



Roj: **SAP C 3241/2016 - ECLI:ES:APC:2016:3241**

Id Cendoj: **15030370052016100466**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **30/12/2016**

Nº de Recurso: **120/2016**

Nº de Resolución: **484/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS FUENTES CANDELAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

A CORUÑA

SENTENCIA: 00484/2016

N10250

RÚA CAPITÁN JUAN VARELA S/N

-

Tfno.: 981 18 20 99/98 Fax: 981 18 20 97

ER

N.I.G. 15028 41 1 2013 0000937

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000120 /2016

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de CORCUBION

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000367 /2013

Recurrente: Eloisa

Procurador: LUIS ANGEL PAINCEIRA CORTIZO

Abogado: MARINA ALVAREZ SANTOS

Recurrido: Anselmo

Procurador: MARIA DEL CARMEN RIVEIRO MERINO

Abogado: ALICIA MUIÑO POSE

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

A CORUÑA

Rollo: 120/2016

Proc. Origen: Juicio ordinario núm. 367/2013

Juzgado de Procedencia: 1ª Instancia núm. 1 de Corcubión

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

SENTENCIA N° 484/2016

Ilmos. Sres. Magistrados:



MANUEL CONDE NÚÑEZ

JULIO TASENDE CALVO

CARLOS FUENTES CANDELAS

En A CORUÑA, a treinta de diciembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de apelación civil número **120/2016**, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Corcubión, en Juicio ordinario núm. 367/2013, sobre "acción real de usufructo", seguido entre partes: Como **APELANTE/DEMANDANTE: DOÑA Eloisa**, representada por el/la Procurador/a Sr/a. PAINCEIRA CORTIZO; como **APELADO/DEMANDADO: DON Anselmo**, representado por el/la Procurador/a Sr/a. RIVERO MERINO.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON CARLOS FUENTES CANDELAS.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Corcubión, con fecha 3 de septiembre de 2015, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

"Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta a instancia de Eloisa, representada por el Procurador Sr. García Lijé y defendida por la Letrada Sra. Álvarez Santos, contra Anselmo, representado por la Procuradora Sra. Riveiro Merino y defendido por el Letrado Sr. González Boquete,

Y ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda reconvenicional interpuesta por Anselmo, representado por la Procuradora Sra. Riveiro Merino y defendido por el Letrado Sr. González Boquete, contra Eloisa,

DEBO DECLARAR Y DECLARO que el usufructo universal vitalicio correspondiente a doña Eloisa en su condición de viuda de Higinio será conmutado por el pleno dominio del tercio de libre disposición y el usufructo del tercio de mejora, lo que habrá de tenerse en cuenta una vez que se lleven a cabo las operaciones particionales de la herencia.

DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO, con todos los pronunciamientos favorables a Anselmo, de las pretensiones ejercitadas en su contra.

Las costas procesales de este procedimiento se imponen a Eloisa."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de DOÑA Eloisa, que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberación de la Sala.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada.

PRIMERO.- En la demanda de Doña Eloisa frente a su hijo Don Anselmo se pidió, en tanto que cotitular ganancial y usufructuaria universal de la herencia de su fallecido marido, el reconocimiento judicial del derecho de usufructo universal vitalicio del legado testamentario de éste a aquélla, aunque circunscribiendo su reclamación a una parte de los bienes inmuebles gananciales integrantes de la herencia, identificados en el hecho 2º de su demanda, dos de los cuales estarían siendo ocupados por el heredero demandado y los otros cinco arrendados por éste a terceras personas para hotel, con la condena de dejarlos a disposición de la demandante, incluso a realizar las obras necesarias en aquellos dos pisos para hacerlos volver a su estado previo, más el reintegro de las rentas percibidas y que viene percibiendo el demandado respecto de los inmuebles del negocio de hostelería, con los intereses, y la subrogación de la demandante en el contrato de arrendamiento como arrendadora.

Por parte del heredero demandado Don Anselmo se opuso al pedir reconvenicionalmente la aplicación de la opción que le otorgaría en estos casos el artículo 820.3º del Código Civil de preferir que se respetase su legítima de hijo y entregar a Doña Eloisa la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador, en vez de cumplir la disposición testamentaria del usufructo universal vitalicio legado en el testamento.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó en su sentencia la demanda inicial, fundamentalmente como consecuencia de aceptar la procedencia de la facultad de opción ejercitada por el heredero legitimario, estimando así la demanda reconvenicional de éste, aparte de otras razones.



SEGUNDO .- La sentencia partió de la aplicación a la sucesión del testador de la normativa del Código Civil y por tanto de su artículo 820.3º, además de indicarlo así también el propio testamento, al haber fallecido antes de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995.

