



Roj: **SAP IB 1962/2010 - ECLI: ES:APIB:2010:1962**

Id Cendoj: **07040370052010100368**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **14/10/2010**

Nº de Recurso: **426/2010**

Nº de Resolución: **362/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MATEO LORENZO RAMON HOMAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00362/2010

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000426 /2010

SENTENCIA Nº 362

Ilmo. Sr. Presidente:

D. MIGUEL CABRER BARBOSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

En PALMA DE MALLORCA, a catorce de octubre de dos mil diez.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 840/2006, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.2 de EIVISSA, a los que ha correspondido el Rollo de Sala RECURSO DE APELACION (LECN) **426/2010**, en los que aparece como parte demandante apelante D. Pedro Miguel , representado por el Procurador de los tribunales D. ONOFRE PERELLÓ ALORDA y asistido por el Letrado D. JUAN TORRES CANTALAPIEDRA, y como parte demandada apelada D. Conrado , D. Gabriel Y D. Mariano , representados por la Procuradora de los tribunales Dª. CRISTINA SUAU MOREY y asistidos por el Letrado D. RAMÓN BARADAT FONTANET.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. D. MATEO RAMÓN HOMAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.2 DE EIVISSA, por el mismo se dictó sentencia con fecha 17 marzo del corriente año, cuya parte dispositiva dice: "Estimo parcialmente la demanda interpuesta por Dª. Lidia , representada por Dª. Josefa Roig Domínguez y asistida por el Letrado D. Juan José Torres Cantalapedra, frente a D. Conrado y Dª. Valentina , fallecida, habiéndose personado sus hijos D. Gabriel y D. Mariano , representados por la Procuradora de los Tribunales Dª. Mª. Victoria Martínez García y asistidos del Letrado D. Ramón Baradat Fontanet, y en consecuencia:

1º. Declaro el derecho de usufruto de Dª. Lidia sobre la mitad de la herencia de su difunto marido.

2º. No ha lugar a declarar la conmutación del usufructo viudal mediante la capitalización del mismo.

3º. En materia de costas cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad."



SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandante y de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 13 de octubre del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen

PRIMERO.- Como hechos probados debemos destacar los siguientes:

A) D. Anselmo falleció en Palma el día 12 de octubre de 2.005, hallándose casado con la ahora demandante D^a Lidia , sin descendencia, y sin haber otorgado testamento, de vecindad civil común, siendo sus padres los demandados D. Conrado y D^a Valentina . La Sra. Valentina falleció durante la tramitación de esta litis, siendo sucedida por sus hijos D. Gabriel y D. Mariano .

B) Al tratarse de una herencia intestada, y siendo el Sr. Anselmo de vecindad civil común, y falleciendo sin descendencia, a la viuda le corresponde el usufructo de la mitad de la herencia, y a los padres, la mitad de la herencia en plena propiedad y la otra mitad en nuda propiedad. El día 5 de febrero de 1.997, la Sra. Lidia , como viuda de D. Anselmo , y los ahora demandados D. Conrado y D^a. Valentina , como padres de D. Anselmo , otorgaron una escritura de aceptación y adjudicación de herencia de su esposo e hijo, respectivamente, y acordaron que el único bien de la herencia, la mitad indivisa de una parcela de 1.740 m², sita en Can Llaudis, Sant Rafael, término municipal de Sant Antoni, con una casa de una planta de unos 105,17 m², se adjudicaba la mitad en usufructo a la Sra. Lidia , y la nuda propiedad a los padres, y la otra mitad en pleno dominio a estos últimos. Esta escritura se inscribió en el Registro de la Propiedad. En la indicada fecha la restante mitad indivisa de la finca era de titularidad de sociedad conyugal integrada por D. Mariano y D^a. Marí Juana .

C) Con posterioridad, D. Conrado y D^a. Valentina , el día 9 de octubre de 1.997 donaron a su hijo D. Gabriel la nuda propiedad de la mitad indivisa de la finca antes referida, reservándose el usufructo vitalicio de un 25% de la misma. Tras otras disposiciones, finalmente resulta que en la actualidad D. Mariano y D^a. Marí Juana para su sociedad de gananciales son titulares del pleno dominio del 75% de la finca, y nudo propietarios del restante 25%, mientras que la ahora demandante es titular del usufructo del 25% restante.

D) La Sra. Lidia , titular del usufructo del 25% de la herencia, no ha disfrutado de dicho derecho en momento alguno, ni ostentado la posesión material de la finca, ni tampoco consta haya contribuido a las cargas de su mantenimiento. Han existido negociaciones entre las partes, a fin de que los ahora demandados o sus hijos adquirieran el 25% de usufructo antes citado, pero no han llegado a resultado alguno por discrepancias en el precio. Los demandados alegan que han hecho obras de mejora en la casa, pero no lo han acreditado ni consta hubieren solicitado autorización a la Sra. Lidia .

