



Roj: **SAP OU 382/2018 - ECLI:ES:APOU:2018:382**

Id Cendoj: **32054370012018100212**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **05/09/2018**

Nº de Recurso: **289/2017**

Nº de Resolución: **236/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSEFA OTERO SEIVANE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**OURENSE**

**SENTENCIA: 00236/2018**

N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

-

Tfno.: 988 687057/58/59/60 Fax: 988 687063

MP

**N.I.G.** 32024 41 1 2016 0000336

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000289 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de CELANOVA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000261 /2016

Recurrente: Sabina

Procurador: JOSE MARIA FERNANDEZ VERGARA

Abogado: RAFAEL CID CID

Recurrido: Socorro

Procurador: JOSE RAMON TABOADA SANCHEZ

Abogado: ALDARA PUGA LOPEZ

**APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Señoras, doña Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández, Presidenta, doña Josefa Otero Seivane y doña María José González Movilla, Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

**S E N T E N C I A NÚM. 236**

En la ciudad de Ourense a cinco de septiembre de dos mil dieciocho.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, en autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Celanova, seguidos con el n.º 261/2016, Rollo de Apelación núm. **289/2017**, entre partes, como apelante D.ª Sabina, representada por el Procurador D.ª José María Fernández Vergara, bajo la dirección del Letrado D. Rafael Cid Cid y, como apelada, D.ª Socorro



, representada por el Procurador D. José Ramón Taboada Sánchez, bajo la dirección de la Letrada D.ª Aldara Puga López.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.ª Josefa Otero Seivane.

## I - ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia de Celanova, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 3/03/2017, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Don José María Fernández Vergara, en nombre y representación de Doña Sabina contra Doña Socorro y Doña Debora , en consecuencia, debo absolver y absuelvo a las demandadas de las pretensiones contra ella formuladas, con condena en costas a la parte actora. "

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de D.ª Sabina recurso de apelación en ambos efectos y, seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

**Tercero.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en tanto no contradiga lo expuesto a continuación.

**PRIMERO.-** Doña Sabina , nacida el NUM000 de 1956 y Don Pedro Enrique , nacido el NUM001 de 1934, contrajeron matrimonio el 23 de mayo de 2014. El segundo falleció el 3 de noviembre de 2015, previo testamento otorgado ante el notario de Celanova el 10 de junio de 2015 cuya cláusula primera dice "es su deseo no dejar nada a su esposa, de la cual se halla separado de hecho y en trámites de divorcio". En la cláusula segunda lega a su sobrina Doña Debora , sustituida vulgarmente por su estirpe, los bienes que relaciona. En la cláusula tercera instituye heredera a su sobrina Doña Socorro con sustitución vulgar de su esposo Don Basilio o en su defecto sustituida por su estirpe supeditando la institución al cuidado del testador en la forma que precisa.

En la demanda rectora, Doña Sabina solicita que se declare la nulidad de la transcrita cláusula primera, su condición de heredera legitimaria con derecho al usufructo de la mitad del capital o el que legalmente proceda y su derecho a intervenir como tal legitimaria en la partición del haber hereditario. Dirige la demanda contra las dos sobrinas del testador antes mencionadas, alegando que al tiempo del testamento no se hallaba separada de hecho de su esposo por lo que considera de aplicación los artículos 238 y concordantes de la Ley de Derecho Civil de Galicia relativos a las legítimas.

La sentencia del juzgado desestima la demanda. Interpone recurso la parte actora con la finalidad de que se proceda al dictado de nueva resolución por la que, con revocación de la apelada, se estime la demanda en su integridad con imposición de costas a la demandada. Alega indebida aplicación de normas sustantivas, errónea valoración probatoria e improcedencia de la condena en costas.

Con carácter previo al análisis de las concretas cuestiones planteadas en el recurso, se hace preciso aludir, para desestimarla, a la inadmisibilidad del recurso invocada en el escrito de oposición, al amparo del artículo 458 LEC, "in fine", sobre la base de la presentación extemporánea del depósito exigido para recurrir.

El retraso en la constitución del depósito obedeció a causas ajenas a la voluntad de la recurrente que tuvieron su origen en la cancelación de la cuenta del juzgado por cambio en el Letrado de la Administración de Justicia, por lo que la admisión a trámite del recurso es ajustada al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ( artículo 24 CE) en su vertiente del derecho de acceso a los recursos, como certeramente señala el Decreto de 22 de mayo de 2017.

**SEGUNDO.-** La juzgadora "a quo" considera probada la separación de hecho entre los litigantes basándose en la corroboración de la manifestación del propio testador mediante la documental aportada, en efecto incompatible con una situación de normal convivencia y relación marital, esencialmente demanda de divorcio que presentó el fallecido y tuvo entrada en el juzgado el mismo día en que otorgó testamento; contrato de vitalicio a favor de Don Basilio plasmado en escritura pública otorgada en la misma fecha; denuncia presentada por el testador el 19 de junio de 2015 en la que relata que su esposa, de la que se encuentra en trámites de separación, se apropió de todas las llaves de la vivienda; y escritura fechada el 25 de junio de 2014 por la que Don Pedro Enrique , en previsión de su incapacitación judicial, designa tutores o, en su caso, curadores, con carácter solidario a su sobrina Doña Socorro y a su esposo.



Siendo tales pruebas lo suficientemente significativas, por su incompatibilidad con la relación de afectividad presumible en una unión y relación matrimonial, cabe añadir la existencia de un testamento anterior otorgado el 25 de junio de 2014, el mes siguiente a la celebración del matrimonio, en el que Don Pedro Enrique deshereda a su esposa por injurias graves.

En suma, la valoración probatoria de la sentencia apelada debe mantenerse, sin necesidad de acudir a la, impugnada por la recurrente, testifical de la parte demandada, que ya aquella resolución tilda de parcial e imprecisa.

La constatada separación de hecho hace de aplicación el artículo 238.2º de la Ley 2/2006 de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia contrario sensu, según el cual es legitimario el cónyuge viudo "no separado legalmente o de hecho". Al hallarse la actora separada de hecho no se da el supuesto previsto en la norma para considerarla legitimaria. Situación análoga prevé el artículo 230.1 de la misma Ley para el usufructo voluntario de viudedad al disponer que quedará sin efecto, entre otras causas, por separación de hecho de los cónyuges.

**TERCERO.-** La condena en costas impuesta en la sentencia apelada es conforme con el principio del vencimiento objetivo acogido como norma general en el artículo 394 LEC. El recurso no proporciona razones que pudieran llevar a apartarse de aquella norma. El testamento era conocido por la actora al interponerse la demanda y la demanda de divorcio y demás documentos favorables a la tesis demandada no hacen sino constatar la separación de hecho de la que, obviamente, era conocedora la recurrente, además de que a la vista de tales documentos bien pudo ésta desistir de la continuación del juicio, minorando los gastos del proceso.

Por todo lo razonado, el recurso no puede ser atendido. Procede, en consecuencia, la imposición a la parte apelante de las costas de la alzada ( artículo 398 LE) y la pérdida del depósito constituido para apelar ( disposición adicional 15ª LOPJ).

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

#### **FALLO:**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª Sabina contra la sentencia, de fecha 3/3/2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Celanova en el Juicio Ordinario 261/2016, Rollo de Apelación **289/2017**, resolución que se mantiene en sus propios términos imponiendo a la parte apelante las costas de la alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para apelar.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, en su caso, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su notificación ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.