



Roj: **SAP M 16761/2012 - ECLI: ES:APM:2012:16761**

Id Cendoj: **28079370102012100519**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **16/10/2012**

Nº de Recurso: **89/2012**

Nº de Resolución: **578/2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL FERNANDEZ DEL PRADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 16761/2012,**
STS 1929/2015

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 10

MADRID

SENTENCIA: 00578/2012

1280A

C/ FERRAZ 41

Tfno.: 914933847-48-918-16 Fax: 914933916

N.I.G. 28000 1 0001283 /2012

Rollo: RECURSO DE APELACION 89 /2012

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1095 /2008

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 18 de MADRID

De: Violeta , Debora , Esther , Maite , Sara , Oscar , Alfredo

Procurador: JUAN LUIS CARDENAS PORRAS, ANA M^a MARTÍN ESPINOSA, ANA M^a MARTÍN ESPINOSA, ANA M^a MARTÍN ESPINOSA, ANA M^a MARTÍN ESPINOSA , ANA M^a MARTÍN ESPINOSA, ANA M^a MARTÍN ESPINOSA

Contra: Camino , Filomena , Milagrosa

P rocurador: M^a. CONCEPCIÓN DELGAO AZQUETA, ROBERTO SASTRE MOYANO, ROBERTO SASTRE MOYANO,

Ponente : ILMA. SRA D^a. M^a ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D. ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS

D^a M^a ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

En MADRID, dieciséis de octubre de dos mil doce.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos nº 1095/00, procedentes del Juzgado de 1^a Instancia nº



18 de MADRID, seguidos entre partes, de una, como apelante-demandante-apelada-reconvenida D^a. Violeta , representada por el Procurador D. Juan Luis Cárdenas Porras y defendida por Letrado, de otra como apelantes-demandados-reconvinientes-apelados D^a. Debora , D^a. Esther , D^a. Maite , D^a. Sara , D. Oscar y D. Alfredo , representados por la Procuradora D^a. Ana M^a. Martín espinosa y defendidos por Letrado y de otra como apelados-demandados , D^a. Camino , representado por el Procurador D^a. M^a. Concepción Delgado Azqueta y defendido por Letrado, y D^a. Filomena y D^a. Milagrosa , representados por el Procurador D. Roberto Sastre Moyano y defendidos por Letrado, seguidos por el trámite de juicio Ordinario.

VISTO , siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Madrid, en fecha 21 de julio de 2011, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO : " "

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada. Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 13 de junio de 2012, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 2 de octubre de 2012.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En fecha 15 de enero de 2003 falleció Doña Modesta , habiendo otorgado su último testamento en fecha 20 de diciembre de 2001, en el cual indica que se encuentra acogida a la foralidad navarra, establece una serie de legados e instituye herederos por séptimas partes iguales a Doña Debora , Doña Esther , Doña Maite , Doña Sara , D. Alfredo . D. Oscar y Doña Violeta .

Doña Modesta había contraído matrimonio con D. Romeo , en fecha 24 de junio de 1952, el cual había optado por la vecindad civil navarra en el año 1.989. Si bien, Doña Modesta estuvo inscrita en el padrón del Ayuntamiento de Tudela desde el año 1955 hasta el 21 de mayo de 1974, dándose de alta en el padrón del Ayuntamiento de Monteagudo en fecha 23 de mayo de 1974 y causando baja el 1 de junio de 1983, posteriormente tuvo altas y bajas en el último padrón citado. La causante, a partir del año 1983 estuvo residiendo en Monteagudo (Navarra), si bien pasaba largas temporadas en Madrid.

Doña Modesta había adoptado a la actora, Doña Violeta , en fecha 1 de marzo de 1994.

