



Roj: **SAP BU 653/2016 - ECLI:ES:APBU:2016:653**

Id Cendoj: **09059370032016100229**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **13/10/2016**

Nº de Recurso: **317/2016**

Nº de Resolución: **352/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ILDEFONSO JERONIMO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**BURGOS**

**SENTENCIA: 00352/2016**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE**

**BURGOS**

**Sección 003**

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

Modelo : 001370

N.I.G.: 09059 42 1 2015 0004530

**ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000317 /2016**

Juzgado procedencia : JDO.DE 1A.INSTANCIA N.2 de BURGOS

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000415 /2015

RECURRENTE: Herminia , Macarena

Procurador: JESUS MIGUEL PRIETO CASADO

Abogado: EDUARDO JOSE DIEZ MELGOSA

RECURRIDO: Leonardo

Procuradora: PAULA GIL PERALTA ANTOLIN

Abogado: ARTURO ALMANSA LOPEZ

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, **D. ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA**, Presidente, **Dª MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR** y **D. JOSÉ IGNACIO MELGOSA CAMARERO**, ha dictado la siguiente,

**SENTENCIA Nº 352.**

En Burgos, a trece de octubre de dos mil dieciséis.

**VISTOS**, por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala número 317 de 2.016, dimanante del Procedimiento Ordinario nº 415/15, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Burgos, el Recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 16 de mayo de 2.016, sobre testamentaría, en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandantes-apelantes, Dª Herminia y Dª Macarena,



representadas por el Procurador D. Jesús Miguel Prieto Casado y defendidas por el Letrado D. Eduardo José Díez Melgosa; y, como demandado-apelado, **D. Leonardo**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Paula Gil Peralta Antolín y defendido por el Letrado D. Arturo Almansa López. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D., ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, que expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.- Los de la resolución recurrida, que contiene la siguiente Parte Dispositiva: "Estimar parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de DOÑA Herminia Y DE DOÑA Macarena, contra DON Leonardo, y en consecuencia debo de declarar y declaro que procede estimar las rectificaciones y aclaraciones necesarias para subsanar las omisiones y excesos contenidos en el hecho sexto de la demanda en las operaciones particionales efectuadas por el Partidor Sr. Jose Ramón en los autos del juicio de división de herencia nº556/2002 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos. Debo de desestimar y desestimo la demanda, en cuanto a la petición dirigida a la reducción de la legítima estricta de los derechos hereditarios de Don Leonardo, debiendo de absolver y absuelvo al demandado de esta pretensión y todo ello sin hacer mención en cuanto a las costas causadas en el presente procedimiento que se pagarán por cada parte las suyas y las comunes por mitad".
- 2.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de las demandantes se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, lo verificó en tiempo y forma, oponiéndose al recurso mediante el correspondiente escrito que consta en las actuaciones; acordándose por el Juzgado la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.
- 3.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para la celebración de la oportuna vista el día 6 de octubre de 2016, en que tuvo lugar, a la que asistieron los Letrados de las partes, quienes informaron en apoyo de sus pretensiones.
- 4.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** La cuestión que es objeto del presente recurso es si se confirma o no la sentencia de primera instancia en cuanto a considerar que al demandado no le era exigible respetar el usufructo que su madre tenía en la herencia de su padre, fallecido el 16 de marzo de 2002, o bien por el contrario que el incumplimiento por el demandado de esta carga debe desplegar todos los efectos según el testamento de su padre de fecha 17 de julio de 2001 y en consecuencia, según lo dispuesto en el mismo, la participación del demandado en la herencia de su padre debe reducirse a su legítima estricta.

**Segundo.** La sentencia apelada considera que el demandado don Leonardo no tenía obligación de pagar a su madre el usufructo dejado a esta en la herencia de su padre, que no era solo el usufructo del cónyuge viudo, sino el usufructo de todos los bienes de la herencia del padre, menos el usufructo de la parte que dispuso en forma de legados, porque tanto el testador don Amador, mientras vivió, como su esposa doña Caridad, hasta su fallecimiento el 4 de enero de 2013, consintieron que fuera el hijo don Leonardo el que estuviera en posesión de los bienes de los padres, tanto de los gananciales como de los privativos.

