

Roj: **SAP IB 271/2016 - ECLI: ES:APIB:2016:271**Id Cendoj: **07040370052016100042**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Palma de Mallorca**Sección: **5**Fecha: **22/02/2016**Nº de Recurso: **566/2015**Nº de Resolución: **46/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MATEO LORENZO RAMON HOMAR**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5****PALMA DE MALLORCA****SENTENCIA: 00046/2016**RPL **566/2015****S E N T E N C I A 46**

ILMOS SRS

PRESIDENTE:

D. Mateo Ramón Homar.

MAGISTRADOS:

D. Santiago Oliver Barceló.

Dª. Covadonga Sola Ruíz.

En Palma, a veintidós de febrero de dos mil dieciséis

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 813/2013, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE MANACOR, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **566/2015**, en los que aparece como parte apelante, DÑA. Sandra , representada por el Procurador de los tribunales, Sra. BARTOLOME QUETGLAS MESQUIDA, asistido por el Abogado D. MIGUEL ANGEL POU GELABERT, y como parte apelada, D. Moises y D. Salvador , representados por la Procuradora de los Tribunales Dña. BARBARA SANZO FERRER, asistidos por la Abogada Dña. MELANIA MESQUIDA TRAN, y D. Carlos Ramón ,, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. MAGDALENA DURAN JAUME.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Magistrado D. Mateo Ramón Homar

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Ilma. Magistrada-Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 5 DE MANACOR, se dictó sentencia nº 149/2015, con fecha 16 de octubre de 2015, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *"DESESTIMO la demanda formulada por Sandra frente Carlos Ramón , Salvador y Moises , imponiendo las costas de este procedimiento a la parte actora"*.

SEGUNDO.- La expresada sentencia fue recurrida en apelación por la parte de Dña. Sandra , y seguido el recurso por sus trámites, se deliberó y votó en fecha 16 de febrero de 2016, quedando el mismo concluso para dictar la presente resolución.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen

PRIMERO.- Como presupuestos que no son objeto de discusión en esta litis, cabe reseñar: A) La demandante D^a Sandra , en su cualidad de persona que fue pareja de hecho inscrita del causante D. Augusto , y que no es citada en su último testamento, ostenta derechos legitimarios en la herencia de dicho causante, de quien son herederos sus tres hijos D. Salvador , D. Moises y D. Carlos Ramón , habidos de un anterior matrimonio del causante. El derecho legitimario de la Sra. Sandra en la herencia del Sr. Salvador es el usufructo de la mitad de la herencia, al concurrir con hijos de un anterior matrimonio de quien fue su pareja. B) En auto de 28.11.2.012 dictado en procedimiento de división de herencia, con intervención de las mismas partes de esta litis, se ha homologado acuerdo transaccional en el que las partes han pactado cuál es activo de la herencia y se ha efectuado una valoración de los bienes. C) El causante ostentaba la vecindad civil mallorquina a su fallecimiento.

En la demanda instauradora de esta litis, la Sra. Sandra solicita se declare la conmutación de su derecho de usufructo como "cónyuge" viudo que le corresponde en la herencia del Sr. Salvador , por un importe de 60.061,52 euros, que ha de ser satisfecho por los tres hijos demandados, herederos del causante, mediante la asignación de un capital en dinero o en efectivo, al no ser posible la asignación de un lote de bienes hereditarios por dicho importe, y se condene a los herederos a que satisfagan dicha suma a la actora, más sus intereses legales. Ejercita el derecho al amparo del párrafo 8 del artículo 48 de la Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears, que se remite al artículo 840 del Código Civil . Para calcular el valor del usufructo acude a la normativa del ITAJD o de Donaciones y Sucesiones.

Los demandados consideran que la actora no puede ejercitar este derecho, puesto que tal remisión al Código Civil lo es a la redacción vigente a la entrada en vigor de dicha Compilación, esto es, en 1.990, y no a la versión actual, por aplicación de la Disposición Final segunda de dicha Compilación. Aparte de ello, indica que debería atenderse al valor existente en la fecha de la liquidación, y que el derecho de elección corresponde a los herederos y no la viuda.

La sentencia de instancia desestima la demanda, en lo sustancial por considerar que en aplicación de la disposición final segunda de la Compilación, la remisión del artículo 48 octavo párrafo de la Compilación debe entenderse efectuada en relación con el artículo 840 del CC vigente en el año 1.990, que no contempla entre sus supuestos, el que nos ocupa de concurrencia del "cónyuge" viudo con hijos de anterior matrimonio del causante. Cuestionada la constitucionalidad de dicha norma por la parte actora, se considera que no lo es, y refiere que la exposición de motivos de la Ley 15/2.005, no expresa la razón de la modificación de dicha norma, y no contiene referencia al derecho del artículo 14 CE de igualdad y no discriminación; que la antigua redacción no fue declarada inconstitucional, y no se puede producir infracción del principio de igualdad por cuanto aquí concurren un solo tipo de hijos, los concebidos antes del "matrimonio" entre el causante y la Sra. Sandra ; la eventual aplicación de dicho precepto no ocasionaría ningún trato diferenciado entre hijos matrimoniales e hijos no matrimoniales, toda vez que todos los hijos del causante tienen el mismo origen, motivo por el cual la demandante no goza de dicha facultad.

