



Roj: **STSJ GAL 6397/2003 - ECLI: ES:TSJGAL:2003:6397**

Id Cendoj: **15030310012003100057**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2003**

Nº de Recurso: **22/2003**

Nº de Resolución: **35/2003**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PABLO ANGEL SANDE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

DON ALFONSO SÁNCHEZ GONZÁLEZ SECRETARIO DE LA SALA DE LO CIVIL Y  
PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

DOY FE Y CERTIFICO: Que en el recurso de casación número 22/03 de esta Sala se ha  
dictado la siguiente:

tribunal superior de justicia de galicia

A Coruña, veintiuno de noviembre de dos mil tres, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior

de Justicia de Galicia, constituida por los Ilmos. Sres. magistrados don Juan José Reigosa González, don Juan  
Carlos Trillo Alonso y don Pablo A. Sande García, dictó

en nombre del rey

la siguiente

#### **s e n t e n c i a número 35**

En el recurso de casación **22/2003** interpuesto por don Ángel Jesús ,

representado por el procurador don Juan Perreau de Pinninck y Zalba y asistido por el letrado don Rafael  
Pereira González, y en el que es parte recurrida don Imanol , representado por el procurador don Ignacio Pardo  
de Vera López y asistido por el letrado don Carlos Bellón Vázquez, contra la sentencia dictada en grado de  
apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo con fecha de dieciocho de marzo de dos  
mil tres (rollo de apelación número 89 de 2003), como consecuencia de los autos del juicio especial de división  
de herencia número 150 de 2001, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia de Sarria, sobre acción de  
división de herencia y oposición a la operación divisoria del caudal hereditario.

#### **antecedentes de hecho**

PRIMERO: 1. El procurador don Ramón Paillet Andrea, en nombre y representación de don Ángel Jesús ,  
mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Sarria, formuló, el 24 de abril de 2001, solicitud  
de división judicial de herencia. En dicha solicitud, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho  
habidos por convenientes, termina suplicando que se tenga por promovido procedimiento para la división  
judicial de la herencia de doña Lorenza , y citados los herederos, se proceda a la división, partición y  
adjudicación de los bienes hereditarios; asimismo suplica que siendo parte interesada en el procedimiento  
doña Soledad y don Juan Pedro , hijos de la finada y herederos testamentarios, y don Imanol , viudo de la  
finada, sean citados personalmente en sus correspondientes domicilios.

2. Mediante auto de 25 de abril de 2001 se admitió a trámite la solicitud de división de herencia de la causante  
Lorenza , teniendo por parte promover a Ángel Jesús . A su vez, en dicho auto se acordó señalar el siguiente  
28 de mayo para la celebración de la Junta referida en el artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y citar  
para dicho acto a los interesados Imanol , Soledad y Juan Pedro .



Celebrada la Junta el día señalado, don Juan Pedro manifestó que "se allana expresamente a la demanda", y no llegando los interesados a acuerdo alguno se procedió a la designación de contador y perito conforme a lo dispuesto en el artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. El contador, a quien se le habían entregado los autos el 14 de junio de 2001, presentó en el Juzgado el 5 de junio de 2002 el cuaderno particional confeccionado, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 787.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se dió traslado a las partes por diez días de las operaciones divisorias realizadas. Formulada oposición por las partes, se convocó a éstas y al contador a la comparecencia referida en el artículo 787.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que (celebrada el 9 de octubre de 2002) no se alcanzó conformidad, por lo que se continuó la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal ( artículo 787.4 de la precitada Ley), habiendo manifestado el letrado del solicitante que desistía de la oposición formulada y se oponía a la del letrado de su padre, el cual mantuvo la suya y solicitó el recibimiento a prueba, practicándose la que, propuesta, fue declarada admitida.

4. La señora Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Sarria dictó sentencia con fecha de quince de noviembre de dos mil dos, cuyo fallo es como sigue:

Estimando parcialmente la oposición a las operaciones divisorias realizadas mediante escrito presentado por la procuradora doña Victoria Eugenia López Díaz, en nombre y representación de don Imanol y doña Soledad , debo: declarar incluidos en la partida número 1 del Inventario los dos alpendres construidos por don Imanol . Declarar que corresponde a don Imanol el usufructo vitalicio de la totalidad de los bienes que integran la herencia de doña Lorenza , excepto la FINCA000 ", y a salvo la legítima de los herederos forzosos. Desestimar la pretensión de la nueva división de la FINCA001 ", así como de la valoración de las partidas números 12 y 14, correspondientes a las FINCA000 " y " FINCA000 o DIRECCION000 ". No hacer expresa imposición de las costas causadas.

