



Roj: **SAP PO 896/2020 - ECLI: ES:APPO:2020:896**

Id Cendoj: **36038370012020100303**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2020**

Nº de Recurso: **201/2020**

Nº de Resolución: **306/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1, PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00306/2020

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Teléfono: 986805108 **Fax:** 986803962

Correo electrónico:

Equipo/usuario: CA

N.I.G. 36060 41 1 2018 0000370

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000201 /2020

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.3 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000106 /2018

Recurrente: Eleuterio , Eloy

Procurador: JOSE LUIS GOMEZ FEIJOO, JOSE LUIS GOMEZ FEIJOO

Abogado: JOSE LUIS FEIJOO BORREGO, JOSE LUIS FEIJOO BORREGO

Recurrido: Clemencia

Procurador: MARIA ESTHER GARCIA ROMARIS

Abogado: MARIA MERCEDES BUGALLO VARELA

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS
MAGISTRADOS**

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D^a MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 306/20

En Pontevedra, a uno de junio de dos mil veinte.



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000106 /2018, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.3 de DIRECCION000 , a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000201 /2020, en los que aparece como parte *apelante* **D. Eleuterio y D. Eloy** , representados por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE LUIS GOMEZ FEIJOO, asistidos por el Abogado D. JOSE LUIS FEIJOO BORREGO, y como parte *apelada* **Dª Clemencia** , representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA ESTHER GARCIA ROMARIS, asistido por el Abogado Dª. MARIA MERCEDES BUGALLO VARELA, y siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. **Dª. MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de DIRECCION000 , con fecha 23-10-2019, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"

Se **ESTIMA** la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña. Clemencia frente a D. Eleuterio y D. Eloy con los siguientes pronunciamientos:

- Se declara que Dña. Clemencia es titular como legitimaria del causante, D. Eloy , del usufructo vitalicio de la cuarta parte de su haber hereditario.
- Se declara la nulidad de la escritura parcial de herencia (previa declaración de obra nueva y división horizontal) de fecha 12 de febrero de 2014 otorgada ante el Notario de DIRECCION000 , Dña. Marina González Martínez, con número de protocolo 169 y la cancelación de las inscripciones registrales derivadas de la misma.
- Se declara la nulidad, de la escritura parcial de herencia (previa declaración de obra nueva y división horizontal) de fecha 30 de marzo de 2016 otorgada ante el Notario de DIRECCION000 , Dña. María Isabel Fitera García, con número de protocolo 501 y la cancelación de las inscripciones registrales derivadas de la misma.
- Se condena a los demandados al pago de las costas causadas en esta instancia."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Eleuterio y D. Eloy se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud del precedente Recurso por los apelantes, D. Eleuterio y D. Eloy , se pretende la revocación de la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 106/18 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de DIRECCION000 en tanto declaró a la actora, viuda del causante, legitimaria del mismo en el usufructo en la cuarta parte de su haber hereditario, y la nulidad parcial de la escrituras de adjudicación parcial de herencia de 12 de febrero de 2014 y 30 de marzo de 2016 con la cancelación de las inscripciones registrales.

Aducen a su favor los apelantes que la actora consuegra que también fue previamente del fallecido y después esposa, se hallaba separada de hecho del mismo denunciando error en la valoración de la prueba documental y testifical. En cuanto a lo primero porque el cambio de empadronamiento lo revela, y el testigo no fue lo suficientemente claro al efecto.

A dicha pretensión se opone la actora Dª Clemencia alegando que no es aplicable el art. de la Ley gallega porque se refiere a un usufructo voluntario, y ella solo reclama el usufructo legitimario; que el empadronamiento no acredita el domicilio y que si figura otro fue para no perder la pensión de viudedad de su primer marido. El testigo acreditó la convivencia.

SEGUNDO.- Son circunstancias de hecho a tener en cuenta para la resolución del recurso las siguientes:

-La actora y D. Eloy contrajo matrimonio canónico el día 23 de abril de 2000, siendo para ambos segundas nupcias.

