

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

AP Madrid, sec. 13ª, S 25-04-2014, nº 141/2014,

rec. 419/2013

SENTENCIA Nº 141/2014

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia num. X, de los de Alcalá de Henares, en fecha de febrero de dos mil trece, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debía estimar en parte la demanda interpuesta por XXXX contra XXXX Y XXXX, declarando nula la mención contenida en el testamento objeto de autos, "prohibiendo expresamente el uso de la vivienda en Alcalá de Henares CALLE001 número NUM000, portal NUM001, NUM002 NUM003, a la madre de sus hijos Dª XXXX."

No procede hacer expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha veinticuatro de junio de 2013, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día veintitrés de abril de dos mil catorce.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Los hechos más relevantes de los que hemos de partir para decidir sobre las alegaciones en que se sustenta el recurso de apelación interpuesto por Doña XXXX contra la sentencia que, estimando en parte la demanda formulada por Doña XXXX, puso fin al procedimiento en la precedente instancia, son los siguientes:

D. XXXX, nacido el NUM004 de 1973, mantuvo una relación sentimental de hecho o "more uxorio", análoga al matrimonio, con Doña XXXX, nacida el NUM005 de 1977, que comenzó en el año 1997, fruto de la cual nacieron tres hijos, XXXX el NUM006 de 1999, XXXX el NUM007 de 2006 y XXXX el NUM008 de 2008 -folios 48 a 57-.

D. XXXX adquirió, a título privativo, en escritura pública de compraventa otorgada el día 2 de octubre de 2003, la vivienda sita en la CALLE001, número NUM000, bloque NUM001, NUM002 NUM003, en Alcalá de Henares "Conjunto DIRECCION000 ", que está inscrita en el Registro de la Propiedad num. Uno de dicha ciudad con el num. NUM009, folio NUM010, tomo NUM011, libro NUM012 de la Sección Oeste -folios 85 a 91-.

Doña XXXX, D. XXXX y los tres hijos habidos de su unión trasladaron su residencia al referido inmueble, que pasó a constituir la vivienda habitual de la familia, estando allí empadronados según se acredita con "nota informativa" fechada el 22 de enero de 2010 del Ayuntamiento de Alcalá de Henares -folio 63-.

c) Al poco tiempo (marzo de 2010) se rompió la convivencia entre D. XXXX y Doña XXXX, trasladándose ésta y sus tres hijos a la casa de un hermano en Torrejón de Ardoz, donde cursaron estudios los tres hijos -folios 115 a 117-.

Según se refiere en el hecho quinto de la demanda, ante el agravamiento de la enfermedad que padecía D. XXXX, Doña XXXX restableció la convivencia con él en mayo de 2010 hasta enero de 2011, en que cesó de nuevo por las desavenencias entre ambos, siendo reanudada a mitad de junio de 2011 hasta finales de agosto del mismo año, fecha en la que terminó de modo definitivo.

Desde entonces Doña XXXX y sus hijos pasaron a residir con sus padres, en la vivienda que poseen en la CALLE002, NUM013, NUM008 NUM014 de Alcalá de Henares, donde lo siguen haciendo en la actualidad y en la que figuran empadronados desde el 21 de noviembre de 2011 -folio 77-.

d) Entre tanto, en el procedimiento de adopción de medidas paternofiliales y económicas seguidas en el Juzgado de Primera Instancia num. X de Alcalá de Henares con el num. XXXX/2010, a consecuencia de la ruptura de la pareja se dictó sentencia el 6 de mayo de 2010 por la que aprobó la propuesta de convenio regulador firmado por las partes el 11 de abril de 2010, por el que se adjudicó la guarda y custodia de los menores a la madre, quedando compartida la patria potestad por ambos progenitores, se estableció un amplio régimen de visitas para el padre y se determinó la cantidad que éste debería satisfacer en concepto de alimentos para cada hijo (1020 Eur. en total),

sin que se adoptara ningún acuerdo respecto del uso y disfrute de la vivienda conyugal -folios 70 a 75-.

e) D. XXXX falleció en Alcalá de Henares el 29 de septiembre de 2011 -folio 48-, quien había otorgado testamento a las catorce horas veinte minutos del día veintisiete de septiembre de 2011 ante el notario de dicha localidad D. XXXX, en el que, entre otras, dispuso las siguientes cláusulas:

"PRIMERA. Lega a su hija XXXX, si ese que legalmente estuviera obligado, la legítima estricta que pudiera corresponderle....

SEGUNDA. Instituye por sus únicos y universales herederos por partes iguales a sus dos hijos XXXX y XXXX,...

