



Roj: **STSJ GAL 522/2012 - ECLI: ES:TSJGAL:2012:522**

Id Cendoj: **15030310012012100003**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2012**

Nº de Recurso: **25/2011**

Nº de Resolución: **3/2012**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **PABLO ANGEL SANDE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 2014/2010,**
STSJ GAL 522/2012

T.S.J.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00003/2012

tribunal superior de justicia de galicia

A Coruña, veinticuatro de enero de dos mil doce, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, constituida por los Ilmos. Sres. magistrados don Juan José Reigosa González, don Pablo Saavedra Rodríguez y don Pablo A. Sande García, dictó

en nombre del rey

la siguiente

s e n t e n c i a número 3

En el recurso de casación **25/2011** interpuesto por doña Constanza , representada por la procuradora doña Montserrat Bermúdez Tasende y asistida por la letrada doña Romana San Luis Costas, y en el que es parte recurrida doña Magdalena , representada por la procuradora doña Carmen Belo González. y asistida por el letrado don Gonzalo Gómez González, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra con fecha de 10 de septiembre de 2010 (rollo de apelación número 446 de 2009), como consecuencia de los autos del juicio Ordinario número 873 de 2006, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Pontevedra, sobre extinción de usufructo de cónyuge viudo y rescisión de partición.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: 1. El procurador don Senén Soto González, en nombre y representación de doña Magdalena , mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Pontevedra, formuló, el 13 de julio de 2006, demanda de juicio ordinario contra doña Constanza .

En dicha demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho habidos por convenientes, termina solicitando que se dicte sentencia por la que

1º.- Se declare que el usufructo viudal constituido en el testamento de don Francisco a favor de su viuda doña Constanza ha quedado extinguido por haber contraído ésta nuevas nupcias, condenándole a estar y pasar por esta declaración y a que en la nueva partición que se practique, de acuerdo con lo que luego se pide, no se le adjudique usufructo alguno.



2º.- *Se declare que la partición llevada a cabo por el contador partidor ha de ser rescindida por lastimar la legítima de la heredera única, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y ordenando que en la nueva partición que lleve a cabo, bien de común acuerdo entre las partes interesadas o bien por contador partidor designado judicialmente, habrá necesariamente de practicarse de acuerdo con las siguientes bases:*

Uno.- habrán de integrarse en el inventario, además de los bienes ya incluidos en la partición, los saldos de las cuentas bancarias relacionadas en el hecho quinto de la demanda y los bienes y derechos que integran la partición que el causante don Francisco y doña Camila, describiéndolos individualmente cada uno de ellos.

Dos.- Deberá hacerse una valoración pericial de todos y cada uno de los bienes que integran el inventario, refiriendo el valor al momento de la adjudicación.

Tres.- Se eliminará del pasivo de la herencia la deuda inexistente de 90.151,82 € que el contador partidor contabilizó.

Cuatro.- Se establecerá que la participación en la herencia de don Francisco de las interesadas es de dos tercios la hija heredera única y un tercio la viuda legataria de parte alícuota.

Cinco.- Se haga entrega del legado de la tercera parte de la herencia a la viuda, con las compensaciones en metálico que, en su caso, procedieran, adjudicando el resto de los bienes a la heredera única, en pleno dominio.

3º.- Se impongan las costas a la parte demandada.

2. Admitida la demanda por medio de auto dictado el 14 de julio de 2006, y emplazada la demandada, la procuradora doña María del Amor Angulo Gascón, compareció en los autos (el 26 de diciembre) en nombre y representación de doña Constanza y la contestó estableciendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes para acabar solicitando que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con imposición de costas a la demandante.

3. Las partes fueron convocadas para asistir a la audiencia previa prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, celebrada ésta sin avenencia el día 26 de febrero de 2007, se acordó el recibimiento del pleito a prueba, habiéndose practicado la que, propuesta por las partes, fue declarada admitida. El juicio se celebró el siguiente 16 de mayo.

