

SAP de Bizkaia de 17 de diciembre de 2010

En Bilbao, a diecisiete de diciembre de dos mil diez.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 295/09, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Gernika-Lumo, seguidos entre partes: como apelantes los demandantes D. Armando y D. Vidal, representados por el Procurador Sr. Ors Simón y dirigidos por el Letrado Sr. José María Iardía Gallego, y como apelada, que se opone al recurso, la demandada D.ª Ana María, representada por la Procuradora Sra. Martínez Sánchez y dirigida por el Letrado Sr. Josu Aldekoa Extezarraga.

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 4 de marzo de 2010 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: DESESTIMAR LA DEMANDA FORMULADA POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE DON Armando Y DON Vidal, CONTRA DOÑA Ana María.

CON IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS CAUSADAS EN ESTA INSTANCIA A LOS DEMANDANTES."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de los demandantes 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 num. 370/10 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. Magistrada D.ANA BELEN IRACHETA UNDAGOITIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formulada demanda por D. Armando y D. Vidal contra D.^a Ana María, con la pretensión de que se declare nula, por contraria a derecho, la disposición que contiene el testamento de D.^a Felicísima a favor de D.^a Ana María, en la que lega el usufructo vitalicio de la vivienda sita en el piso bajo de la casa señalada con el número NUM000 de la PLAZA000 de Pedernales con sus anejos de sótano y desván, que se condene a la demandada a abandonar la vivienda y anejos, dejándolos libres y a disposición de los herederos con todos los elementos muebles e instalaciones y cualquier tipo de objetos que constituyan el contenido de la vivienda y anejos, con la sola excepción de los elementos, objetos y ropas de uso personal o se acredite sean de su propiedad por título distinto de la atribución contenida en el testamento y, en cuanto a los gastos o mejoras que haya realizado en la vivienda y anejos, se le aplique el régimen del poseedor de mala fé, se decrete la nulidad de los asientos o inscripciones que obren en el Registro de la Propiedad de Guernica que sean contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia y se le impongan las costas y gastos del procedimiento, incluso en el caso de allanamiento, a la que se opuso la demandada, se dictó sentencia que desestima la demanda y, frente a la misma, se alzan los demandantes con la pretensión la revocación de la sentencia apelada y el dictado de otra en su lugar que estime la demanda.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el examen de la cuestión controvertida en el proceso, que es de índole estrictamente jurídica, se considera conveniente reseñar los datos fácticos más relevantes, que son indiscutidos 1) D.^a Felicísima, que había nacido en Bilbao el 20 de octubre de 1908, otorgó testamento abierto ante el Notario de Bermeo D. Rafael Guerra Pérez, cuya primera cláusula dispone que "Lega a D.^a Ana María, con cargo al quinto de libre disposición, el usufructo vitalicio de la vivienda en la que habita la testadora, piso bajo de la casa numero NUM000 de la PLAZA000 de Pedernales, con todo su contenido"; 2) En el momento de su fallecimiento D.^a Felicísima, que había residido en Pedernales desde el año 1974, estaba sometida al Fuero de Vizcaya; 3) Los demandantes son hijos y herederos legitimarios de la testadora; 4) La legataria no tiene relación de parentesco con la testadora.

Con tales premisas fácticas debe determinarse si el usufructo establecido en el testamento a favor de D.^a Ana María infringe la disposición contenida en el art 60 de la Ley 37/1992 de Derecho Civil Foral Vasco EDL 1992/17907.

El art. 60 dispone, en su párrafo segundo, que no podrá imponerse sustitución o gravamen sobre bienes troncales sino a favor de otro pariente tronquero de la misma línea. Y en el tercero que no afectarán a la intangibilidad de la legítima o de los bienes troncales los derechos reconocidos favor del cónyuge viudo ni el legado de usufructo universal a favor del mismo.

Por su parte, el art. 22 determina que son bienes troncales, con relación a las líneas ascendente y colateral, todos los bienes raíces sitos en el infanzonado que hayan

pertenecido al tronco común del sucesor y del causante, incluso los que este haya adquirido.

Así, siendo bien troncal la vivienda sobre la que se establece el usufructo a favor de la demandada, debe dilucidarse si el derecho de usufructo comporta un gravamen para el bien sobre el que se constituye.

