



Roj: **SAP C 2807/2011 - ECLI: ES:APC:2011:2807**

Id Cendoj: **15030370052011100369**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **29/07/2011**

Nº de Recurso: **15/2011**

Nº de Resolución: **345/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL CONDE NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2807/2011,**
STSJ GAL 7188/2012

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

A CORUÑA

SENTENCIA: 00345/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

A CORUÑA

Rollo: 15/11

Proc. Origen: Juicio de Desahucio núm. 456/09

Juzgado de Procedencia: 1ª Instancia núm. 1 de Noia

Deliberación el día: 12 de mayo de 2011

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

SENTENCIA N°345/2011

Ilmos. Sres. Magistrados:

MANUEL CONDE NÚÑEZ

JULIO TASENDE CALVO

Mª DEL CARMEN VILARIÑO LOPEZ

En A CORUÑA, a veintinueve de julio de dos mil once.

En el recurso de apelación civil número 15/11, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Noia, en Juicio de Verbal de Desahucio nº 456/09, sobre "Desahucio por falta de pago", siendo la cuantía del procedimiento 90.000 euros, seguido entre partes: Como **APELANTE: D. Casimiro**, representada por el Procurador Sr. Pardo Fabeiro; como **APELADAS: DOÑA Marí Trini, DOÑA Amanda y DOÑA Caridad**, representadas por la Procuradora Sra. Freire Rodríguez Sabio.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON MANUEL CONDE NÚÑEZ

ANTECEDENTES



PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 Noia, con fecha 15 de septiembre de 2010, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

"Que desestimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Gómez Castro, en nombre y representación de DON Casimiro contra DOÑA Amanda , DOÑA Caridad y DOÑA Marí Trini , debo absolver y absuelvo a las citadas de las pretensiones contra ellas formuladas, con expresa imposición de costas a la parte actora. "

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por el demandante que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberar la Sala el día 10 de mayo de 2011, fecha en la que tuvo lugar.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- I.- La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Noia, de fecha 15 de septiembre de 2010 , acordó en su parte dispositiva la desestimación íntegra de la demanda interpuesta por la representación procesal de Don Casimiro , frente a sus hijas Doña Amanda , Doña Caridad y Doña Marí Trini , absolviendo a las demandadas de las pretensiones de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

En los fundamentos de derecho de la referida resolución se hacen constar las razones que conducen a su parte dispositiva, y, en concreto, en cuanto tienen interés para la resolución del presente recurso de apelación, las siguientes:

"Primero.- Determinación de la controversia objeto de autos.

La parte actora, D. Casimiro , ejercita acción de desahucio por precario frente a sus hijas, Dña. Amanda , Dña. Marí Trini y Dña. Caridad en relación a una casa sita en el número NUM000 de la CALLE000 de la Villa de Noia. Alega el actor que es copropietario de dicha vivienda -al pertenecer a la sociedad de gananciales que no está disuelta- y usufructuario de la misma- al serlo de toda la herencia por disposición testamentaria de su difunta esposa, Dña. Carmen .

La parte demandada alega en primer término, falta de legitimación activa del actor al entender que carece de título para ejercitar la acción de desahucio e impugnan la disposición testamentaria de Dña. Carmen relativa al usufructo por aplicación de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia . "

"Segundo.... La primera cuestión objeto de examen debe ser la determinación de la legitimación activa, primer presupuesto de la acción de desahucio y cuya falta invoca, a través del régimen de excepciones, el demandado. En primer lugar se plantea la falta de legitimación activa "ad causam" al entender que por aplicación de la Legislación de Derecho Civil de Galicia, el usufructo que en su día dispuso Dña. Carmen a favor de su esposo, carece de eficacia por aplicación del artículo 208 y el artículo 230 de la mencionada Ley al encontrarse los esposos en situación de separación de hecho desde 1992.

El ejercicio de la acción de desahucio no supone en sí mismo un juicio acerca de la mejor titularidad del bien, ni se trata de dilucidar sobre la atribución del dominio, por lo que no será necesario que el actor efectúe prueba plena sobre la titularidad del bien, debiendo bastar la apariencia indiscutida de un derecho de propiedad, siendo suficiente que la titularidad invocada establezca una vinculación con el objeto que no ofrezca dudas acerca del mejor derecho del actor.

