



Roj: **SAP C 162/2016 - ECLI:ES:APC:2016:162**

Id Cendoj: **15030370032016100026**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **18/02/2016**

Nº de Recurso: **400/2015**

Nº de Resolución: **66/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL JESUS FERNANDEZ-PORTO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Ferrol, núm. 3, 28-05-2015,**
SAP C 162/2016

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3 de A CORUÑA SENTENCIA: 00066/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

A CORUÑA

S E N T E N C I A

Número 00066/2016

Presidenta:

Ilma. Sra. doña María Josefa Ruiz Tovar

Magistrados:

Ilma. Sra. doña María José Pérez Pena

Ilmo. Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García

En A Coruña, a dieciocho de febrero de dos mil dieciséis.

Visto el presente recurso de **apelación** tramitado bajo el **número 400-2015** , por la **Sección Tercera de esta Ilma. Audiencia Provincial** , constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, interpuesto contra la sentencia dictada el 28 de mayo de 2015 por la Sra. Juez sustituta del **Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ferrol** , en los autos de **procedimiento verbal** que se tramitaron ante dicho Juzgado bajo el número 127-2015, siendo parte:

Como **apelante** , la demandante **DOÑA Custodia** , mayor de edad, vecina de Narón (A Coruña), con domicilio en PLAZA000 , NUM000 - NUM000 , provista del documento nacional de identidad número NUM001 , representada por la procuradora doña Ana-Belén Seco Lamas, y dirigida por el abogado don Manuel Ramonde Lago.

Como **apelado** , el demandado **DON Nicolas** , mayor de edad, vecino de Neda (A Coruña), con domicilio en AVENIDA000 , NUM002 , provisto del documento nacional de identidad número NUM003 , representado por la procuradora doña Pamela Cousillas Fernández, y dirigido por el abogado don José-Manuel Ariza Vidal.

Versa la apelación sobre desahucio de vivienda ocupada en precario.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Sentencia de primera instancia* .- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 28 de mayo de 2015, dictada por la Sra. Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ferrol , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por D^a. Custodia en su propio nombre y en beneficio de la comunidad hereditaria de D^a. María Teresa , representada por la procuradora Sra. Seco Lamas, contra D. Nicolas , representado por la procuradora Sra. Pereira de Vicente, y absuelto a éste de los pedimentos contenidos en la misma.

Se imponen las costas la parte demandante.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrán interponer recurso de apelación en el término de los veinte días siguientes al de su notificación. Para lo que deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en cuanto al depósito de determinada cantidad de dinero, en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , la cual fue añadida mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Así, por esta mi sentencia, juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo».

SEGUNDO .- *Recurso de apelación* .- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por doña Custodia , dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se formuló por don Nicolas escrito de oposición al recurso.

Se constituyó por la parte apelante un depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 2 de septiembre de 2015, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO .- *Admisión del recurso* .- Se recibieron en esta Audiencia Provincial las actuaciones remitidas por el Juzgado el 4 de septiembre de 2015, siendo turnadas a esta Sección el 7 de septiembre de 2015, registrándose con el número 400-2015. Por el Secretario Judicial se dictó el 25 de septiembre de 2015 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal y designando ponente.

CUARTO .- *Personamientos* .- Se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora doña Ana-Belén Seco Lamas en nombre y representación de doña Custodia , en calidad de apelante. Habiéndose reconocido a don Nicolas el derecho a la asistencia jurídica gratuita por resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Ferrol en sesión celebrada el 30 de junio de 2015, y por así haberlo solicitado expresamente la procuradora que lo representó en la primera instancia, el Secretario Judicial libró oficio al Ilustre Colegio de Procuradores de los Tribunales a fin de que designasen profesional en turno de oficio que asumiese la representación de don Nicolas , recayendo el nombramiento en la procuradora doña Pamela Cousillas Fernández. Se dictó providencia mandando quedar el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese.

QUINTO .- *Señalamiento* .- Por providencia de 22 de diciembre de 2015 se señaló para votación y fallo el pasado día 16 de febrero de 2016, en que tuvo lugar.

SEXTO .- *Ponencia* .- Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Fundamentación de la sentencia apelada* .- No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO .- *Objeto del litigio* .- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- El 22 de abril de 2013 falleció doña María Teresa , sin haber otorgado testamento.