TERCERA. Ordena el testador que hasta que sus hijos XXXX, XXXX y XXXX no cumplan la mayoría de edad los bienes que reciban como consecuencia de esta herencia sean administrados únicamente por la hermana del testador XXXX.

Esta administración excluirá a la de la madre de sus mencionados hijos y herederos, mientras los mismos sean menores de edad.... prohibiendo expresamente el uso de la vivienda en Alcalá de Henares CALLE001 número NUM000, portal NUM001, NUM002 NUM003, a la madre de sus hijos D^a XXXX.....

CUARTA. Hasta que el menor de sus hijos actuales, no cumpla la edad de 25 años, no podrán realizar actos de disposición respecto de los bienes procedentes de la herencia del testador sin el consentimiento de la administradora antes nombrada...."

f) Según el informe de Vida Laboral de Doña XXXX obrante al folio 111, desde el 20 de julio de 2011 se halla en situación de desempleo, sin que figure como beneficiaria de una prestación/subsidio por desempleo, según certificación librada el 25 de noviembre de 2011, por la Dirección de la Oficina de Prestaciones de Torrejón de Ardoz -folio 112-.

g) El 9 de noviembre de 2011 Doña XXXX remitió un burofax a Doña XXXX, como administradora de los bienes que su hermano D. XXXX había dejado a su fallecimiento, en el que, entre otros extremos, la requería para que "sea atribuido efectivamente a los menores de edad, dado que actualmente los mismos carecen de vivienda alguna no gozando de aptitud ni condiciones adecuadas la vivienda actualmente ocupada por los menores, requiriéndole la entrega de las llaves de la vivienda en el plazo prudencial de 7 días, entrega de llaves que se puede hacer en mi persona o en el Despacho de mis Abogados" -folios 136 a 140-.

Como no surtiera efecto el mencionado requerimiento, Doña XXXX presentó el 27 de julio de 2012 la demanda que dio inicio al procedimiento dirigida frente a Doña XXXX, la herencia yacente de los bienes relictos de D. XXXX y frente a Doña XXXX, Doña XXXX y D. XXXX, en la persona del defensor judicial D. XXXX, designado en auto dictado el 4 de mayo de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia num. X de Alcalá de Henares, en cuyo punto 2º del Suplico, que es el único por el que, tras la celebración de la audiencia previa el 19 de diciembre de 2012, continuó el procedimiento, ya que se apreció la falta de legitimación de la demandante respecto de los restantes pedimentos, se pedía:

"La nulidad o la ineficacia, del inciso final de la cláusula tercera del último testamento del causante, otorgado ante el Notario D. XXXX, en fecha 27 de septiembre de 2.011 (Doc. núm. 8 de la demanda), párrafo resaltado en negrita y subrayado, en lo relativo a la prohibición de uso de la vivienda por parte de mi representada, al reputarse que contraviene el deber de la madre inherente a la patria potestad de tener en compañía a sus hijos, o bien por contener una prohibición de uso perpetua y carecer de interés legítimo alguno y por vulnerar los derechos legitimarios de los menores, al imponer a la legítima una carga, gravamen o condición, permitiéndose por tanto el uso de la vivienda sita en CALLE001, Portal NUM000, Bloque NUM001, NUM002 NUM003 de Alcalá de Henares, a mi representada para que conviva en la misma junto a sus tres hijos menores de edad".

h) La demanda fue estimado parcialmente en la forma que consta transcrita en los antecedentes de esta resolución, interponiendo contra ella Doña XXXX el recurso de apelación que ahora decidimos con sustento en las siguientes alegaciones:

Primera.- Falta de legitimación activa "ad causam". Infracción del artículo 162.3 del Código Civil , que exceptúa la representación legal de los padres de sus hijos menores no emancipados con relación a los bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Además la demandante no puede fundamentar su legitimación en el hecho de actuar en defensa de sus hijos, cuando éstos han sido demandados a través del defensor judicial.

Segunda. - Sobre la nulidad de la cláusula tercera del testamento, que no contiene una condición ni una prohibición de disponer dirigida a los herederos. Además aduce como un hecho nuevo, que la vivienda se encuentra alquilada, debiendo respetarse, en todo caso la voluntad del testador como ley prevalente en toda disposición testamentaria, según el artículo 675 del Código Civil . En definitiva la cláusula es totalmente válida.

La demandante y apelada se opuso al recurso y solicitó su desestimación.