E) En junio de 1.998 la Sra. Lidia y D. Gabriel (hijo de los demandados) acordaron nombrar un perito para la valoración de dicho derecho de usufructo, en la persona de D. Leovigildo , quien lo emitió fijando un precio de 4.437.706 pesetas, pero finalmente no se llegó a acuerdo alguno.

F) En junio de 2.006 se produjeron negociaciones entre las partes por intermedio de sus respectivos Abogados, obrando en autos un ofrecimiento de adquisición y liquidación del usufructo por el hijo y nuera de los ahora demandados en la suma de 7.200 euros, que no es aceptado por la actora al estimarlo irrisorio.

Con tales antecedentes, D. Pedro Miguel en representación de D^a Lidia , solicita se le reconozca su derecho de usufructo, y que el Juzgado fije el precio del porcentaje del 25% de usufructo en ejercicio de un derecho de conmutación del usufructo por un capital conforme al artículo 839 del Código Civil , y se condene a los demandados a abonar dicha entidad. Argumenta que los demandados desde el año 1.997 han cambiado las cerraduras de la finca y no puede acceder a la misma; que el valor debe obtenerse capitalizando a valor de mercado el bien relicto, para evitar el enriquecimiento injusto que se produciría si se valorase a la fecha del fallecimiento, y se corresponde con la finalidad del usufructo viudal de conservar al cónyuge viudo en la posición económica que tenía durante el matrimonio.

Los demandados se oponen a la demanda, y si bien reconocen la existencia del usufructo, alegan que carecen de legitimación ad causam en esta litis porque han transmitido a terceros sus derechos de propiedad o nuda propiedad sobre la tan indicada finca; que la iniciativa de la conmutación la tienen los herederos del causante y no el cónyuge viudo; niegan que hubieren cambiado las cerraduras, y reconocen que D^a Lidia nunca ha tenido la posesión de la finca ni ha dispuesto de la misma en ningún sentido; y que se han realizado importantes mejoras y obras de nueva planta.



La sentencia de instancia estima el primer pedimento de la demanda, declarando la existencia del usufructo; y desestima la conmutación solicitada por considerar que la misma solo la pueden ejercitar los herederos, pero no el cónyuge viudo, motivo por el cual debe mantenerse el usufructo "in natura". No efectúa expresa imposición de las costas procesales.

Dicha resolución es apelada por ambas partes. La representación de los demandados solicita se le impongan las costas a la actora por cuanto dicen que se ha producido una desestimación total de la demanda; que el reconocimiento del derecho de usufructo es meramente retórico por cuanto lo tenía ya reconocido e inscrito en el Registro de la Propiedad, sin que los demandados se lo hubieran negado o emprendido acción alguna en su contra. La representación de la actora solicita nueva sentencia que acceda a tal derecho de conmutación fijando el precio recogido por el perito judicial, y argumenta que a medianos de 1.998 las partes acordaron conmutar el derecho de usufructo por un capital que resultare de la valoración de dicho derecho, y por ello encargaron el informe al Sr. Luis Antonio , y luego los demandados se desdijeron del compromiso adquirido, y tal pacto también se recoge en la misiva del Abogado de los demandados de 19 de junio de 2.006; que no se ha permitido disfrutar a la actora del usufructo "in natura"; existencia de un error en la valoración de la prueba por no tener en cuenta la voluntad reiterada de los demandados de conmutar dicho usufructo por un capital en efectivo, deducido del informe de tasación y de la misiva del Abogado, y cuando no existe mutuo acuerdo, de conformidad con el artículo 839 CC la satisfacción se adoptará por mandato judicial; y que se ha producido un enriquecimiento injusto por cuanto la actora lleva quince años sin disfrutar de su derecho de usufructo y entre tanto, se ha producido un relevante incremento del valor del mismo.