2º.- Por auto de 28 de octubre de 2013 fueron declaradas sus herederas ab intestato su sobrina Custodia , así como sus hermanas de vínculo simple doña Aurelia y doña Constanza . Presentaron las autoliquidaciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

3º.- Entre los bienes del caudal relicto se encuentra la casa señalada con el número NUM002 de la AVENIDA000 , en el término municipal de Neda, que constituía el domicilio habitual de la difunta.



4º.- En la vivienda, conviviendo con doña María Teresa , residía desde hacía más de treinta años don Nicolas , sin que se haya acreditado que formasen pareja sentimental, y no constando inscritos en el Rexistro de Parellas de Feito de Galicia.

5º.- El 16 de enero de 2014 se remitió un burofax a don Nicolas requiriéndole para que desalojase la vivienda. El 6 de junio de 2014 se celebró acto de conciliación con la misma finalidad, no compareciendo don Nicolas a dicho acto.

6º.- El 20 de febrero de 2015 se presentó en representación de doña Custodia , que actuaba en beneficio de la comunidad hereditaria de doña María Teresa , demanda en procedimiento verbal por razón de la materia, contra don Nicolas , ejercitando una acción de desahucio por precario, al poseer éste la vivienda sin título alguno que le habilite para ello.

7º.- Convocadas las partes a juicio, don Nicolas se opuso a la demanda, por manifestar ser pareja de hecho de doña María Teresa , y serle aplicable lo establecido en la Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006 , de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, por lo que tenía la condición de legitimario, correspondiéndole el usufructo de la mitad del capital (artículos 238 y 254 de la Ley de Derecho Civil de Galicia).

8º.- Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia estimando probado que don Nicolas y doña María Teresa formaron pareja de hecho con convivencia estable, y por lo tanto que le es aplicable lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley de Derecho Civil de Galicia , y se asimila al matrimonio a los efectos de dicha Ley, entre los que se haya el usufructo del cónyuge viudo, por lo que desestima la demanda. Pronunciamientos frente a los que se alza la demandante.

TERCERO .- *Error en la valoración de la prueba* .- El primer motivo del recurso de apelación se fundamenta en un error en la valoración de la prueba, por cuanto no es cierto que las testificales y documental permitan establecer que don Nicolas y doña María Teresa mantenían una relación sentimental estable tipo «more uxorio».

El motivo debe ser estimado:

1º.- Los testigos no declararon exactamente lo que se recoge en la sentencia apelada: **(a)** doña Zaira afirmó que don Gustavo , conocido como "Cholo", cuidó a doña María Teresa "como si fuera su madre", no como a una esposa o pareja. Es más, cuando se le preguntó si tenían convivencia marital manifestó ignorarlo, que lo único que sabía es que vivía allí, pero nada más. **(b)** Doña Benita , al ser preguntada si eran pareja, como si fueran un matrimonio, lo que contesta es que «estaban juntos», pero nunca afirmó esa convivencia marital. **(c)** La única que lo afirmó fue doña Herminia . La realidad de una convivencia «more uxorio» no puede establecerse por un único testigo, cuando los otros dos no lo afirman. Luego no era una convivencia marital tan pública y notoria.

2º.- El informe del Concello de Neda nada prueba. Ni constituye una prueba admisible. El funcionario encargado del Padrón Municipal expide una certificación en la que hace constar que don Valentín vive en otro sitio, pero en el apartado de observaciones afirmar que, según informes de la Policía Local, convivió con doña María Teresa durante más de 31 años. Ni se identifica al policía autor de tal informe, ni se aportó, ni se trajo a ese policía como testigo al acto del juicio. Al final no se sabe quién realiza esa afirmación, y en base a qué fuentes, ni qué quiere decir exactamente ese «convivió» (convivencia como pareja, o como acogido). Es doctrina jurisprudencial que no es admisible el testimonio escrito de personas, ni tiene siquiera el valor de prueba testifical, al haberse aportado al proceso en forma documental y por tanto sin ajustarse a las normas reguladoras de dicha prueba, al no practicarse la prueba bajo los principios de inmediación y contradicción. No son testigos, porque no declararon en el acto del juicio conforme a las formalidades y requisitos que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni sometidas a contradicción por la otra parte. Por lo que ningún efecto jurídico puede producir en el proceso [Ts. 21 de noviembre de 2003 (RJ Aranzadi 8085), 13 de mayo de 1991 (RJ Aranzadi 3663), 18 de marzo de 1991 (RJ Aranzadi 2265), 20 de julio de 1990 (RJ Aranzadi 6221) y 14 de octubre de 1976 (RJ Aranzadi 4186)].