4. El Ilmo. Señor Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Pontevedra dictó sentencia con fecha de 5 de mayo de 2009, cuyo fallo es como sigue:

Que estimando parcialmente la demanda formulada por el procurador de los Tribunales D. Senen Soto Santiago en nombre y representación de D^a. Magdalena contra D^a. Constanza debo declarar y declaro.

1.- Extinguido el usufructo universal y vitalicio de toda la herencia de D. Francisco constituido por éste en su testamento de fecha 21 de enero del año 2000, por contraer nuevo matrimonio la usufructuaria D^a. Constanza.

2.- La exclusión del pasivo de la herencia de D. Francisco de la cantidad de 90.151,82 euros por inexistencia de préstamo.

3.- La rescisión por lesión del cuaderno particional de la herencia de D. Francisco de fecha 16 de enero del año 2006 hecho por el contador partidor testamentario D. Luis Pablo y de la escritura pública de protocolización del cuaderno particional de fecha 16 de enero del año 2006 autorizada por el Notario D. Eduardo Da Cunha Rivas bajo el nº 123 de su protocolo y, en consecuencia, las litigantes podrán hacer la nueva partición de mutuo acuerdo y en el procedimiento adecuado con sujeción en este supuesto a las disposiciones testamentarias conforme a las cuales corresponde a la heredera demandante los dos tercios de la herencia y a la demandada el tercio de libre disposición y también con sujeción de las normas sustantivas aplicables.

4.- Se condena a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

SEGUNDO: La representación de la apelante interpuso recurso de apelación y una vez tramitada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia con fecha de 10 de septiembre de 2010, que en su parte dispositiva dice:

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a. Constanza, contra la sentencia dictada en los Autos de Juicio Ordinario seguidos bajo el nº 873/06 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pontevedra, la que confirmamos íntegramente, sin perjuicio del posible ejercicio en ejecución de sentencia del derecho de opción otorgado al demandado por el artículo 1077 del Código Civil, y con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.



TERCERO: 1. La representación de la demandada y apelante presentó escrito el 27 de septiembre de 2010 en el que manifestaba su propósito de interponer recurso de casación en esta Sala contra la sentencia dictada el anterior día 10 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra. Esta, por diligencia de ordenación del siguiente día 30, tuvo por preparado el recurso de casación y concedió a la parte recurrente el plazo de veinte días hábiles para su interposición.

2. La procuradora doña Patricia Cabido Valladar, en nombre y representación de doña Constanza, mediante escrito presentado en dicha Sección el 10 de mayo de 2011, interpuso recurso de casación contra la indicada sentencia de 10 de septiembre. Por diligencia de ordenación del 12 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, ante la que emplazó a las partes por el plazo de treinta días.

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 14 de junio de 2011 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación. En nombre y representación de doña Magdalena la procuradora doña Carmen Belo González formalizó escrito de impugnación del recurso el 20 de septiembre.

La Sala, por providencia de 5 de octubre, señaló día, el pasado 20 de noviembre, para la votación y fallo del recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: 1. Los hechos que revelan la cuestión jurídica a la que se contrae el recurso de casación sometido a nuestro conocimiento son los siguientes:

1º Don Francisco y su primera esposa tuvieron una hija, doña Magdalena.

2º Don Francisco estuvo casado en segundas nupcias con doña Constanza y de este matrimonio no hubo descendencia.

3º Don Francisco, fallecido el 14 de septiembre de 2000, otorgó último testamento abierto notarial el anterior 21 de enero. Según su cláusula primera *lega a su esposa doña Constanza en pago de sus derechos sucesorios*

A) Con base en lo dispuesto en los artículos 118 y siguientes de la Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia, el usufructo universal y vitalicio de toda su herencia, con relevación de inventario y fianza y facultad para posesionarse por sí misma de este legado.

B) El tercio de libre disposición en pleno dominio.