SEGUNDO.- En esta litis, la actora ejercita una acción de conmutación de la legítima viudal por una suma dineraria, fundada en el artículo 839 del Código Civil , en persona en la que es reconocido por las partes que es de vecindad civil común. Atendido los hechos antes declarados probados, esta acción deviene totalmente improsperable, por los dos siguientes motivos:

A) Tal como acertadamente se reseña en la sentencia de instancia, esta acción es una facultad que el legislador otorga a los herederos o legatarios, pero en modo alguno al cónyuge viudo. En este sentido se pronuncia con claridad la STS de 25 de octubre de 2.000 , si bien la doctrina reseña una antigua STS de 20 de diciembre de 1.911 en que, a modo de excepción y recayendo la herencia sobre un solar o terreno no edificado, indicó que es posible la sustitución "en caso de resultar ilusorio en todo o en parte el indicado derecho, que se haga dicha sustitución por la Autoridad Judicial". Debemos reseñar que no nos hallamos ante este supuesto de excepción, puesto que el usufructo recae sobre un solar edificado, del que puede extraerse un rendimiento con el usufructo del mismo.

B) En la fecha del ejercicio de esta acción ya ha precluido el plazo para su ejercicio. A tal efecto debemos recordar, que la escritura de 5 de febrero de 2.007 constituye una partición de la herencia intestada de quien fue marido de la actora, junto con los herederos legales del mismo, esto es, sus padres. Ello implica que se produjo un acuerdo entre las partes, padres y viuda del causante, de modo que el derecho legitimario al usufructo viudal se haría efectivo en el único bien existente en la herencia en el porcentaje legalmente correspondiente, esto es, de una cuarta parte del mismo en usufructo. Por tanto, se trata de un derecho, que además de corresponder a los herederos o legatarios de la herencia, debe ejercitarse con anterioridad a la partición, y en este supuesto la misma se ha llevado ya a efecto, y en modo alguno puede considerarse como un derecho perpetuo de la viuda legitimaria a ejercitar con posterioridad a la partición. Además con la misma, cesó la afección de todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge, prevista en el párrafo segundo del indicado artículo 839 CCi. A este particular se refiere la antigua STS de 28 de marzo de 1.924 , al indicar que la conmutación ha de realizarse antes de que quede formalizada la partición "y como medio de determinar de común acuerdo, o, por decisión judicial en su defecto, el modo como ha de hacerse pago de la cuota viudal mediante la adjudicación correspondiente, toda vez que, de subsistir esta facultad en los herederos hasta después de practicada legalmente la partición, la adjudicación nunca tendría carácter definitivo ni el viudo adquiriría jamás la exclusiva propiedad de los que se le adjudica en pago de la aludida partición, supuesto inadmisibles dado el carácter de generalidad del precepto contenido en el artículo 1.068 del Código Civil ".

En cuanto a las alegaciones del recurrente en esta alzada, llama la atención de que discrepan de las referidas en la demanda, pues parece ser que para soslayar los obstáculos al ejercicio de esta acción reseñados en el párrafo anterior, altera el pedimento y los hechos recogidos en la demanda para llegar a la conclusión de la existencia de lo que podría considerarse como un acuerdo tácito de conmutación que deduciría de dos indicios: 1) Que en el año 1.997, D. Gabriel (hermano del causante) y la ahora demandante procedieron a nombrar un perito para valorar el derecho de usufructo, en concreto a D. Leovigildo , tal como se recoge en el mismo informe obrante al folio 61. 2) Que el Abogado de los demandados D. Claudio remitió una carta al Abogado de la demandante D. Juan José Torres Cantalapiedra, obrante al folio 60, que lleva fecha de junio de



2.006, en la que le propone como arreglo amistoso de "adquirir y liquidar el derecho de usufructo" a cargo de su cliente por la suma de 7.200 euros. Estos argumentos devienen improsperables, por cuanto suponen una alteración del pedimento objeto de la demanda, que, reiteramos era el ejercicio de un derecho de conmutación del usufructo legal en un capital sustitutivo, y a la vez, por cuanto si bien dichos dos hechos antes referidos se estiman acreditados, en modo alguno supone la existencia de un acuerdo tácito de conmutación en el cual las partes discrepan del precio, sino que supone un intento de ambas partes, además de los hijos de los demandados, de llegar a una solución amistosa o transaccional a una comunidad de bienes existente sobre un derecho de usufructo, en el que es evidente el deseo de la Sra. Lidia de enajenar su derecho a los nudos propietarios y usufructuarios del 75% restante, y de éstos últimos de adquirirlo, pero la discrepancia se halla en el precio a abonar, extremo sobre el cual desde el año 1.997 no han llegado a ningún acuerdo. Debemos reseñar que tales intentos no suponen el reconocimiento a la actora por parte de los demandados de un derecho de conmutación del usufructo por un capital, que, por otra parte, la norma civil no le concede, sino de un intento de llegar a una solución amistosa en relación con una comunidad de bienes relativa a un usufructo en el cual sus titulares quieren concluir con la situación de indivisión del derecho, y entre otras soluciones posibles, negocian la adquisición del 25% de usufructo sobre el solar edificado por parte de los comuneros mayoritarios a cambio de un precio, pero sin que las partes se pongan de acuerdo en el mismo. Además, en tal situación se produce una situación de falta de legitimación pasiva de los inicialmente demandados, puesto que han cedido sus derechos a sus hijos o nueras.