3º.- El que dos personas convivan en el mismo domicilio durante 30 años, y tengan una cuenta bancaria de titularidad conjunta, no permite establecer que ser trate de una pareja de hecho.

En síntesis, la prueba practicada no acredita esa convivencia more uxorio.

CUARTO .- *Infracción de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006 , de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia y jurisprudencia que la interpreta* .- En el segundo motivo del recurso de apelación se añade que, en todo caso, la sentencia apelada infringiría la mencionada disposición adicional, por cuanto la que invoca está derogada, y no se inscribieron en el Registro de Parejas de Hecho, con invocación de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de octubre de 2014 .

El motivo debe ser estimado:



1º.- El texto de la disposición adicional tercera de la Ley de Derecho Civil de Galicia que se cita en la sentencia apelada está derogado. La Lei 10/2007 , do 28 de xuño, de reforma da disposición adicional terceira da Lei 2/2006, do 14 de xuño, de dereito civil de Galicia, publicada en el Diario Oficial de Galicia de 2 de xullo de 2007, entrando en vigor al día siguiente, reformó dicha disposición adicional. En la Exposición de Motivos se recoge que la razón de tal modificación es que en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia «*como resultado das diferentes emendas presentadas polos tres grupos parlamentarios da Cámara, introduciuse no texto a disposición adicional terceira, na procura de eliminar no ámbito da lei a discriminación existente entre os matrimonios e as unións análogas á conxugal; porén, non foi intención do lexislador establecer a equiparación ope legis de quen non desexase ser equiparado .- Por iso, quería preceptuar con claridade no texto a concorrencia necesaria e acumulativa de dous requirimentos para que se puidese introducir a devandita equiparación: por unha banda, que os membros da unión expresasen a súa vontade de equiparación ao matrimonio , e, pola outra, que acredita sen un tempo mínimo de convivencia estable*» . Y se da a dicha disposición la siguiente redacción: «*Disposición adicional terceira*

1. *Para os efectos da aplicación desta lei, equipáranse ao matrimonio as relacións maritais mantidas con intención ou vocación de permanencia, co que se estenden aos membros da parella os dereitos e as obrigas que esta lei lles recoñece aos cónxuxes.*

2. *Terán a condición de parellas de feito as unións de dúas persoas maiores de idade, capaces, que convivan coa intención ou vocación de permanencia nunha relación de afectividade análoga á conxugal e que a inscriban no Rexistro de Parellas de Feito de Galicia, expresando a súa vontade de equiparar os seus efectos aos do matrimonio .*

Non poden constituír parellas de feito:

a) *Os parentes en liña recta por consanguinidade ou adopción.*

b) *Os colaterais por consanguinidade ou adopción ata o terceiro grao.*

c) *Os que estean ligados por matrimonio ou formen parella de feito debidamente formalizada con outra persoa.*

3. *Os membros da unión de feito poderán establecer validamente en escritura pública os pactos que consideren convenientes para rexer as súas relacións económicas durante a convivencia e para liquidalas tras a súa extinción, sempre que non sexan contrarios ás leis, limitativos da igualdade de dereitos que corresponden a cada convivente ou gravemente prexudiciais para cada un deles.*

Serán nulos os pactos que contraveñan a anterior prohibición» .

El Registro de Parejas que la disposición adicional tercera contemplaba fue creado por Decreto 248/2007, de 10 de diciembre , publicado en el Diario Oficial de Galicia de 8 de enero de 2008, entrando en vigor a los 20 días de su publicación.

