



Roj: **SAP OU 479/2018 - ECLI:ES:APOU:2018:479**

Id Cendoj: **32054370012018100276**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **25/09/2018**

Nº de Recurso: **376/2017**

Nº de Resolución: **283/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**OURENSE**

**SENTENCIA: 00283/2018**

N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

Tfno.: 988 687057/58/59/60 Fax: 988 687063

**N.I.G.** 32085 41 1 2016 0000350

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000376 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de VERÍN

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000149 /2016

Recurrente: D. Torcuato

Procurador: D<sup>a</sup> LUCIA TABOADA GONZALEZ

Abogado: D. ADOLFO TABOADA GONZALEZ

Recurrido: D<sup>a</sup> Eva y D. Segismundo

Procurador: D. ANTONIO ALVAREZ BLANCO

Abogado: D. RAUL LAMAS RODRIGUEZ

**APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Señoras, doña Ángela Domínguez Viguera Fernández, Presidenta, doña Josefa Otero Seivane y doña María José González Movilla, Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

**SENTENCIA NÚM. 00283/2018**

En la ciudad de Ourense a veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, en autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Verín, seguidos con el n.º 149/2016, Rollo de Apelación núm. 376/17, entre partes, como apelante D. Torcuato, representado por la Procuradora D.<sup>a</sup> Lucía Taboada González, bajo la dirección del Letrado D. Adolfo Taboada González y, como apelados, D.<sup>a</sup> Eva y D. Segismundo representados por el Procurador D. Antonio Álvarez Blanco, bajo la dirección del Letrado D. Raúl Lamas Rodríguez.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.<sup>a</sup> Ángela Domínguez Viguera Fernández.



## I - ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Verín, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 24/04/2017, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: **"FALLO:** Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Antonio Álvarez Blanco, en nombre y representación de D. Segismundo y D.<sup>a</sup> Eva, frente a D. Torcuato, representado por la Procuradora Sra. Lucía Taboada González, declaro que los actores tienen derecho al usufructo vitalicio de la casa sita en Rúa DIRECCION000, número NUM003, con las edificaciones anexas, pajar, piscina, garajes, etc..., ubicada sobre la parcela NUM000 del polígono NUM001 de Feces de Abaixo (Verín), con referencia catastral NUM002, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración, respetándola y absteniéndose de realizar en lo sucesivo cualquier acto de intromisión, injerencia o perturbación sobre el objeto de usufructo, haciendo entrega a los actores de la posesión del inmueble referido.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC se impone al demandado el pago de las costas procesales".

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de D. Torcuato recurso de apelación en ambos efectos y, seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

**Tercero.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en tanto no contradigo lo expuesto a continuación.

**PRIMERO.-** En la demanda se interesa se reconozca judicialmente a los demandantes el derecho de usufructo sobre el inmueble descrito en el hecho primero de la demanda, dando así plena efectividad a la disposición testamentaria otorgada por D. Torcuato el 1 de febrero de 2013, tal como se reconoció en la sentencia apelada, con la consiguiente obligación de los demandados de abstenerse de realizar cualquier perturbación sobre el bien objeto del legado de usufructo dispuesto por el testador, tal como dispone el artículo 882 del CC.

En el testamento abierto cuya efectividad se pretende en la demanda y que constituye el título fundamentador de la pretensión actora y cuya validez no se cuestiona, el testador legó a los demandantes el usufructo vitalicio de la casa donde vivía el testador sita en Feces de Abaixo, Rúa DIRECCION000 nº NUM003, con las edificaciones anexas tales como pajar, piscina, los garajes, etc., según términos textuales de tal disposición. Instituye, además, como único heredero al codemandante D. Segismundo, nieto del testador y, a su vez, legatario de cosa específica, mientras que, a sus dos hijos D. Torcuato y D.<sup>a</sup> Rocío, siendo el primero de ellos el demandado, únicamente atribuyó la legítima estricta, "que por ley le corresponda".

El demandado, por consiguiente ostenta exclusivamente la posición jurídica de legitimario, y como tal, conforme al artículo 249.1 de la Ley de Derecho Civil de Galicia carece de acción real para reclamar la legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor. En efecto, habiendo fallecido el causante en octubre de 2013, siendo de vecindad civil gallega, es de aplicación al caso la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, por lo dispuesto en su disposición transitoria segunda: "Respecto a los demás derechos sucesorios se aplicará la presente ley a las sucesiones cuya apertura tenga lugar a partir de la entrada en vigor de la misma". De tal modo, la sucesión mortis causa se rige por la ley vigente en el momento del fallecimiento del causante, por ser precisamente el que origina la apertura de la sucesión y los efectos de la adquisición de la herencia una vez aceptada la misma, por consiguiente, a lo normado en el Capítulo y del Título X sobre las legítimas (arts. 238 a 266, ambos incluidos).

La naturaleza jurídica de la legítima según dicha disposición legal, difiere de la contemplada en el Código Civil, tanto por reducirse cuantitativamente (a una cuarta parte del valor del haber hereditario líquido), como por considerarse como "pars valoris" y no "pars bonorum", por lo que, el legitimario ostenta exclusivamente un derecho de crédito de carácter personal que puede ser satisfecho con bienes de la herencia o en metálico, a elección del heredero.