Ciertamente ha sido el demandado el que siempre ha estado en la posesión de los bienes de los padres, mientras estos vivieron, y luego después del fallecimiento de su padre ha continuado en la posesión de los mismos, tanto los que le correspondían a él y a sus dos hermanas como herederas, como de la parte de los gananciales de la madre. Dice la sentencia que "el demandado viene cultivando esas fincas desde el año 1985, situación permitida, consentida y tolerada tanto por el finado, como por su esposa. Decimos que conocida y consentida porque la prueba testifical, que consideramos objetiva de doña Blanca, doña Delfina, que además coinciden en lo fundamental, con lo declarado por don Jose Daniel, doña Flora, y también don Adrian, esposo de la actora doña Macarena, vienen a acreditar que los finados padres de las partes pasaban largas temporadas en Dobro, en la vivienda familiar, donde reside el demandado y su esposa, sobre todo acudían en verano y presenciaban las labores de la cosecha y sabían que las fincas se cosechaban y se cultivaban por su hijo".

Lo que infiere la sentencia, más que una renuncia del heredero, que es el cónyuge viudo, a la herencia de su esposo, lo que no consta, es una voluntad de este de no reclamar el derecho de usufructo.



**Tercero.** Conviene precisar en primer lugar la naturaleza del usufructo que se deja al cónyuge viudo en el testamento de don Amador . El testamento de don Amador está claro. La estipulación cuarta decía lo siguiente: "Lega a su esposa el usufructo vitalicio sobre los restantes bienes de la herencia, relevándola de la obligación de hacer inventario y prestar fianza y facultándola para tomar por sí misma posesión del legado. Si alguno de los hijos y herederos no respetase este usufructo quedará reducido su derecho a la legítima estricta. Y si fuesen todos los que no lo respetasen el legado a su esposa se convertirá en legado del usufructo del tercio que por ley le corresponde más la plena propiedad del tercio libre".

Se trata de un legado de usufructo, que recae sobre todos los bienes del causante, con excepción de aquellos que han sido objeto a su vez de legado a cada uno de sus tres hijos. Y en realidad el legado comprende también el usufructo el cónyuge viudo, que de otra forma tendría la condición de derecho hereditario. Así se desprende de la cautela final del testamento para el caso de que ninguno de los herederos respetase el legado en cuyo caso "el legado a su esposa se convertirá en legado del usufructo del tercio que por ley le corresponde más la plena propiedad del tercio libre".

El usufructo en que consiste el legado recae además sobre una cosa genérica, que en principio no está determinada, pues hay que fijar primero cuales son los bienes que integran la herencia del testador, que es su parte de gananciales y los bienes privativos, y para ello liquidar primero la sociedad de gananciales. Todo ello no se ha podido determinar hasta la partición realizada por don Jose Ramón en el juicio de división de herencia, que se aprobó por auto de 11 de enero de 2010. Pero doña Caridad falleció el 4 de enero de 2013, por lo que la eventual privación de su derecho de usufructo se daría solo en los dos últimos años de su vida.

La doctrina jurisprudencial desarrollada en torno a la entrega de los legados tiene su colofón en la imposibilidad de que el legatario pueda pedir la entrega de su legado sin que previamente se haya llevado a cabo la partición de la herencia. Por este motivo, el artículo 1025 del Código Civil estipula que los legatarios no pueden demandar el pago de sus legados durante la formación del inventario y el término para deliberar. Así se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias de 11 enero 1950 , 24 enero 1963 .

Y la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 20 noviembre de 1998 en su fundamento tercero dice: «El segundo extremo de la nota de calificación plantea la cuestión de decidir si es posible la entrega de legados de cosa específica habiendo herederos forzosos que no prestan su consentimiento y sin que conste haberse realizado el inventario, liquidación y adjudicación de la herencia en su totalidad y, consiguientemente, sin que haya sido determinado el haber hereditario correspondiente.....Sobre esta cuestión persiste la doctrina de la Resolución de 27 de febrero de 1982: no es posible la entrega sin que preceda la liquidación y partición de la herencia con expresión de las operaciones particionales de las que resulte cuál es el haber y lotes de bienes correspondientes a los herederos forzosos cuyo consentimiento para la entrega de los legados no consta, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador y no perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos». Lo que se ratifica en la resolución de 13 de enero de 2006.

**Cuarto.** De todas formas el motivo principal de desestimación de la demanda es la forma en la que debe interpretarse el testamento de don Amador cuando obliga a los herederos a respetar el legado de usufructo que deja a su esposa, lo que se entiende mejor a la vista de la naturaleza del legado de usufructo.