SEGUNDO: Las representaciones de las partes interpusieron recursos de apelación y una vez tramitada la alzada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo dictó sentencia con fecha de dieciocho de marzo de dos mil tres, que en su parte dispositiva dice:

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Imanol revocamos parcialmente la sentencia en el sentido de declarar aplicable el art. 118 de la Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia, y en consecuencia se concede al citado el usufructo universal de viudedad de la totalidad de los bienes dejados a su fallecimiento por su esposa doña Lorenza , excepto la FINCA000 ". Asimismo declaramos que el contador don Alfonso debe realizar de nuevo las operaciones particionales, ajustándolas a dicho pronunciamiento y a lo demás dispuesto en la sentencia de este recurso y que no han sido impugnados. Asimismo rechazamos el recurso interpuesto por la representación de don Ángel Jesús . No se hace especial condena en las costas de ninguna de las instancias.

TERCERO: 1. La representación de don Ángel Jesús presentó escrito el 28 de marzo de 2003 en el que manifestaba su propósito de interponer recurso de casación en esta Sala contra la sentencia dictada el anterior día 18 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo. Esta, por providencia de fecha del siguiente día 31, tuvo por preparado el recurso de casación y concedió a la parte recurrente el plazo de veinte días hábiles para su interposición.

2. El procurador don Ricardo López Mosquera, en nombre y representación de don Ángel Jesús , mediante escrito presentado en dicha Sección el 5 de mayo, interpuso recurso de casación contra la indicada sentencia de 18 de marzo anterior. Por providencia del siguiente día 6 de mayo, la Audiencia tuvo por interpuesto el recurso de casación y acordó remitir los autos a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, lo que se notificó a las partes.

CUARTO: Recibidos los autos en este Tribunal y personadas ante el mismo las partes, así como una vez pasadas las actuaciones al Magistrado Ponente, la Sala dictó auto con fecha de 5 de junio de 2003 por el que acordó admitir a trámite por su único motivo el recurso de casación y entregar copia a la parte recurrida. En nombre y representación de don Imanol , el procurador don Ignacio Pardo de Vera López formalizó escrito de impugnación del recurso el 27 de junio.

La Sala, por providencia de 10 de septiembre, señaló día, el pasado 28 de octubre, para la votación y fallo del recurso.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo A. Sande García.

## Fundamentos de derecho



PRIMERO: 1. El recurrente en casación es un coheredero que reclama, acogiéndose al procedimiento establecido en los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), la división judicial de la herencia de su madre, quien, habiendo otorgado testamento abierto notarial el 16 de junio de 1980, falleció el 18 de febrero de 1997, esto es, vigente la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia (LDCG), la que en concreto entró en vigor, según resulta de su disposición final, el 6 de septiembre de 1995 o "a los tres meses de su publicación -el 6 de junio- en el Diario Oficial de Galicia". Momento de la muerte de la causante que, además de determinar la apertura de su sucesión ( artículo 657 del Código Civil, CC), sirve y se erige en hecho decisivo para resolver el problema de derecho intertemporal que, de entrada, suscita el caso enjuiciado, a saber, cuál es la ley aplicable o la legislación que rige -estatal o autonómica, civil común o gallega- el "usufructo universal y vitalicio" de toda la herencia de una persona fallecida después de hallarse en vigor la LDCG y bajo testamento otorgado antes en el que la testadora lega dicho usufructo (incluida en el legado "la cuota viudal") a su esposo, "relevándolo de hacer inventario y de prestar fianza" y "subordinadamente a lo dispuesto en el artículo 820 párrafo 3 del Código Civil". Problema de derecho intertemporal que, como ya entrevió la Audiencia en la sentencia combatida mediante el recurso del que estamos conociendo, recibe solución indirecta o en virtud de la remisión que la propia LDCG efectúa en su disposición transitoria cuarta a los principios que informan las a su vez disposiciones transitorias del CC, entre las que la duodécima es la que en particular viene a resolverlo, esto es, la que prescribe o fija en el momento de la muerte del causante los derechos a su herencia (de herederos o legatarios), también en la hipótesis, que es la que importa, del fallecimiento acaecido después de la entrada en vigor del CC, vale decir de la LDCG, con testamento otorgado antes, y derechos que, por lo tanto, habrán de regirse por ella, ley vigente en tal momento o a tenor de la cual habrá de procederse a adjudicar y repartir la herencia en cuestión.