No podría reconocerse el usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia dada la facultad ejercitada conforme a la voluntad del legitimario gravado al amparo del artículo el artículo 820.3º del Código Civil . Este precepto no establecería momento concreto para su ejercicio. Y tal usufructo universal sería ilegal al tratarse de un gravamen que alcanzaría todos los bienes de la herencia y entre ellos lo de la legítima del hijo. El supuesto sería sustancialmente idéntico al de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2001 .

De esta manera el usufructo universal quedaría conmutado por el pleno dominio del tercio de libre disposición y el usufructo del tercio de mejora, a tener en cuenta en la partición aun no realizada. Don Anselmo tendría legitimación para ello. Sería la partición la que determinaría los bienes en propiedad y los bienes en usufructo que corresponderían a Doña Eloisa y carecería de título respecto de los incluidos en el tercio de legítima. Por ello ésta carecería de legitimación para exigir antes de las respectivas adjudicaciones de la partición la entrega de la posesión de los inmuebles del hotel y de los otros dos pisos en cuestión al desconocerse hasta entonces sobre qué concretos bienes materializar su derecho abstracto sobre el caudal hereditario de su fallecido esposo y el derecho del hijo heredero por su legítima. Y otro tanto respecto a su cotitularidad ganancial hasta la liquidación de la sociedad de gananciales para concretar los bienes adjudicados a la viuda y al cupo de su esposo; aunque sí podría ejercitar aquélla las acciones de protección y defensa en beneficio de la comunidad ganancial, no para reivindicarlos a título individual y privativo cual en la demanda.

No estaría impedida la posesión por parte del demandado hasta la liquidación de los gananciales y partición de la herencia del causante, al tener aquél igual derecho ideal y abstracto de copropiedad pendiente de concreción posterior.

No podrían ser estimadas por todo ello las pretensiones de la demandante inicial. Y a mayores, respecto de la pretensión de subrogación en el contrato de arrendamiento, el demandado carecería de legitimación pasiva al ser la arrendadora una sociedad limitada y el demandado su administrador. En cuanto a las obras de unión de los pisos NUM000 e NUM001 de la CALLE000 , no resultarían probadas.

TERCERO .- En el recurso se enfatiza acerca de la doble condición de la demandante como titular ganancial de la mitad de los bienes objeto de su demanda y como usufructuaria universal de todos los bienes de la herencia de su esposo, no pudiendo ser privada de su posesión por el demandado mediante una pretensión que sería extemporánea o habría precluido por caducidad y que además precisaría valorar los bienes de la herencia y usufructo para concluir que el mismo lesiona la legítima estricta del heredero y ejercitar la opción del artículo 820-3º del Código Civil . El usufructo universal estaría contemplado y permitido también por el Código Civil, aunque con la facultad del heredero de conmutarlo a cambio de ver reducidos sus derechos en la herencia siempre que el usufructo tuviese un valor superior a la parte disponible de la herencia, extremo éste obviado en la sentencia. Dicho derecho sólo podría ejercitarse en el seno de un procedimiento de división/partición de herencia y no en el que nos ocupa, pues habría que hacer una valoración de los bienes integrantes de la herencia y el cálculo del valor del usufructo. La opción por la conmutación tendría un plazo de un año a contar desde la apertura de la sucesión (arts. 839 , 844 siguientes y concordantes del Código Civil) y habría caducado. Por otro lado no se le podría negar a Doña Eloisa la condición de usufructuaria universal testamentaria de todos los bienes de la herencia de su fallecido esposo y entre ellos los reclamados en su demanda y, contrariamente a la sentencia, tendría título para recuperar la posesión por tal doble condición. También respecto de la reclamación de rentas y subrogación en el contrato de arrendamiento de los pisos destinados a negocio de hotel. La demandante tendría legitimación activa. El demandado estaría legitimado pasivamente pues habría constituido una sociedad limitada para alquilar, indebidamente, los pisos y percibiría personalmente las rentas. El contrato de arriendo de la SL y cualquier tercero sería nulo de pleno derecho y fraudulento al arrogarse la condición de titular de unos inmuebles de la que carece. Y en cuanto a los pisos NUM000 y NUM001 del CALLE000 el demandado se negaría a entregar la posesión a la demandante y la habría concedido el uso de uno de ellos a un testigo del juicio para guardar material de fontanería. Por su doble condición la demandante tendría derecho a poseer los bienes de la herencia a diferencia del heredero. La desestimación de la demanda carecería de toda justificación jurídica. Y se insiste en la desestimación de la demanda reconventional por la caducidad por el transcurso de un año desde la apertura de la sucesión de la conmutación del usufructo (art. 844 Código Civil); precisaría una previa valoración de los bienes del caudal hereditario y del usufructo y legítima para determinar si concurren o no los requisitos del artículo 820-3º; y la tramitación de un procedimiento de partición de herencia. Mientras tanto Doña Eloisa seguiría teniendo el derecho a disfrutar de todos los bienes porque no habría perdido su condición de usufructuaria universal. Se reseñan sentencias de Audiencias Provinciales. Y por todo ello tampoco podrían serle impuestas a la demandante las costas.