El demandante, insta una acción de desahucio por precario contra sus tres hijas, quienes ocupan las plantas segunda, tercera y cuarta del edificio referido en el escrito de demanda, al considerar que no tiene título alguno; se refiere a que el citado inmueble es de naturaleza ganancial como se acredita con la copia de la escritura de compraventa otorgada ante el Notario en fecha 23 de mayo de 1979; que su esposa Dña. Carmen falleció recientemente habiendo otorgado testamento ante el Notario de Noia, D. Luis Santiago Gil Carnicer en fecha 2 de marzo de 1981, destacando de sus disposiciones la siguiente: Primera.- Lega a su esposo el usufructo universal vitalicio de su herencia, relevándole de las obligación de afianzar. Segunda.- Instituye herederos universales a sus tres antes mencionadas hijas.

La primera conclusión a la que se llega es que la herencia esta yacente, y no se ha planteado procedimiento judicial para la división de la herencia, por lo que ninguno de los herederos tiene la libre disposición de bienes del caudal hereditario por lo que no puede instar acciones en beneficio exclusivo..... "



" Existe una pacífica doctrina jurisprudencial en relación a la comunidad post-matrimonial que se constituye tras la disolución de la sociedad de gananciales, con independencia de que su causa sea la separación matrimonial o el fallecimiento de uno de los cónyuges.... . La doctrina mayoritaria afirma que en esa fase intermedia entre la disolución automática por fallecimiento de uno de los cónyuges y la posterior liquidación, se mantiene una suerte de comunidad o proindivisión en los bienes gananciales de tal forma que cada uno de los cotitulares -en el caso de autos, se repite, la viuda y los causahabientes del premuerto- ostentará una cuota en abstracto sobre el totum ganancial, cuota que se concretará, en particular, cuando se resuelva la liquidación de la misma, adjudicándose por consiguiente por las fórmulas de aplicación de la partición hereditaria, bienes concretos para la integración de la cuota que corresponda a los citados comuneros en los términos de los preceptos citados, de lo que se deriva, como efecto básico, que mientras la pervivencia de esa denominada comunidad post-matrimonial a cada comunero le pertenece una cuota en abstracto sobre la masa ganancial, que se materializará, tras la división-liquidación, en una parte concreta e individualizada de los bienes y derechos singulares que se les adjudique correspondientemente; y todo ello está en la línea de coherencia que al respecto se sostiene por la doctrina más especializada y en términos análogos a los siguientes sostenidos en varias resoluciones de la Dirección General de los Registros, pues si bien algunas muy antiguas admitieron la titularidad del cónyuge viudo sobre la mitad de cada uno de los inmuebles gananciales, y sus correlativa legitimación para enajenarlos, otras vienen aceptando, siquiera con diversas fórmulas, la falta de derecho concreto de los partícipes en la comunidad post- matrimonial sobre los bienes singulares, y por tanto la falta de legitimación para enajenar o gravar las correspondientes mitades (véase R. 10-1952 en la línea de las de 26 de julio de 1907, 30 de abril de 1908, 9 de enero de 1915, 2 de diciembre de 1929, etc.).

Expuesto lo anterior la primera conclusión a la que se llega es que la parte demandante, como titular de una cuota abstracta e indivisa sobre la totalidad de los bienes que integran la comunidad post-ganancial solo puede instar acciones en beneficio de la comunidad, pero no en exclusivo beneficio como ocurre en el presente caso, máxime cuando encontrándose indivisa la herencia realiza una adjudicación de derecho propio.