Tras el fallecimiento de Doña Modesta , se llevó a cabo la protocolización de las operaciones particionales en fecha 8 de julio de 2003, valorándose la masa hereditaria en la cantidad de 8.787.131,37 ?; inmediatamente después, Doña Violeta formula requerimiento al resto de los herederos, comunicándoles que no está de acuerdo en la forma de proceder en las operaciones particionales, poniendo de manifiesto su oposición y reservándose las acciones correspondientes, entre ellas la acción de suplemento de la legítima y la de impugnación del testamento. El día 26 de junio de 2008, Doña Violeta interpone la demanda iniciadora del presente procedimiento, formulando reconvenición Doña Debora , Doña Esther , Doña Maite , Doña Sara , Don Oscar y D. Alfredo ; habiendo sido dictada sentencia el 21 de julio de 2011 , que fue recurrida en apelación, siendo objeto de la presente resolución.

SEGUNDO.- En principio vamos a abordar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Ana María Martín Espinosa, en representación de Doña Debora , Doña Maite , Doña Esther , Doña Sara , D. Oscar y D. Alfredo .

En dicho recurso de apelación se plantea, como primer motivo, lo relativo a la vecindad civil de la causante en el momento de su fallecimiento. Para resolver dicha cuestión hemos de acudir a la pluralidad de elementos probatorios obrantes en autos, que ponen de manifiesto que Doña Modesta había residido en Tudela (Navarra) ininterrumpidamente desde el año 1955 hasta el 21 de mayo de 1974, donde estuvo inscrita en el padrón, con posterioridad se da de alta en el padrón de Monteagudo (Navarra), donde causa baja el 1 de junio de 1983, como deriva de las respectivas certificaciones expedidas por los Secretarios de los Ayuntamientos de Tudela y Monteagudo (documento nº 23 aportado con la con la contestación y demanda reconvenicional). En definitiva,



la Sra. Modesta estuvo empadronada y, por tanto, residiendo en Navarra de forma ininterrumpida desde 1955 hasta 1983, es decir durante más de 10 años, tiempo de residencia continuada que exige el artículo 14.5.2º C.Civil para adquirir la vecindad civil sin declaración en contrario.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que en el año 1989, D. Romeo, esposo de Doña Modesta, optó por la vecindad civil navarra (documento nº 41 de la contestación y reconvención); en ese momento, el Código Civil establecía, en su artículo 14, que "la mujer casada seguirá la condición del marido". Con posterioridad, la Ley 11/1990 de 15 de octubre sobre reforma del C.Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, en su disposición transitoria, determina que "La mujer casada que hubiera perdido su vecindad civil por seguir la condición del marido, podrá recuperarla declarándolo así ante el Registro Civil en el plazo de un año a partir de la publicación de esta Ley".

Ante las circunstancias concurrentes en el supuesto que nos ocupa, teniendo en cuenta los preceptos del Código Civil y el cambio legislativo citado, esta Sala considera que Doña Modesta adquirió la vecindad civil navarra por residencia durante 10 años en Navarra, sin declaración en contrario (desde el año 1955 hasta el año 1983); en el año 1989 su esposo adquiere la vecindad civil navarra, hecho intrascendente en la condición de su esposa, al no influir en la misma, puesto que ella ya tenía dicha vecindad civil; además tras la opción del esposo por ser navarro, la Sra. Modesta no realizó manifestación alguna en contra de su vecindad civil navarra por matrimonio en el plazo de un año, tras la entrada en vigor de la Ley 11/1990 de 15 de octubre. Además, no podemos obviar que el artículo 14.4 del C.Civil, a partir de la modificación operada por la Ley 11/1990, dispuso que "El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro".

En consecuencia, los datos valorados anteriormente evidencian que la vecindad civil de Doña Modesta era la navarra, lo cual resulta corroborado por la declaración que ella misma realiza ante notario en fecha 17 de octubre de 2001, donde textualmente "manifiesta su deseo de conservar la vecindad civil foral navarra, que viene ostentando hasta la fecha, cualquiera que sea el tiempo de su residencia fuera de Navarra, incluso aún cuando dicha residencia fuera de Navarra pudiera venir dada por motivos de salud o de cualquier otra índole" (documento nº 124 de la contestación y reconvención), voluntad que expresó reiteradamente en los doce testamentos que otorgó a lo largo de su vida, de fechas 7 de julio de 1972, 11 de julio de 1973, 27 de julio de 1977, 8 de marzo de 1985, 15 de enero de 1993, 4 de enero de 1996, 25 de septiembre de 1996, 9 de abril de 1997, 19 de febrero de 2001, 2 de octubre de 2001, 17 de octubre de 2001 y 20 de diciembre de 2001; habiendo indicado en los dos primeros que se sujeta al régimen civil navarro y en los restantes que está acogida a la foralidad navarra (documentos nº 126 y ss. de la contestación y reconvención).