El usufructo es un derecho real limitativo del dominio, de carácter temporal y que priva al titular dominical de los derechos de goce y disfrute del bien sobre el que recae a favor de un tercero, de manera que desmembra el derecho de propiedad (art. 348 CC EDL 1889/1) en facultad de disposición que corresponde al nudo propietario y derecho de disfrute y en su caso explotación que se trasfiere al usufructuario.

Por tanto, es incuestionable que el derecho real de usufructo comporta un gravamen sobre el bien en el que recae (vid TS 6 de febrero de 1992 EDJ 1992/1032). De ahí que la Ley Foral establezca unas disposiciones específicas para posibilitar la conciliación entre los derechos sucesorios del cónyuge viudo (art. 58) y la troncalidad que dejan al margen de la intangibilidad de los bienes troncales el usufructo a favor del cónyuge (art. 60, párrafo segundo), pero que facultan a los parientes tronqueros a conmutar el usufructo del cónyuge viudo, en cuanto afecte a bienes troncales por un capital efectivo (art.58 párrafo cuarto).

De otra parte, es oportuno señalar que en la ST 79/09 de 4 de febrero de 2009 EDJ 2009/149577 de esta Sección, que trataba sobre la validez del usufructo sobre bienes troncales, se dice que "el usufructo es un gravamen y en cuanto afecte a bienes troncales es nulo de pleno derecho".

En consecuencia, dado que la legataria de usufructo del piso bajo de la casa número NUM000 de la PLAZA000 de Pedernales y sus anejos, que es bien troncal, no es pariente tronquero, procede declarar la nulidad de la disposición, pero no sobre su contenido, que no está afectado por ninguna limitación en cuanto a la facultad de disposición.

TERCERO.- Dado que la ocupación de la vivienda de la Plaza de PLAZA000 de Pedernales por parte de D.^a Ana María está amparada en la disposición contenida en el testamento de D.^a Felicísima, la cual le legó el usufructo de la vivienda en consonancia con la voluntad de que la Sra Ana María residiese en dicha vivienda, que había expresado en vida mediante actos inequívocos, tales como instalarla en dicha vivienda en la que residió con la testadora hasta su fallecimiento, la demandada deberá ser considerada a todos los efectos como poseedor de buena fe.

Por tanto, deben desestimarse los pedimentos que se formulan en la demanda que hacen supuesto de la aplicación a la demandada del régimen del posesión de mala fé.

CUARTO.- No constando que el derecho de usufructo de la vivienda a favor de la demandada haya sido inscrito en el Registro de la Propiedad contradictorio con la

presente resolución, no procede declarar la nulidad de ninguna inscripción registral que se refiere a la finca de la que se trata.

QUINTO.- Habida cuenta de que lo expuesto y razonado comporta la estimación parcial de la demanda y del recurso, en aplicación de las disposiciones establecidas en los arts. 394 y 398 LEC EDL 2000/77463, no se efectúa especial pronunciamiento respecto a las costas causadas en ninguna de las instancias.

VISTOS los artículos citados y demás de legal y pertinente aplicación,

En nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, y su Constitución

FALLO

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Ors Simón, en representación de D. Armando y D. Vidal, contra la sentencia dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 1 de Gernika-Lumo en los autos de Procedimiento Ordinario num. 295/09, de los que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos la sentencia apelada, y en su lugar estimando en parte la demanda formulada por el Procurador Sr. Muniategui, en la representación de D. Armando y D. Vidal dicha contra D.^a Ana María declaramos:

La nulidad de la disposición del testamento contenida en el testamento de D.^a Felicísima a favor de D.^a Ana María, en la que lega a ésta el usufructo vitalicio de la vivienda sita en el piso bajo de la casa señalada con el número NUM000 de la PLAZA000 de Pedernales con sus anejos.

Condenamos a la demandada a dejar libre y expedita la vivienda objeto del usufructo debiendo entregar a los actores las llaves y cualquiera otros mecanismo de apertura y cierre de la misma.

Se desestiman los demás pedimentos formulados en la demanda.

No se efectúa especial pronunciamiento respecto a las costas causadas en ninguna de las instancias.

Modo de impugnación: mediante recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de prepararse mediante escrito

presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes a la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesario la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4704 0000 00 0370 10. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al preparar los recursos (DA 15ª de la LOPJ EDL 1985/8754).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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