Con independencia de lo expuesto, concurre otra razón para no reconocer a la demandante acción para el ejercicio de la acción de desahucio dirigida contra un heredero y sobre un inmueble afecto a la herencia, y es la facultad que el artículo 820-3 del C.C . reconoce a los herederos para sustituir el usufructo universal y vitalicio por la entrega de bienes de la parte disponible por el testador. La doctrina aborda el gravamen de las legítimas por constitución de un usufructo vitalicio, tanto desde la perspectiva de su fundamento normativo como de su ejercicio, destacando lo siguiente: a) Debe calcularse el valor del usufructo según su valor venal, y solo en caso de que exceda de la cuota disponible podrán los herederos rechazarlo y cumplir dejando al usufructuario la propiedad plena de la porción disponible que el testador les hubiese atribuido; b) Que es preciso la unanimidad de los legitimarios para aceptar el gravamen del usufructo sobre la legítima; de no haberla habrá de cederse al usufructuario la propiedad de la porción disponible.

En definitiva, la aplicación del artículo 820-3 del CC conduce necesariamente a no reconocer a la demandante acción para instar la acción desahucio por precario, no solo porque no puede instar acciones que perjudique a quien ostente una cuota abstracta de la comunidad integrada por los bienes sujetos a división, sino, especialmente, porque al imponer la eficacia del art. 820.3 del CC, un heredero forzoso puede optar por la entrega al legatario de la parte disponible y ello debe hacerse en la división y adjudicación de la herencia. La demandante, en modo alguno, puede adjudicarse bienes sin el concurso del resto de los herederos, y ello sin perjuicio de que pueda instarse el oportuno procedimiento de división de herencia."

II.- Contra la referida resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del demandante Don Casimiro , realizando las siguientes alegaciones;

1º) Infracción de las normas y doctrina jurisprudencial aplicables para resolver las cuestiones objeto del procedimiento.

La jurisprudencia consolidada y abundantemente mayoritaria admite la legitimación activa del usufructuario en el caso de que no se halle liquidada la sociedad de gananciales ni partido la herencia (SAP Sevilla, Sección 5ª; 3 diciembre de 2009 ; SAP A Coruña Sección 2ª, 30 septiembre de 1998 ; SAP A Coruña Sección 4ª; 17 marzo 2010 y 16 de septiembre 2010 ; SAP Huesca, 3-12-1993 ; SAP Granada, Sección 3ª, 20 octubre de 2000 ; SAP Pontevedra, Sección 2ª, 1 octubre 2002).

La práctica totalidad de las sentencias en las que acciona el usufructuario vitalicio de herencias -sin que exista liquidación de gananciales ni adjudicaciones de bienes-, que se desestiman no son por falta de legitimación activa -que casi nadie discute- sino porque el demandado pueda, excepcionalmente, ostentar título para ocupar la finca -como puede ser un arrendamiento-.

2º) Además, la sentencia incurre en infracción de Ley, porque aplica la legislación estatal, cuando la aplicable es la autonómica, es decir, el Derecho Civil de Galicia.



a) En efecto, la resolución impugnada declara en el fundamento jurídico segundo que es de aplicación el art. 820.3 del CC ; sin embargo en la Ley 2/2006 de 14 de junio , el "*usufructo voluntario de viudedad*" tiene una configuración, características y efectos distintos al establecido en la legislación estatal. Es una institución de naturaleza sucesoria, aunque con una fuerte connotación familiar, ya que pretende mantener la cohesión del patrimonio familiar hasta el fallecimiento del supérstite así como garantizar la autoridad e independencia de éste. Atribuye al viudo un derecho de carácter personalísimo, en si mismo inalienable (art. 119.1), aunque si renunciable en todo o en parte y redimible por acuerdo entre el usufructuario y los nudos propietarios (art. 119.2). El interés de la institución reside, exclusivamente, en que a través de ella se exceptiona el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, tal y como se consagra en el CC (Art. 813.2), ya que la constitución de un usufructo de viudedad en los términos de la Ley de Derecho Civil de Galicia, elimina la posibilidad de opción que en beneficio de los legitimarios que concurren con el viudo, establece el art. 820.3 del CC . Por tanto, grava íntegramente las legítimas y se impone a los legitimarios al margen de su voluntad.

En este sentido se ha pronunciado la STSJG, Sala de lo Civil y Penal, de 21 de noviembre de 2003 .

b) Respecto a su constitución, del tenor literal del art. 118 de la LDCG se desprende que el usufructo voluntario de viudedad puede constituirse tanto en un título de naturaleza contractual (capitulaciones matrimoniales u otra escritura pública) como en un testamento, incluyendo el testamento mancomunado. El llamamiento al cónyuge viudo, como usufructuario universal (o de cuota o parte) puede hacerse también por vía testamentaria, como en el caso de litis, tratándose entonces de un legado (art. 144.1 de la Ley).