2. El usufructo universal de viudedad sometido al regulado en la LDCG, impide, por lo demás, la aplicación del artículo 820.3º CC: la opción que este precepto reconoce a los "herederos forzosos" (sic), a saber, "escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podría disponer libremente el testador", o sea, en nuestro caso, escoger entre tolerar el usufructo universal o entregar al cónyuge viudo la parte libre, es una opción concebible en el marco de un sistema, como el civil común, en el que el usufructo universal, gravando como obviamente grava la legítima, resulta "manifiestamente ilegal" ex párrafo segundo del artículo 813 CC, y de ahí que, sin embargo, sea admisible en la medida en que el legislador del CC permite que quede a la voluntad del legitimario gravado "cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla" (así, la sentencia del Tribunal Supremo, STS, de 30 de diciembre de 2001, mencionada en la muy reciente STS 715/2003, de 10 de julio); pero opción que no es ni tan siquiera concebible en el marco de un sistema, como el civil gallego, en el que partimos de la legalidad del usufructo universal de viudedad, recíproca o unilateralmente concedido, ex artículo 118.1 LDCG y que los legitimarios están obligados a respetar y tener que aceptar por más o a pesar de que implica, como efectivamente siempre implica, un gravamen cualitativo de su legítima, y ello porque no depende de su opción el consentir que el usufructo universal pueda gravarla, sino de la al respecto incondicionada y no supeditada voluntad del cónyuge o cónyuges constituyentes; voluntad legalmente amparada y consagrada per se como una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima.

SEGUNDO: 1. Se comprenderá, a la luz de lo que antecede, el fracaso del recurso de casación interpuesto por el aludido coheredero y reducido al motivo que, con amparo procesal en el artículo 2.1º de la Ley gallega atinente a dicho recurso en materia de nuestro Derecho Civil (Ley 11/1993, de 15 de julio, LCG), consiste en denunciar la infracción por aplicación indebida del artículo 118 LDCG, en cuya virtud la combatida sentencia de la Audiencia, a diferencia de la del Juzgado (que ni reparó en problema alguno de derecho intertemporal), "concede" al aquí recurrido, padre del recurrente, el usufructo universal de viudedad de la totalidad de los bienes dejados a su fallecimiento por su esposa y madre del recurrente (excluida una finca objeto de donación en vida). Sentencia, la de la Audiencia, que en absoluto es contraria a la de este Tribunal Superior, STSJG, 1/2001, de 5 de febrero, y que no puede serlo porque, al margen de que no es invocable una sentencia de esta Sala para sostener -como sostiene el recurrente en el único motivo de casación- la existencia de doctrina jurisprudencial aduciendo su infracción (en este sentido, STSJG 25/2002, de 25 de junio), el supuesto actual no es equiparable al entonces enjuiciado: el testador, que había otorgado su testamento vigente la LDCG, no testó conforme a ésta y, por lo que interesa, es claro que, pudiéndolo atribuir, no atribuyó el usufructo voluntario de viudedad al que la ley gallega presta su atención en los artículos 118 a 127, ya se entienda exclusiva y específicamente admitido el "universal" ( artículo 118.1) o sobre la "totalidad" de la herencia (artículo 122), ya se entienda también admitido, por lo menos implícitamente, el particular o parcial, pero incompatibles, tanto el uno como el otro, con el legado en pleno dominio del tercio de libre disposición al cónyuge viudo, a su vez usufructuario de las dos terceras partes indivisas restantes de la herencia del causante; asignación que, es evidente, no encaja en la del usufructo universal, y tampoco en la del usufructo parcial desde el momento en el que el usufructuario de los dos tercios que forman el de legítima estricta y el de mejora recibe el dominio del



tercio libre, lo que representa un favorecimiento máximo o un mayor beneficio, más allá incluso de la posición jurídica de usufructuario universal del cónyuge viudo, y de ahí que el testador, "consciente -según dijimos- de que los legitimarios (sus cinco hijos) no vendrían obligados a soportar esa lesión cuantitativa de su legítima", y respetando, en consecuencia, acorde con el régimen del derecho civil común, la posibilidad de oposición de alguno de aquéllos a la cláusula tocante al legado del pleno dominio del tercio de libre disposición y del usufructo de las dos terceras partes indivisas restantes, previese que su viuda -de darse esa oposición- no recibiría el usufructo de la legítima estricta (a la que quedaría reducido el heredero que se hubiese opuesto "acrecentando su porción a los que la acataran"), aunque sí recibiría la propiedad del tercio del que el testador podía disponer libremente y la cuota legal usufructuaria recayente sobre el tercio destinado a mejora ( artículos 808 y 834 CC).

