconoció que se trataba de una cuenta privativa del Sr. Ruperto, porque es esta una aseveración que no le compete a la entidad sino únicamente a las partes interesadas.

Es sabido que por más que los titulares de la cuenta fuesen D^a Serafina y su padre el Sr. Ruperto, mancomunadamente, la titularidad del saldo corresponde a quien lo ha aportado, y en nuestro caso desconocemos si era solo del Sr. Ruperto o también en parte de la Señora Alejandra, también desconocemos las fechas de los ingresos del dinero para poder determinar si lo que se invirtió en ella tenía o no naturaleza ganancial tras el matrimonio con la referida Sra. Alejandra. Más se complica todavía si partimos de la presunción de ganancialidad que rige con arreglo al art. 1361 del C. Civil.

En esta tesitura lo propio es mantener la sentencia de instancia porque si resultara que D^a Alejandra es también titular del numerario depositado en cuenta bancaria cuya devolución se pretende por la actora en exclusiva, y que lo sea vía sociedad de gananciales con el Sr. Ruperto en estado de casado con ella, entonces ostentaría ella Doña Alejandra una cotitularidad sobre el mismo que exigiría como paso previo ineludible la liquidación de la sociedad de gananciales. Además la citada esposa del causante tiene derecho al reconocimiento de su legítima sobre la cuarta parte de los bienes, que habrá de concretarse también previamente sobre cuáles de ellos recaerá o bien si se conmuta por la heredera en los términos previstos en el art. 255 a 257 de la LDCG.

Por tanto, y en los términos que dejamos expuestos, la heredera única del Sr. Ruperto no ha probado los fundamentos de su pretensión, esto es, el derecho en exclusiva ni tampoco en una porción concreta al numerario depositado en la cuenta de Abanca que reclama en estos autos.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso



de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

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 formulado por D^a Serafina representada por el Procurador D. Manuel Sánchez Ortega con contra la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 172/14, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente con imposición de las costas a la apelante.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO; D^a MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ponente; y D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