Dicha resolución es apelada por la representación de la parte demandante en petición de nueva sentencia estimatoria de la demanda. Como alegaciones más relevantes refiere que la facultad de conmutar la tiene toda viuda que concurra con hijos únicamente del causante, sea cual fuera el momento de su concepción y nacimiento; la Juzgadora hace una interpretación literal, y que no se ajusta a la interpretación de la norma conforme a los preceptos de la Constitución, conforme al artículo 5 LOPJ ; debe acudir a criterios interpretativos que eviten dicha desigualdad, si existe esta alternativa de interpretación más conforme al principio de igualdad, y su no utilización equivale a una aplicación que la norma del artículo 14 CE no consiente, y debe corregirse el tratamiento discriminatorio; es una situación de desigualdad injustificable entre viudas que concurren únicamente con hijos del causante conforme a los artículos 14 y 39 CE ; la discriminación padecida radica en reconocer o no la concesión de pedir la conmutación al cónyuge viudo está sujeta a que los hijos extramatrimoniales concurrentes sean adulterinos o no, en elemento o criterio de diferenciación que vulnera el principio de igualdad y no discriminación por razón del nacimiento o del momento de la concepción; recuerda el informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de modificación de dicha norma; la reclamación de la Sra. Sandra no causa perjuicio a los herederos; que la finalidad de la norma es poner remedio y solución a las problemáticas que surgen entre la viuda y los hijos sólo del causante, amén de solventar los inconvenientes que resultan de dividir el dominio entre nuda propiedad y usufructo, y para la consecución de este fin es indiferente que los hijos del causante hayan nacido o no durante el matrimonio con la viuda, concurriendo ausencia de parentesco en ambos casos; considera que la remisión del artículo 48 de la Compilación lo es a la facultad, esto es, al poder o derecho de hacer algo que contempla el artículo 840 del CC , facultad que no es otra que exigir la conmutación del usufructo, y es el único caso que la remisión se refiere a la facultad



y no a un artículo concreto, como en otros supuestos en los que se refiere directamente a la aplicación o a lo prevenido en los concretos artículos del Código Civil; que la modificación del artículo 840 CC no recoge una facultad nueva, sino que se ha limitado a eliminar la limitación o restricción antes existente, y tiene por finalidad la eliminación de una discriminación contraria a la Constitución; que la realidad social es diferente a la existente cuando se promulgó la Ley de 13 de mayo de 1.981, antes de la regulación del divorcio, y ahora son más frecuentes dichas situaciones: que la exposición de motivos de la Ley 8/1.990 de 28 de junio alude a la necesidad de adaptar la Compilación a la normativa constitucional y al principio de la no discriminación en cuanto a tipos de filiación y equiparación total de derechos entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

SEGUNDO.- Ante la controversia jurídica planteada debemos tener en cuenta las siguientes normas: A) *El artículo 39.2 de la Constitución Española, a tenor del cual, Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil ...* B) El párrafo 8 y último del artículo 48 de la Compilación de Derecho Civil de les Illes Balears establece que *" Los herederos podrán también hacer uso de la facultad establecida en el art. 839 del Código Civil y el cónyuge viudo en la del art. 840 del mismo cuerpo legal ."* C) La Disposición Final Segunda de dicha Compilación establece: *"Las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código Civil se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de esta Ley"*. D) El artículo 840 del Código Civil en su versión actual dispone: *" Cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios. "* E) El artículo 840 del Código Civil en la fecha en que entró en vigor la aludida Compilación, esto es, en el año 1.990 establecía: *" Cuando se esté en el caso previsto por el párr. 2º del art. 837, el cónyuge podrá exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho, a elección de éstos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios."* Dicho artículo fue modificado a su versión actual por el artículo 2 de Ley 15/2005 de 8 julio 2005. El artículo 837 vigente en dicha fecha, establecía: *" No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia. Igual extensión tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos..."*