3º) Se da por reproducido cuanto consta en el escrito de resumen de pruebas y conclusiones; recordando, simplemente, que no se halla acreditado la separación de hecho de los cónyuges, sino justamente lo contrario, y, a todo evento, indicar que no cabe en este tipo de proceso examinar la validez de los títulos, cuestión que tendría su encaje en el proceso declarativo que corresponda.

III.- En escrito de oposición al recurso de apelación por la representación procesal de la demandada Doña Marí Trini , se realizan las siguientes alegaciones:

1º) Existe un error de concepto por parte del apelante, puesto que en ningún caso es usufructuario universal viudal. Si es copropietario, en tanto en cuanto el bien sobre el que se ejercita el desahucio forma parte de la sociedad de gananciales con su difunta esposa.

Dicho esto, está claro a la vista de la prueba practicada en el acto del juicio que el demandante carece de legitimación para el ejercicio de la acción de desahucio, al estar separado de hecho de la causante desde el año 1992, por lo que en aplicación literal de la **Ley de Derecho Civil de Galicia**, entre otros, el art. 208 de la citada Ley, "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".

El actor desde la separación de hecho del matrimonio en el año 1992, no ha vuelto a residir en la vivienda familiar. Prueba que acredita dicho extremo:

- Certificado de empadronamiento emitido por el Concello de Noia, que acredita que en los dos años anteriores a su muerte, la causante figuró empadronada en R/ CALLE000 da Vila núm. NUM000 , figurando como únicas convivientes sus hijas, Caridad , Marí Trini y Amanda .

- La demanda, en cuyo encabezamiento reconoce que su domicilio está en O Couto.

- Su propio DNI

- La escritura de compraventa de dos plazas de garaje del año 2004 aportada por esta parte en el acto de la vista.

- Testifical, la cual no deja lugar a dudas, la separación del matrimonio se produjo en el año 1992 y fue definitiva e ininterrumpida, siendo este hecho conocido por todo el pueblo.

Al no haberse liquidado la sociedad de gananciales de Doña Carmen y el actor, D. Casimiro , tal como determina la Sentencia de instancia en el Fundamento de Derecho Segundo, existe por tanto una comunidad post- matrimonial constituida por el cónyuge viudo y los causahabientes de la premuerta, donde cada uno de los cotitulares ostentará una cuota en abstracto sobre el totum ganancial, cuota que se concretará, en particular, cuando se resuelva la liquidación de la misma, adjudicándose por consiguiente por las fórmulas de aplicación de la partición hereditaria, bienes concretos para la integración de la cuota que corresponda a los citados comuneros en los términos de los preceptos citados, de lo que se deriva, como efecto básico, que mientras la pervivencia de esa denominada comunidad post-matrimonial a cada comunero le pertenece



una cuota en abstracto sobre la masa ganancial, que se materializará, tras la división-liquidación, en una parte concreta e individualizada de los bienes y derechos singulares que se les adjudique correspondientemente.

Continúa la sentencia de instancia indicando que a la primera conclusión a que se llega es que la parte demandante, como titular de una cuota abstracta e indivisa sobre la totalidad de los bienes que integran la comunidad postganancial, sólo puede instar acciones en beneficio de la comunidad, pero no en exclusivo beneficio como ocurre en el presente caso.

Por ello se exceptiona la falta de legitimación activa del actor, ya que no es heredero, ni legatario, ni usufructuario de ningún tipo, por lo que no goza de posición mayoritaria en la comunidad post-matrimonial de la que forma parte la vivienda sobre la que versa el desahucio, al ser las herederas universales las demandadas, sin que tenga ningún derecho sobre dicha herencia el demandante, por lo que ambas partes serían cotitulares en igual cuota, lo que conlleva que hasta que no se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales no puede pretenderse instar un desahucio contra los copropietarios no minoritarios en beneficio exclusivo del otro copropietario no mayoritario.