TERCERO.- La apelante no cuestiona la aptitud procesal para ser parte en el proceso de Doña XXXX, sino la capacidad para actuar como tal en consideración a la relación material que debe ostentar con el objeto o derecho litigioso, o lo que es lo mismo la legitimación causal o titularidad del derecho en que se fundamenta la pretensión como base o sustento del efecto jurídico pretendido, tal y como se exige en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En este caso Doña XXXX no actúa en representación de sus hijos menores de edad con relación a un derecho de éstos sobre un bien excluido de la administración de dicha representante legal, incurso por tanto en la excepción comprendida en el ámbito del apartado 3º del párrafo segundo del artículo 162 del Código Civil , sino un derecho propio derivado de la patria potestad que legalmente tiene atribuida sobre sus hijos, que le confiere el derecho, que no solo la obligación, a tenerlos en su compañía a tenor de lo preceptuado en el artículo 154-1º del Código Civil , que pudiera quedar no ya comprometido sino también gravemente perturbado e incluso impedido su ejercicio por la prohibición de uso de la vivienda sita en la C/ CALLE001, número NUM000, portal NUM001, NUM002 NUM003, en Alcalá de Henares a Doña XXXX, contenida en la cláusula tercera, párrafo segundo, inciso último del testamento que otorgó D. XXXX el día 27 de septiembre de 2012, cuya propiedad exclusiva le pertenecía.

En consecuencia, y con independencia de cualquier otra apreciación que pueda haber efectuado el mismo Juzgado en la pieza de medidas cautelares con relación al ejercicio de un derecho distinto por Doña XXXX, como representante legal de sus hijos (prestación de alimentos), ha sido bien apreciada por la Juzgadora de Primera Instancia la legitimación causal de la demandante, con relación al pedimento segundo del suplico de la demanda, que es el único por el que se siguió el procedimiento, según ha quedado expuesto, y en el que se basa el recurso de apelación.

CUARTO.- El testamento, como negocio jurídico, cuyos efectos se producen después de la muerte del otorgante, es susceptible de comprender disposiciones tanto patrimoniales (artículos 667 y 668 del Código Civil) como no patrimoniales, rigiéndose éstas por las normas que le son propias al no perder su naturaleza por el hecho de que se incluyan en la mencionada disposición testamentaria.

El artículo 675, párrafo segundo, del Código Civil , permite impugnar el testamento en el caso de que concurra una causa legal de nulidad, aunque lo haya prohibido el testador, impugnación que, según el artículo 743, puede afectar a todas las disposiciones testamentarias o solo a parte de ellas. Aquí la cuestionada no es una disposición propiamente testamentaria, sino la prohibición del uso de la vivienda por la madre de los hijos del testador que, como tal queda sujeta a las normas imperativas a que se subordina su eficacia, siendo así que tanto el artículo 6.3 del Código Civil , como el artículo 1255 del mismo Código, prohíben los actos contrarios a las normas imperativas como a la moral, debiendo tenerse por no puestas, según el artículo 792, las condiciones contrarias a las leyes o a las buenas costumbres.

En este caso la prohibición de uso contenida en el testamento resulta contraria a lo dispuesto en los artículos 154-2º y 96 del Código Civil , ya que el primero establece el derecho-deber de la madre de tener a los hijos no emancipados en su compañía, lo que difícilmente puede ser cumplido si Doña XXXX tiene prohibido el uso de la vivienda heredada por sus hijos, al que tienen legítimo derecho; pero es que, además, constituyendo el piso sito en la CALLE001 de Alcalá de Henares la vivienda familiar, a falta de acuerdo, cual es el caso, su uso corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, como interés merecedor de protección legal, aprovechándose de él por disposición de la ley el cónyuge a cuyo cuidado queden, que además es quien detenta la patria potestad. Por lo que en atención a ello bien ha sido declarada nula, por contravenir normas imperativas, la mención prohibitiva de uso de la vivienda por la demandante contenida en el testamento que otorgó D. XXXX, con independencia de quien sea el actual ocupante de la vivienda y la legalidad de la posesión que le haya podido conferir la administradora de los bienes del fallecido, que como hecho nuevo aducido en el recurso y, por tanto posterior a la sentencia, no ha sido objeto de enjuiciamiento en la primera instancia ni, por ello, puede serlo en ésta.

QUINTO.- Las costas procesales generadas por el recurso, dada su desestimación, serán impuestas a la apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debemos desestimar, y desestimamos, el recurso de apelación interpuesto por Doña XXXX contra la sentencia dictada el 8 de febrero de 2013 por la Ilma. Sra. Magistrada-Jueza del Juzgado de Primera Instancia num. X de los de Alcalá de Henares en los autos de juicio ordinario num. XXXX/2012, seguido a instancia de Doña XXXX; resolución que confirmamos, condenando a la apelante al pago de las costas procesales causadas por el recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de VEINTE días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de 50 Eur.por cada tipo de recurso, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J. , establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre , sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el num. 2580, en la sucursal 1036 de Banesto, sita en la calle Ferraz num. 43.

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

Publicación. Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370132014100149