Otro medio probatorio de especial relevancia con respecto a la vecindad civil de la causante es la certificación del Ministerio del Interior en relación con su DNI (aportado con la contestación como documento nº 101), que indica la expedición de dicho documento en fecha 16 de marzo de 1956 en Pamplona, habiendo sido renovado el 28 de diciembre de 1984 en Tudela y posteriormente el 13 de octubre de 1999 en Pozuelo de Alarcón, constando su domicilio en Monteagudo (Navarra).

La extensa actividad probatoria desplegada por los litigantes pone de manifiesto que Doña Modesta, a partir del 1 de junio de 1983 estuvo residiendo durante algunas temporadas en Monteagudo, estando durante largos periodos en Madrid, dándose de alta finalmente en el padrón de Monteagudo el 10 de mayo de 1999, donde causó baja por fallecimiento (15 de enero de 2003); tanto en un sitio como en otro tenía casa, donde mantenía a personas de servicio de forma permanente, por tanto en ambas se llevaban a cabo consumos importantes de gas, agua, energía eléctrica, teléfono y otros suministros (documentos números 33, 34, 35, 39 aportados con la demanda y 54 y siguientes aportados con la contestación); asimismo tenía varios vehículos, algunos matriculados en Navarra y otros en Madrid, también era titular de diversas cuentas corrientes, unas abiertas en sucursales de Navarra y otras en oficinas ubicadas en Madrid.

En el documento nº 7 de la demanda, el Párroco de La Asunción de Nuestra Sra. de Aravaca certificó que Doña Modesta era feligresa de la parroquia, a quien conocía desde hacía 30 años, con domicilio en la CALLE000, prueba que viene a corroborar que la Sra. Modesta pasaba largas temporadas en Madrid y que durante su estancia en esta ciudad acudía a la parroquia. El hecho de que el domicilio de sociedades de las que la causante era administradora única, como "Rincara, S.L.", "Rincara, S.A.", "Zatra, S.A.", tuvieran su domicilio social en Madrid y concretamente en la CALLE000, donde vivía la Sra. Modesta cuando estaba en Madrid, no constituye un medio de prueba suficiente para atribuir a la causante la vecindad civil común, puesto que el domicilio de la administradora y de la sociedad pueden no ser coincidentes.

La parte actora aporta con la demanda el historial médico de la testadora (documentos 14 y siguientes), los cuales muestran que, desde el año 1986 hasta su fallecimiento, acudió a la clínica "Ruber" en Madrid, para someterse a diversas pruebas y recibir asistencia médica, indicándose en toda la documentación derivada



de dichas pruebas que su domicilio se hallaba en Madrid, CALLE000 nº NUM000 . Dicha documentación revela, sin más, que era atendida médicamente en la referida clínica, tal vez porque allí trabajaba como médico el marido de su sobrina, pudiendo ser tratada con mayores avances técnicos y sanitarios que en un centro de Monteagudo (Navarra), máxime cuando disponía de casa en Madrid, no teniendo que desplazarse para someterse a pruebas o recibir tratamiento médico.

En consecuencia, de la abundante prueba obrante en autos, concluimos que Doña Modesta tenía la vecindad civil navarra en el momento de su fallecimiento, por tanto se encontraba sujeta a Compilación foral navarra; procediendo la estimación el primer motivo de apelación que hemos analizado en este fundamento de derecho. Estimación que conlleva la validez de la partición hereditaria y del testamento, puesto que el testador con vecindad civil navarra tiene plena libertad para disponer, sin estar sujeto a la legítima, dado que el artículo 267 de la Compilación foral navarra dispone que "La legítima navarra consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco *sueudos febles o carlines* por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero"

TERCERO.- El segundo motivo de apelación planteado por la parte demandada y actora reconvenicional gira en torno a la cláusula prohibitiva de intervención judicial.

