



Roj: **SAP C 435/2010 - ECLI: ES:APC:2010:435**

Id Cendoj: **15030370042010100137**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **16/03/2010**

Nº de Recurso: **448/2009**

Nº de Resolución: **119/2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARLOS FUENTES CANDELAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00119/2010

ORDES Nº 1

Rollo: RECURSO DE APELACION 0000448 /2009

FECHA REPARTO: 15-7-09

SENTENCIA

Nº 119/10

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Cuarta

Ilmos. Sres. Magistrados:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

CARLOS FUENTES CANDELAS

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ

En A CORUÑA, a dieciseis de Marzo de dos mil diez.

Vistos por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, integrada por los señores que al margen se relacionan los presentes autos de juicio ORDINARIO Nº 414/07, sustanciado en el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 1 DE ORDES, que ante la Audiencia Provincial pendían en grado de apelación, seguidos entre partes de una como DEMANDANTES Y APELANTES DON Roberto y DOÑA Adelina , representados en primera instancia por la Procuradora Sra. Villar Brun y con la dirección del Letrado Sr. Penabad Otero y representados en esta instancia por la Procuradora Sra. Casal Barbeito, y de otra como DEMANDADA Y APELADA DOÑA Florinda , representada en primera instancia por la Procuradora Sra. Goimil Martínez y con la dirección de la Letrada Sra. González Rodríguez y representada en esta instancia por el Procurador Sr. Sánchez González; versando los autos sobre PERDIDA DE CONDICIÓN DE USUFRUCTUARIA Y RECTIFICACIÓN DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS, ART. 230.1 DE LA LEY 2/06, DE 14 DE JUNIO DE DERECHO CIVIL DE GALICIA Y EL 945 DEL CC .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 1 DE ORDES, con fecha 6-10-08. Su parte dispositiva literalmente dice: FALLO: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por DON Roberto Y DOÑA Adelina ,



representados por la Procuradora DOÑA SILVIA VILLAR BRUN contra DOÑA Florinda , representada por la Procurador DOÑA RITA GOIMIL MARTINEZ, DEBO DECLARAR Y DECLARO:

A).- El carácter privativo de DON Baltasar de la finca situada en el lugar de FAMELGA, parroquia de Gándara, Ayuntamiento de Oroso, descrita en el hecho cuarto de la demanda, de la vivienda construida sobre dicha finca, y del turismo Peugeot 205, Mito Diesel, matrícula Q-....-QK ; de la motocicleta marca Derbi modelo Yumbo 2RD, matrícula W..... ; y del remolque vehículo Portaflotm, modelo PERLE 348, con el nº de identificación NUM000 .

B).- Que el documento privado de fecha 23 de abril de 2003, suscrito entre DON Baltasar Y DOÑA Florinda , constituye el reconocimiento de una deuda por parte de DON Baltasar a favor de DOÑA Florinda por importe de 24.000 euros por razón de la construcción de la que luego fue vivienda conyugal y declaro a DOÑA Florinda como titular de tal derecho de crédito.

Y condeno a la demandada a estar y pasar por las declaraciones anteriores, DESESTIMANDO el resto de los pedimentos efectuados por la parte actora, sin que proceda hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por los demandantes, se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido ponente el lltmo. Sr. Magistrado DON CARLOS FUENTES CANDELAS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- Se aceptan los Fundamento de Derecho de la sentencia apelada:

PRIMERO.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ordes, estimando parcialmente la demanda, resolvió sobre el carácter privativo del fallecido marido de la demandada tanto de la parcela sita en el Lugar de Famelga, donada por el padre demandante a aquél en la escritura de 29/3/2000, con anterioridad a la boda con la demandada (2/10/2004), como de la vivienda unifamiliar sobre la misma, cuya construcción se inició antes del matrimonio; y lo mismo respecto del coche, motocicleta y remolque litigiosos; interpretando el alcance del documento suscrito por los futuros contrayentes de 23/4/2003 para negar la existencia de comunidad de bienes entre éstos respecto de la finca o vivienda sino como el reconocimiento de un derecho de crédito de 24.000 euros a favor de la demandada por su aportación a la construcción de la vivienda; pero la sentencia desestimó las otras pretensiones de negación a la demandada de la legítima usufructuaria viudal por separación de hecho al tiempo del fallecimiento del esposo, según lo dispuesto en los artículos 230.1 de la Ley de Derecho Civil de Galicia del año 2006 y 945 del Código Civil, y de reversión de lo donado con fundamento en el artículo 812 del Código. Recurren en esta apelación los demandantes estos dos pronunciamientos desestimatorios, en el primer caso por error en la valoración de la prueba sobre la separación de hecho, y en el segundo por error en la interpretación y aplicación de la normativa tenida en cuenta en la sentencia, a todo lo cual respondió en contra la parte demandada que pidió la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Sobre la cuestión del usufructo viudal, la sentencia de primera instancia, a falta de una definición legal, consideró la separación de hecho impeditiva de tal derecho como la situación de cese efectivo de la convivencia conyugal, decidida libremente y de mutuo acuerdo, consolidada en el tiempo y no confundible con una situación pasajera de crisis matrimonial; y frente al alegato de los demandantes propugnando una interpretación flexible conforme a la realidad social, precisó que aún así la ley exigía un plazo mínimo para acceder a la separación o divorcio, además de la transcendencia una decisión de tal índole y de la institución matrimonial y de sus consecuencias familiares y jurídicas; por lo que la separación de hecho con transcendencia jurídica sería la consolidada; llegando a la conclusión de no resultar demostrado con la testifical practicada el cese efectivo de la convivencia sino una crisis matrimonial.

