



Roj: **SAP O 1899/2004 - ECLI:ES:APO:2004:1899**

Id Cendoj: **33044370042004100230**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **25/05/2004**

Nº de Recurso: **95/2004**

Nº de Resolución: **229/2004**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO TUERO ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

OVIEDO

**SENTENCIA: 00229/2004**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000095 /2004

NUMERO 229

En OVIEDO, a veinticinco de mayo de dos mil cuatro, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia

Provincial de Oviedo, compuesta por Don Ramón Avello Zapatero, Presidente, Don José Ignacio Alvarez Sánchez y Don Francisco Tuero Aller, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

**S E N T E N C I A**

En el recurso de apelación número 95/04 , en autos de JUICIO ORDINARIO 364/02, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número uno de Pravia, promovido por D. Rafael , demandante en primera instancia, contra DÑA. Elsa y DÑA. Camila y D. Casimiro , demandados en primera instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. MAGISTRADO D. Francisco Tuero Aller.-

#### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de Pravia dictó Sentencia con fecha 14 de abril de 2003 cuyo fallo tiene el tenor literal que a continuación se transcribe: "Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana Rosa Alvarez Díaz, en nombre y representación de D. Rafael contra Doña Elsa , Doña Camila y D. Casimiro :

1º) Absuelvo a las precitadas codemandadas de los pedimentos formulados contra ellas en la demanda.

2º) Las costas devengadas con el presente procedimiento se imponen a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día 18 de mayo de 2004.-

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

#### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

PRIMERO.- La cuestión que es objeto de controversia en el presente recurso tiene un carácter exclusivamente jurídico, y se reduce a determinar si la facultad prevista en el art. 839 del Código Civil , que contempla la posibilidad de que los herederos satisfagan al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, puede o no ejercerse después de realizada y aprobada la partición de los bienes hereditarios. La Juzgadora de instancia optó por la respuesta negativa, lo



que condujo a la íntegra desestimación de la demanda pues la conmutación del usufructo se pretende, según se reconoce ya en dicho escrito, después de aprobada la partición.

SEGUNDO.- Aun cuando se esté ante una cuestión ciertamente dudosa, esta Sala se inclina por la misma solución acogida en la sentencia recurrida. Esta fue la tesis seguida tradicionalmente desde la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1924 , que argumentaba que "la facultad establecida en este artículo, sólo puede tener efecto con anterioridad a la formalización de la partición y como medio de determinar de común acuerdo o por decisión judicial en su defecto el modo cómo ha de hacerse el pago de la cuota viudal, toda vez que, de subsistir esa facultad en los herederos hasta después de practicada legalmente la partición, la adjudicación nunca tendría carácter definitivo ni el viudo adquiriría jamás la exclusiva propiedad de lo que se le adjudicara en pago, supuesto inadmisibles dado el carácter de generalidad del precepto contenido en el art. 1068 ". En esta misma línea se ha orientado la mayoría de la doctrina (Castán, Manresa, Lacruz, Vallet de Goytisolo, Gullón, De Diego) aludiendo a la necesaria estabilidad de las adjudicaciones y de la situación del viudo, e incluso a la dicción del párrafo segundo del citado artículo 839 ("mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge"), que parece incompatible con el posible ejercicio tardío de esta opción, cuando la herencia ya ha sido partida. Es cierto que un sector minoritario ha defendido la tesis contraria (así Sánchez Román) y que actualmente, la sentencia de 25 de octubre de 2000 parece optar por la tesis contraria, al indicar que el art. 839 "no impone esta cortapisa temporal". Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta apreciación, más que por razones de fondo, que al menos no se consignan en dicha resolución, parece venir motivada por la consideración que en la misma se hace a continuación de que la partición se había hecho sin la concurrencia del heredero y por ello sólo pudo ejercitar dicha facultad una vez conocida la virtualidad de aquélla.

TERCERO.- No obstante traducirse lo anterior en la desestimación del recurso, el hecho de estarse ante una cuestión netamente jurídica, susceptible de diversas interpretaciones, aconseja apartarse del criterio del vencimiento respecto de las costas de este recurso, según permite el art. 394, al que se remite el 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Sin que quepa realizar el mismo pronunciamiento respecto de las de instancia al no haberse impugnado este particular en el escrito de interposición del recurso ( art. 465.4 de la misma Ley ).

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

## FALLO

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D. Rafael contra la Sentencia de fecha 14 de abril de 2003 por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Pravia en autos de JUICIO ORDINARIO 364/02, confirmando dicha resolución sin hacer expresa imposición de las costas procesales del recurso.

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

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.