Sin duda, el último testamento otorgado por la causante, de fecha 20 de diciembre de 2001 (documento 113 de la demanda y 33 de la contestación) contiene una cláusula prohibitiva, concretamente la cláusula 11ª, que se expresa en los siguientes términos: "Prohíbe toda intervención judicial en su herencia y expresamente dispone que aquel que impugnase lo establecido en este testamento, por cualquier motivo, quedará privado de cualquier derecho sobre la herencia de la testadora". Sobre esta cuestión el artículo 675 C.Civil , en su párrafo segundo, establece que "El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por ley", precepto que nos conduce a acoger el pronunciamiento efectuado por la sentencia de instancia sobre este extremo, considerando que en el suplico de la demanda iniciadora del presente procedimiento se interesa el complemento de la legítima, institución que no puede ser perjudicada por imperativo legal, de acuerdo con lo establecido en los artículos 815 y siguientes del C.Civil ; todo ello sin perjuicio de lo que pudiera resolverse sobre la petición formulada, tras decidir la aplicación de la Compilación foral navarra o del Código Civil.

Por todo ello, decae el segundo motivo de apelación, objeto del recurso formulado por la actora reconvenicional, con la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia en lo que se refiere al suplico de la demanda reconvenicional.

CUARTO.- A continuación analizaremos los motivos del recurso de apelación formulado por el Procurador D. Juan Luis Cárdenas Porras, en representación de Doña Violeta .

Con respecto a la acción ejercitada, insiste la recurrente que la demanda no tiene como finalidad la rescisión de la partición sino, tan sólo el complemento de la legítima. Para centrar los términos de esta cuestión, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la escritura de protocolización de las operaciones particionales de fecha 8 de julio de 2003 (documento nº 114 de la demanda) el total de la masa hereditaria es de 8.787.131,37 €, habiéndole sido adjudicado a Doña Violeta 601.448,45 € por legado y 742.403,02 € por herencia, que suman un total de 1.343.851,47 €; en el supuesto de que se acogiese lo interesado en el petitum de la demanda, el importe de la legítima que le correspondería a la actora ascendería a 5.858.087,58 €; por tanto, existe una diferencia sustancial, concretamente de 4.514.236,11 €, entre lo que percibiría la actora si se aquieta a las operaciones particionales llevadas a cabo y lo que le correspondería si fuera estimada su demanda. Dichos cálculos es lo que motiva que la sentencia de instancia entienda que "lo que realmente se plantea es una revisión de la partición efectuada por el testador", añadiendo que "Es tal el agravio patrimonial que se denuncia que haría precisa una nueva partición" para concluir que "lo pretendido es una acción de rescisión de la partición".

La parte actora puntualiza que no ejercita la acción porque concurra vicio alguno en la partición sino en el testamento, lo cual conlleva que no solicita la rescisión de la partición sino el complemento de legítima; no obstante, cabe precisar que muestra su disconformidad con las valoraciones llevadas a cabo en la escritura de las operaciones particionales, por ello solicitó la práctica de la prueba pericial, interesando la valoración de los bienes de la causante en el momento del fallecimiento, lo cual constituye un elemento importante a tener en cuenta para perfilar el tipo de acción que se ejercita en la demanda, que atendiendo a las cifras indicadas con anterioridad nos hacen acoger el mismo pronunciamiento de la sentencia de instancia, encontrando su fundamentación jurídica en el artículo 1075 C.Civil , según el cual "La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador" y en el artículo 1.076,



que establece que "La acción rescisoria por causa de lesión dudará cuatro años, contados desde que se hizo la partición".

