



Roj: **SAP C 2326/2021 - ECLI:ES:APC:2021:2326**

Id Cendoj: **15030370032021100373**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **30/11/2021**

Nº de Recurso: **440/2021**

Nº de Resolución: **447/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAFAEL JESUS FERNANDEZ-PORTO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPII, Noia, núm. 1, 31-03-2021 (proc. 200/2019) ,  
SAP C 2326/2021**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

A CORUÑA

SENTENCIA: 00447/2021

Modelo: N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

Teléfono: 981 182082/ 182083 Fax: 981 182081

Correo electrónico: seccion3.ap.coruna@xustiza.gal

Equipo/usuario: **BP**

N.I.G. 15057 41 1 2019 0000348

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000440 /2021-L**

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

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000200 /2019

**Recurrente: D. Augusto**

Procuradora: D<sup>a</sup>. FRANCESCA DI MATTIA

Abogada: D<sup>a</sup>. EVA CASTRO BLANCO

**Recurrido: D. Bernardo**

Procurador: D. DOMINGO NUÑEZ BLANCO

Abogado: D. SANTIAGO ALONSO DE LA PEÑA

**SENTENCIA**

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña María-Josefa Ruiz Tovar, presidenta

Doña María-José Pérez Pena



Don Rafael-Jesús Fernández-Porto García

En A Coruña, a 30 de noviembre de 2021.

Ante esta **Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña**, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, se tramita bajo el **número 440-2021** el recurso de **apelación** interpuesto contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2021 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Noia**, en los autos de **procedimiento ordinario** registrado bajo el número 200-2019, siendo parte:

Como **apelante**, el demandado **DON Augusto**, mayor de edad, vecino de Pamplona (Navarra), con domicilio en CALLE000, NUM000, provisto del documento nacional de identidad número NUM001, representado por la procuradora de los tribunales doña Francesca di Mattia, y dirigido por la abogada doña Eva Castro Blanco.

Como **apelado**, el demandante **DON Bernardo**, mayor de edad, vecino de Bertamirás (Ames, A Coruña), con domicilio en RUA000, NUM002, provisto del documento nacional de identidad número NUM003, representado por el procurador de los tribunales don Domingo Núñez Blanco, y dirigido por el abogado don Santiago Alonso de la Peña.

Versa la apelación sobre reclamación de entrega de legítima.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- Sentencia de primera instancia .-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 31 de marzo de 2021, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Noia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «**FALLO: Acordo estimar parcialmente a demanda promovida por don Bernardo, representado polo procurador don Domingo Núñez Blanco e asistido polo letrado don Santiago Alonso de la Peña, fronte a don Augusto, representado polo procurador don Francisco Javier Salmonte Rosendo e asistido pola letrada dona Eva Castro Blanco, e, en consecuencia, condeno o demandado a que formaliza inventario dos bens integrantes da herdanza de dona Loreto, con valoración cos bens e o protocolice notarialmente. Todo elo sen que proceda efectuar pronunciamiento de condena en custas nesta instancia.**»

*Notifíquese esta resolución ás partes e fágaselles saber que esta non é firme polo que, contra ela, cabe interpoñer recurso de apelación, ante este Xulgado, para a súa resolución pola Ilma. Audiencia provincial de A Coruña, no prazo de vinte días a contar dende o seguinte a súa notificación, previa consignación do preceptivo depósito.*

*Únase esta sentenza ao Libro Rexistro de Sentenzas e Autos Definitivos Cívís deste Xulgado e expídase testemuño que se achegará ao autos aos que se contrae.*

*Así o acordo e asino».*

**SEGUNDO.- Recurso de apelación .-** Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por don Augusto, dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. No se formuló oposición al recurso.

No se constituyó por la parte apelante el depósito de 50 euros previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al estar don Augusto exento de constituirlo, al habersele reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita en sesión celebrada el 20 de diciembre de 2019.

Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 9 de julio de 2021, previo emplazamiento de las partes.

**TERCERO.- Admisión del recurso .-** Se recibieron en esta Audiencia Provincial el 15 de julio de 2021, siendo turnadas a esta Sección Tercera el 16 de julio de 2021, registrándose con el número 440-2021. Por el letrado de la Administración de Justicia se dictó el 21 de octubre de 2021 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal y designando ponente.

**CUARTO.- Personamientos .-** Se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora de los tribunales doña Francesca di Mattia en nombre y representación de don Augusto, en calidad de apelante, para sostener el recurso; así como el procurador de los tribunales don Domingo Núñez Blanco, en nombre y representación de don Bernardo, en calidad de apelado.

**QUINTO.- Señalamiento .-** Por providencia se señaló para votación y fallo el día de hoy, en que tuvo lugar.



**SEXTO.- Ponencia .-** Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael-Jesús Fernández-Porto García, quien expresa el parecer de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Fundamentación de la sentencia apelada .-** Se aceptan y comparten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, que se dan por reproducidos como parte integrante de la presente en aras a inútiles repeticiones, salvo el último párrafo del fundamento tercero.