2º) La norma aplicable que rige la sucesión de la causante es la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. Su Disposición Transitoria Segunda, párrafo 2, establece que se aplicará la presente Ley a las sucesiones cuya apertura tenga lugar a partir de la entrada en vigor de la misma.

El **art. 208** dice 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"*.

El **art. 230** determina, *"1.- El usufructo del cónyuge viudo quedará sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder o por ser el cónyuge justamente desheredado, por declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y separación judicial o de hecho de los cónyuges"*.

Capítulo V, *"De las legítimas"*, en el **art. 238** se establece *"Son legitimarios:*

- 1. Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos.*
- 2. El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho"*.

La aplicación de dicha ley es incuestionable, y por tanto las únicas herederas universales de Doña Carmen, son sus tres hijas, por lo que tienen título suficiente para permanecer en el uso de la vivienda ganancial, al menos hasta el momento de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales. A mayor abundamiento, el actor no reúne la mayoría de la propiedad del inmueble al ser copropietario PERO NO USUFRUCTUARIO NI HEREDERO, con lo que no procede un desahucio por precario, al no ser precaristas, sino copropietarias.

IV.- En escrito de oposición al recurso de apelación la representación procesal de Doña Amanda y Doña Caridad, realizó las siguientes alegaciones:

1º) Basa su argumentación recurrente en su condición de copropietario de la vivienda al ser un bien ganancial y a su vez, de usufructuario voluntario de cónyuge viudo de la herencia de Doña Carmen. Si ese fuera el caso, nos encontraríamos con que el actor gozaría de una posición mayoritaria en la comunidad de propietarios, pero la realidad es que el demandante carece de legitimación para el ejercicio de la acción de desahucio, tal como alegó y probó esta parte en el acto del juicio, al estar separado de hecho de la causante desde el año 1992, por lo que en aplicación literal de la Ley de Derecho Civil de Galicia, entre otros, el art. 208 de la citada Ley, *"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"*.

La citada vivienda desde que fue construida ha constituido el domicilio familiar, habiendo dejado de ser el domicilio del actor desde la separación de hecho del matrimonio en el año 1992, separación que ha permanecido inalterada en el tiempo hasta el fallecimiento de la esposa 16 años después. Así quedó acreditada con la prueba practicada, y concretamente con el Certificado de empadronamiento emitido por el Concello de Noia, que acredita que en los dos años anteriores a su muerte, la causante figuró empadronada en R/ CALLE000 da Vila núm. NUM000, figurando como únicas convivientes sus hijas, Caridad, Marí Trini y Amanda. El propio actor en el encabezamiento de su demanda reconoce que su domicilio está en O Couto, como así recoge su propio DNI y la escritura de compraventa de dos plazas de garaje del año 2004 aportada por esta parte en el acto de la vista.



Pero no sólo se ha presentado abundante documental que acredita como prueba plena la prolongada e ininterrumpida separación de hecho del matrimonio, sino que a mayores, la testifical propuesta por esta parte concluyó que tanto los vecinos, como el gestor, como la propia empleada del negocio situado en los bajos de la vivienda, que conocían a los dos cónyuges, han manifestado sin el más mínimo atisbo de duda, que el matrimonio estaba separado de hecho desde hacía muchos años, lo que era público y notorio, sin que en ningún momento se hubiese producido la supuesta reconciliación alegada por la adversa en el acto del juicio, reconociendo que fueron las hijas del matrimonio las únicas que cuidaron de su madre durante todo el transcurso de su enfermedad, llegando incluso a dejar sus trabajos para poder hacerlo, lo que no habría sido necesario si el actor, jubilado, conviviese con su esposa.

2º) La casa de la que se pretende desahuciar a mis representadas y a la otra codemandada, su hermana, pertenecía a la sociedad de gananciales formada por sus padres, Doña Carmen y el actor, D. Casimiro, sociedad que quedó disuelta con el fallecimiento de la esposa el 26/03/2008, si bien hasta la fecha no se ha procedido a su liquidación.