-En fecha 23 de enero de 2013 fallece don Eloy . (Doc. 1 y 2 de la demanda). La inscripción del matrimonio religioso se produce **el 24 de octubre de 2013**.

-El domicilio del matrimonio estaba situado en Praza DIRECCION001 NUM000 , DIRECCION003 , DIRECCION000 , que es el que coincide con el certificado de matrimonio. Sin embargo, el domicilio de la



demandante a la fecha en que se inscribe el matrimonio 24/10/2013 es el de AVENIDA000 NUM001 DIRECCION000 . Domicilio además coincidente con el que señala en su demanda.

-La actora estuvo empadronada de 1 de mayo de 1996 a 1 de mayo de 2000 en la AVENIDA000 NUM002 DIRECCION002 ; de 2 de junio de 2000 a 2 de noviembre de 2000 en Praza DIRECCION001 NUM000 ; y de 21 de noviembre de 2000 hasta 2016 otra vez en AVENIDA000 .

-El causante de mi mandante tuvo dos únicos hijos nacidos de su primer matrimonio, que son los ahora demandados, no habiendo tenido hijos con su segunda esposa.

-Conforme certificación expedida por el Registro General de Actos de Última Voluntad de la Dirección General de Registros y del Notariado, don Eloy otorgó su último **testamento** en fecha 28/09/1992 en estado de viudo de su primera esposa, doña Elsa y ocho años antes de contraer segundas nupcias-, como es lógico, no se hace ninguna disposición a favor de mi mandante, su segunda esposa, e instituye herederos a sus dos hijos.

-Los dos hijos de su fallecido esposo han otorgado sendas escrituras de partición parcial de herencia:-Escritura parcial de herencia(previa declaración de obra nueva y división horizontal)de fecha 12 de febrero de 2014 otorgada ante la Notario de DIRECCION000 , doña Marina González Martínez, con número protocolo 169. Se acompaña copia de dicha escritura como documento núm. 5.

Escritura parcial de herencia de fecha 30 de marzo de 2016 otorgada ante la Notario de DIRECCION000 , doña María Isabel Fitera García, con número protocolo 501.

-No se realiza la liquidación de la sociedad de gananciales por ser los comparecientes los únicos interesados en ambas herencias

-Desde el 7 de marzo de 2013 la actora percibe una pensión de viudedad de D. Eloy con el que contrajo matrimonio el 23 de abril de 2000, antes de esa fecha percibía la pensión de su anterior esposo Sr. Ernesto , que compatibilizó con su nuevo matrimonio y que se halla en proceso de reclamación.

Se argumenta en la demanda que reparten todos los bienes del fallecido don Eloy y de su primera esposa, omitiendo en todo momento la existencia de la segunda esposa y, por tanto, sin la intervención de mi mandante y sin la previa liquidación de la sociedad de gananciales que constituía el causante no sólo con ella, sino también, por lo que se deduce de su lectura, con la primera esposa, han de ser declaradas nulas y, en consecuencia, también ha de acordarse la cancelación de las inscripciones registrales practicadas a favor de los demandados de los bienes que se adjudicaron en dichas escrituras. Dicha circunstancia determina la nulidad de la partición.

La Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia, por disponerlo así la Disposición Transitoria Segunda, apartado segundo, en cuanto que la apertura de la **sucesión** se produce bajo la vigencia de esta Ley. Regulándose la legítima del cónyuge viudo en la Sección 3ª del Capítulo V dedicado a las legítimas:

Artículo 253: Si concurriera con descendientes del causante, al cónyuge viudo le corresponde en concepto de legítima el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario fijado conforme a las reglas del artículo 245.

Artículo 256: Si el causante no lo prohibió, los herederos podrán conmutar la legítima del cónyuge viudo por alguna de las atribuciones expresadas en el artículo anterior y optar por la modalidad de pago, pero habrán de acordar con la persona viuda los bienes o derechos en que se concretará. Si no hubiera acuerdo entre los herederos y la persona viuda, decidirá la autoridad judicial.