TERCERO.- De los hechos antes declarados probados se infiere que los demandados y sus hijos (quienes son parte tras el fallecimiento de D^a. Valentina durante la pendencia de esta litis) no ponen en duda el derecho de usufructo de la actora, reconocida en la escritura de partición de la herencia e inscrita en el Registro de la Propiedad, pero, al mismo tiempo, desde el año 1.995, fecha de fallecimiento del causante, no han permitido a la ahora demandante el ejercicio de su derecho de usufructo sobre el 25% del solar y casa (el codemandado D. Conrado en su interrogatorio responde con evasivas a dicha pregunta), y en este sentido no consta que tenga que la actora tenga las llaves del mismo, ni haya ocupado por tiempo proporcional correspondiente a su cuota la casa objeto de la litis, ni se le ha efectuado ofrecimiento alguno en tal sentido, y se alega incluso haber efectuado reformas (hecho que no se estima acreditado), sin pedirle autorización a la usufructuaria por tal cuota, sin que tampoco se le haya exigido contribución alguna a las cargas del inmueble relacionadas con el usufructo. Asimismo, tampoco la ahora actora hasta el ejercicio de esta acción ha formulado reclamación tendente a obtener dicho uso y disfrute parcial del inmueble que le corresponde, sino que las partes se han limitado a negociar, sin éxito desde hace catorce años, una liquidación de la comunidad en usufructo, de lo cual se infiere que a la actora lo que le interesa es obtener una suma dineraria en contraprestación a la "liquidación" del usufructo, y no el usar y disfrutar del bien objeto de esta litis en concordancia con la cuota del 25% que le corresponde.

La parte actora alega la existencia de un enriquecimiento injusto por la falta de uso durante estos quince años, en extremo que no puede ser objeto de esta litis, por cuanto supone una alteración de los pedimentos contenidos en la demanda inicial, que es improcedente su realización en fase de segunda instancia. A tal efecto, debemos recordar a la actora que la "liquidación" del derecho que pretende no es ejercitada en esta litis, limitada al ejercicio del derecho de conmutación del artículo 839 del CCi, sino que debe hacerse valer a través de la normativa relativa a la comunidad de bienes, en este caso, sobre un derecho de usufructo, que podrá ser objeto de otro procedimiento.

En consecuencia, se desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

CUARTO.- En cuanto al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, de existencia de una desestimación sustancial de la demanda, o de inexistencia de cuestión controvertida en cuanto al primer pedimento de la demanda, debemos reseñar, como anteriormente se ha indicado, que si bien es cierto que en ningún momento la parte ahora demandada ha negado el derecho de usufructo de la actora, y en este sentido fue objeto del acuerdo de partición de la herencia y así se halla inscrito en el Registro de la Propiedad, al mismo tiempo es llamativo que han obstaculizado en todo momento el ejercicio del uso y disfrute del solar y casa que en el porcentaje del 25% corresponde a la parte actora, de modo que se puede concluir que desde el fallecimiento de su esposo, la ahora demandante no ha podido usar y disfrutar del solar y casa sobre el que recae su derecho, ni siquiera en un porcentaje del 25% lo cual implica la existencia de un interés jurídico en que se declare la existencia del usufructo, negado en la práctica por los demandados y sus hijos, lo cual justifica el pedimento, y supone la estimación parcial de la demanda. En consecuencia, se desestima dicho recurso de apelación y se confirma íntegramente la resolución recurrida.

QUINTO.- Con respecto a las costas, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 398 de la L.E.C., procede imponer las de esta alzada a cada una de las partes apelantes, al ser la sentencia confirmatoria de la de primera instancia.



FALLAMOS

1) QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador D. Onofre Perelló Alorda, en nombre y representación de D. Pedro Miguel , en representación de D^a. Lidia ; y asimismo, DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS IDÉNTICO RECURSO interpuesto por la Procuradora D^a. Cristina Suau Morey en nombre y representación de D. Conrado y los herederos de D^a Valentina (D. Gabriel y D. Mariano , ambos contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2.010 , dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ibiza, en los autos de juicio ordinario, de los que trae causa el presente rollo de Sala.

2) DEBEMOS CONFIRMAR íntegramente dicha resolución.

3) Se imponen a cada una de las partes recurrentes las costas derivadas de sus desestimados recursos de apelación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de la Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.