TERCERO.- En el recurso de apelación se sostiene el error de valoración probatoria y en la correlativa inaplicación de la ley con base en testimonios no tenidos en cuenta, o no valorados correctamente, además de otros indicios concurrentes. El Tribunal no aprecia motivos bastantes para discrepar de la valoración probatoria y revocar el pronunciamiento en cuestión, en general por los convincentes razonamientos de la sentencia apelada y en particular por lo que pasamos a exponer:

a)- El artículo 230.1 LDCG/2006 dice: "El usufructo del cónyuge viudo quedará sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder o por ser el cónyuge justamente desheredado, por declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y separación judicial o de hecho de los cónyuges". En el caso de separación de hecho no dice que sea de mutuo acuerdo, como tampoco que conste en documento fehaciente, pero en todo caso ha de resultar un hecho incontestablemente demostrado, no bastando con un mero alejamiento pasajero o



una simple crisis matrimonial o el solo propósito de divorciarse, sino con un verdadera separación o cese efectivo de la convivencia de manera que se pueda afirmar que se trata de una ruptura y, en fin, que ambos cónyuges hacen vidas independientes o de solteros, correspondiendo la carga de la prueba a quien alega tal hecho impeditivo. No cabe minusvalorar lo que dice la sentencia apelada al socaire de flexibilizaciones de tiempos actuales. Al contrario. Así se desprende, desde luego, de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre las reglas de la carga de la prueba; también de la excepcionalidad que resulta del propio 230.1; así como de su equiparación en dicho precepto a otras causas importantes al fin en cuestión; además de por sus consecuencias jurídicas y prácticas, ya familiares ya económicas; y por tratarse aquella de una situación que, si bien puede darse en la vida, en principio se opone a lo que proclama el registro civil y la institución del matrimonio, nacido de un consentimiento y unas promesas mutuas manifestadas en ceremonias de lo más solemne y multitudinario; al igual que se opone a la obligación de convivencia conyugal y presunciones legales en tal sentido (arts. 68 y 69 del Código Civil); y a otros derechos legalmente superprotegidos e inviolables, directa o indirectamente, como la legítima. Adviértase, incluso, que la Ley de reforma 15/2005 dejó sin contenido el artículo 87 del Código, el cual consideraba compatible el cese efectivo de la convivencia conyugal con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio por una serie de motivos. La experiencia demuestra que no pocas personas arrastran crisis matrimoniales durante mucho tiempo, incluso reiterando que ya no aguantan más y que van a separarse o a divorciarse, pero esto no significa que lo hagan, ya por la esperanza de un futuro arreglo, ya por indecisión, o por otros motivos personales.

b)- En el presente caso, por de pronto, el margen temporal para la acreditación del hecho en cuestión es bastante reducido para lograr encajar un verdadero estado de separación de hecho (cinco meses desde el inicio alegado de la separación hasta el fallecimiento: de marzo a agosto de 2006).

c)- Si bien no se exige una prueba documental del cese efectivo de la convivencia, resulta sin embargo extraño y poco habitual tan escaso rastro escrito del mismo. Se supone que ambos habían roto y hacían de nuevo vida independiente o de solteros. Su ausencia se ha de valorar como un contraindicio de la tesis defendida por los demandantes.

d)- Según se desprende de las referencias que le dieron los demandantes al detective, según el informe de éste aportado con la demanda, así como del tenor de ciertas preguntas de los interrogatorios y respuestas de los testigos, resulta que, incluso desde la perspectiva defendida por esta parte, se estarían reconociendo como mínimo los siguientes hechos: que la esposa tenía que desplazarse a diario por trabajar en otros municipios, mañana y tarde (Milladoiro y Cacheiras); hasta principios de agosto no se habría llevado la demandada sus ropas; que con anterioridad, desde marzo, se habría ido a aclarar sus ideas y replantearse la situación; pero continuaría relacionándose con su marido los fines de semana; y ambos asistido a bodas y comuniones; aparentando externamente una convivencia normal ante familiares y amistades.