Según la cláusula segunda del testamento, don Francisco *instituye universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones a su hija doña Magdalena, sustituida vulgarmente por sus descendientes.*

4º Doña Constanza contrajo segundas nupcias el 3 de mayo de 2002.

5º Mediante auto de 6 de octubre de 2004 se declara acordar la eficacia en el orden civil de la nulidad del matrimonio de doña Constanza, previamente dictada por resolución del correspondiente Tribunal eclesiástico de fecha 19 de abril de ese año.

2. Las sentencias de instancia estiman la pretensión de la actora doña Magdalena de declarar extinguido el usufructo de viudedad establecido por vía de legado en el testamento otorgado por su padre don Francisco "por contraer nuevo matrimonio" la usufructuaria doña Constanza.

Tal extinción es declarada ex artículo 127b) LDCG/1995, y al tiempo se considera "totalmente irrelevante" que el nuevo matrimonio de doña Constanza fuese declarado nulo porque el precepto sólo exige que el usufructuario lo contraiga. Abunda en este sentido la Audiencia al destacar que el legado de que se trata supone "la extensión patrimonial de la prolongación del deber conyugal de socorro mutuo en atención a la relación afectiva y vida en común habidas, en mérito a la conservación y respeto de la memoria del cónyuge fallecido, motivaciones que fenecen desde el momento en que se contrae nuevo matrimonio o se convive maritalmente con otra persona, sin posibilidad alguna de rehabilitación pese a que se declare la nulidad de esa nueva unión, y ello porque además del hecho de que la convivencia con el nuevo cónyuge no desaparece ni extingue con la declaración de nulidad matrimonial (tal y como refiere la apelada), el verdadero fundamento que ampara el usufructo vidual constituido se ha visto truncado perdiendo su esencia y razón de ser. (En otro caso, el propio testador podría haber dispuesto expresamente la subsistencia del usufructo vidual universal y vitalicio pese a un nuevo matrimonio, cosa que no hizo)".



Y este es el *thema decidendi* al que se reduce el único motivo del recurso de casación interpuesto por la antes demandada y apelante doña Constanza , en el que se acusa la infracción de los artículos 118 y 127 LDCG/1995 así como la del artículo 79 CC : si la nulidad del nuevo matrimonio de la usufructuaria acarrea o no la restitución del usufructo de viudedad precisamente extinguido por ese nuevo matrimonio.

SEGUNDO: La presunción legal que encierra el artículo 127b) LDCG/1995 , en el que se anuda la extinción del usufructo de viudedad al nuevo matrimonio del usufructuario, ha sido destruida en el caso enjuiciado por la "disposición en contrario" que dicho precepto admite (junto al "pacto"), tal cual la que se encuentra implícita en la configuración vitalicia del usufructo por el testador don Francisco que con este carácter lo legó a su esposa doña Constanza . Así lo pusimos de relieve en la STSJG 29/2011, de 26 de septiembre , en el trance de tener que pronunciarnos sobre una disposición testamentaria idéntica en lo sustancial a la primera a) del testamento otorgado por aquél; y así lo reiteramos en la presente ocasión, singularmente caracterizada por tratarse de una disposición incorporada a un testamento abierto notarial otorgado bajo la vigencia de la LDCG/1995, cuyos artículos 118 y siguientes son expresamente mencionados en la referida cláusula, redactada por un funcionario público (el Notario), reconocido profesional del Derecho, quien a buen seguro sabe que "vitalicio" dicho de un cargo, una merced o una renta significa que "duran desde que se obtienen hasta el fin de la vida", y al que no puede escapársele que la voluntad de un testador que lega a su esposa "el usufructo (universal y) vitalicio de toda su herencia" entraña ex artículo 127b) LDCG/1995 una disposición en contrario de su extinción por nuevo matrimonio del usufructuario.

