



Roj: **SAP O 2178/2005 - ECLI: ES:APO:2005:2178**

Id Cendoj: **33044370052005100299**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **29/07/2005**

Nº de Recurso: **252/2002**

Nº de Resolución: **301/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE PUEYO MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00301/2005

Rollo: RECURSO DE APELACION 0000252 /2002

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a veintinueve de Julio de dos mil cinco.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Menor Cuantía nº 180/2000, procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Luarca , Rollo de Apelación nº 252/02, entre partes, como apelante y demandante, DOÑA Verónica y, como apelados y demandados, DON Luis Miguel , DOÑA Marí Jose , DON Jon Y DOÑA María Teresa .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia de Luarca dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 2 de marzo de 2002 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por DOÑA Verónica contra DON Luis Miguel , DOÑA Marí Jose , DON Jon Y DOÑA María Teresa , debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones de la actora a quien impongo el pago de las costas."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Doña Verónica , y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C ., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr./a. DON/DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la actora Doña Verónica se promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía frente a Don Luis Miguel , la esposa de éste, Doña Marí Jose , y Don Jon y Doña María Teresa , solicitando: a) Se declaren los derechos sucesorios de la actora como cónyuge viuda en la sucesión de Don Gabino ; b) Se



declare nula la aceptación, adjudicación de la herencia y simultánea compraventa de los bienes de Don Gabino , otorgada en escritura pública de fecha 17-XII-98, ordenando la cancelación de las inscripciones registrales causadas sobre las fincas nº NUM000 , NUM001 y NUM002 , como consecuencia del citado negocio jurídico, en el Registro de la Propiedad de Luarca y cargas posteriores.

La juzgadora "a quo" dictó sentencia desestimando la pretensión actora. Frente a esta resolución interpuso la demandante el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Alega Doña Verónica haber contraído matrimonio con Don Gabino en Navia el día 30-7-52; dos meses después Don Gabino emigró a Venezuela dejando a su esposa en España, no volviendo a reanudarse la convivencia marital. Posteriormente la demandada emigraría a la Argentina. En el año 1975 Don Gabino obtiene en Venezuela el divorcio de la actora, el cual, según alega ésta, carece de eficacia en España, pues en este país no se tramitó el preceptivo exequatur, no siendo además susceptible de ser reconocida la referida sentencia pues se dictó en rebeldía de la Sra. Verónica , - art. 954-2 de la LEC de 1881 -. Posteriormente, el 16 de Enero de 1988 Don Gabino muere en Venezuela, siendo en este país declarados herederos abintestato del mismo sus dos hijos, los codemandados Srs. María Teresa Jon , que habían sido reconocidos como tales por el fallecido Don Gabino , pretiriéndose en la declaración referida a la actora que como esposa es heredera forzosa. En suma, no se han respetado los requisitos legales necesarios para la sucesión intestada en cuanto no ha existido una válida declaración de herederos abintestato conforme a la normativa española. Finalmente, en la escritura de 17-XII-98 se procedió por Doña María Teresa , en nombre propio y en representación de su hermano Don Jon , a aceptar la herencia de Don Gabino y a la venta al codemandado Sr. Luis Miguel y la esposa de éste de una de las fincas del causante, de modo que siendo nula, por lo expuesto, la aceptación de la herencia y adjudicación de bienes del fallecido, es por lo que igualmente se pretende la nulidad de la venta efectuada.

Por su parte los demandados personados, Don Luis Miguel y Doña Marí Jose , sostienen 1) que ellos adquirieron la finca registral nº NUM000 de quienes resultaron ser sucesores de Don Gabino , de acuerdo con la Ley Nacional del causante, el cual se había nacionalizado venezolano el 28-XI-57; 2) Fue en ese país donde se divorció de la actora, con la que sólo había convivido dos meses, pues transcurrido ese plazo se trasladó a Venezuela, negándose su esposa a seguirle; en cuanto a la sentencia de divorcio declarada firme el 20-2-76 fue dictada por un Tribunal Venezolano; 3) Por lo que se refiere a los codemandados Sres. María Teresa Jon fueron reconocidos por Don Gabino como hijos suyos; 4) La actora aunque española de origen tiene la nacionalidad argentina, según se infiere del poder general aportado por ella en autos; y concluyen que de conformidad con el art. 9.8 en relación con el 9.1, ambos del CC , a la sucesión ha de aplicarse la Ley Nacional del causante y a la filiación la Ley Personal del hijo - art. 9.4 del CC-, y finalmente mantienen que ellos son terceros hipotecarios, por lo que en todo caso ha de desestimarse la petición de nulidad de la compraventa que se postula en el escrito rector.

La juzgadora "a quo" dictó sentencia desestimando la pretensión actora. Frente a esta resolución interpuso la demandante el presente recurso de apelación.