2º.- La jurisprudencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, interpretando dicha disposición, ha establecido de forma reiterada [sentencias de 5 de noviembre de 2014 (Roj: STSJ GAL 9660/2014, recurso 20/2010) , 21 de octubre de 2014 (Roj: STSJ GAL 8090/2014, recurso 24/2009) y 21 de octubre de 2014 (Roj: STSJ GAL 8089/2014, recurso 49/2011)] (La referencia Roj es la numeración en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, que puede ser consultada en la página web del Consejo General del Poder Judicial) que ya de la redacción primitiva de la adicional tercera se sigue que la equiparación de la pareja de hecho al matrimonio requiere la acreditación de convivencia y, además, la expresión, de forma clara y unívoca, de la voluntad de equiparación mediante la inscripción en algún registro administrativo, acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho; que la norma no opera "ope legis" para quien no desea ser equiparado; y que la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia es un requisito ineludible para que hablemos de parejas de hecho equiparables al matrimonio a los efectos de la Ley de Derecho Civil de Galicia, e indicándose en la disposición final de la Ley 10/2007 el carácter constitutivo del tal registro. Concluyéndose que el legislador gallego de la redacción reformada de la adicional consagra dos clases al menos de uniones more uxorio: una, la que equipara al matrimonio, esto es, la pareja de hecho que conviviendo con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal inscriba en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia la declaración formal de su constitución; y otra, la que no equipara al matrimonio, a saber, la pareja de hecho que manteniendo esa misma relación marital con intención o vocación de permanencia, prescinde de su formalización constitutiva en el susodicho Registro, y que precisamente porque prescinde es por lo que no merece (al legislador gallego) ser equiparada al matrimonio a los efectos de la aplicación de la propia Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

3º.- Al margen de no haberse acreditado de forma cumplida la convivencia «more uxorio», sino una mera convivencia domiciliaria, sí está probado que don Gustavo y doña María Teresa no inscribieron esa unión,



con pretensión de asimilarla al matrimonio, en el Registro de Parellas de Feito de Galicia, por lo que nunca podría aplicarse la asimilación al matrimonio que establece la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, en la redacción vigente a la fecha del fallecimiento de doña María Teresa, y por lo tanto no se le asimila a un legitimario, ni se le corresponde el usufructo del cónyuge viudo.

Por lo que la demanda debió de estimarse íntegramente.

QUINTO .- *Costas* .- Al revocarse la sentencia apelada y estimarse la demanda, las costas de la primera instancia son de preceptiva imposición al demandado (artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Al prosperar el recurso no se imponen las costas devengadas en la segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

SEXTO .- *Depósito del recurso* .- Conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al estimarse el recurso, deberá devolverse a la parte el depósito constituido, debiendo expedirse el correspondiente mandamiento de pago.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

Por lo expuesto, **la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña**, resuelve:

1º.- Se estima íntegramente el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandante **doña Custodia**, contra la sentencia dictada el 28 de mayo de 2015 por la Sra. Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ferrol, en los autos del procedimiento verbal seguidos con el número 127-2015, y en el que es demandado don Nicolas.

2º.- Se revoca la sentencia apelada; y en su lugar: estimando la demanda formulada por doña Custodia en beneficio de la comunidad hereditaria de doña María Teresa, contra don Nicolas, debemos declarar y declaramos haber lugar al desahucio de don Nicolas de la vivienda sita en el número NUM002 de la AVENIDA000, del término municipal de Neda (A Coruña), condenándolo a dejar dicho inmueble libre y a disposición de la demandante, en la forma en que acciona, bajo apercibimiento de lanzamiento en caso de no verificarlo. Todo ello con expresa imposición a don Nicolas de las costas ocasionadas en la primera instancia.

3º.- No se imponen las costas devengadas por el recurso.

4º.- La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito constituido para apelar. Procédase por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de instancia a expedir mandamiento de devolución a favor de la procuradora que representa a doña Custodia por el importe del depósito constituido.

5º.- Notifíquese esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la materia, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011, y los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Santander, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0400 15 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0400 15 para el recurso extraordinario por infracción procesal.



Don Nicolas está exento de constituir el depósito al habersele reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita en sesión celebrada el 30 de junio de 2015.

6º.- Firme que sea la presente resolución, librese certificación para el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ferrol, con devolución de los autos.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael Jesús Fernández Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