Por parte del demandado-reconviniendo se alegó en contra del recurso y en apoyo de la sentencia.

CUARTO .- Se desestima el recurso de apelación, salvo en el tema de las costas, habida cuenta en general de lo razonado en la sentencia de primera instancia y lo demás que exponemos a continuación, y no obstante tenerse que reconocer las divergencias doctrinales sobre la cuestión nuclear debatida en el asunto que nos ocupa.

1- Está claro y no se discute que la sucesión por causa de muerte del marido de Doña Eloisa y padre de Don Anselmo se rige por el Código Civil, por haber fallecido antes de la Ley de Derecho Civil de Galicia. Todo ello por aplicación del principio tradicional de la ley vigente al momento del fallecimiento del causante que es el hecho que origina la apertura de la sucesión y los efectos de la adquisición de la herencia una vez aceptada la misma (disposición transitoria 12ª del Código Civil y remisión de la DT cuarta de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995, además de la DT segunda-2 "contrario sensu" de la actual Ley de 2006).

2- El artículo 844 Código Civil invocado en el recurso de apelación se refiere a la decisión de pago en metálico de la porción hereditaria de legitimarios. Es un caso distinto de la facultad de opción reconocida en el artículo 820-3º, la cual no tiene plazo especial de ejercicio y no le es de aplicación el plazo anual de aquel otro precepto.

3- El artículo 820-3º va relacionado con el 813 del Código Civil, parecidamente a lo que sucede con la llamada cláusula o cautela Socini o Galdense (por apoyarse en un dictamen emitido por el jurisconsulto italiano del S.XVI Mariano Socini Galdense) o cláusula angélica (por atribuirse dicha fórmula a Ángel Ubaldi), que es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta. Aun cuando parte de la doctrina ha sostenido que esta cautela supone un artificio en fraude de ley en cuanto elude la norma que establece la intangibilidad cualitativa de la legítima, la doctrina predominante aboga por su validez por su clara utilidad y el hecho de que no se coacciona la libre decisión del legitimario que, en todo caso, puede optar por recibir en plena propiedad la legítima estricta. En este sentido, se incorporó al Código Civil, y así el apartado 3º del artículo 820 dispone que «Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador», lo que supone la reducción de su porción hereditaria a la legítima". Así, la STS de 27 de mayo de 2010.

El artículo 820-3º se refiere al usufructo o renta vitalicia, pero la doctrina y la jurisprudencia lo aplican a toda carga o limitación (STS de 21/11/2011).

La STS de 3 de septiembre de 2014 dice que pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la cautela Socini se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimarios conformes. Sin embargo, la cautela Socini no puede afectar a la legítima estricta, o, lo que es lo mismo, el causante puede poner limitaciones o prohibiciones y dar la opción al legitimario de aceptarlas o verse reducido a percibir la legítima estricta; pero ésta en el ordenamiento jurídico español es intocable, intangible.

Por su parte, la STS de 3 de diciembre de 2001, en relación al debate de si era o no de aplicación el artículo 820-3º no mencionado expresamente el testamento (en el caso que nos ocupa sí se recogió), dijo que "la cláusula estableciendo el usufructo universal es válida, y que el legitimario afectado tiene derecho a hacer la opción del art. 820.3, pues si bien tal facultad no se la concede expresamente el testador, el precepto últimamente citado se la otorga, no condiciona su aplicación y eficacia a que el causante lo consienta. Por otra parte, en testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el Notario autorizante, es razonable pensar que el testador no ha querido imponer un gravamen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a 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".

La STJG de 5 de febrero de 2001 deja claro que: "En el sistema del Código Civil rige el principio de intangibilidad de la legítima, según el cual no basta que el testador deje la legítima de sus herederos forzosos de forma que su atribución cubra "el quantum" legitimario, sino que es necesario, además, que se deje libre de gravámenes impuestos por el testador, es decir, en "plena propiedad", según la concepción tradicionalmente sostenida por doctrina y jurisprudencia. No obstante, y apoyándose indirectamente en el artículo 820.3 de dicho código, la



