



Roj: **STSJ GAL 7332/2011 - ECLI:ES:TSJGAL:2011:7332**

Id Cendoj: **15030310012011100039**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/2011**

Nº de Recurso: **7/2011**

Nº de Resolución: **29/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PABLO ANGEL SANDE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J. GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00029/2011

tribunal superior de justicia de galicia

A Coruña, veintiséis de septiembre de dos mil once, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de **Galicia**, constituida por los Ilmos. Sres. magistrados don Juan José Reigosa González, don Pablo A. Sande García y don José Antonio Ballester Pascual, dictó

en nombre del rey

la siguiente

s e n t e n c i a número 29

En el recurso de casación 7/2011 interpuesto por don Jesús Carlos y don Alberto , representados por el procurador don Juan Lage Fernández-Cervera y asistidos por el letrado don Ernesto de Gregorio Quesada, y en el que es parte recurrida don Cayetano , representado por el procurador don Rafael Pérez Lizarriturri y asistido por el letrado don José Ramón Cuesta Conde, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra con fecha de 9 de noviembre de 2010 (rollo de apelación número 601 de 2010), como consecuencia de los autos del juicio ordinario número 438 de 2009, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de O Porriño, sobre extinción de **usufructo** de cónyuge viudo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: 1. El procurador don Juan Señoráns Arca, en nombre y representación de don Jesús Carlos y don Alberto , mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de O Porriño, formuló, el 15 de junio de 2009, demanda de juicio ordinario contra don Cayetano .

En dicha demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho habidos por convenientes, termina solicitando que se dicte sentencia *por la que*

1- Se declare que Don Cayetano no es usufructuario de los bienes reseñados en el hecho tercero, y cualesquiera otros pertenecientes al caudal hereditario que allí se encuentren, con efecto desde la fecha de su segundo y actual matrimonio, sin perjuicio del régimen liquidatorio propio del punto tercero de este suplico.

2- Se condene a Don Cayetano a estar y pasar por tal declaración absteniéndose en delante de cualquier actuación propia de un usufructuario, advirtiéndole expresamente a Don Cayetano de que incurriría en delito o falta de desobediencia si de cualquier modo vulnerase esta condena.

3- Se declare expresamente la reserva de cuantas acciones legales correspondan a mi mandante en relación con la rendición de cuentas, administración desleal, condena al pago, etc., contra el demandado.



4- Se condene en costas al demandado.

2. Admitida la demanda por medio de auto dictado el siguiente día 17, y emplazado el demandado, la procuradora doña Mercedes de Miguel González, compareció en los autos (el inmediato día 21) en nombre y representación de don Cayetano y la contestó estableciendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes para acabar solicitando que se dicte sentencia *por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a los actores.*

3. Las partes fueron convocadas para asistir a la audiencia previa prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, celebrada ésta sin avenencia el 23 de septiembre, se acordó el recibimiento del pleito a prueba, habiéndose practicado la que, propuesta por las partes, fue declarada admitida. El juicio se celebró el día 3 de noviembre.

4. El señor Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de O Porriño dictó sentencia con fecha de 8 de abril de 2010, cuyo fallo es como sigue:

Que estimando parcialmente la demanda presentada por la representación procesal de Jesús Carlos y Alberto frente a Cayetano,

Declaro la extinción del usufructo voluntario de viudedad a favor de éste instituido en testamento otorgado el 13 de octubre de 1977 por quien fue su esposa Antonia con efectos desde el 8 de mayo de 2005, sin perjuicio de los derechos legitimarios que le corresponden con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil.

Condeno a Cayetano a estar y pasar por esta declaración, absteniéndose de realizar actuación propia de usufructuario en lo que exceda de sus derechos legitimarios;

Declaro la reserva de acciones legales a favor de los demandantes en relación con la rendición de cuentas, administración desleal, condena al pago y otras que puedan corresponderles contra el demandado, y

Absuelvo a Cayetano de las demás pretensiones contra él formuladas.

Sin expresa imposición de las costas del procedimiento a ninguna de las partes.