Tal como determina la Sentencia de instancia en el Fundamento de Derecho Segundo, existe por tanto una comunidad post- matrimonial constituida por el cónyuge viudo y los causahabientes de la premuerta, donde cada uno de los cotitulares ostentará una cuota en abstracto sobre el totum ganancial, cuota que se concretará, en particular, cuando se resuelva la liquidación de la misma, adjudicándose por consiguiente, por las fórmulas de aplicación de la partición hereditaria, bienes concretos para la integración de la cuota que corresponda a los citados comuneros en los términos de los preceptos citados, de lo que se deriva, como efecto básico, que mientras la pervivencia de esa denominada comunidad post-matrimonial a cada comunero le pertenece una cuota en abstracto sobre la masa ganancial, que se materializará, tras la división-liquidación, en una parte concreta e individualizada de los bienes y derechos singulares que se les adjudique correspondientemente.

Continúa la Sentencia de instancia indicando acertadamente que a la primera conclusión que se llega es que la parte demandante, como titular de una cuota abstracta e indivisa sobre la totalidad de los bienes que integran la comunidad post- ganancial solo puede instar acciones en beneficio de la comunidad, pero no en exclusivo beneficio como ocurre en el presente caso, máxime cuando encontrándose indivisa la herencia realiza una adjudicación de derecho propio.

En resumen, en el presente procedimiento se excepciona la falta de legitimación activa del actor ya que el demandante no es heredero, ni legatario, ni usufructuario de ningún tipo, por lo que no goza de posición mayoritaria en la comunidad post- matrimonial de la que forma parte la vivienda sobre la que versa el desahucio, al ser las herederas universales las demandadas, sin que tenga ningún derecho sobre dicha herencia el demandante, por lo que ambas partes serían cotitulares en igual cuota, lo que conlleva que hasta que no se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales no puede pretenderse instar un desahucio contra los copropietarios no minoritarios en beneficio exclusivo del otro copropietario no mayoritario.

3º) La sucesión de la madre de mis representadas se rige por la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, que establece en su Disposición Transitoria Segunda, párrafo 2, que se aplicará la presente Ley a las sucesiones cuya apertura tenga lugar a partir de la entrada en vigor de la misma, que conforme a la Disposición Final, entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOG, siendo publicada el 29/06/2006.

Conforme al art. 208 de la citada Ley, *"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"*.

El art. 230 determina, "1. *El usufructo del cónyuge viudo quedará sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder o por ser el cónyuge justamente desheredado, por declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y separación judicial o de hecho de los cónyuges"*.

E incluso en el Capítulo V, *"De las legítimas"*, en el art. 238 se establece *"Son legitimarios:*

1. *Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos.*
2. *El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho"*.

En aplicación de la legislación mencionada, las únicas herederas universales de Doña Carmen, son sus tres hijas, por lo que tienen título suficiente para permanecer en el uso de la vivienda ganancial, al menos hasta el momento de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales. A mayores, el actor no reúne la mayoría de la propiedad del inmueble al ser copropietario en la misma proporción que las demandadas, con lo que no procede un desahucio por precario, al no ser precaristas, sino copropietarias



4º) El proceso de desahucio, en su actual regulación, no tiene naturaleza sumaria; sino que se trata de un juicio declarativo plano, en el que puedan analizarse como cuestiones perjudiciales la validez de los tribunales invocados por ambas partes, lo que ha sucedido en el presente caso, y ha llevado a la juzgadora de instancia a desestimar íntegramente la demanda con base en la prueba practicada.

SEGUNDO.- Procede la estimación del recurso de apelación, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1º) En este caso es de aplicar la Ley de Derecho Civil de Galicia -en los que además están conformes ambas partes litigantes-, y, en concreto los artículos 118 y 119 de dicha ley, que regulan el usufructo universal de viudedad, y eliminan la posibilidad de opción que en beneficio de los legitimarios, que concurren con el viudo establece el art. 820.3 del CC, pues se impone a los legitimarios al margen de su voluntad; y aunque dicho usufructo es redimible, será necesario para ello el acuerdo entre el usufructuario y los nudos propietarios, lo que no se ha dado en el presente caso.

Por lo tanto, procede revocar la sentencia apelada en cuanto considera de aplicación erróneamente el art. 820.3 del CC, y en base al mismo, estima que el demandante no está legitimado activamente.