misma doctrina científica y jurisprudencial se ha mantenido favorable a la validez de las llamadas cláusulas compensatorias de la legítima o "cauteladas socini" entre las que la más frecuente es aquella en que el testador deja el usufructo universal de la herencia al cónyuge, estableciendo que el hijo que impugne la disposición y no quiera tolerar el usufructo tendrá que conformarse con la legítima corta o estricta, o lo que es lo mismo, se coloca a los hijos ante la alternativa de percibir en nuda propiedad una porción superior a su legítima, pero con la carga que implica el usufructo universal en favor del viudo, o recibir exclusivamente su legítima libre del usufructo. Cuando la concesión se realiza jugando con los dos tercios de legítima (participación en ambos para el que se conforma, o participación sólo en el tercio de la estricta para el que impugna), el testador hace uso condicional de su facultad de mejorar. Las restricciones que ofrecen estas cláusulas compensatorias de forzado encaje en el artículo 820.3º CC, en orden al establecimiento del usufructo universal, no satisfacían plenamente la tradición consuetudinaria gallega, y de ahí la mayor amplitud del artículo 118 de la Ley 4/95 de Derecho Civil de Galicia, que permite al testador imponer, por su sola voluntad, el usufructo universal a favor del cónyuge viudo".

La STSJG de 21 de noviembre de 2003 abunda en ello: "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".

4- Y es que la legítima es aquella porción de bienes de la herencia que el testador no puede disponer libremente sino que ha de reservar forzosamente por ley para determinados parientes, legitimarios, como en el caso de los hijos (arts. 763 y 806ss. Código Civil). Es intangible. Ha de respetarla tanto cuantitativa como cualitativamente. En este sentido dice el artículo 813 que el testador no podrá privar a los herederos de su legítima (salvo casos justificados por la ley), ni imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo (no se refiere al universal voluntario sino al legal del art. 834ss) y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados. Es materia de orden público jurídico.

El usufructo universal vitalicio grava todos y cada uno de los bienes de la herencia y por tanto afecta cualitativamente también la legítima. Es contrario a la ley y el heredero legitimario no está obligado a pasar por ello salvo que voluntariamente quiera. De ahí la opción que le concede el artículo 820-3º.

Sucede, sin embargo, que como ha puesto de relieve un sector importante de la doctrina, este precepto está erróneamente situado en el Código Civil junto con otros referidos a la intangibilidad cuantitativa y reducción cuando es una cuestión de intangibilidad cualitativa, y esto ha dado lugar a la confusión y las diversas posturas al respecto. En otras leyes civiles más actuales, extranjeras (como el Código alemán o el portugués) y españolas (como el catalán, balear y aragonés) aparece bien ubicado. Y en efecto, mientras un sector entiende que ha de hacerse una valoración económica u objetiva del usufructo en relación a la herencia y legítima, lo que a su vez ha dado lugar a diversas posturas dadas las dificultades de cuantificación, otro sector importante entiende que se trata de una valoración subjetiva que corresponde realizar libremente al legitimario según le convenga a sus propios intereses y voluntad ("cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible"). Esta es la postura que creemos correcta en atención a lo antes expuesto sobre el respeto de los derechos legitimarios del heredero forzoso, y fue ya indicada por García Goyena con ocasión del proyecto de Código Civil de 1851.

El criterio defendido en el recurso de apelación no es por tanto el único ni el acogido por el Juzgado de Primera Instancia y por este Tribunal de apelación, no obstante las dudas jurídicas existentes sobre la cuestión ante la existencia de otras opiniones doctrinales.



En el caso que nos ocupa correspondía la decisión del artículo 820-3º exclusivamente al heredero legitimario y la ha ejercitado oportunamente al ser interpelado.

5- En lo restante alegado nos remitimos a lo razonado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

QUINTO .- Lo dicho aquí y en la sentencia apelada es suficiente para la desestimación del recurso, salvo en el tema de las costas de ambas instancias, habida cuenta de las serias dudas jurídicas resultantes de la diversidad de criterios ya comentados, lo que justifica su no imposición y estimación en este concreto extremo del recurso (arts. 394 y 398 LEC), lo que a su vez conlleva la devolución del depósito constituido para recurrir (D.A. 15ª LOPJ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español,

FALLO

Que, con estimación parcial del recurso de apelación en el extremo referido a las costas, confirmamos la sentencia apelada excepto en cuanto a las costas de ambas instancias, de las cuales no se hace mención especial, y con devolución del depósito para recurrir.

Esta sentencia no es firme y contra la misma cabe recurso de casación por interés casacional, y en su caso conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a interponer ante esta Sección 5ª mediante escrito de abogado y procurador en el plazo de 20 días, con los demás requisitos de admisibilidad previstos en la Ley y su jurisprudencia.

Así, por esta nuestra sentencia de apelación, de la que se llevará al Rollo un testimonio uniéndose el original al Libro de sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, en el lugar y fecha arriba indicados.