



Roj: **SAP GC 1647/2019 - ECLI: ES:APGC:2019:1647**

Id Cendoj: **35016370052019100382**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **5**

Fecha: **27/09/2019**

Nº de Recurso: **921/2017**

Nº de Resolución: **423/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARLOS AUGUSTO GARCIA VAN ISSCHOT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 5ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 15

Fax.: 928 42 97 75

Email: s05audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000921/2017

NIG: 3501942120160002438

Resolución: Sentencia 000423/2019

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000352/2016-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de San Bartolomé de Tirajana

Testigo: Ana María

Apelado: Alicia ; Abogado: Tinguaro Gonzalez Hernandez; Procurador: Jose Javier Fernandez Manrique De Lara

Apelante: Paulino ; Procurador: Pilar Quesada Rodriguez

Apelante: Antonia ; Procurador: Pilar Quesada Rodriguez

Apelante: Francesco Paratore SI; Procurador: Pilar Quesada Rodriguez

Apelante: Abilio ; Procurador: Pilar Quesada Rodriguez

Apelante: Alberto ; Procurador: Pilar Quesada Rodriguez

Apelante: Alonso ; Procurador: Pilar Quesada Rodriguez

SENTENCIA

Ilustrísimos Sres. Magistrados

D. Víctor Caba Villarejo (Presidente)

D. Carlos García van Isschot

D. Miguel Palomino Cerro



En Las Palmas de Gran Canaria, a 27 de septiembre de 2019.

Vistos en grado de apelación por esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta Capital, los autos de juicio ordinario nº 352/2016-00, del que dimana este Rollo de Apelación nº 921/2017, seguidos aquellos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Bartolomé de Tirajana, entre partes, como demandante don Paulino , doña Antonia , don Abilio ,don Alberto , la entidad "FRANCESCO PARATORE SL" y don Alonso , comparecidos, como parte apelante, en esta alzada, representados por el Procurador de los Tribunales doña María del Pilar Quesada Rodríguez, y dirigidos por la letrada doña INMACULADA RAMÍREZ GARCÍA, y, como demandada, doña Alicia comparecida, en esta alzada, como parte apelada, representada por el Procurador de los Tribunales don José Javier Fernández Manrique de Lara, y dirigida por el letrado don Tinguaro González Hernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La titular del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Bartolomé de Tirajana, Ilustre señora Juez doña María del Carmen de León Jiménez, dictó la sentencia con número 292/2017, de 5 de octubre, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente << Que desestimo la demanda interpuesta por Paulino , Antonia , Abilio , Alberto , la entidad FRANCESCO PARATORE SL, y Alonso , representados por la Procuradora Pilar Quesada Rodríguez, contra Alicia , representada por el Procurador José Juan Fernández Manrique de Lara, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra. Con expresa condena en costas a la parte actora. Esta resolución no es firme, contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia provincial en el plazo de veinte días desde su notificacióngt;>.

SEGUNDO: Contra la dicha resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Antonia , don Paulino , don Alonso , "FRANCESCO PARATORE S.L.", y don Alberto , que fue admitido,y, tras los traslados correspondientes, se opuso al recurso la representación de Alicia , y, tras el emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Sección, compareciendo dichos litigantes, en tiempo y forma, siguiéndose el recurso por sus trámites, y, señalose día y hora para su estudio votación y fallo.

TERCERO:En la tramitación del presente recursore han observado las prescripciones legales, salvo la del término para dictar sentencia por el cúmulo de asuntos y, siendo ponente el Ilmo. Sr. don CARLOS AUGUSTO GARCÍA van ISSCHOT.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante excluye del petitum y del objeto de su recurso de apelación la pretensión, a la que asignó la letra c) del suplico del escrito de demanda, en la que interesaba <<se declare la condición de única titular de doña Antonia de las participaciones, 30.051 participaciones, (número NUM000 a NUM001 , ambas inclusive) pertenecientes a la sociedad "Francisco PARATORE, SL"gt;>, y que fuera abordada y desestimada en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia

SEGUNDO.-Como elemento de naturaleza fáctica la parte actora discrepa de la consideración de la sentencia de primera instancia de que la ley personal de los cónyuges era la de la República Italiana, pues afirmase, por la apelante, que era la correspondiente a su residencia habitual común que se encontraba en el Reino de España.

La juzgadora, al efecto, tuvo en cuenta que el causante mismo hizo constar en la escritura de donación, dos meses antes de su fallecimiento, que el matrimonio que el 22/12/2008 había contraído con la demandada doña Antonia - ciudadana de la República Bolivariana de Venezuela- se regía por el régimen matrimonial legal italiano.

El artículo 9.2 del Código civil establece que << Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimoniogt;>.

Los datos que obran en las actuaciones son los de que el fallecido don Ricardo ostentó, hasta su muerte el 17 de julio de 2010, la **nacionalidad** italiana, y su viuda era y sigue disfrutando de la **nacionalidad** venezolana; así resulta del certificado de matrimonio.

No ha resultado controvertido que el matrimonio fue celebrado en España (22/12/2008) y su residencia habitual inmediatamente posterior al casamiento siguió estando en España y así figura en la citada escritura de donación de 25/01/2010.



La declaración unilateral de uno de los consortes de que se encuentra casado con el otro según el régimen legal italiano, no está prevista en aquel precepto como uno de los criterios sucesivos par determinar la legislación aplicable a los efectos del matrimonio contraído entre dos nacionales de Estados diferentes.

En definitiva ha de convenirse con el recurrente en que los efectos de este matrimonio mixto ítalo-venezolano según la norma de conflicto del Código civil, aplicada al caso que se vuelve a examinar, se regulan por la legislación española.

