



Roj: **SAP LU 700/2007 - ECLI:ES:APLU:2007:700**

Id Cendoj: **27028370012007100396**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2007**

Nº de Recurso: **515/2006**

Nº de Resolución: **466/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE RAFAEL PEDROSA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LUGO

**SENTENCIA: 00466/2007**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LUGO

Sección 1.ª

SENTENCIA NÚMERO 466

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

D.ª MARÍA JOSEFA RUIZ TOVAR

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ RAFAEL PEDROSA LÓPEZ

D. JOSÉ ANTONIO VARELA AGRELO

Lugo, veintisiete de junio de dos mil siete.

La Ilma. Audiencia Provincial de Lugo ha visto en grado de apelación el Rollo de Sala n.º515/06, dimanante del Juicio División Judicial de Herencia n.º214/04 seguido en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº I de Vilalba sobre división de herencia; siendo apelante Mercedes , representado por la procuradora Sra. Pelaez García y asistido del letrado Sr. Rifón Dorado y apelado María Purificación y Esther , representado por el procurador de 1ª Instancia Sr. Iglesias Martinez y asistidos del letrado Sra Rosa Edreira; actuando como ponente el Magistrado, Ilmo. Sr. D. JOSÉ RAFAEL PEDROSA LÓPEZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 15 de septiembre de 2006, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº I de Vilalba, dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: QUE DESESTIMANDO LA OPOSICION formulada por la Procuradora Sra Paredes González, en nombre y representación de Dª Mercedes DEBO DECLARAR Y DECLARO LA APROBACION de las operaciones divisorias contenidas en el Cuaderno Particional de la presente División de Herencia nº 214/04. Y todo ello con imposición de las costas a la promovida Dª Mercedes ".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por Dña. Mercedes , teniéndose por preparado el mismo y cumplidos los trámites del art. 458 y siguientes de la L.E.C . 1/2000 se elevaron los



autos a la Audiencia Provincial para la resolución procedente. Acordándose en esta instancia la celebración de vista oral solicitada, la que tuvo lugar el día 5 de junio de 2007, en cuyo acto las partes comparecientes hicieron las peticiones que obran en autos.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en lo que se oponga a lo que a continuación se expone, y

PRIMERO.- La parte recurrente basa su recurso en tres motivos de oposición: 1º) el pronunciamiento de la obligación de contribuir a los gastos de perito y contador, 2º) el pronunciamiento relativo a la conmutación en metálico de la legítima del cónyuge viudo y 3º) el pronunciamiento relativo a la valoración de fincas adjudicadas a D<sup>a</sup> Mercedes .

SEGUNDO.-Respecto al primero de los puntos si bien es cierto lo expuesto por la apelante, debe distinguirse entre la obligación de pago y el hecho de que, llegado el caso, dicha obligación sea exigible o no y por tanto pueda hacerse o no efectiva. Concedido y no revocado el beneficio de justicia gratuita no le es exigible el abono de tales gastos, salvo que la resolución de concesión sea revocada o la solicitante venga a mejor fortuna en el plazo legalmente establecido desde dicha concesión, por lo que el motivo debe ser acogido parcialmente.

TERCERO.- El tercer motivo no puede ser acogido ya que, en primer lugar, existe una clara indeterminación en lo que se refiere a que fincas están valoradas en más o en menos, en segundo lugar, no cabía una nueva resolución por extemporanea y, en tercer lugar, la prueba practicada en esta alzada en la que el perito dio las explicaciones oportunas sobre sus criterios de valoración llevaron a la sala a estimar que los mismos fueron correctos, no existiendo causa para la alegación formulada, por lo que, como se dijo, la alegación debe ser rechazada.

CUARTO.- Si debe ser acogido el segundo de los motivos expuestos ya que la interpretación efectuada por la juzgadora "a quo" es errónea. El artículo 839 del Código Civil permite la conmutación del usufructo viudal evitando con ello los inconvenientes de todo tipo que puede originar dicho usufructo del viudo sobre los bienes de la herencia del cónyuge premuerto pero solo lo permite a los herederos, así dice " los herederos podrán ..." y si son varios los herederos, como es el caso presente, estos tienen que obrar por unanimidad pues no puede imponer una conmutación parcial al cónyuge supérstite. El cónyuge viudo no puede oponerse a la conmutación, pero si a su efectividad, a una u otra de las tres formas y a la manera de hacerlo y se deberá hacer efectivo procediendo de mutuo acuerdo y, si este no se consigue, por virtud de mandato judicial, siendo este el verdadero sentido del segundo inciso del párrafo primero del artículo 839 y, más concretamente, de la expresión "mutuo acuerdo" y no lo establecido en el segundo fundamento, párrafo primero de la sentencia apelada, por la que este motivo del recurso también debe ser acogido.

QUINTO.- Dado que se estima parcialmente la oposición no procede hacer una expresa imposición de costas en la primera instancia como tampoco se hace de las de esta alzada dado que se estima parcialmente el recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso formulado contra la sentencia dictada en fecha 15 de septiembre de 2.006 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Villalba debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el sentido de que la recurrente no está obligada a costear los gastos de perito y de contador salvo lo dispuesto en el fundamento segundo de esta resolución y que no procede la conmutación en metálico de la legítima del cónyuge viudo y todo ello sin hacer una expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.