TERCERO.- Basa la juzgadora "a quo" la desestimación de la demanda en dos argumentos: 1) estima que la sucesión del causante se rige por la Ley Venezolana de conformidad con el art. 9.8 y 9.9 del CC y aunque la sentencia de divorcio dictada en Venezuela, de conformidad con el art. 107 del CC en tanto no se solicitó su reconocimiento en España por el trámite del exequatur no produce efecto en nuestro país, añade que no "se puede aplicar la normativa española en la sucesión de Don Gabino y ello porque la norma de conflicto remite a la ley venezolana y conforme a ella el divorcio del causante es totalmente válido". En segundo lugar, desestima la demanda con base en el art. 834 del CC .

Frente a los argumentos de la juzgadora "a quo" opone la apelante: 1) Vulneración de los arts. 9.2, 9.3, 9.8 y 107 del CC , añadiendo que dado el tenor del art. 9.8 "in fine" los derechos sucesorios del cónyuge viudo en todo caso se rigen por la Ley nacional común en el momento de celebrarse el matrimonio. De otro lado, sostiene que en su caso no nos hallamos ante un supuesto de separación mutuamente consentida sino que ella fue demandada por su esposo, conviviendo con sus suegros durante 9 años, aserto éste que sustenta en la declaración de dos testigos.

La Sala, por lo que se refiere al primer argumento de la recurrida, estima que de conformidad con el art. 9.8 y 9.9 del CC a la sucesión del fallecido Don Gabino le es de aplicación la ley Venezolana, pues Don Gabino tenía, de conformidad con el art. 24 del CC , doble nacionalidad, dado que al adquirir la venezolana no consta que hubiera renunciado a la española, siendo la primera de las citadas la última adquirida y la coincidente con su residencia habitual - art. 9.9 del CC -. Consecuencia de ello es que es esa Ley a la que debemos estar para la delación testamentaria y en el presente caso consta cómo fueron declarados herederos de conformidad con la legislación de aquel país los hijos del fallecido. No requiriendo la declaración de herederos



del trámite del exequatur como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Supremo, entre otras resoluciones, en el auto de 29-9-98 en el que se señala "esta Sala ha venido negando el reconocimiento a los actos de semejante naturaleza a través del procedimiento de <exequatur> regulado en los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Ya desde antiguo (cfr. ATS 7 febrero 1955), se ha puesto de relieve las singulares diferencias existentes entre las resoluciones recaídas en los expedientes de jurisdicción voluntaria y las sentencias dictadas en los juicios contenciosos (vid AATS 16 julio 1996, 16 septiembre 1997, 21 octubre 1997 y 10 marzo 1998), diferencias que se elevan tanto en la causa y forma en que se produce la actuación jurisdiccional, como en la función que la ley reserva a la intervención del órgano jurisdiccional, y en fin, en los efectos que despliegan un tipo y otro de decisiones. Estas diferencias vetan cualquier intento de aplicación siquiera analógica del procedimiento previsto en los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desplazan la cuestión de la homologación de los actos de jurisdicción voluntaria al reconocimiento por vía incidental por el órgano o autoridad ante la cual quieran hacerse valer los particulares efectos que se deriven de él, quien, además de la verificación de los requisitos establecidos en los artículos 600 y 601 LECiv , deberá atender a los que determine la correspondiente norma material a la que apunte la norma de conflicto española (artículo 9.8 CC), incluidos, en su caso, los Convenios Internacionales en los que España sea parte y resulten aplicables por razón de la materia."

Es cierto que el art. 9.8 in fine dispone que "los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superstite se regirán por la misma Ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes". Y la ley que regula los efectos del matrimonio de conformidad con el art. 9.2 del CC es la española. Mas no cabe obviar que este párrafo fue introducido por la Ley 11/90 de Reforma del Código Civil , y Don Gabino falleció en 1988, es decir, antes de la referida reforma legal; por lo que la misma no es de aplicación al presente caso. Y en este sentido la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 11-3-03 señaló que "la ausencia de norma transitoria, en este punto en la Ley 11/90, conduce.....a la aplicación subsidiaria de las contenidas en el CC y singularmente, dado que se trata de derechos sucesorios, será de aplicación la DT. 12ª, de suerte que será aplicable la ley vigente en el momento de la aceptación de la sucesión". Pues bien, la Ley vigente en el momento de producirse aquélla no contenía la excepción introducida por la Ley 11/90 y, en consecuencia, hay que entender que la sucesión en su totalidad se regía por la Ley Venezolana; y así en la R.D. de R.N. de 11-3-03 se declara "para la resolución del tema planteado es preciso partir del principio de unidad y universalidad sucesoria, característico de nuestro sistema que parte del concepto de nacionalidad, como país que ha sufrido una fuerte emigración y al igual que las legislaciones del sur de Europa, y se formula en el artículo 9.9 del Código Civil . Este, en efecto, en su primer inciso, establece: <la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren>.