Es más. Admitido que el usufructo de viudedad atribuido por don Francisco encaja en el que la LDCG/1995 regula en los artículos 118 a 127, ya se entienda exclusivamente y específicamente admitido el "universal" (artículo 118.1) o sobre la "totalidad" de la herencia (artículo 122), ya se entienda también admitido -como es el caso- el particular o parcial (por todas, STSJG 35/2003, de 21 de noviembre), lo que de ninguna manera podemos compartir es que en el usufructo atribuido por don Francisco concorra la naturaleza del de regencia o de carácter familiar al que sí le es de aplicación en particular el artículo 127 b) LDCG/1995 . Usufructo éste que, como con tanto tino y conocimiento de causa se ha subrayado doctrinalmente, y así lo recordábamos en la precitada sentencia y después en la STSJG 29/2011, de 26 de septiembre , es el que enseña, según una dilatada tradición de la práctica notarial, 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 (el que responde a la naturaleza del de regencia), 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", pero circunstancias las apuntadas que tampoco concurren en el supuesto litigioso, al que es extraño la existencia de hijos comunes y por lo mismo la dirección económica de la familia por el cónyuge viudo y, desde luego, la conservación de casa alguna. Sucede, pues, que el carácter familiar del usufructo voluntario de viudedad, subrayado en los artículos 122 , 123.3 °, 125 , 127 b) y d) LDCG/1995 , haría en último término inaplicable al supuesto litigio la causa de extinción que el último de los mencionados preceptos contiene en su apartado b).

TERCERO:1. Sin embargo, es lo cierto y sobre todo lo decisivo que las sentencias de instancia coinciden, como sabemos, en declarar la extinción del usufructo voluntario de viudedad ex artículo 127b) LDCG/1995 , y que dicho pronunciamiento es firme: no se discute en casación, como no se discutió antes, si la voluntad testamentaria de don Francisco choca o no con la aplicación de dicho precepto y a su vez tampoco se discute ni se discutió la pertinencia o no de su aplicación a un usufructo voluntario de viudedad que presenta un carácter más estrictamente patrimonial que familiar. Hemos de aceptar, por lo tanto, y de este extremo hemos de partir, dicha declaración de extinción, y hemos de aceptarla a los efectos de resolver el *thema decidendi* del recurso: si la nulidad del nuevo matrimonio de la usufructuaria doña Constanza acarrea o no la restitución del usufructo de viudedad precisamente extinguido por ese nuevo matrimonio. La respuesta que damos es negativa: la declaración de nulidad del nuevo matrimonio de la persona usufructuaria no hace recobrar vigencia al usufructo voluntario de viudedad extinguido desde el momento mismo de su celebración: la causa de extinción del artículo 127b) LDCG/1995 no responde, como dijimos en la STSJG 29/2011, de 26 de septiembre , a una sanción o penalización de las segundas nupcias y sí a la concepción del usufructo de viudedad como un derecho de carácter familiar que contempla la posición del usufructuario como impeditiva o al menos desaconsejable para el ejercicio de la función de regencia. No puede sostenerse, además, que el matrimonio declarado nulo sea por completo ineficaz y mucho menos equiparar el concepto de nulidad matrimonial al de inexistencia, dicho sea incluso al margen del matrimonio putativo del artículo 79 CC : la



declaración de nulidad del matrimonio no equivale a la destrucción de una mera apariencia, sino que conlleva la cesación de efectos de una verdadera relación de convivencia anterior en la que confluyen, v.gr., derechos y deberes de los cónyuges (artículos 66 a 71 CC), y la implantación de un régimen económico matrimonial (artículo 1315 CC y siguientes); y de ahí que en el marco "de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio" de los artículos 90 a 101 CC se incluyan la atribución del uso de la vivienda, la contribución a las cargas del matrimonio, la liquidación del régimen económico matrimonial, el derecho a una indemnización del cónyuge de buena fe si ha existido convivencia conyugal y los relativos al cuidado de los hijos.