Siguiendo un orden lógico, la primera cuestión que debe tratarse es el argumento del recurrente de que la remisión del artículo 48.8 de la Compilación es a la facultad y no al artículo, con lo cual se quiere indicar que se aplicaría el derecho de conmutación en todos los supuestos. Es cierto que es el único supuesto de la Compilación en la cual un artículo de la misma se remite a una facultad recogida en el artículo 840 del Código Civil, pero sobre el particular no nos consta ningún comentario doctrinal siguiendo dicho argumento, ni sentencia dictada por los Tribunales. No compartimos este criterio, pues es radicalmente contrario a la disposición final de dicha norma, la cual se expresa con toda claridad que debemos atender a la norma vigente en la fecha en la cual entró en vigor dicha modificación de la Compilación en el año 1.990. Ello no se trata de un criterio arbitrario, sino que la exposición de motivos de Ley 8/1.990 de 28 de junio sobre Compilación del Derecho Civil de Baleares, al explicar las motivaciones de dicha disposición, señala: *" Hoy día, tras la entrada en vigor de la Constitución, los Derechos civiles de las distintas regiones o nacionalidades no suponen un Derecho constituido por normas de excepción frente a las del Código civil, sino sencillamente un Derecho distinto: son el Derecho común de vigencia prioritaria en sus respectivas circunscripciones territoriales..... nuestro Derecho no sólo se interpretará, sino que se integrará tomando en consideración principios generales que lo informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de cada una de la islas. Y, por último, se perfila que la aplicación supletoria del Código civil y demás leyes civiles estatales, en defecto de leyes y costumbres propias, solamente podrá tener lugar cuando su contenido no choque con los principios del Ordenamiento jurídico balear. Ante la realidad indiscutible de la potestad legislativa de nuestro Parlamento en orden a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, se ha estimado imprescindible constatar en la Disposición Final Segunda que las remisiones a las disposiciones del Código civil se han de entender hechas en su redacción actual. Cualquier modificación de las mismas deberá, por tanto, ser asumida por nuestra Comunidad Autónoma; no hacerlo implicará, pues, que en Baleares continuarán rigiendo los preceptos del Código en su actual redacción. Mantener lo contrario supondría un cercenamiento, anticonstitucional y antiestatutario, de la expresada potestad legislativa propia, siempre que la remisión no se haga a materias que sean de la competencia exclusiva del Estado."*

Por tanto, con la finalidad de preservar la potestad legislativa propia del órgano legislativo de esta Comunidad Autónoma, cualquier modificación ulterior de la normativa a la que se remita la Compilación no se tendrá en cuenta. En otras palabras, el legislador consideró en el año 1.990, en la regulación de la isla de Mallorca expresada en su artículo 48, que el único supuesto en que la viuda legitimaria del causante tenía derecho a la conmutación era cuando concurría con hijos sólo de su cónyuge concebidos durante el matrimonio, o, en este caso, durante la convivencia en pareja de hecho, conocidos en el ámbito jurídico como "adulterinos". Posteriormente, no ha alterado dicha regulación.



TERCERO.- En cuanto a la interpretación conforme a la Constitución recogida en el artículo 5 de la LOPJ , para llegar a la conclusión de que la viudo/a o pareja de hecho inscrita del causante, tiene derecho de conmutación siempre que concorra con hijos sólo de su cónyuge o pareja, se alteraría totalmente el sentido de la norma. La disposición final segunda se expresa con claridad y la exposición de motivos de la Ley, también explica con total claridad la finalidad de dicha norma , cual es preservar la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma.

En la hipótesis de que esta Sala considerase que el conjunto de dichas normas es inconstitucional, no podría aplicarla o darle una interpretación como la pretendida por la representación de la recurrente, sino que, de conformidad con el artículo 5.3 de la LOPJ y el artículo 35.2 de la LOTC , debería plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, pero en modo alguno, alterar totalmente el sentido de la norma, en conexión con dicha disposición final segunda. Es preciso recordar que, en tal supuesto, debería razonarse en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión, esto es, que en el caso concreto, la aplicación de dichas normas - artículo 48.8 y disposición final segunda de la Compilación-, lleva a una vulneración constitucional de los derechos de igualdad del artículo 14 de la CE , en relación con el artículo 39, de que los hijos son *iguales ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil ...*. Con ello se quiere indicar que la cuestión de inconstitucionalidad no debe realizarse en abstracto, sino sólo cuando, atendidas las circunstancias específicas del caso concreto, se llegase a un resultado discriminatorio entre distintos hijos del causante. En el caso que nos ocupa, el causante únicamente tuvo una sola "clase" de hijos, esto es, tres hijos matrimoniales, nacidos de un matrimonio anterior al inicio de la convivencia del causante con la demandante, y no apreciamos qué clase de discriminación puede producirse entre "clases" de hijos, pues todos ellos son de una misma "clase", en un supuesto en el cual todos los hijos son matrimoniales y no concurren con extramatrimoniales, o dentro de estos, "adulterinos". No nos corresponde dictaminar si en algún concreto supuesto dicha norma pudiese llegar a resultados discriminatorios, pero en el supuesto enjuiciado no lo apreciamos.