**SEGUNDO.- Objeto del litigio .-** La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1.º) Los cónyuges doña Loreto y don Carlos José han tenido tres hijos: doña Teresa, don Bernardo y don Augusto.

2.º) El 11 de agosto de 2012 falleció doña Loreto, en estado de casada, habiendo tenido su último domicilio en Noia.

Su **sucesión** se rige por **testamento** abierto en el que lega a su viudo don Carlos José el usufructo de la totalidad de su herencia «regulado por la Ley de Derecho Civil de Galicia»; a sus hijos doña Teresa y don Bernardo les lega «la cuota que por legítima la Ley les asigna»; e instituye heredero a su hijo don Augusto «con la obligación de tener en su compañía a su hermana Teresa dándole habitación en la casa hasta su fallecimiento».

3.º) No se cuestiona que, en la actualidad, el viudo don Carlos José habita en la que fue la casa familiar (que se describe como el principal activo de la herencia), en cuya compañía reside la hija Teresa.

4.º) El legitimario don Bernardo formuló demanda en procedimiento ordinario contra el heredero don Augusto, ejercitando la acción de pago de la legítima, conforme a lo dispuesto en el artículo 249 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, solicitando que se le condenase a que realizase el inventario de bienes del caudal hereditario, debidamente valorado, y que procediese a protocolizarlo notarialmente; y conforme al artículo 250 de la misma ley, que pasado un año sin haberle pagado la legítima, empezase a devengarse el interés legal. Tras alegar fundamentos legales terminaba solicitando que se dictase sentencia (en la que se condene al demandado a que) «se realicen las operaciones del artículo 249.2 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, se cuantifique la legítima y se proceda al pago de la misma, junto con los intereses legales devengados desde el 13 de noviembre de 2018».

5.º) El demandado se opuso invocando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por entender que debería de llamarse al litigio a su padre, usufructuario universal de los bienes, así como a la otra legitimaria, pues les podía afectar el resultado del pleito. En todo caso, ponía de manifiesto la imposibilidad de entregar bienes de la herencia en pago de la legítima, al ostentar don Carlos José el usufructo universal, que afectaba también a la legítima.

6.º) Una vez celebrada la audiencia previa se dictó auto desestimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

7.º) Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia en la que, tras un detallado análisis de la legítima en el Derecho Civil de Galicia, así como el derecho de usufructo universal que corresponde al viudo, concluyó que procedía estimar parcialmente la demanda, en el sentido de estar el heredero obligado a formalizar un inventario de los bienes hereditarios, debidamente valorados, que debería protocolizar; pero no procedía el pago de la legítima mientras no se consolidase la propiedad. Contra dichos pronunciamientos se interpone recurso de apelación por el demandado don Augusto, para ante esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.- Excepción a la intangibilidad de la legítima .-** En el único motivo del recurso de apelación se considera que la sentencia apelada no tuvo en consideración que la excepción a la intangibilidad de la legítima en Derecho Civil de Galicia «afecta tanto a pretensión de entrega de la legítima como a de formación de inventario e valoración de los bienes... en relación con usufructo de cónyuge vivo... Difícilmente se podrá llevar a cabo por parte del heredero universal a formación de inventario e valoración del causal hereditario sin tener acceso a los bienes que se deben inventariar e valorar».

El motivo debe ser estimado.

El artículo 249.2 de la Ley de Derecho Civil de Galicia preceptúa que «O legitimario poderá exixir que o herdeiro [...] formalice inventario, con valoración dos bens, e que o protocolice perante notario». Pero la acción que confiere está partiendo del supuesto que el legitimario puede acceder a su legítima, que pueda reclamar su pago, y que el heredero está obligado y puede satisfacer ese legado. Es por ello que, en supuestos como el presente, en que se atribuyó el usufructo universal de todos los bienes de la herencia al viudo, ese derecho no



puede ser ejercitado por el legitimario, pues no tiene derecho a solicitar el pago, ni el heredero tiene acceso a los bienes, sino una mera nuda propiedad.

El artículo 241 de la Ley de Derecho Civil de Galicia norma que « Deixando a salvo o usufruto do cónxuxe viúvo ordenado consonte esta lei, non se poderán impor sobre a lexítima cargas, condicións, modos, termos, fideicomisos ou gravames de ningunha clase. De os haber teranse por non postos». Por lo que, en sentido contrario, el usufructo del viudo sí grava la legítima, impidiendo al legitimario pedir su entrega. Ha de esperar a que fallezca el usufructuario. Como recuerda la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de 29/2011, de 26 de septiembre (Roj: STSJ GAL 7332/2011, recurso 7/2011), «Usufructo éste que, como con tanto tino y conocimiento de causa se ha subrayado doctrinalmente, y así lo recordábamos en la precitada sentencia, es el que enseña, según una dilatada tradición de la práctica notarial, que "al menos en el ámbito de la propiedad rural o de la familia históricamente conocida como troncal o estable, suele ser ajena a la **sucesión** provocada por la muerte del padre o de la madre la idea de adquisición de bienes, cuadrándole especialmente la de un simple cambio de jefatura familiar (del cónyuge fallecido al supérstite), la que de iure no llega a ejercer el hijo mejorado o el entre nosotros designado petrucio hasta la muerte del último de sus padres, el cónyuge viudo usufructuario universal, momento en el que tendría lugar la partición hereditaria de los bienes de ambos padres"».