SEGUNDO: La representación de los actores interpuso recurso de apelación y la del demandado impugnó la sentencia apelada, y una vez tramitada la alzada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia con fecha de 9 de noviembre de 2010, que en su parte dispositiva dice:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Jesús Carlos y don Alberto, así como la impugnación planteada por la representación procesal de don Cayetano, contra la sentencia dictada en fecha 8 de abril de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia 3 de O Porriño en el juicio ordinario nº 438/2009, con imposición a la parte demandante y apelante de las costas causadas por su recurso de apelación, y a la parte impugnante, de las costas causadas en su impugnación.

TERCERO: 1. La representación de los actores y apelantes presentó escrito el 15 de diciembre de 2010 en el que manifestaba su propósito de interponer recurso de casación en esta Sala contra la sentencia dictada el anterior 9 de noviembre por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra. Ésta por diligencia de ordenación de fecha 16 de diciembre, tuvo por preparado el recurso de casación y se concedió a la parte recurrente el plazo de veinte días hábiles para su interposición.

2. El procurador don Juan Señoráns Arca, en nombre y representación de don Jesús Carlos y don Alberto, mediante escrito presentado en dicha Sección el 27 de enero de 2011, interpuso recurso de casación contra la indicada sentencia de 9 de noviembre de 2010. Por diligencia de ordenación del 27 de enero, la Audiencia tuvo por interpuesto el recurso de casación y acordó remitir los autos a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ante la que emplazó a las partes por el plazo de treinta días.

CUARTO: Recibidos los autos en este Tribunal y personadas ante el mismo las partes, así como una vez pasadas las actuaciones al Magistrado Ponente, la Sala dictó auto con fecha de 29 de marzo de 2011 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación. En nombre y representación de don Cayetano el procurador don Rafael Pérez Lizarriturri formalizó escrito de impugnación del recurso el 12 de mayo.

La Sala, por providencia del siguiente día 23, señaló día, el pasado 28 de junio, para la votación y fallo del recurso.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo A. Sande García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: 1. El caso que hemos de decidir en casación presenta las siguientes notas distintivas:



1. Doña Antonia y don Cayetano estuvieron unidos en matrimonio hasta el fallecimiento de doña Antonia el 26 de julio de 2003.
2. El matrimonio de doña Antonia y don Cayetano no tuvo hijos.
3. Doña Antonia, natural y vecina de Mos, otorgó testamento abierto notarial el 13 de octubre de 1977. Según su cláusula primera lega a su esposo el **usufructo** universal vitalicio y sin fianza de la totalidad de la herencia, facultándolo para tomar por sí mismo posesión de tal legado.

Según la cláusula cuarta del testamento, doña Antonia instituye herederos a partes iguales, a sus tres sobrinos: Alberto, Valentín y Jesús Carlos, hijos de su hermana Adoración, representados por sus respectivas descendencias legítimas, o en su caso, con el derecho de acrecer entre sí.

4. Don Cayetano contrajo nuevo matrimonio el 8 de mayo de 2005 en forma religiosa canónica, si bien el matrimonio no fue inscrito en el Registro Civil.

2. Las sentencias de instancia coinciden en acoger favorablemente la pretensión de los actores (los sobrinos instituidos herederos) de declarar la extinción del **usufructo** voluntario de viudedad establecido por vía de legado en el testamento otorgado por doña Antonia a favor de quien fue su esposo, pero declaran tal extinción (con efectos desde el 8 de mayo de 2005, fecha en la que el demandado contrajo segundo matrimonio), "sin perjuicio de los derechos legítimos" que le corresponden a don Cayetano.

Y este es el *thema decidendi* al que se contrae el recurso de casación interpuesto por los demandantes y apelantes: si la extinción del **usufructo** voluntario de viudedad por nuevo matrimonio del usufructuario (artículo 127 b de la LDCG/1995, vigente en el momento de la apertura de la sucesión), conlleva o no la extinción de la cuota legal usufructuaria a la que tiene derecho el cónyuge viudo, a saber, el **usufructo** de los dos tercios de la herencia (artículo 838 CC por remisión del artículo 146.2 LDCG/1995).

