



Roj: **SAP O 103/2019 - ECLI:ES:APO:2019:103**

Id Cendoj: **33044370062019100021**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **18/01/2019**

Nº de Recurso: **509/2018**

Nº de Resolución: **17/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JAIME RIAZA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA**

#### **OVIEDO**

**SENTENCIA: 00017/2019**

Modelo: N10250

C/ CONCEPCION ARENAL, 3 - 4ª PLANTA

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

**N.I.G.** 33066 41 1 2017 0002223

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000509 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de SIERO

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000550 /2017

Recurrente: Zaira

Procurador: JUAN MONTES FERNANDEZ

Abogado: ENRIQUE LLAVONA QUIROS

Recurrido: Mariano

Procurador: JOSE MARIA SECADES DE DIEGO

Abogado: MAXIMINO MORENO FERNANDEZ

RECURSO DE APELACION (LECN) 509/18

En OVIEDO, a dieciocho de Enero de dos mil diecinueve. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. Dª María Elena Rodríguez Vígil Rubio Presidente, D. Jaime Rianza García y Dª. Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

#### **SENTENCIA Nº17/19**

**En el Rollo de apelación núm. 509/18**, dimanante de los autos de juicio civil ordinario, que con el número 550/17, se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia Nº2 de Siero, siendo apelante DOÑA Zaira, demandante en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Montes Fernández y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Llavona Quirós; y como parte apelada **DON Mariano**, demandado en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Secades de Diego y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Moreno Fernández; **ha sido Ponente el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado don Jaime Rianza García.**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Siero, dictó sentencia en fecha 3-09-18 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que desestimo íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de D<sup>ña</sup>. Zaira frente a D. Mariano con imposición a la primera de las costas causadas en esta instancia."

**SEGUNDO** .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 15-01- 19.

**TERCERO**.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta al amparo de los artículos 806 , 808 , 813 y 820 del Cc . razonando que el usufructo universal legado al viudo se sujetaba a lo dispuesto en el artículo 886, sin que fuera de aplicación el artículo 839 dedicado a la regulación del usufructo reservado por ley al heredero forzoso, cuanto más que la conmutación vulneraría el **testamento**.

Interpone recurso la demandante invocando la infracción de los preceptos antes mentados pues la sentencia no había tomado en consideración la intangibilidad de su legítima, ni la disposición testamentaria alternativa barajada por la causante para el supuesto de que la actora no aceptara el gravamen impuesto en favor del viudo, con el añadido de que, en esa hipótesis, tanto la heredera como el cónyuge supérstite podían obligar al otro a la conmutación y por tanto la autorización judicial solo era necesaria para determinar la modalidad concreta de la conmutación.

**SEGUNDO**.- Ciertamente los artículos 806 y 817 del Cc . sancionan el principio de la intangibilidad de la legítima y la necesaria reducción de las disposiciones testamentarias en aquello que fueran inoficiosas o excesivas, a lo que se suma la prohibición establecida en el artículo 813, conforme al cual tampoco puede el testador establecer cualquier gravamen, condición o sustitución sobre la legítima que difiera del usufructo que al cónyuge viudo concede el artículo 834.

De ese modo la legítima cumple una doble función pues por un lado constituye un límite a la libertad dispositiva y distributiva del testador, y por otro atribuye al legitimario un derecho subjetivo para ejercitar en beneficio propio cuantas acciones sean necesarias en defensa de aquella.

Por ello el TS ha convalidado la llamada "cautela Soccini" pero concibiendo la disposición testamentaria como "un derecho de opción o facultad alternativa del heredero forzoso 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" ( sentencia del TS de 21 de abril de 2015 , entre las más recientes).

En consecuencia la apelante podía aceptar o rechazar con entera libertad el legado del usufructo universal vitalicio hecho al viudo pues dicha disposición infringe el mentado artículo 813 del Cc , incluso en el supuesto de que lo legado tuviera un valor inferior a la suma del tercio de libre disposición y el usufructo sobre el tercio de mejora, pues el derecho del heredero forzoso no es meramente cuantitativo, antes bien le faculta a recibir de inmediato bienes libres de todo gravamen por el importe correspondiente al tercio de legítima estricta, y en nuda propiedad los que integraran el tercio de mejora.

En consecuencia procede estimar el primer motivo del recurso declarando que la partición de la herencia de D<sup>ña</sup>. Erica habrá de acomodarse a este patrón.

**TERCERO**.- Es doctrina consolidada que la iniciativa de conmutar el usufructo viudal corresponde los herederos gravados, sin que por el contrario se haya considerado imprescindible la unanimidad de estos, tanto a la hora de conmutar ( sentencia de 4 de octubre de 2.001 ), como a la de elegir el medio sustitutivo del usufructo viudal ( sentencia de 25 de octubre de 2.000 ); cuestión distinta es que, si la propuesta realizada por los herederos no resulta satisfactoria para el cónyuge viudo, este pueda recabar la correspondiente decisión judicial sobre la alternativa que por sus particulares circunstancias resulte más beneficiosa, sin que pueda inducir a confusión la sentencia de 13 de julio de 2009 citada en el recurso porque dicha resolución no solo proclama ese postulado sino que convalida la conmutación propuesta por el contador partidor; es más, si realmente fuera necesario el consentimiento del cónyuge viudo el precepto sería superfluo, de modo que



reiteramos que el inciso final del artículo 839 del Cc . no puede referirse a otra controversia que la que internamente sostengan los herederos sobre cualquiera de dichos extremos, o bien a la discrepancia del viudo con la concreta alternativa propuesta para la satisfacción de su derecho.

Corroboramos esa interpretación del artículo 839 del Cc . la solución dada por la ley cuando contempla la concurrencia del viudo con hijos de su consorte, en cuyo caso faculta a este a exigir la conmutación pues esa particularidad nos lleva a inferir, a sensu contrario, que cuando concorra con hijos comunes, esa facultad únicamente corresponderá a los herederos.

En definitiva, cuando el cónyuge supérstite concorra a la herencia de su consorte con hijos de este último se producen dos particularidades: en primer lugar, la iniciativa de conmutación puede partir de cualquiera de ellos, y en segundo término no podrá discutirse la modalidad conmutativa elegida por los herederos.

Es así que en este caso el viudo concurre con una hija que su consorte tuvo de una relación anterior, por lo que correspondía a esta elegir la modalidad de la conmutación; ello no obstante, vistos los términos del apartado letra a. del epígrafe segundo del suplico, debe entenderse que la legitimaria aún no ha optado por cualquiera de las alternativas posible y por tanto la conmutación se hará, a su elección, asignando en la futura partición al viudo un capital equivalente al 11,67% del haber hereditario, o un lote de bienes por ese mismo importe.

**CUARTO.-** Las costas, de conformidad con los artículos 394 y 398 de la L.E.C ., se imponen al apelante cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

## FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por **DÑA. Zaira** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Siero en los autos de que este rollo dimana declaramos ajustado a derecho el rechazo del legado de usufructo universal y vitalicio dispuesto por Dña. Erica en favor de D. Mariano y el consiguiente derecho de la apelante a recibir los dos tercios de su herencia, sin perjuicio del usufructo vidual sobre el tercio de mejora.

Asimismo declaramos el derecho de la heredera a conmutar el usufructo vidual sobre dicho tercio de mejora, de modo que la futura partición asignará al viudo un capital equivalente al 11,67% del haber hereditario, o un lote de bienes por ese mismo importe, en función de la alternativa que en ese momento escoja la apelante.

Se imponen al demandado las costas de la primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento sobre las causadas con el recurso.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/