2. Una última precisión nos vemos obligados a efectuar: la demandada y apelante doña Constanza , recurrente en casación como sabemos, alegó en su contestación a la demanda que "tendría a su favor" el usufructo legal aún cuando se considerase que el usufructo viudedad instituido en el testamento de don Francisco se hubiese extinguido ex artículo 127b) LDCG/1995 . Alegación desechada por el juzgador de primera instancia por no formularse reconvencción y limitarse el suplico de la demanda a solicitar su íntegra desestimación, lo que le relevó de "cualquier comentario"; a lo que cabe añadir que la sentencia de la Audiencia ni siquiera menciona dicha alegación, en realidad no incorporada al escrito de apelación.

La Sala, no obstante, se ve impelida a dejar aclarado, como debió dejarse aclarado en la instancia para la más adecuada ejecución de la sentencia y acaso en evitación de un nuevo litigio, si la extinción del usufructo voluntario de viudedad (el que constituyó don Francisco) por el nuevo matrimonio de la usufructuaria acarrea o no la pérdida de su condición de legitimaria.

Declarar -como declaran las sentencias de instancia- sin más concreción la extinción del "usufructo universal y vitalicio de la herencia de don Francisco " por "contraer nuevo matrimonio la usufructuaria doña Constanza " supone no percatarse de que la legítima viudal está absorbida cuantitativa y cualitativamente en el usufructo de viudedad -lo que de por sí exigía el pronunciamiento de las instancias que echamos en falta-, y está absorbida porque la legítima no es un modo de delación autónomo y, además, porque la atribución por un cónyuge al otro del usufructo voluntario de viudedad se imputa, ante todo, al pago de su legítima, como se observa en el caso enjuiciado. Pero esa declaración también supone dejar de reparar en que aunque la legítima viudal esté absorbida o embebida en el usufructo de viudedad no por ello la extinción de éste conlleva la pérdida de la condición de legitimario: según pusimos de manifiesto en la STSJG 29/2011, de 26 de septiembre , cuya doctrina también ahora reiteramos, "no se trata únicamente de entender -en armonía con una sólida aportación notarial- que la aceptación del usufructo voluntario no lleva consigo una renuncia a la legítima viudal o que la solución contraria equivaldría a privar de su condición de legitimario a una persona -el bínubo- que lo es ex lege (artículos 807.3º y 834 CC por remisión del artículo 146.2º LDCG/1995), sino que sobre todo se trata de no desatender aquella dilatada tradición de la práctica notarial que en un principio, en el contexto normativo del CC, acusa como una de sus tendencias para la efectividad del usufructo de viudedad (siempre pensando para el caso de concurrencia del viudo con descendientes) la que lo ordena como legado ex artículo 820.3º CC , y una de cuyas fórmulas empleadas al respecto es la que a la letra dice (según la recoge un clásico moderno del derecho civil de Galicia, el académico autor que mediado el pasado siglo tanto y tan profundamente lo estudió): *Lega a su esposo (o esposa), caso de sobrevivirle, el usufructo vitalicio de la totalidad de la herencia en cuanto exceda de lo que le corresponda por cuota legal (o el usufructo vitalicio de la herencia que exceda del que le corresponda por cuota legal), en cuya cuota le instituye heredero (o heredera); subordinando a la presente las demás disposiciones de este testamento, sin perjuicio de lo prevenido en el nº 3º del artículo 820 del CC "*; fórmula que espléndidamente ilustra que la legítima viudal no se solapa en el usufructo voluntario de viudedad, en rigor identificado y reducido al exceso de cuota legal usufructuaria. Es, pues, el exceso lo que puede darse por extinguido.

CUARTO: 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 (argumento ex artículo 487.2 LEC). En lo tocante a las costas del recurso, resolvemos no imponerlas dada la inexistencia de pronunciamientos previos de la Sala acerca de la cuestión debatida (artículo 394.1 LEC); y por lo que hace al depósito constituido para recurrir, procede decretar su pérdida (disposición adicional decimoquinta, punto 9, LOPJ).

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

FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Constanza contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra con fecha de 10 de septiembre de 2010 (rollo de apelación número 446 de 2009), la cual confirmamos, sin imposición de las costas del recurso y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia y devuélvasele 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