Por tanto, si tenemos en cuenta que en fecha 8 de julio de 2003 se llevó a cabo la partición de la herencia, habiendo realizado el requerimiento a todos los herederos el mismo día, siendo aceptada la herencia por la actora el día 9 del mismo mes y habiéndose interpuesto la demanda en fecha 26 de junio de 2008; observamos que han transcurrido los cuatro años a que se refiere el precepto anteriormente citado, habiendo caducado la acción ejercitada en la demanda.

A la vista de las anteriores consideraciones, procede desestimar el referido motivo del recurso de apelación.

QUINTO.- En lo referente al valor de la masa hereditaria, como indicamos en el fundamento de derecho precedente, asciende a la cantidad de 8.7873.131,37 €, como deriva de la protocolización de las operaciones particionales, que sin duda se realizó teniendo en cuenta el valor de los bienes de la causante en el momento de su fallecimiento, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 818 C.Civil, según el cual "Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador"; aún cuando Doña Violeta muestre su desacuerdo con dicha valoración, habiendo sido practicada a su instancia una prueba pericial para valorar las empresas que forman parte de la masa hereditaria (obrante al folio 2.379 de los autos) por la perito Doña Genoveva, que después de un análisis complejo y poco comprensible para quienes carecen de los conocimientos técnicos sobre la materia, deja sin especificar el "valor técnico ajustado" de las entidades "Alumbrado Eléctrico de Ceuta, S.A." y de "Patentes Talgo, S.A."; también fue practicada una pericial sobre la valoración de los inmuebles por el arquitecto técnico D. Jon, precisando el informe que el importe de los bienes ascendía a 1.803.306,05 €, en el momento del fallecimiento de la causante.

Los citados dictámenes periciales han de ser valorados según las reglas de la sana crítica, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 348 L.E.Civ. y recogido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en sentencia de 30 de julio de 2.008 se pronuncia en los siguientes términos: "esta Sala tiene declarado que la prueba pericial debe ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial, y sin que se permita la impugnación casacional a menos que la misma sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica", como ya se indicó por el Alto Tribunal en sentencias de 13 de febrero de 1.990, 29 de enero de 1.991, 11 de octubre de 1.994, 1 de marzo y 23 de abril de 2.004, 28 de octubre de 2.005, 22 de marzo, 25 de mayo, 15 de junio, 20 de julio y 17 de noviembre de 2.006, 12 de abril, 20 de junio y 29 de noviembre de 2.007 y 29 de mayo de 2.008. En base a ello y aplicando las reglas de la sana crítica a los informes periciales obrantes en autos, debido a la inconcreción del primero de ellos con respecto a determinados bienes, consideramos que resulta más adecuado ceñirnos a la valoración de la masa hereditaria que fue tenida en cuenta en las operaciones particionales. Manteniendo lo resuelto por la sentencia de instancia sobre este particular.

SEXTO.- En virtud de lo preceptuado en los artículos 394 y 398 L.E.Civ., se condena a la actora a las costas procesales causadas en primera instancia por su demanda y a la actora reconvenzional a las costas originadas en dicha instancia a consecuencia de la reconvección; condenando a Doña Violeta a las costas procesales causadas en esta instancia por su recurso de apelación, sin efectuar pronunciamiento con respecto a las costas causadas derivadas del recurso de apelación formulado por la Procuradora Doña Ana María Martín Espinosa, en representación de Doña Debora y otros.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLO:

La Sala, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Ana María Martín Espinosa, en representación de Doña Debora, Doña Maite, Doña Esther, Doña Sara, D. Oscar y D. Alfredo, y desestimando el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Juan Luis Cárdenas Porras, en representación de Doña Violeta, contra la sentencia dictada en fecha 21 de julio de 2011 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de Madrid, en autos de juicio ordinario nº 1095/2008, acuerda confirmar dicha sentencia, salvo en los fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto, los cuales quedan suprimidos, siendo sustituidos por el fundamento de derecho segundo de la presente resolución.

Con expresa imposición a Doña Violeta de las costas procesales causadas en esta instancia por su recurso de apelación, sin efectuar pronunciamiento con respecto a las costas causadas derivadas del recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Ana María Martín Espinosa, en representación de Doña Debora y otros.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala Nº 89/12, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