TERCERO.- Ahora bien lo decisivo es que se impugna la declaración de herederos abintestato del finado genovés, que murió sin hacer testamento, y el artículo 9.8 del Código civil dispone que « 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. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes»;>.

Es decir lo predominante es la regla general de la **nacionalidad** del causante al tiempo del óbito y el inciso final del precepto no lo contradice, sino que añade una salvaguarda respecto de los derechos de los legitimarios.

No cabe duda, pues, que aquí la que ley que rige la sucesión del finado es la de la República Italiana, cuyo Consulado Honorario en Las Palmas de Gran Canaria ha certificado y transcrito las normas Código Civil y de Ley nº 218 de 31 de mayo de 1995, de reforma del Sistema Italiano de Derecho Internacional Privado, traducidos a la lengua española, determinan - de manera no controvertida- que al amparo de los artículos 456, 457, 536, 537, 542, y 581 (también recogidos por la Notaria de Maspalomas doña Blanca Fátima Varela Barja en la escritura de declaración de herederos abintestato nº 110, de veinticinco de enero de 2011) que cuando el causante fallece sin haber otorgado disposiciones testamentarias y el cónyuge concurre con un solo hijo, el cónyuge tendrá derecho a la mitad de la herencia (artículos 565 y 581 del Código Civil italiano), razón por la que la fedataria pública española declaró herederos abintestato de don Ricardo a su hijo don Paulino y a su viuda doña Alicia , por partes iguales.

A lo anterior no obsta - como propugnan los demandantes/apelantes- que la ley española regule los derechos legitimarios del cónyuge supérstite en la sucesión del marido, de otra forma, al establecer el artículo 834 que « El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejorag;»> pues lo que prevalece es la regla general, o principio de unidad de la sucesión, cuyo orden sucesorio lo determina, no se olvide, la ley personal del causante, que no debe ser afectada, y en nada empece a los derechos del cónyuge supérstite que determina esa misma ley rectora de la sucesión del ciudadano italiano para caso de fallecer intestado.

En consecuencia conforme a la legislación transalpina claramente corresponde al hijo (don Paulino) del fallecido, sin testar, la mitad de los bienes que conforman el caudal hereditario del extinto don Ricardo , al concurrir a la sucesión legítima con doña Alicia quien, en calidad de cónyuge supérstite, le corresponde la otra mitad de la herencia, y ello sin perjuicio de los derechos legitimarios que conforme al inciso final del citado artículo 9.8 del Código civil español a la viuda corresponde, y así lo han establecido las sentencias de la Sala de Lo Civil del Tribunal Supremo de España con número 161/2016, de 16/03/2016 Roj: STS1160/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1160 y la 624/2013, de 28/04/2014 (Roj: STS2126/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2126), según la cuales «no cabe una interpretación de lo que deba entenderse por " efectos del matrimonio" que, en definitiva, modifique o restrinja el ámbito de aplicación de la regla especial reconocida y querida como tal, no sólo porque la propia norma no albergue distinción alguna a estos efectos entre las relaciones personales del vínculo matrimonial, ya generales o morales como los deberes de fidelidad o convivencia, o bien ligadas a un estatuto primario tales como el año de luto, aventajas, ajuar doméstico, etc., y las relaciones patrimoniales, propiamente dichas, sino por la consideración de los "efectos del matrimonio" como término o calificación jurídica que conceptualmente comporta un conjunto de derechos y deberes de contenido y proyección económica de innegable transcendencia, también en el ámbito sucesorio de los cónyuges».

La tesis contraria propugnada por los demandantes/apelantes (al cónyuge supérstite, heredero ab intestato, le correspondía exclusivamente el usufructo del tercio de mejora) iba precisamente dirigida a perjudicar los derechos de sucesión legítima de la viuda que, por faltar la disposición testamentaria, le reconocía la ley nacional italiana del causante, invocando para ello torcidamente un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite y la ley aplicable a la disolución



del correspondiente régimen económico matrimonial, en palabras de la segunda de las referidas sentencias del Tribunal Supremo de España.

ÚLTIMO.- Al desestimarse el recurso de apelación formulado por Paulino , Antonia , Abilio , Alberto , la entidad "FRANCESCO PARATORE, SL" y Alonso , procede imponer a la parte apelante las costas causadas en esta alzada por su sustanciación de acuerdo con lo previsto en el art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declarando la pérdida del depósito constituido de acuerdo con la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

FALLO:

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Paulino , doña Antonia , don Abilio , don Alberto , la entidad "FRANCESCO PARATORE SL" y don Alonso , contra la sentencia con número 292/2017, de cinco de octubre, dictada por Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Bartolomé de Tirajana, en los autos de Juicio Ordinario nº 352/2016-00, la confirmamos, imponiendo al recurrente las costas derivadas de la tramitación de su recurso, y la pérdida del depósito que hubiere constituido para recurrir.

Llévese certificación de la presente Sentencia al rollo de esta Sala y a los autos de su razón y notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra la misma podrá interponerse recurso de casación exclusivamente por interés casacional (art. 4772.3º LEC), al haberse seguido el procedimiento por cuantía inferior a 600.000,00 € y, en su caso, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal (por los motivos dispuestos en el art. 469 LEC). Deberá interponerse ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de esta sentencia, y cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo, debiéndose cumplir los requisitos previstos en el Capítulo IV -en relación con la Disposición Final decimosexta- y en el Capítulo V del Título IV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al tiempo de interponerse será precisa, bajo perjuicio de no darse trámite, la constitución de un depósito de cincuenta euros, por cada uno de los recursos interpuestos, debiéndose consignar en la oportuna entidad de crédito y en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» abierta a nombre de este Tribunal, lo que deberá ser acreditado.

Firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. arriba referenciados.