El derecho de conmutación del cónyuge o pareja viudo/a no es ningún derecho fundamental de la persona, y el legislador por los motivos que considere oportuno puede ampliarlo o restringirlo. El legislador autonómico balear, al igual que el de derecho común desde la entrada en vigor de la Ley 13/1.981 hasta la modificación legislativa del año 2.005, consideraron que este derecho únicamente era admisible cuando el viudo/a concurría con hijos "adulterinos" de su causante. Tal como acertadamente se señala en la sentencia de instancia, la exposición de motivos de la reforma no indica la motivación o finalidad de la reforma, y no hace ninguna referencia a una posible duda de inconstitucionalidad. Reiteramos que en el caso que nos ocupa, ninguno de los tres hijos del causante es de dicha clase, ni concurre con otros distintos de los que pueda resultar una discriminación, por lo tanto los demandados en esta litis nunca pueden verse discriminados.

Asimismo, es de reseñar que es llamativo que en aproximadamente 24 años de vigencia del artículo 840 CC en su redacción aplicable, no nos consta ningún planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre el particular, ni así lo apreció el legislador balear, al establecerla en el contexto de una Ley, cuya finalidad, según su exposición de motivos, era la adaptación de ciertas instituciones propias de nuestro Derecho Civil, contenidas en la Compilación del año 1.961 a " *Los principios en que se han inspirado la Constitución española de finales de 1978*"

En cuanto a la alegación de que el derecho de conmutación del cónyuge o pareja viudo/a es positivo en la regulación actual o en la realidad social actual para evitar problemas que con frecuencia suelen plantearse entre el viudo o viuda y los hijos sólo de su cónyuge o de su pareja sin distinción, y también para evitar divisiones entre nuda propiedad y usufructo total o parcial, con posibles conflictos entre las partes, se trata de un criterio razonable, y que se tuvo en cuenta por el legislador estatal al modificar dicha norma en la reforma del año 2.005, pero ante la aludida disposición final, no es posible una interpretación teniendo en cuenta el artículo 3.1 del Código Civil , y más cuando ello no implica que la norma que restrinja tal derecho de conmutación deba ser inconstitucional, sino que se trata de un criterio de "lege ferenda" para una ulterior modificación legislativa en el ámbito del Derecho Civil de la isla de Mallorca, pero esta Sala debe aplicar la norma vigente.

Tal como se reseña en el transcrito informe del Consejo General del Poder Judicial, podemos inferir que en la doctrina existían algunas opiniones sobre la posible inconstitucionalidad de esta norma al establecer una discriminación por razón de nacimiento, al igual que otras en sentido contrario, pero, reiteramos, en el caso concreto los tres hijos del causante no son "adulterinos", por lo tanto, no puede establecerse ninguna discriminación por razón de su nacimiento.

En consecuencia, la demandante carece de dicho derecho de conmutación de la legítima, y procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida.



CUARTO.- En cuanto a las costas procesales de primera instancia, la representación de la actora recurrente solicita con carácter subsidiario que no se le impongan las mismas por la existencia de serias dudas de derecho en la cuestión.

La Sala acoge dicho motivo, al considerar que nos hallamos ante una cuestión jurídica novedosa, sin que nos consten resoluciones dictadas sobre este particular, y que la restricción del derecho de conmutación del usufructo a una sola clase de hijos, esto es, a los concebidos durante el matrimonio o la convivencia de la pareja de hecho, puede provocar dudas sobre su constitucionalidad, y sobre su adecuación a la realidad social actual. Por tanto, se estima dicho motivo del recurso, y se revoca la sentencia de instancia únicamente en cuanto a las costas procesales.

Por el mismo motivo, no se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada.

En atención a lo expuesto, esta Sala de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca,

FALLAMOS

LA SALA ACUERDA:

- 1) **QUE DEBEMOS ESTIMAR ESTIMAMOS parcialmente el RECURSO DE APELACION** interpuesto por el Procurador D. Bartolomé Quetglas Mesquida, en nombre y representación de D^a Sandra , contra la sentencia de fecha 16 de octubre de 2.015 , dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Manacor, en los autos de juicio ordinario nº 813/2013, de los que trae causa el presente rollo.
- 2) **DEBEMOS revocar dicha resolución**, en el único aspecto relativo a las costas procesales, respecto de las cuales no se efectúa especial pronunciamiento, confirmando el pronunciamiento absolutorio de la sentencia de instancia.
- 3) No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada, con devolución del depósito presentado para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de la Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.