SEGUNDO: 1. La sentencia del Juzgado se enfrenta de entrada al problema de derecho intertemporal que suscita el caso enjuiciado, esto es, cuál es la ley aplicable o la legislación que rige -estatal o autonómica, civil común o gallega- el "**usufructo** universal vitalicio" de la totalidad de la herencia de una persona (doña Antonia, cuya vecindad civil gallega no se discute) fallecida después de hallarse en vigor la LDCG/1995 y bajo testamento otorgado con anterioridad. Problema de derecho intertemporal que el Juzgado resuelve a la luz de la STSJG 35/2003, de 21 de noviembre, o lo que es igual en virtud de la remisión que la propia LDCG/1995 efectúa en su disposición transitoria cuarta a los principios que informan las a su vez disposiciones transitorias del CC, entre las que la duodécima es la que particular encierra la solución al fijar en el momento de la muerte del causante los derechos a su herencia (de herederos o legatarios), también en la hipótesis, que es la que importa, del fallecimiento acaecido después de la entrada en vigor del CC, vale decir de la LDCG/1995, con testamento otorgado antes, y derechos que, por lo tanto, habrán de regirse por ella, "pero cumpliendo", en cuanto aquélla lo permita, "las disposiciones testamentarias". Entiende el Juzgado, por añadidura, que estamos ante un "típico ejemplo" de **usufructo** voluntario de viudedad, el que "por su arraigo en la práctica jurídica gallega encontró reflejo normativo" en la LDCG/1995 (artículos 118 y siguientes) y que "cuenta aquí con los clásicos elementos de unificación del patrimonio, mantenimiento de la dirección del mismo a cargo del *pater* y conservación de la casa", al igual que estamos ante una disposición que "se ha verificado por la vía del legado, como expresamente prevé el artículo 144 LDCG/1995, y que en este supuesto se comprueba no sólo por el tenor literal de la cláusula, sino por la contraposición a la institución de heredero que se otorga a favor de los sobrinos".

La aplicación en su conjunto de la normativa de la LDCG/1995 sobre el **usufructo** voluntario de viudedad, incluidas las causas de extinción, no le ofrece duda al juzgador, y menos al presuponer el conocimiento que de éstas tendría el usufructuario (y de ahí la no inscripción del nuevo matrimonio en el Registro Civil, aunque ex artículo 61 CC la extinción trae causa de la celebración y no de la inscripción del matrimonio). Sea como fuere, la aplicación al caso del artículo 127 b) LDCG/1995 determina la declaración de extinción a fecha de 8 de mayo de 2005 del **usufructo** "instituido" en la disposición testamentaria de doña Antonia, aunque no por contraer nuevo matrimonio cabe decretar al tiempo la pérdida de los derechos legítimos que don Cayetano "ostenta" en la herencia de quien fue su esposa.

El juzgador de primera instancia hace suya la opinión según la cual, salvo que la causa de extinción del **usufructo** voluntario de viudedad implique asimismo la de la condición de legatario o impida adquirir ésta, no se pierde el derecho a la legítima. La solución contraria llevaría consigo dejar sin efecto los derechos reconocidos en los artículos 834 y siguientes del CC, a los que directamente se remite el artículo 146 LDCG/1995, e igualmente llevaría consigo elevar la condición resolutoria legal prevista (en el artículo 127 b LDCG/1995) para una atribución testamentaria y por tanto voluntaria a "una suerte de causa de indignidad sobrevinida que por no expresamente regulada no debe darse por supuesta".



2. La sentencia de la Audiencia comienza por responder a la impugnación que realiza el demandado de la del Juzgado. Impugnación que en lo sustancial se corresponde con la posición defendida en la contestación a la demanda y centralmente encaminada a negar que el legado litigioso sea un **usufructo** de viudedad en los términos en los que es configurado por el derecho civil gallego así como a afirmar que se trata de un legado específico sujeto a las disposiciones del CC, de manera que al no haber condicionado la testadora ex artículos 790 y siguientes el legado por ella ordenado al hecho de que el viudo usufructuario no contrajera nuevo matrimonio, sus nuevas nupcias no pueden acarrear extinción alguna.