La corriente jurisprudencial mayoritaria entiende con apoyo en el artículo 885 del Código Civil que se impone al legatario la carga de solicitar la entrega y posesión de la cosa legada al heredero o al albacea. Dice el artículo 885 que "el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla". En este sentido, la STS de 21 de abril de 2003 dice que «el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. La Sentencia de 25 de mayo de 1992 ha recogido que de acuerdo con el artículo 882 del Código Civil cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla ( artículo 885 del CC )». Y cuando el legado es de cosa genérica o recae sobre una pluralidad de bienes que no están determinados se hace necesario partir primero la herencia para conocer el objeto del legado.

Es por lo tanto el legatario el que debe pedir al heredero la entrega de la cosa legada. No hay una obligación del heredero de pagar el legado cuando el legatario no lo reclama. De hecho el artículo 882 dice que "la cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora". Si existiera una obligación positiva del heredero de entregar la cosa legada, en tal caso lo lógico es que fuera él quien sufriera el riesgo de la pérdida de la cosa, y no el legatario.



**Quinto.** Desde este punto de vista es como se puede interpretar mejor el testamento de don Amador . El testamento dice que "si alguno de los hijos y herederos no respetase este usufructo quedará reducido su derecho a la legítima estricta". El testamento habla de respetar, y no de entregar la cosa legada, o de pagar el usufructo.

La STS de 12 de julio de 2004 (ROJ: STS 5065/2004 ) examina una cláusula idéntica a la que nos ocupa, donde también se había dejado a la esposa un legado de usufructo universal, bajo la sanción de que si alguna de las herederas (sus hijas) no lo aceptaba, quedase su derecho reducido a la legítima estricta, acreciendo su parte en favor de la que había consentido. En este caso cuando se había pedido que la herencia de la hija demandada quedara reducida a su legítima estricta fue cuando se presentó con la demanda un proyecto de partición en el que, a la vez que se reconocía el usufructo universal de la madre, se dejaba a la hija con su legítima. Y el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia, que había desestimado la demanda, reconociendo a la demandada su derecho a oponerse a una partición como esta. A favor de este derecho dice el TS que "la partición cuya aprobación se pide está hecha bajo el supuesto de que a la demandada, hoy recurrida, se le aplica la sanción prevista por el testador si no aceptase el usufructo universal que establece en favor de su esposa. La sentencia recurrida declara que no está probada la negativa de la demandada, y que del escrito de contestación a la demanda se deduce lo contrario, es decir, la aceptación del legado universal de herencia".

Desde este punto de vista es como debe a nuestro juicio interpretarse el testamento de don Amador . El testamento imponía los herederos la obligación de respetar el legado de su madre, y esto es lo que han hecho al formalizar la partición en el juicio de división de herencia donde se recoge, entre las adjudicaciones que se hacen a doña Caridad , el legado de usufructo y se valora en la cantidad de 9.426,22 €.

En realidad el valor del legado debe ser inferior. Para calcular el valor del legado de usufructo (15%) el contador partidario descuenta el valor de los legados dejados a los hijos del total de los bienes gananciales, cuando estos legados deben descontarse de la mitad de los gananciales, porque son legados de la herencia de don Amador . De esta forma la participación de doña Caridad en la sociedad de gananciales, que también se liquida, hubiera sido superior, no 49.843,73 €, sino la mitad de 134.460,95 €, 67.230,47 €. A cambio su legado de usufructo hubiera sido inferior, no 9.426,22 €, sino 6.818,20 € ( $134.460,95 / 2 = 67.230,48 € - 34.773,49 = 32.456,99 € + 12.997,70 € = 45.454,69 € \times 15\%$ ). En cualquier caso no se ha hecho cuestión de estos cálculos por lo que no cabe hacer en la partición modificación alguna, salvo la que ya ha hecho la sentencia sobre los legados a cada uno de los hijos.

**Sexto.** A pesar de la desestimación del recurso no se hace imposición de costas por las dudas de derecho que puede plantear la cuestión de si el heredero tiene una obligación positiva de entrega del legado o si debe esperar a que el legatario se lo reclame.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Jesús Miguel Prieto Casado contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Burgos en los autos de juicio ordinario 415/2015, que se confirma en todos sus pronunciamientos, sin imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de apelación, notificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.