2. Con todo, dicho sea ex abundantia, el supuesto litigioso actual no admite comparación con el contemplado en la STSJG 1/2001, de 5 de febrero, al concurrir en el presente la naturaleza propia del usufructo de regencia o de carácter familiar que, como con tanto tino y conocimiento de causa se ha subrayado doctrinalmente, recoge el legislador gallego de 1995 en armonía con una dilatada tradición de la práctica notarial, si no consuetudinaria, de Galicia, esto es, la que enseña que, al menos en el ámbito de la propiedad rural o de la familia históricamente conocida como troncal o estable, suele ser ajena a la sucesión provocada por la muerte del padre o de la madre la idea de adquisición de bienes, cuadrándole especialmente la de un simple cambio de jefatura familiar (del cónyuge fallecido al supérstite), la que de iure no llega a ejercer el hijo mejorado o el entre nosotros designado petrucio hasta la muerte del último de sus padres, el cónyuge viudo usufructuario universal, momento en el que tendría lugar la partición hereditaria de los bienes de ambos padres. En semejante contexto, se percibe que es una institución, el usufructo voluntario de viudedad, tendente a asegurar, como también doctrinalmente se destaca, el goce de los bienes familiares, sobre todo como medio que facilite al viudo o viuda la dirección económica de la familia, manteniendo la unificación del patrimonio, y singularmente la conservación de la casa. Circunstancias, las apuntadas, que nos permiten concluir, en resumidas cuentas, que la aplicación de la LDCG al usufructo universal de viudedad del supuesto ahora controvertido, además de resultar exigida por la solución del problema de derecho intertemporal que encierra el haberse atribuido en testamento otorgado antes de su entrada en vigor abriéndose la sucesión cuando ya había adquirido vigencia, es la decisión que mejor concuerda con la voluntad de una testadora que sin duda quiso conceder el que pasa por ser un inequívoco usufructo universal de viudedad a su esposo, quien al fallecimiento de su mujer contaba 77 años de edad, y 81 al promover uno de sus tres hijos comunes la división judicial de la herencia de aquélla, precisamente el hijo, instituido heredero junto con sus dos hermanos "a partes iguales", que es el que ella "mejora" mandándole en tal concepto "el tercio destinado por la Ley a ese fin" e hijo al que se le manda o lega "el otro tercio de libre disposición" de todo su caudal o haber "subordinadamente a lo dispuesto en la cláusula anterior" (la relativa al legado del usufructo universal y vitalicio) y para cuyo pago, "de la mejora y legados hechos a su hijo", señala, y lo "señala en primer lugar", el todo o parte "que a la testadora corresponda" en, entre otras fincas rústicas, " DIRECCION001 que actualmente habita (...) con la Era, pajera, alpendres, ganados, aperos de labranza y todo cuanto en ella exista de puertas adentro".

Habrà de respetar, pues, este legitimario tan ampliamente mejorado, auténtico petrucio o sucesor elegido para perpetuar la casa, el usufructo universal de viudedad concedido por su difunta madre a su padre y habrá de respetarlo soportando el gravamen cualitativo de la legítima que implica al no posibilitar la LDCG ejercer respecto del mismo la opción a la que se refiere el artículo 820.3º CC, y sin que, lejos de habersele dejado a él únicamente la nuda propiedad de la legítima estricta, haya ocasión de plantearse, como plantearlo cabría en la hipótesis de que fuese un legitimario al que nada más que se le deja la legítima estricta gravada con usufructo, si (dados los términos del artículo 146.1 y 2 LDCG en orden a la intangibilidad cuantitativa de la legítima), tiene derecho o no -extremo carente de pronunciamiento legal expreso- a que el usufructo se reduzca hasta completar el quantum económico mínimo no cubierto; como tampoco es discutible, y menos apelando como apela el recurrente en casación al artículo 839 CC, que pueda redimirse el usufructo voluntario de viudedad, como si de la redención de la cuota legal usufructuaria se tratase, por la exclusiva voluntad de los herederos, lo que no permite la LDCG sino sólo "por acuerdo del usufructuario y los nudos propietarios" (artículo 119.2).

TERCERO: La desestimación del motivo en que se basa la casación comporta la declaración de no haber lugar a la misma y la confirmación de la sentencia recurrida. En lo tocante a las costas del recurso, y pese a su desestimación, la aplicación preferente de la LCG, y en concreto la de su artículo 4, implica que no se le impondrán a la recurrente ya que el Tribunal no aprecia que ésta procedió con temeridad o mala fe en su interposición, único caso en el que (como decimos desde las SSTSJG 12/1996, de 19 de octubre, y 9/1997, de 24 de junio) le serían impuestas razonándolo expresamente.

En atención a lo expuesto y por la autoridad conferida por el pueblo español,



### **f a l l a m o s**

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Ángel Jesús contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo con fecha de 18 de marzo de 2003 (rollo de apelación número 89 de 2003), la cual confirmamos, sin imposición de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia y devuélvansese las actuaciones que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se formulará testimonio para su unión al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Firmados: Juan José Reigosa González.- Juan Carlos Trillo Alonso.- Pablo A. Sande García. Rubricados.

La anterior sentencia fue publicada en el mismo día de su fecha.

Lo anterior concuerda bien y fielmente con el original al que me remito. Y para que así conste y su remisión a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo, expido y firmo el presente en A Coruña a doce de diciembre de dos mil tres.

FONDO DOCUMENTAL CEMOJ