

SAP de Bizkaia de 29 de octubre de 2013

En Bilbao (BIZKAIA), a veintinueve de octubre de dos mil trece.

En nombre de S.M. el Rey, por la autoridad que le concede la Constitución.

Vistos por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 274 de 2012, seguidos en primera instancia ante la UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de Getxo y del que son partes como demandante Dª Tamara, representada por el Procurador D. Francisco Ramón Atela Arana y dirigida por el Letrado D. Alfredo Rolando Ladislao Rojo, y como demandado D. Teodulfo, representado por el Procurador D. German Ors Simon y defendido por el Letrado D. Josu Urigüen Uribe, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada Dª MARIA ELISABETH HUERTA SANCHEZ.

ANTECEDENTES

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el juzgador de primera instancia se dictó con fecha 2 de mayo de 2013, sentencia, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"**FALLO:** 1.- Con desestimación de la demanda interpuesta por el procurador Sr. Atela en nombre y representación de Dª Tamara, absuelvo a D. Teodulfo de las pretensiones deducidas en la demanda, y con imposición a la parte actora de la condena en costas procesales devengadas en la presente instancia.

2.- Con estimación de la reconvencción interpuesta por el procurador Sr. Ors en nombre y representación de D. Teodulfo declaro a los efectos civiles que D. Teodulfo es titular del 50% de la concesión y los derechos funerarios sobre el nicho nº NUM000 situado en la Manzana NUM001 del Cementerio municipal de Maruri-Jatabe, condenando a Dª Tamara a estar y pasar por esta declaración, con condena a la reconvenida al abono de las costas procesales de la presente reconvencción."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Dª Tamara y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia y se turnaron a esta Sección Quinta, donde se formó el correspondiente rollo, señalándose día para votación y fallo del recurso el día 02 de octubre de 2013.

TERCERO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La representación de D^a Tamara apela la sentencia dictada en primera instancia y solicita que, previa revocación de la misma, se estime la demanda interpuesta en su día, aduciendo en apoyo de sus pretensiones que la sentencia recurrida ha valorado erróneamente las pruebas practicadas y, a la luz del artículo 217 de la LEC, perjudica los derechos del Ayuntamiento de Maruri-Jatabe, no son extemporáneas las alegaciones sobre las disposiciones reglamentarias en cuanto a si la concesión del nicho NUM000 estaba realizada a perpetuidad o temporalmente y no hay prueba alguna de que la fallecida D^a Marcelina, madre de la actora, solicitase renovación de la concesión ni conversión en perpetua, habiendo transcurrido entre el fallecimiento de D^a Marcelina, el 29-7-1998, y la concesión de la titularidad del nicho a D^a Tamara, el 30 de abril de 2001, 27 años y nueve meses, cuando en aplicación de las Disposiciones Reglamentarias relativas a las concesiones de propiedad en el cementerio, el nicho n^o NUM000 había vuelto a poder de la Administración, correspondiendo a la parte reconviniendo probar que la concesión se encontraba renovada o convertida en perpetua, lo que no ha ocurrido y, por ello, no habiéndose probado que D^a Yolanda hubiese heredado de su madre D^a Marcelina el 50% de la titularidad del nicho n^o NUM000, no se puede transmitir ningún derecho sobre tal sepultura al Sr. Teodulfo, operando la vuelta de la concesión al Ayuntamiento *ipso iure*. Habiéndose alegado en la contestación a la reconvención que D^a Tamara era titular del nicho n^o NUM000 conforme a título expedido el 30 de abril de 2001, ninguna cuestión extemporánea se ha alegado en el trámite de conclusiones y no puede pretender el Sr. Teodulfo ostentar un derecho hereditario que su finada esposa no tenía, siendo muy distinto que se desestime la demanda de la actora a que se le conceda mediante reconvención un derecho que no se tiene y que pudiera ser de terceros, la propiedad de la concesión le viene a esta parte del propio título del Ayuntamiento, y así se interesó en el apartado a) del suplico de la demanda y además del título, el bien tiene carácter troncal, obviando la sentencia el carácter histórico del enterramiento de los parientes tronqueros, siendo troncal según el artículo 19 no solo los bienes raíces sino también los demás derechos, rentas de disfrute que recaigan sobre ellos, y no ofrece duda alguna que el nicho constituye un derecho real de disfrute, nada aportan las sentencias invocadas; el Sr. Teodulfo, como ya se alegó, carece de legitimación activa, la concesión concedida a D^a Marcelina expiró el día 30 de julio de 1998, misma fecha del óbito de D^a Yolanda, volviendo el nicho a poder del Ayuntamiento, que tras esperar dos años, concedió nueva titularidad a D^a Tamara, no siendo el Sr. Teodulfo pariente tronquero, y el acuerdo del Ayuntamiento no es nulo y como tal despliega plenos efectos, y extinguida la concesión, pues no fue renovada, nada se puede actuar en el ámbito del derecho promovido y una cotitularidad indivisa del 50% sobre una concesión administrativa, como el nicho, solo permite inhumar un cadáver, impide el derecho del otro cotitular.