La Audiencia no comparte la tesis del impugnante según la cual el **usufructo** voluntario de viudedad regulado por el legislador gallego parte de la existencia de un legitimario, a mayores del propio usufructuario; tampoco admite que se conciba como un gravamen cualitativo de la legítima al no posibilitar la LDCG/1995 (artículo 119) ejercer respecto del mismo la opción a la que se refiere el artículo 820.3º CC y, en fin, discrepa el órgano de apelación del parecer según el cual el **usufructo** voluntario de viudedad del caso enjuiciado no reúne la naturaleza propia del **usufructo** de regencia o de carácter familiar característico del derecho civil gallego. Por el contrario, la Audiencia destaca que no estamos ante una legítima ni ante una controversia entre legitimarios o ante un gravamen cualitativo de la legítima, pero sí ante una cláusula testamentaria que responde al marcado carácter familiar, voluntario e inalienable del **usufructo** de viudedad, el que -en palabras que hace suyas la Audiencia-, tiende "... a asegurar el goce de los bienes familiares, sobre todo como medio que facilite al viudo o viuda la dirección económica de la familia, manteniendo la unificación del patrimonio y, singularmente, la conservación de la casa".

Y por lo que hace al recurso de apelación de los actores, la Audiencia también se inclina por el criterio mantenido en la sentencia del Juzgado. Entiende que la doble condición que ostenta don Cayetano, una por disposición testamentaria y otra por disposición legal, "ni son incompatibles, ni la desaparición de una condiciona la existencia de la otra"; doble condición que tampoco contradice la voluntad de la testadora, quien no condiciona el **usufructo** voluntario a la legítima como cónyuge sobreviviente y quien no puede violentar la norma legal de derecho necesario, la que "actúa precisamente como límite a la libertad de disposición mortis causa".

TERCERO: 1. El recurso de casación interpuesto por los en un principio actores y después apelantes se reduce al motivo consistente en denunciar la infracción del artículo 127 b) LDCG/1995 en la medida en que la aplicación al caso enjuiciado de la causa de extinción del **usufructo** de viudedad a la que se refiere el precepto (el nuevo matrimonio del usufructuario) ha dejado subsistente la legítima del cónyuge viudo prevista en el CC por remisión de la propia LDCG/1995 (artículo 146.2) y concretada en forma de **usufructo** de los dos tercios de la herencia (artículos 807.3º y 838 CC).

Insiste la parte recurrente en que con su nuevo matrimonio don Cayetano ha perdido "todos los derechos al **usufructo**" porque "así lo indica" el precitado artículo 127 b) LDCG/1995, vigente al momento de apertura de la sucesión de doña Antonia, y cuya voluntad no le ofrece duda: mantener los bienes en la familia y ayudar a su cónyuge, lo que llevaba de suyo "una buena conducta de usufructuario responsable hacia sus sobrinos" los herederos voluntarios (los aquí recurrentes); la testadora quiso también mejorar la posición de su marido -se sobreentiende que como usufructuario- al concederle "el 100% con respecto a la previsión legal (2/3)" y "si quiso mejorar lo que la ley impone, tal mejora tiene que abarcar la legítima estricta de 2/3", de modo que si la "designación voluntaria universal, mejorada de la legal, lleva como deber ínsito no volver a casarse, celebrado segundo matrimonio, no pueden conservarse derechos usufructuarios algunos"; doña Antonia pudo haber salvado en su testamento esa designación como usufructuario para el caso del segundo matrimonio, y no lo hizo (*facta concludentia* negativo), por lo tanto, "al no salvar el caso del segundo matrimonio, no quiso que su marido sucediese en condición alguna si volvía a contraer matrimonio"; y es, en fin, contrario a la voluntad de la testadora (y a la del precepto invocado, a su finalidad, al interés que protege y hasta al sentido común que dicta que "la riqueza de la familia no salga del núcleo familiar") que "la nueva familia de don Cayetano" (la creada con su segundo matrimonio) se esté "beneficiando de frutos de un patrimonio familiar ajeno". En fin, la recurrente aduce igualmente como argumentos a su favor que la LDCG/1995 nada dice acerca de la subsistencia de los derechos legitimarios del cónyuge casado por segunda vez porque "claramente está presuponiendo" que "el **usufructo** universal atrae hacia sí la legítima", y concluye que de no prosperar su punto de vista centrado en la exclusiva aplicación de la LDCG/1995 o sin la concurrencia del CC, estaríamos ante "normas incompletas" (las gallegas) y, por lo mismo, ante un régimen jurídico inseguro, tan inseguro e incompleto como el que propugna que extinguido conforme a la ley gallega el **usufructo** voluntario del cónyuge viudo por causa del nuevo matrimonio del usufructuario, éste sigue siendo usufructuario ex lege (conforme al CC).