En consonancia con ello, el artículo 231 de dicho texto legal prevé que «A non ser que o título constitutivo dispoña outra cousa, o cónxuxe viúvo non estará obrigado a formar inventario dos bens usufrutuados nin a prestar fianza. Emporiso, calquera lexitimario poderá exixir a prestación de fianza para salvagardar a súa lexítima». En Derecho Civil de Galicia, al revés que en el Código Civil, el viudo no está obligado a formalizar inventario ni prestar fianza, salvo que se le exija testamentariamente. En este caso, dado el tenor literal del **testamento** de doña Loreto , su viudo don Carlos José no está obligado a prestar fianza, ni a formalizar inventario. Y, la única acción que se le confiere al legitimario don Bernardo es la de exigir a su padre don Carlos José que afiance su legítima. Y nada más.

Es decir, mientras no se extinga el usufructo universal de viudedad, el legitimario no puede solicitar al heredero que inventarie, valore y protocolice (artículo 249.2), ni que pague la legítima (artículo 250). Y el único derecho que se confiere al legitimario afectado por ese gravamen artículo 241) es pedir del usufructuario que afiance su legítima (artículo 231). Y eso no es lo solicitado en este litigio, ni la acción se dirigió contra el usufructuario.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 264/2021, de 17 de junio (Roj: SAP PO 1457/2021, recurso 111/2021), de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, al establecer que «Con arreglo al art. 241 LDCG el usufructo universal grava la legítima, sin poder considerarse inoficioso, pues está expresamente autorizado por la Ley. En congruencia, tanto el anterior art. 121.2 LDCG/1995 como el actual art. 231 LDCG/2006, permiten al legitimario nudo propietario exigir al viudo la prestación de fianza para percibir su legítima cuando llegue el momento a la extinción del usufructo, quedando así temporalmente aplazado el derecho a percibir la legítima [...] Concurriendo en **testamento** legado de usufructo vitalicio universal de viudedad del Derecho gallego, que grava toda la herencia -incluida las legítimas-, los herederos demandantes solo podrán deducir su reclamación tras la extinción del usufructo, de conformidad con lo dispuesto en art. 228, 241 y concordantes LDCG».

En conclusión, la demanda debió desestimarse, al no poder solicitarse al heredero el inventario de los bienes, sino que la acción debió dirigirse en su caso, y con otro contenido, contra el cónyuge viudo. Por lo que procede estimar el recurso, revocando la apelada, y desestimando la demanda.

**CUARTO.- Costas .-** La desestimación de la demanda conlleva la preceptiva imposición de las costas de primera instancia al demandante ( artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y al prosperar el recurso no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las devengadas en la segunda instancia ( artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

#### FALLO:

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña ha decidido:

1.º) Estimar el recurso de apelación interpuesto en nombre del demandado **don Augusto** , contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2021 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Noia, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 200-2019, y en el que es demandante don Bernardo .

2.º) Revocar la sentencia apelada; y en su lugar, se acuerda:



(a) Desestimar la demanda formulada por don Bernardo contra don Augusto, a quien se absuelve de todas las pretensiones formuladas.

(b) Condenar a don Bernardo al pago de las costas ocasionadas en la primera instancia.

3.º) No imponer las costas devengadas por el recurso de apelación.

4.º) Disponer que sea notificada esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la cuantía, superando esta 3.000 euros y no excediendo de 600.000 euros, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal sin presentar al mismo tiempo recurso de casación. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el «acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal» adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, así como los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos contenidos en los autos de dicha Sala, que pueden consultarse en la página «www.poderjudicial.es». Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación. Es preceptivo que el recurrente comparezca representado por procurador de los tribunales y defendido por abogado en ejercicio.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación.

Conforme a la doctrina establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo, carece de función relevante la solicitud y aportación de certificación de esta resolución para interponer recursos ante dicho Tribunal [ SSTS 490/2021, de 6 de julio (Roj: STS 2707/2021, recurso 5591/2018); y 167/2020, de 11 de marzo (Roj: STS 735/2020, recurso 4479/2017) de Pleno, así como los autos que en esta se citan].

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Santander, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0440 21 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0440 21 para el recurso extraordinario por infracción procesal. Don Augusto está exento de constituirlo, al habersele reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita en sesión celebrada el 20 de diciembre de 2019

Esta instrucción de recursos tiene carácter meramente informativo. La indicación errónea de los recursos procedentes en ningún caso perjudicará a la parte que interponga los mencionados [ STC 244/2005, de 10 de octubre; 79/2004, de 5 de mayo; 5/2001, de 15 de enero]; ni impide que pueda presentar otros que considere correctos.

5.º) Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Noia, con devolución de los autos.

Así se acuerda y firma.-

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael-Jesús Fernández-Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, letrado de la Administración de Justicia, certifico.-