Así, se ha sostenido por este tribunal de apelación (auto de 23 de junio de 2016), al igual que en distintas resoluciones dictadas por los tribunales de esta Comunidad Autónoma, que en ningún caso el legitimario tiene derecho a intervenir en la partición, ni oponerse a la que se realice, ni por supuesto promover juicio de división de la herencia. Ello no obstante, además de los derechos que le corresponden como acreedor de la herencia, tiene otras facultades en defensa de su derecho, que son: a) exigir la formación de inventario en justa compensación al hecho de que no tienen facultades para intervenir en la partición de la herencia; b) pedir la



anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad; c) que se cumpla el plazo referido en el artículo 250 de la Ley de Derecho Civil de Galicia. El demandado no ostentan la condición de heredero, ni es integrante de la comunidad hereditaria, careciendo de facultad de instar la división judicial, sin perjuicio de reclamar del heredero el pago de su legítima; teniendo en cuenta, por lo demás, que la función que viene a cumplir la formalización de inventario con avalúo de los bienes es dar a conocer al legitimario la composición del caudal y su correspondiente valoración, y con los que éste puede no estar de acuerdo. En definitiva, como se indica en la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 27 de octubre de 2016, la cuota legitimaria del demandado podrá ser abonada en metálico, "incluso con dinero de fuera de la herencia, por el valor de la legítima estricta que le corresponda, la cual, conforme al Derecho gallego aplicable, supone un derecho de crédito y otorga a su titular la condición de acreedor a todos los efectos legales, no la de heredero ni la de legatario de parte alícuota de bienes de la herencia. Por todo ello, carece de legitimación activa para instar el procedimiento de división judicial de la herencia, aparte de que en esta sucesión únicamente existe un único heredero designado en el testamento, para lo que la argumentación jurídica de la sentencia apelada para desestimar la demanda no puede ser aceptada; desde el momento que al legitimario no se le reconoce el derecho de una parte de los bienes de la herencia ("pars bonorum") sino un derecho a una parte de su valor ("pars valoris bonorum"), no constituye un legado de parte alícuota de los bienes hereditarios sino un legado de un valor, configurado expresamente en el art. 249 como un derecho de crédito, y no como un derecho real, reconociendo al legitimario, a todos los efectos, como un acreedor. No puede ser calificado, entonces, de heredero, ni existe, par tanto, ningún tipo de comunidad hereditaria, entre el descendiente mero legitimario y el descendiente instituido heredero universal, a la que haya que poner término a través del procedimiento de división judicial de la herencia, ni tampoco este es el procedimiento que procede para reclamar el pago de la legítima por parte de quien concurre a la herencia exclusivamente en su condición de legitimario reconocida por el testador."

En el caso, el codemandante fue instituido como único heredero de la herencia de su fallecido abuelo y, además, junto con su esposa e hija, también demandantes, se le atribuyó el legado de usufructo vitalicio sobre una cosa específica y determinada, que se concreta en "usufructo vitalicio de la casa sita en Feces de Abaixo, DIRECCION000 , nº NUM003 , con las edificaciones anexas, como el pajar, la piscina, los garajes, etc."; por lo que tiene pleno derecho a la ocupación del bien y plena efectividad de su legado, sin necesidad de que se practique previamente la división de la herencia, en la que el demandado nunca sería parte y cuando además es el codemandante el único heredero instituido en tal disposición testamentaria.

Opuso el demandado que la casa donde vivía el testador y construcciones anexas, aun siendo de condición privativa del testador por haberlas construido en estado de viudo, sin embargo, había sido levantada sobre finca propia del demandado y de su hermana (también legitimarios) por haberle sido atribuida tal finca en la partición de la herencia de su abuelo materno Don Jose Ignacio . Se correspondería con la finca número NUM004 del cupo 4º. A efectos acreditativos aporta fotocopia de un documento privado otorgado en el año 1981, únicamente adverbado por una de las otorgantes, Doña Adriana quien, según se recoge en la sentencia apelada, en afirmación no contradicha, había manifestado, que la finca " DIRECCION001 " se había dividido en seis partes, sin que conste probada la correspondencia entre la que pretendidamente le fue atribuida, en el cupo 4º, a Doña Rocío y la parcela número NUM000 del polígono NUM001 , donde se levantó la casa número NUM003 , objeto delegado. Como también se argumenta en la sentencia apelada, en cualquier caso, ello no impide la efectividad del testamento y la atribución del legado, sin perjuicio del derecho que corresponda a la parte apelante, conforme a los artículos 384 y siguientes del Código Civil, lo que había de discutirse en el proceso declarativo que corresponda. Consideraciones que conducen a la desestimación del recurso de apelación interpuesto.

**SEGUNDO.**- Dada la íntegra confirmación de la resolución recurrida, las costas de la alzada han de imponerse a la parte apelante.

De conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se decreta la pérdida de la totalidad del depósito constituido para apelar.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

#### **FALLO:**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Torcuato , la procurador de los tribunales doña Lucía Taboada González, contra la sentencia de fecha 24 de abril de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de los de Verín, en autos Juicio Ordinario n.º 149/2016, Rollo de apelación núm. **376/2017**, que, consecuentemente se confirma en sus propios términos, imponiendo al apelante las costas causadas en esta alzada.



Procede la pérdida de la totalidad del depósito constituido para apelar, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, en su caso, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su notificación ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