2. La parte recurrida (demandada e impugnante con anterioridad) estima que la posición de la recurrente desconoce la naturaleza de la legítima en la LDCG/1995 como cuota de activo líquido que "necesariamente"



corresponde, además de a determinados parientes del causante de una sucesión, al cónyuge viudo de éste -salvo en los casos de apartación-; y legítima que está protegida no sólo contra el que la debe, sino también contra el que tiene derecho a ella (artículo 146.3 LDCG/1995). Protección especial de la legítima que explica la imposibilidad de que el testador pueda privar de ella a sus herederos, salvo en los casos expresamente determinados por la ley (entre los que no se encuentra el nuevo matrimonio del viudo usufructuario).

Alega, además, que del artículo 492 CC se desprende que los derechos legitimarios del cónyuge viudo no se extinguen por las ulteriores nupcias, lo que viene a reforzar el carácter meramente patrimonial, sin ninguna significación familiar, del **usufructo** legal, lo que contrasta con el que es propio del **usufructo** voluntario de viudedad. La recurrida hace suya la doctrina conforme la cual "dado que la legítima del cónyuge viudo no constituye un modo de delación autónoma, en el caso de atribución de un cónyuge al otro del **usufructo** universal y voluntario de viudedad, la legítima del sobreviviente queda absorbida cuantitativa y cualitativamente por dicha atribución, pero ello no implica que desaparezca la condición de legitimario del cónyuge supérstite", de forma que la extinción del **usufructo** voluntario no implica la pérdida de la legítima si no se dan los requisitos legalmente prevenidos para ello. Y concluye que la solución jurisdiccional ofrecida en las sentencias de instancia es la que mejor respeta tanto la voluntad de la testadora, quien en nada condicionó el **usufructo** voluntario a la legítima como cónyuge sobreviviente, como la regulación de la legítima, que el testador no podría violentar por ser norma legal de derecho necesario y actuar precisamente como límite de disposición mortis causa.

CUARTO: 1. El recurso no puede prosperar. Es más: la demanda no debió de ser acogida ni tan siquiera parcialmente como lo ha sido al coincidir las sentencias de instancia en declarar la extinción del **usufructo** voluntario de viudedad ex artículo 127 b) LDCG/1995, y por lo mismo hubo de resaltar ocioso discutir si dicha extinción conlleva o no la de la cuota legal usufructuaria a la que tiene derecho el cónyuge sobreviviente (dos tercios de la herencia ex artículo 838 CC por remisión del artículo 146.2 LDCG/1995). Es cierto que el pronunciamiento en cuestión es un pronunciamiento firme al no haber sido combatido en casación, pero las razones en las que sostenemos la inaplicación al caso enjuiciado del primero de los precitados artículos de la LDCG/1995 no pueden dejar de reflejarse porque también ellas -no sólo ellas- contribuyen a perfilar el fallo desestimatorio del recurso interpuesto.