e)- La sentencia tuvo en cuenta el testimonio del abogado al que consultaron los cónyuges sobre el divorcio y algunas cuestiones más, a finales de julio de 2006, pero lo cierto es que dijo no haber hablado ni saber nada de la alegada separación de hecho o de la convivencia, antes o después, aparte de conjeturas. Y es otro hecho que los cónyuges se lo iban a pensar y ni siquiera le encargaron nada de eso, ni mucho menos se presentó demanda o solicitud de medidas. Que fuera a finales de julio, pues, no permite extraer la consecuencia pretendida por los apelantes.

f)- Es verdad que hay declaraciones testificales en el juicio que sirven para apoyar la tesis defendida en el recurso, pero entre otras cosas, una parte de lo manifestado por tales testigos sobre la separación de hecho no lo presenciaron directamente sino que se lo habría dicho el esposo, habiendo incluso reconocido la asistencia de ambos a una boda y una comunión, y frente a ellos declararon también otros tantos testigos que afirmaron haber estado con el matrimonio en su casa o en diversas ocasiones durante el periodo sospechoso, con toda normalidad y sin escuchar ni detectar que hiciesen vidas separadas. Por ejemplo: Teresa, que habló de su prolongada amistad con la demandada, de la noche de la cena y pub, con enfado añadido en Caldas, regresando no obstante la demandada a su casa en su propio automóvil, o de la última vez que estuvo en la casa de los esposos en agosto, poco antes del fallecimiento, o del velatorio acompañando a su amiga; Sonia, también amiga, relató la visita que ambos le hicieron a su casa, hacia junio, un par de meses después del nacimiento de la hija de la testigo, aparte de haberles visto por Sigueiro en el periodo en cuestión. O las primas y el marido de una de éstas que testificaron sobre algunos actos familiares u ocasiones en que coincidieron con ellos. Tanto los testigos sobre el hecho en cuestión de la parte actora como los de la demandada manifestaron tener parentesco de un tipo u otro o amistad, ya con el marido ya con la esposa ya con los demandantes.

g)- Que el velatorio del cadáver no hubiera sido en la vivienda conyugal sino en la casa de los padres demandantes no dice mucho, al poder perfectamente obedecer a múltiples motivos, como el aclarado por la



propia demandada. En todo caso la esposa estuvo presente y hasta realizó, acompañada por el marido de su cuñada, una serie de gestiones y papeleo relacionado con la defunción.

h)- Existen también otros contraindicios, como son los dos pleitos en que se rechazó la misma tesis. Aunque no constituyan cosa juzgada ni negativa o excluyente del actual proceso ni positiva o prejudicial, nada impide valorar probatoriamente esas sentencias siquiera que en pequeña medida en contra.

i)- Por todo lo dicho, no es extraño que la sentencia apelada señalase que el resultado de las testificales era contradictorio y dudoso el hecho alegado. La testifical practicada por exhorto en esta segunda instancia no altera esa conclusión.

CUARTO.- El motivo del recurso sobre la reversión legal de la finca y vivienda se basa en el artículo 812 del Código Civil en relación a la donación anterior a la entrada en vigor de la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia del año 2006. Se rechaza el motivo por cuanto, como bien indicó la sentencia apelada y reconoce la parte actora-apelante, la sucesión se rige por la Ley personal del causante, de vecindad civil gallega, a fecha de su fallecimiento (apertura de la sucesión), y el artículo 182 LDCG/2006 la excluye expresamente. Añadir ahora, al hilo de lo alegado en el recurso, que al tratarse de un derecho de naturaleza sucesoria y no por donación condicional ni nada por el estilo, la citada norma del Derecho propio gallego es igualmente aplicable a todas las sucesiones abiertas bajo su vigencia aunque los bienes hubieran sido donados con anterioridad.

QUINTO.- Lo dicho en esta y en la sentencia apelada basta para desestimar el recurso de apelación, lo que conlleva la preceptiva imposición de las costas procesales de la alzada a la parte apelante vencida (art. 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación:

fallAMOS

Desestimamos el recurso de apelación y confirmamos la sentencia apelada, con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada.

Así, por esta nuestra sentencia de apelación, de la que se llevará al Rollo un testimonio uniéndose el original al Libro de sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, en el lugar y fecha arriba indicados.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue 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 certifico.

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.