Artículo 257.1: En tanto no exceda de su cuota usufructuaria, el cónyuge viudo podrá optar por hacerla efectiva sobre la vivienda habitual, el local en donde ejerciera su profesión o la empresa que viniera desarrollando con su trabajo.2.Este derecho es preferente a la facultad de conmutar que atribuye a los herederos el artículo anterior.

Por la parte demandada se sostiene que D. Eloy nunca consideró que se hubiese casado a efectos civiles como lo evidencia el hecho de que no otorgó **testamento** alguno que modificara el de fecha 28/09/1992, y también por el hecho de que aparece manifiesto, a la vista de las fechas, que la demandante y el fallecido *habrían pactado un matrimonio religioso excluyendo los efectos civiles del mismo, por eso, teniendo un plazo para presentarlo en el registro civil de cinco días si se pretendieran efectos civiles, y siendo los obligados para su presentación los contrayentes, ambos decidieron no hacerlo en prácticamente trece años cuando no existía ninguna razón que lo impidiera*. Y se presenta transcurridos diez meses después del fallecimiento en el Registro Civil. Es decir, solo por la demandante buscando un lucro económico, más que evidente. Ni en el ámbito económico ni en el patrimonial podría producir algún efecto la inscripción en el registro, dado el carácter de terceros de buena fe de los demandados,



Añade que no tiene la condición de legitimaria habida cuenta de la separación de hecho, el artículo 230.1 de la LDCG señala: " *El usufructo del cónyuge viudo quedará sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder o por ser el cónyuge justamente desheredado, por la declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y **separación judicial o de hecho de los cónyuges***". Y, el artículo 238.2 del mismo Texto Legal también dice: "...es legitimario el cónyuge viudo **no separado legalmente o de hecho**".

TERCERO.- No se suscita en esta alzada la cuestión relativa a la eficacia del matrimonio canónico no inscrito sino hasta más de 13 años de su celebración en el registro civil el 24 de octubre de 2013, una vez fallecido D. Eloy , si bien la SS de instancia parte de su existencia de la celebración de la misma con asistencia de los hijos del causante. Además como se razona en la instancia conforme a los arts. 60 del C. Civil señala que, "*El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente*".

El artículo 61 del Código Civil establece que, "*... el matrimonio produce sus efectos civiles desde su celebración, pero para el pleno reconocimiento de los mismos será necesario su inscripción en el Registro Civil. El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos de los terceros adquiridos de buena fe por terceras personas*".

Carece de relevancia que el matrimonio se inscribiese después del fallecimiento de uno de los contrayentes, existiendo razones suficientes para pensar que uno de los motivos para que los cónyuges no instasen dicha inscripción del matrimonio fuese la pérdida de la pensión de viudedad de uno de ellos, en este caso de Dña. Clemencia , tal y como apunta el documento de 31 de enero de 2019 remitido "(...) *De haber comunicado Dña. Clemencia la existencia de un matrimonio en el período comprendido entre el 1 de enero de 2000 y febrero de 2013, es decir, antes del fallecimiento de D. Jesús , hubiese dejado de percibir la pensión por incompatibilidad con el nuevo matrimonio*".

*Queda por tanto limitada la apelación al segundo motivo de apelación, esto es, artículo 238 LDCG prevé que son legitimarios: 2.º El cónyuge viudo **no separado legalmente o de hecho**.*

Tratan los apelantes de acreditar la separación de hecho con dos pruebas: el padrón municipal y la testifical. Vaya por delante que en los términos del art. 217 de la LEC incumbe la carga de la prueba de dicho hecho a quien lo alega.