Según el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia vitalicio, "dicho de un cargo y de una merced, de una renta, etc.", significa "que duran desde que se obtienen hasta el fin de la vida"; y vitalicio, precisamente "vitalicio", es el **usufructo** que, amén de "universal" y de la "totalidad de la herencia", doña Antonia lega a su esposo don Cayetano. Sin embargo, en el trance de tener que interpretar una disposición testamentaria como la que nos ocupa, el artículo 675 CC ha pasado desapercibido por completo a litigantes y a juzgadores, y por ende no ha sido atendida como merece la verdadera voluntad de la causante, regla básica como es de sobra conocido de la interpretación del testamento y a la que ha de llegarse desde el criterio de la literalidad, el aquí determinante "sentido literal" de las palabras, hasta "el tenor del mismo testamento" (por todas, STSJG 14/2011, de 16 de mayo). Es indudable que al momento de otorgar testamento doña Antonia el año 1977, el artículo 793 CC serviría de acomodo para admitir la validez de la condición impuesta a don Cayetano de no contraer ulterior matrimonio y de legarle el **usufructo** por el tiempo que permaneciera soltero, pero es lo cierto que la disposición testamentaria de doña Antonia, pudiendo hacerse bajo condición (artículo 790 CC), no se hizo, y no sólo no se hizo sino que muy por el contrario expresamente legó a don Cayetano el "**usufructo** universal" y de la "totalidad" de su herencia con carácter "vitalicio". No puede desconocerse, además, que doña Antonia otorgó su testamento casi veinte años antes de la vigencia de la LDCG/1995 y que, desde luego, no testó conforme a ésta, por lo que aunque la aplicación de la LDCG/1995 al **usufructo** voluntario de viudedad por ella dispuesto resulta exigida por la solución del problema de derecho intertemporal que encierra el haberse atribuido en testamento otorgado antes de su entrada en vigor abriéndose la sucesión cuando ya había adquirido vigencia, la solución que mejor concuerda con la voluntad de una testadora que quiso conceder con carácter "vitalicio" un inequívoco **usufructo** de viudedad a su esposo es la de respetarlo tras la LDCG/1995, sin que a esto sea óbice la presunción legal de su artículo 127 b), en el que se anuda su extinción (la del **usufructo** de viudedad) al nuevo matrimonio del usufructuario, toda vez que ese propio precepto admite la destrucción de la presunción por "pacto" y, como es el caso, "disposición en contrario", tal cual la que está implícita en la configuración vitalicia del **usufructo**.

Y todavía otro argumento. Podemos admitir que el **usufructo** voluntario de viudedad atribuido por doña Antonia encaja en el que la LDCG/1995 regula en los artículos 118 a 127, ya se entienda exclusiva y específicamente admitido el "universal" (artículo 118.1) o sobre la "totalidad" de la herencia (artículo 122), ya se entienda también admitido el particular o parcial (por todas, STSJG 35/2003, de 21 de noviembre), pero lo que de ninguna manera podemos compartir es que en el **usufructo** atribuido por doña Antonia concurra la naturaleza del de regencia o de carácter familiar al que sí le es de aplicación el artículo 127 b) LDCG/1995. **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 semejante contexto, se percibe que es una institución, el **usufructo** voluntario de viudedad (el que responde a la naturaleza del de regencia), tendente a asegurar, como también doctrinalmente se destaca, el goce de los bienes familiares, sobre todo como medio que facilite al viudo o viuda la dirección económica de la familia, manteniendo la unificación del patrimonio, y singularmente la conservación de la casa", pero circunstancias las apuntadas que como avanzamos en absoluto concurren en el supuesto litigioso, al que es extraño la existencia de hijos y por lo mismo la dirección económica de la familia por el cónyuge viudo y, desde luego, la conservación de casa alguna. Sucede, pues, que el carácter familiar del **usufructo** voluntario de viudedad, subrayado en los artículos 122, 123.3º, 125, 127 b) y d) LDCG/1995, hace inaplicable -a mayor abundamiento- al supuesto litigioso la causa de extinción que el último de los mencionados preceptos contiene en su apartado b) en la medida que como se ha destacado con acierto dicha causa responde no a una sanción o penalización de las segundas nupcias y sí a la concepción del **usufructo** de viudedad como un derecho de carácter familiar, y contempla la posición del usufructuario en la nueva familia como impeditiva o al menos desaconsejable para el ejercicio de la función de regencia.

2. Y para finalizar. Aceptado, a efectos dialécticos, que la voluntad testamentaria de doña Antonia no choca con la aplicación del artículo 127 b) LDCG/1995 y a su vez aceptada dialécticamente la aplicación del precepto a un **usufructo** voluntario de viudedad de carácter no familiar y sí estrictamente patrimonial, como es el del caso enjuiciado, lo que ni como una seria posibilidad nos planteamos es que la extinción de ese **usufructo** por el nuevo matrimonio del usufructuario acarree la pérdida de su condición de legitimario, supuesto que la legítima viudal queda absorbida cuantitativa y cualitativamente por aquella atribución como efectivamente queda a poco que se repare en que la legítima no es un modo de delación autónomo y en que la atribución por un cónyuge al otro del **usufructo** voluntario de viudedad se imputa, ante todo, al pago de su legítima.

Y decimos también nosotros legítima absorbida o embebida en el **usufructo** de viudedad, pero no por ello legítima perdida o extinguida la condición de legitimario como consecuencia de la extinción del **usufructo** voluntario. No se trata únicamente de entender -en armonía con una sólida aportación notarial- que la aceptación del **usufructo** voluntario no lleva consigo una renuncia a la legítima viudal o que la solución contraria equivaldría a privar de su condición de legitimario a una persona -el bínubo- que lo es *ex lege* (artículos 807.3º y 838 CC por remisión del artículo 146.2º LDCG/1995), sino que sobre todo se trata de no desatender aquella dilatada tradición de la práctica notarial que en un principio, en el contexto normativo del CC, acusa como una de sus tendencias para la efectividad del **usufructo** de viudedad (siempre pensando para el caso de concurrencia del viudo con descendientes) la que lo ordena como legado *ex artículo* 820.3º CC, y una de cuyas fórmulas empleadas al respecto es la que a la letra dice (según la recoge un clásico moderno del derecho civil de Galicia, el académico autor que mediado el pasado siglo tanto y tan profundamente lo estudió): "Lega a su esposo (o esposa), caso de sobrevivirle, el **usufructo** vitalicio de la totalidad de la herencia en cuanto exceda de lo que le corresponda por cuota legal (o el **usufructo** vitalicio de la herencia que exceda del que le corresponda por cuota legal), en cuya cuota le instituye heredero (o heredera); subordinando a la presente las demás disposiciones de este testamento, sin perjuicio de lo prevenido en el nº 3º del artículo 820 del CC"; fórmula que espléndidamente ilustra que la legítima viudal no se solapa en el **usufructo** voluntario de viudedad, en rigor identificado y reducido al exceso de cuota legal usufructuaria. Es, pues, el exceso lo que puede darse por extinguido.

QUINTO: La desestimación del motivo en que se basa la casación comporta la declaración de no haber lugar a la misma y la confirmación de la sentencia recurrida (argumento *ex artículo* 487.2 LEC). En lo tocante a las costas del recurso, resolvemos no imponerlas dada la complejidad jurídica del caso y la inexistencia de pronunciamientos previos de la Sala acerca de la cuestión debatida (artículo 394.1 LEC); y por lo que hace al depósito constituido para recurrir, procede decretar su pérdida (disposición adicional decimoquinta, punto 9, LOPJ).

En atención a lo expuesto y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Jesús Carlos y don Alberto contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia



Provincial de Pontevedra con fecha de 9 de noviembre de 2010 (rollo de apelación número 601 de 2010), la cual confirmamos, sin imposición de las costas del recurso y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia y devuélvase las actuaciones que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se formulará testimonio para su unión al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