SEGUNDO.- A la vista de estas alegaciones y del resultado de las pruebas practicadas, el recurso de apelación no puede prosperar, toda vez que la sentencia apelada ha centrado correctamente las cuestiones jurídicas planteadas y valorado, también de forma correcta, las pruebas practicadas en la Litis, debiendo destacarse a estos efectos que las cuestiones debatidas quedaron circunscritas, a través del contenido de los respectivos escritos de demanda, contestación- reconvención y contestación a la reconvención a la titularidad a efectos civiles del nicho nº NUM000 del Cementerio municipal de Maruri-Jatabe, por lo que, obviamente, no pueden ser analizadas las cuestiones formuladas extemporáneamente en fase de conclusiones por el Sr. Letrado de la parte demandante, en relación con la subsistencia o no de la concesión administrativa, o el carácter temporal o perpetuo de la misma, sobre tal sepultura, que, además de ser ajenas al ámbito estrictamente civil del objeto del litigio, nunca formaron parte del ámbito de debate de este procedimiento, delimitado, como no podía ser de otro modo, por los escritos de demanda, reconvención y contestaciones respectivas.

Sentado lo anterior, y entrando a analizar lo que constituye el objeto de debate, debe recordarse que la actora D^a Tamara sostenía en la demanda que la sepultura litigiosa le correspondía al 100%, pues habiendo fallecido su hermana y esposa del demandado D^a Yolanda, sin descendencia, no operaba la comunicación foral, no correspondiéndole a D. Teodulfo ningún derecho o titularidad sobre el nicho nº NUM000 por tratarse la referida sepultura de un bien troncal, reiterando con insistencia en esta alzada el carácter troncal de dicha sepultura.

Pues bien, a la vista de lo establecido en el artículo 19 de la Compilación de Derecho Foral del País Vasco-Ley 3/1992 de 1 de julio, tal tesis no se puede aceptar, ya que el tenor literal de dicho precepto es muy claro al decir que:

“A efectos de troncalidad, son bienes raíces la propiedad y demás derechos reales de disfrute que recaigan sobre:

1.- El suelo y todo lo que sobre el mismo se edifica, planta o siembra.

Los bienes muebles destinados o unidos a los expresados en el párrafo anterior tendrán la consideración de raíces, salvo que, pudiendo ser separados sin detrimento, se transmitan con independencia.

No están sujetos al principio de troncalidad los frutos pendientes y las plantas, cuando sean objeto de transmisión separada del suelo, ni los árboles, cuando se enajenen para su tala.

2.- Las sepulturas en las iglesias”

De dicha redacción se desprende nítidamente que solo las sepulturas en las iglesias tienen carácter troncal, pero no cualquier sepultura, y aquí nos encontramos con un nicho en un cementerio municipal, sometido al régimen de concesión administrativa, por lo que, careciendo de tal carácter troncal, tal sepultura, con el alcance y trascendencia que al efecto puede otorgarle la normativa administrativa municipal, en la

medida de que en su día, cuando falleció la madre y suegra de los litigantes D^a Marcelina, forma parte del haber hereditario de D. Teodulfo en relación con la herencia recibida de su fallecida esposa D^a Yolanda, a quien ésta instituyó heredero único y universal en todos sus bienes, con excepción de la nuda propiedad de la mitad del caserio de su propiedad, recibida por herencia de su fallecida madre D^a Marcelina, y quien en su día ostentó la titularidad de la sepultura litigiosa, según el documento n^o 1 de la contestación a la demanda, obrante a los folios 88 y 89 de los autos.

Por último, reiterándose también la falta de legitimación del demandado, igualmente debe rechazarse esta afirmación, toda vez que en el escrito de fecha 15 de noviembre de 2010 presentado en el acto de conciliación, D. Teodulfo se limitó a decir que "renunciaba a favor de los herederos de Marcelina de sus derechos sobre el nicho n^o NUM000, con efectos desde la fecha de su fallecimiento, disponiendo el entierro de mi cadáver junto con los restos de mi difunta esposa Yolanda, en el nicho n^o NUM002, de mi titularidad en el cementerio de Maruri-Jatabe", por lo que estas manifestaciones, hechas para surtir efecto después de su fallecimiento, y con independencia de su alcance y trascendencia, no afectan a la cuestión debatida, especialmente ni se tiene en cuenta que en aquel acto de conciliación no se alcanzó ningún acuerdo y, por otra parte, consta acreditado que D. Teodulfo aceptó la herencia de su esposa (documento n^o cinco de la contestación).

Por todo lo expuesto, y no habiéndose desvirtuado la fundamentación de la resolución recurrida, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar aquella íntegramente.

TERCERO.- En cuanto a las costas de esta segunda instancia, procede su imposición al apelante a tenor de lo dispuesto en el vigente artículo 398 párrafo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- Con pérdida del depósito constituido para recurrir (D.A. 15,9 de la L.O.P.J.)

VISTOS los preceptos legales citados en esta Sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Tamara contra la sentencia dictada el día 2 de mayo de 2013, por el Ilmo. Sr. Magistrado de la UPAD de 1^a Instancia e Instrucción n^o 5 de Getxo, en el Juicio ordinario n^o 274 de 2012, del que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, todo ello con expresa imposición al apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia

Devuélvase los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia, para su cumplimiento.

Transfiérase por la Sra. Secretaria el importe del depósito constituido para recurrir a la cuenta de recursos existente al efecto.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS, **si se acredita interés casacional**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4738 0000 00 26513. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

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

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario Judicial certifico.