2º) La sentencia apelada -además de por la aplicación del art. 820.3 del Código Civil - desestimó el desahucio por precario ejercitado, argumentando falta de legitimación del demandante por no actuar en beneficio de la comunidad post-ganancial, y si en su exclusivo beneficio, cuando únicamente es titular de una cuota abstracta e indivisible sobre la totalidad de los bienes que integran dicha comunidad.

Tampoco estamos de acuerdo con dicho razonamiento de la sentencia apelada. En el presente caso resulta incuestionable que la vivienda que ocupan las demandadas pertenece a la sociedad de gananciales formada por el demandante Don Casimiro y su fallecida esposa, como también resulta incuestionable que esta última otorgó testamento el 2-3-1981, en el que legó a su esposo el usufructo universal vitalicio de su herencia, relevándole de la obligación de afianzar. Tales datos evidencian que la legitimación del actor para promover el presente juicio de desahucio se encuentra más que cumplida, al ser propietario de la mitad de la vivienda y usufructuario de la otra mitad, mientras que sus hijas vienen usando la vivienda sin pagar renta ni merced alguna.

No es obstáculo a lo dicho las alegaciones de los escritos de contestación a la demanda, reproducidos en los escritos de oposición al recurso de apelación, y en concreto, al contenido del art. 208 de la Ley de Derecho Civil de Galicia - *"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"* - al alegarse que el demandante y su finada esposa llevan separados de hecho desde hace varios años, por cuanto, determinándose el procedimiento por razón de la materia, debe decidirse en el mismo acerca de si existen o no títulos, tanto que legitimen al actor para solicitar el desahucio por precario, como que ampare la ocupación, sin embargo este procedimiento es inadecuado para pronunciarse sobre cualquier debate sobre los títulos, como puede ser su validez o vigencia, controversia que debe plantearse y resolverse en un procedimiento ordinario.

En este aspecto, debemos señalar que si bien estimamos que hay supuestos en que la condición de usufructuario testamentario de un cónyuge no puede exhibirse como título para ejercitar los derechos derivados de tal cualidad, como lo son los casos de separación, divorcio o nulidad -tanto ya declarados, como si está en trámite su solicitud-, puesto que en estos casos hay una prueba directa como son los documentos judiciales, tanto sentencias como otras resoluciones acordando admitir a trámite las demandas en que se solicitan la nulidad del matrimonio, o la separación o el divorcio de los cónyuges- de que concurren dichas situaciones que conllevan la aplicación de lo preceptuado en el art. 208 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, pudiendo, por lo tanto, dicha documentación fehaciente, ser examinada en el juicio de desahucio por precario y en base a ella estimar la falta de legitimación activa del demandante que se considera usufructuario; sin embargo también opinamos que hay otros supuestos recogidos en el referido art. 208 de la LDCG, como son la separación de hecho de los cónyuges que al no estar acreditada, como los anteriores supuestos de separación, divorcio o nulidad, con una prueba documental fehaciente, tiene que ser acreditado a través de otros medios probatorios, en el correspondiente juicio ordinario, ni pudiendo cuestionarse en este procedimiento la validez del usufructo vitalicio establecido en el testamento de la finada esposa del demandante.

Por los motivos expuestos procede la estimación del recurso de apelación, con estimación de la demanda inicial.

TERCERO.- Procede imponer las costas de primera instancia a las demandadas, sin hacer especial imposición de las costas de alzada (art. 394 y 398 LEC).



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

FALLO

Que, estimando el recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de DON Casimiro contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Noia en los autos núm. 456/09, debemos declarar y declaramos que las demandadas deben dejar libre, vacua y expedita a favor del demandante y sin derecho a ninguna clase de indemnización, las viviendas existentes en las plantas segunda, tercera y cuarta del edificio referido en la demanda, condenándolas a estar y pasar por las anteriores declaraciones, con apercibimiento de que si no lo hacen se procederá a su lanzamiento, con condena en costas a las demandadas.

No se procede hacer especial imposición de las costas de alzada.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fué la anterior resolución 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 Secretario doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJPOJ