

TSJ de Galicia, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª)

Sentencia num. 3/2012 de 24 enero

GALICIA: sucesiones: usufructo de viudedad: extinción: procedencia: por contraer nuevo matrimonio la usufructuaria: la declaración de nulidad del nuevo matrimonio de la persona usufructuaria no hace recobrar vigencia al usufructo voluntario de viudedad extinguido desde el momento mismo de su celebración; efectos: aunque la legítima viudal esté absorbida o embebida en el usufructo de viudedad no por ello la extinción de éste conlleva la pérdida de la condición de legitimario.

SENTENCIA: 00003/2012

A Coruña, veinticuatro de enero de dos mil doce, 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 Saavedra Rodríguez y don Pablo A. Sande García, dictó **en nombre del rey** la siguiente **s e n t e n c i a número 3**

...

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1. Los hechos que revelan la cuestión jurídica a la que se contrae el recurso de casación sometido a nuestro conocimiento son los siguientes:

1º Don Francisco y su primera esposa tuvieron una hija, doña Magdalena .

2º Don Francisco estuvo casado en segundas nupcias con doña Constanza y de este matrimonio no hubo descendencia.

3º Don Francisco , fallecido el 14 de septiembre de 2000, otorgó último testamento abierto notarial el anterior 21 de enero. Según su cláusula primera *lega a su esposa* doña Constanza *en pago de sus derechos sucesorios*

A) *Con base en lo dispuesto en los artículos 118 y siguientes de la [Ley 4/1995 \(LG 1995, 184\)](#) de Derecho Civil de Galicia , el usufructo universal y vitalicio de toda su herencia, con relevación de inventario y fianza y facultad para posesionarse por sí misma de este legado .*

B) *El tercio de libre disposición en pleno dominio.*

Según la cláusula segunda del testamento, don Francisco *instituye universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones* a su hija doña Magdalena , *sustituida vulgarmente por sus descendientes*.

4º Doña Constanza contrajo segundas nupcias el 3 de mayo de 2002.

5º Mediante auto de 6 de octubre de 2004 se declara acordar la eficacia en el orden civil de la nulidad del matrimonio de doña Constanza , previamente dictada por resolución del correspondiente Tribunal eclesiástico de fecha 19 de abril de ese año.

2. Las sentencias de instancia estiman la pretensión de la actora doña Magdalena de declarar extinguido el usufructo de viudedad establecido por vía de legado en el testamento otorgado por su padre don Francisco "por contraer nuevo matrimonio" la usufructuaria doña Constanza .

Tal extinción es declarada ex artículo 127b) LDCG/1995, y al tiempo se considera "totalmente irrelevante" que el nuevo matrimonio de doña Constanza fuese declarado nulo porque el precepto sólo exige que el usufructuario lo contraiga. Abunda en este sentido la Audiencia al destacar que el legado de que se trata supone "la extensión patrimonial de la prolongación del deber conyugal de socorro mutuo en atención a la relación afectiva y vida en común habidas, en mérito a la conservación y respeto de la memoria del cónyuge fallecido, motivaciones que fenecen desde el momento en que se contrae nuevo matrimonio o se convive maritalmente con otra persona, sin posibilidad alguna de rehabilitación pese a que se declare la nulidad de esa nueva unión, y ello porque además del hecho de que la convivencia con el nuevo cónyuge no desaparece ni extingue con la declaración de nulidad matrimonial (tal y como refiere la apelada), el verdadero fundamento que ampara el usufructo viudal constituido se ha visto truncado perdiendo su esencia y razón de ser. (En otro caso, el propio testador podría haber dispuesto expresamente la subsistencia del usufructo viudal universal y vitalicio pese a un nuevo matrimonio, cosa que no hizo)".

Y este es el *thema decidendi* al que se reduce el único motivo del recurso de casación interpuesto por la antes demandada y apelante doña Constanza, en el que se acusa la infracción de los artículos 118 y 127 LDCG/1995 así como la del [artículo 79 CC](#): **si la nulidad del nuevo matrimonio de la usufructuaria acarrea o no la restitución del usufructo de viudedad precisamente extinguido por ese nuevo matrimonio.**

SEGUNDO

La presunción legal que encierra el artículo 127b) [LDCG/1995](#), en el que se anuda la extinción del usufructo de viudedad al nuevo matrimonio del usufructuario, ha sido destruida en el caso enjuiciado por la "disposición en contrario" que dicho precepto admite (junto al "pacto"), tal cual la que se encuentra implícita en la configuración vitalicia del usufructo por

el testador don Francisco que con este carácter lo legó a su esposa doña Constanza . Así lo pusimos de relieve en la [STSJG 29/2011, de 26 de septiembre](#), en el trance de tener que pronunciarnos sobre una disposición testamentaria idéntica en lo sustancial a la primera a) del testamento otorgado por aquél; y así lo reiteramos en la presente ocasión, singularmente caracterizada por tratarse de una disposición incorporada a un testamento abierto notarial otorgado bajo la vigencia de la LDCG/1995, cuyos artículos 118 y siguientes son expresamente mencionados en la referida cláusula, redactada por un funcionario público (el Notario), reconocido profesional del Derecho, quien a buen seguro sabe que "vitalicio" dicho de un cargo, una merced o una renta significa que "duran desde que se obtienen hasta el fin de la vida", y al que no puede escapársele que la voluntad de un testador que lega a su esposa "el usufructo (universal y) vitalicio de toda su herencia" entraña ex artículo 127b) LDCG/1995 una disposición en contrario de su extinción por nuevo matrimonio del usufructuario.

Es más. Admitido que el usufructo de viudedad atribuido por don Francisco encaja en el que la LDCG/1995 regula en los artículos 118 a 127, ya se entienda exclusivamente y específicamente admitido el "universal " (artículo 118.1) o sobre la "totalidad" de la herencia (artículo 122), ya se entienda también admitido -como es el caso- el particular o parcial (por todas, [STSJG 35/2003, de 21 de noviembre](#), lo que de ninguna manera podemos compartir es que en el usufructo atribuido por don Francisco concorra la naturaleza del de regencia o de carácter familiar al que sí le es de aplicación en particular 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 y después en la [STSJG 29/2011, de 26 de septiembre](#), 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 tampoco concurren en el supuesto litigioso, al que es extraño la existencia de hijos comunes 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 , 123.3 °, 125 , 127 b) y d) LDCG/1995 , haría en último término inaplicable al supuesto litigio la causa de extinción que el último de los mencionados preceptos contiene en su apartado b).

TERCERO

1. Sin embargo, es lo cierto y sobre todo lo decisivo que las sentencias de instancia coinciden, como sabemos, en declarar la extinción del usufructo voluntario de viudedad ex artículo 127b) [LDCG/1995](#), y que dicho pronunciamiento es firme: no se discute en casación, como no se discutió antes, si la voluntad testamentaria de don Francisco choca o no con la aplicación de dicho precepto y a su vez tampoco se discute ni se discutió la pertinencia o no de su aplicación a un usufructo voluntario de viudedad que presenta un carácter más estrictamente patrimonial que familiar. Hemos de aceptar, por lo tanto, y de este extremo hemos de partir, dicha declaración de extinción, y hemos de aceptarla a los efectos de resolver el *thema decidendi* del recurso: si la nulidad del nuevo matrimonio de la usufructuaria doña Constanza acarrea o no la restitución del usufructo de viudedad precisamente extinguido por ese nuevo matrimonio. **La respuesta que damos es negativa: la declaración de nulidad del nuevo matrimonio de la persona usufructuaria no hace recobrar vigencia al usufructo voluntario de viudedad extinguido desde el momento mismo de su celebración:** la causa de extinción del artículo 127b) LDCG/1995 no responde, como dijimos en la [STSJG 29/2011, de 26 de septiembre](#), a una sanción o penalización de las segundas nupcias y sí a la concepción del usufructo de viudedad como un derecho de carácter familiar que contempla la posición del usufructuario como impeditiva o al menos desaconsejable para el ejercicio de la función de regencia. **No puede sostenerse, además, que el matrimonio declarado nulo sea por completo ineficaz** y mucho menos equiparar el concepto de nulidad matrimonial al de inexistencia, **dicho sea incluso al margen del matrimonio putativo del artículo 79 CC: la declaración de nulidad del matrimonio no equivale a la destrucción de una mera apariencia, sino que conlleva la cesación de efectos de una verdadera relación de convivencia anterior** en la que confluyen, v.gr., derechos y deberes de los cónyuges ([artículos 66 a 71 CC](#)), y la implantación de un régimen económico matrimonial ([artículo 1315 CC](#) y siguientes); y de ahí que en el marco "de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio" de los [artículos 90 a 101 CC](#) se incluyan la atribución del uso de la vivienda, la contribución a las cargas del matrimonio, la liquidación del régimen económico matrimonial, el derecho a una indemnización del cónyuge de buena fe si ha existido convivencia conyugal y los relativos al cuidado de los hijos.

2. Una última precisión nos vemos obligados a efectuar: la demandada y apelante doña Constanza , recurrente en casación como sabemos, alegó en su contestación a la demanda que "tendría a su favor" el usufructo legal aún cuando se considerase que el usufructo viudedad instituido en el testamento de don Francisco se hubiese extinguido ex artículo 127b)

LDCG/1995 . Alegación desechada por el juzgador de primera instancia por no formularse reconvencción y limitarse el suplico de la demanda a solicitar su íntegra desestimación, lo que le relevó de "cualquier comentario"; a lo que cabe añadir que la sentencia de la Audiencia ni siquiera menciona dicha alegación, en realidad no incorporada al escrito de apelación.

La Sala, no obstante, se ve impelida a dejar aclarado, como debió dejarse aclarado en la instancia para la más adecuada ejecución de la sentencia y acaso en evitación de un nuevo litigio, si la extinción del usufructo voluntario de viudedad (el que constituyó don Francisco) por el nuevo matrimonio de la usufructuaria acarrea o no la pérdida de su condición de legitimaria.

Declarar -como declaran las sentencias de instancia- sin más concreción la extinción del "usufructo universal y vitalicio de la herencia de don Francisco " por "contraer nuevo matrimonio la usufructuaria doña Constanza " supone no percatarse de que la legítima viudal está absorbida cuantitativa y cualitativamente en el usufructo de viudedad -lo que de por sí exigía el pronunciamiento de las instancias que echamos en falta-, y está absorbida porque la legítima no es un modo de delación autónomo y, además, porque la atribución por un cónyuge al otro del usufructo voluntario de viudedad se imputa, ante todo, al pago de su legítima, como se observa en el caso enjuiciado. Pero esa declaración también supone dejar de reparar en que aunque la legítima viudal esté absorbida o embebida en el usufructo de viudedad no por ello la extinción de éste conlleva la pérdida de la condición de legitimario: según pusimos de manifiesto en la [STSJG 29/2011, de 26 de septiembre](#), cuya doctrina también ahora reiteramos, "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 834 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.

CUARTO

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 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 doña Constanza contra la [sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra con fecha de 10 de septiembre de 2010](#) (rollo de apelación número 446 de 2009), la cual confirmamos, sin imposición de las costas del recurso y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia y devuélvasele 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.