La excepción posterior, basada en el principio de conservación de negocio sucesorio -favor testamenti-, no afecta al carácter imperativo de los derechos legitimarios, que se rigen por la ley sucesoria única. (Cfr. STS de 21 Mar. 1999 , que reafirma la prevalencia de la uniformidad de la sucesión, y las cautelas aplicables a sus excepciones -en el caso, reenvío de segundo grado desde la ley inglesa a la española-).

En este contexto sistemático se sitúa el párrafo 3º referente a la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo en la sucesión introducido por la Ley 11/90 ". Y como quiera que la actora no ha acreditado que conforme a la Ley Venezolana se le hubiese privado de derecho sucesorio alguno su pretensión ha de decaer.

Y a igual suerte de conclusión llegamos con la interpretación del art. 834 del CC español, precepto que regula los derechos usufructuarios del cónyuge viudo, pues este precepto, como se señala en la Sent. de la Audiencia Provincial de Cuenca de 4-3-04, "el distinto concepto de la separación que tenía el legislador cuando procedió a la redacción de los aludidos artículos conduce al entendimiento de que el artículo 834 contempla la separación judicial, preguntándose los comentaristas por lo que ocurre en los casos de separación sin causa culpable y de separación de hecho. Algunos de ellos se inclinan por una interpretación correctora operada por el artículo 945, de forma que en la sucesión intestada el cónyuge que al morir su consorte se halle separado de hecho por mutuo acuerdo pierde todo derecho en la herencia, incluida la legítima, pues en otro caso el artículo 945 la habría dejado a salvo. Sin embargo, la doctrina dominante sostiene que el cónyuge sólo puede ser privado de su legítima en los casos de separación judicial del artículo 834, ya que subsiste la posibilidad de desheredación al amparo del artículo 855 y la regulación de la sucesión intestada viene referida a la voluntad presunta del causante, mientras que la de los legítimas se impone aún contra una voluntad expresa, siendo por ello que no guardan identidad de razón. Como esta interpretación dominante puede dar lugar a situaciones injustas en el caso de largas separaciones de hecho consentidas es común la opinión de que cabe su corrección a través de la doctrina del abuso del derecho, todo esto manifestado en la sentencia recurrida con cita de diversas sentencias de Audiencias Provinciales".



Pues bien, la interpretación correctora de la literalidad del art. 834 del CC en la redacción vigente al momento de dictarse la sentencia de 1ª instancia, parece necesario que se imponga, en un caso como el presente, en el que de los 36 años transcurridos desde la celebración del matrimonio de Doña Verónica y Don Gabino hasta el óbito de éste, los citados no convivieron más que 1 ó 2 meses, sin que de autos quepa concluir que esa situación fue impuesta por el fallecido, resultando difícilmente compatible con las alegaciones que al respecto efectúa la actora el hecho de que habiendo ella igualmente emigrado de España su país de destino no fuera el de Don Gabino sino la Argentina. Así las cosas se estima que la larga separación de hecho acreditada en autos hace necesaria la repetida interpretación que por otro lado el T. Supremo ha realizado al abordar la disolución de la Sociedad de gananciales, cuando a la muerte de uno de los cónyuges había precedido una larga separación de hecho - S. de 24-4-99 y en la S. de 17-VI-03 - en un supuesto en el que al contrario que el de autos se discutían los derechos de un conviviente "more uxorio" durante 52 años, tras la muerte de su pareja. Pues bien en este caso el Tribunal Supremo acudió para conceder una indemnización que la Ley no preveía a la figura de la proscripción del enriquecimiento injusto. Finalmente, no podemos ignorar que en la nueva redacción dada al artículo 834 del CC por la ley 15/05 de 8 de julio se exige que para que el cónyuge tenga derecho al usufructo del tercio destinado a mejora, si concurre con hijo o descendientes, que no esté separado "judicialmente o de hecho". Y en igual sentido se ha redactado el art. 945 del CC .

Las razones expuestas abocan a la desestimación de ese motivo del recurso.

En cuanto al motivo relativo a la no imposición de costas, la Sala estima que la complejidad del caso planteado permite hacer uso de la excepción que el principio de vencimiento establecía el propio art. 523 de la LEC de 1.881 , aplicable a las costas de 1ª Instancia, dada la fecha de presentación de la demanda.

CUARTO.- No procede hacer expresa declaración de las costas del recurso - art. 398 de la LEC .-

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Doña Verónica contra la sentencia dictada en fecha dos de marzo de dos mil dos por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Luarca, en los autos de los que el presente rollo dimana, la que se REVOCA en el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento de las costas, y en su lugar acordar que no procede hacer expresa declaración en cuanto a las costas de 1ª instancia.

Se confirman el resto de pronunciamientos de la recurrida.

No procede hacer expresa declaración en cuanto a las costas del recurso.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.