La Sala comparte la tesis de la ordenada y bien argumentada resolución a quo en el sentido de que *el padrón municipal no resulta bastante para desvirtuar la presunción de convivencia conyugal, no habiendo aportado otras pruebas la parte demandada para acreditar dicha separación de hecho. El empadronamiento en un domicilio distinto del conyugal puede obedecer a razones administrativas, como en este caso, la no extinción de una pensión de viudedad, esto último, además sobradamente probado con el oficio de la Seguridad social del que se concluye que Dª Clemencia compatibilizó mucho tiempo el matrimonio segundo con la pensión de viudedad del su primer esposo, el Sr. Ernesto , que se halla en proceso de reclamación retroactiva por la Seguridad social.*

En relación a la prueba testifical D. Mateo , testigo imparcial y amigo del fallecido, indicó que había acudido muchas veces a casa de D. Eloy y que Clemencia estaba allí, considerando éste que ambos eran "una pareja normal", precisando que también había visto a los hijos de Eloy en el domicilio de DIRECCION003 , pero que a ella "la había visto más veces". Incluso explicó que en el citado edificio de DIRECCION003 vivían en el primer piso D. Eloy y Dña. Clemencia ; hacia el otro lado un hijo de D. Eloy y su esposa y, en el piso de arriba, el otro hijo.

También la parte actora ha aportado la esquila o recordatorio que acostumbra a colocarse en el velatorio del fallecido (en este caso Tanatorio de DIRECCION000 , sala NUM003 como reza el documento de Pompas Fúnebres de DIRECCION000) en el que se identifica a Dña. Clemencia como esposa de D. Eloy y a los demandados como sus hijos, así como a sus hijas políticas y nietos. Es verdad que ello no es un dato decisivo, pero sí indiciario de la inexistencia de separación de hecho.

La acción ejercitada por la actora en el presente caso es una acción de nulidad de la partición efectuada por los herederos del causante debido a que en la misma no se hace mención a su condición de casado con Dña. Clemencia , ni tampoco se procedió a la previa liquidación de la sociedad de gananciales de su anterior esposa, Dña. Elsa , ni de la posterior formada por la actora y el causante. Es por ello que se estima que Dña. Clemencia sí está legitimada para ejercitar la presente acción, sin que en la demanda se ejercite una acción de contenido real en relación al caudal hereditario.

Pues bien, en el presente caso, al tiempo de otorgarse las referidas escrituras, ambos demandados eran conocedores del matrimonio celebrado en el año 2000 entre su padre y la actora y, sin embargo, en su condición de herederos del causante, omitieron la previa y necesaria liquidación de la sociedad de gananciales primera, entre su padre y Dña. Elsa , y la posterior formada por el primero y la actora. Dicha liquidación de la primera



sociedad de gananciales se reputa necesaria para determinar el haber hereditario correspondiente a D. Eloy , cuyo usufructo corresponde a su viuda en la porción o del modo previsto en los citados artículos de la Ley 2/2006. Pero también es preciso liquidar la sociedad de gananciales formada por D. Eloy y Dña. Clemencia desde la celebración de su matrimonio, no solo para determinar los bienes del causante a los que ha de referirse el usufructo de la actora, sino también los bienes que, en su caso, pertenecen a ésta.

Además conforme a lo previsto en el artículo 296 LDCG que prevé: *"Quienes promuevan la partición habrán de notificar su propósito notarialmente a los demás interesados, si conocen su domicilio. El notario sólo aceptará el requerimiento si quienes lo promueven le acreditan la titularidad de la cuota hereditaria a que se refiere el artículo precedente y designan contadores-partidores."*

Como se ha indicado, era sabido por ambos demandados que Dña. Clemencia ostentaba la condición de legitimaria, como esposa de su padre al tiempo de fallecer, y ello con independencia de que éste no hubiese modificado su **testamento**, porque rige la disposición legal, sin que se halla demostrado en absoluto la concurrencia de una separación de hecho en fase probatoria que conllevara una falta de legitimación para instar la demanda, sino más bien al contrario, y conduce a una desestimación del recurso.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que desestimando el Recurso de Apelación formulado por D. Eleuterio y D. Eloy contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 106/18 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de DIRECCION000 , la debemos confirmar y confirmamos con imposición de las costas a los apelantes.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, D. Francisco Javier Menéndez Estébanez, Presidente; D. Manuel Almenar Belenguer; y, D^a María Begoña Rodríguez González, ponente.