



Roj: **STS 2864/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2864**

Id Cendoj: **28079110012016100388**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2016**

Nº de Recurso: **1339/2014**

Nº de Resolución: **412/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 18/2014,**  
**STS 2864/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 20 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 172/2012 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1836/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 34 de Barcelona, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Francisco Javier Manjarín Albert en nombre y representación de doña Rosario, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don José Luis Pinto Marabotto en calidad de recurrente y la procuradora doña Carmen Ortiz Cornago en nombre y representación de don Rubén y don Juan Francisco en calidad de recurridos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La procuradora doña Araceli García Gómez, en nombre y representación de don Rubén y don Juan Francisco interpuso demanda de juicio ordinario, contra doña Rosario, asistidos de la letrada doña María Luisa Agell Tuser y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«[...] estimando la demanda, se declare: 1.- Que la causante doña Lorenza, no ostentaba la vecindad civil foral navarra en el momento de otorgación de sus sucesivos testamentos, ni al tiempo de su fallecimiento en año 2002.

»2.- Que la causante Dña. Lorenza adquirió la vecindad civil catalana en Enero de 1971, tras diez años de residir de forma continuada en Barcelona.

»3.- Que se declare la nulidad e ineficacia del testamento de hermandad otorgado por Dña. Lorenza, en fecha 5 de Noviembre de 2001, ante el Notario de Marbella don Manuel Tejuca Pendas, bajo n.º 4344 de su protocolo, por el que se abrió la sucesión, así como todos los anteriores relacionados en el Hecho Quinto de esta demanda, quedando sin valor y efecto alguno las disposiciones testamentarias contenidas en los mismos.

»4.- Que, como consecuencia de lo anterior, resulta nula la institución de heredero a favor de su esposo D. Luciano, realizada en todo los testamentos de hermandad otorgados por la Sra. Lorenza.

»5.- Que, como consecuencia de lo anterior, se declare la apertura de la sucesión intestada de doña Lorenza.

»6. Que se declare que el caudal relicto de Dña. Lorenza lo forman los bienes que se relacionan en el Hecho Sexto de esta demanda, y que resultan ser:



- »A) Departamento número NUM000 : situado en La planta NUM001 de viviendas de la casa números NUM002 / NUM003 de La AVENIDA000 de esta Ciudad.
- »B) Saldos existentes en dicho momento, así como resto haberes relacionados que ascienden a un total 166.798,54 ?.
- »7.- Que asimismo se declare la nulidad e ineficacia de las siguientes escrituras posteriores:
- »A) Parcialmente la escritura de Inventario, disolución de la sociedad conyugal de conquistas, aceptación y adjudicación de herencia de Dña. Lorenza , autorizada Notario de Barcelona D. Francisco Armas Omedes, 9/4/2003, bajo nº 1.223 de su protocolo (acompañada como documento de n.º 16). por lo que se refiere a la aceptación y adjudicación de bienes por parte del esposo.
- »B) Parcialmente la escritura de Aceptación de herencia de D. Luciano , mediante escritura de 27/3/2008, autorizada por el Notario con residencia en Barcelona D. Francisco Armas Omedes, n.º 913 de su protocolo, donde se realiza inventario, aceptación y adjudicación de herencia por parte de la heredera testamentaria Rosario , respecto a la masa hereditaria determinada de la que deben detraerse los bienes que no debieron pertenecer al finado por formar parte de la herencia de su esposa escritura acompañada como documento nº 17).
- »8.- Que es nula y ineficaz la inscripción causada en el Registro de la Propiedad n.º 10 de Barcelona, respecto a la titularidad de la finca n.º NUM004 , folio NUM005 , Tomo NUM006 , libro NUM007 .
- »9.- Que se declare abierta la sucesión intestada de Dña. Lorenza , para poder realizar la pertinente declaración de herederos.
- »10.- Que se condene a la demandada a otorgar las escrituras públicas necesarias, para verificar las oportunas cancelaciones e inscripciones en el Registro de la Propiedad, bajo apercibimiento de hacerlo el Juzgado en su nombre y representación y a sus expensas si no lo hiciere; comunicando la Sentencia firme que se dicte a los diferentes Notarios intervinientes, así como al Registro General de Actos de Ultimas Voluntad, para que se haga constar el vicio de nulidad que adolecen los referidos testamentos, referidos en el apartados 3 de este *petitum* y reseñados en los hechos Segundo y Quinto de esta demanda.
- »11.- Que se condene a la demandada a rectificar a sus expensas las liquidaciones tributarias presentadas en la sucesión de D. Luciano , a fin de modificar los sujetos pasivos tributarios y las cuotas a liquidar.
- »12.- Que se condene a la demandada a reintegrar a la herencia los bienes detallados en el Hecho Sexto de esta demanda, consistentes en finca sita en Barcelona, AVENIDA000 nº NUM002 - NUM003 , planta NUM001 .ª, así como importe de los valores allí relacionados, más los intereses correspondientes desde la fecha del fallecimiento de Dña. Lorenza .
- »13.- Y todo ello, con expresa imposición de costas de este juicio a la demandada».
- SEGUNDO** .- El procurador don Francisco Javier Manjarín Albert, asistido del letrado don Pedro de Alcántara-García en nombre y representación de doña Rosario , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:
- «se proceda a desestimar todos los pedimentos solicitados por la parte actora, absolviendo de los mismos a la parte demandada, con expresa imposición de las costas de la instancia a la referida demandada».
- TERCERO** .- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 34 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 2 de noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:
- «ESTIMO la DEMANDA interpuesta por Don. Rubén y Don. Juan Francisco , representados por la procuradora Araceli García Gómez, contra Doña. Rosario , representada por el procurador Francisco Javier Manjarín García y, en consecuencia:
- DECLARO:
- »1) que la causante, Lorenza , no ostentaba la vecindad civil foral navarra en el momento de otorgar el testamento de hermandad de fecha 5/11/2001 ni los anteriores testamentos de hermandad (1975, 1976, 1980 y 1999), ni al tiempo de su fallecimiento en el año 2002;
- »2) que la causante adquirió la vecindad civil catalana en enero de 1971;



- »3) que es nulo e ineficaz el testamento de hermandad otorgado por Lorenza en fecha 5 de noviembre de 2001, por el que se abrió la sucesión, así como todos los anteriores relacionados en el hecho quinto de la demanda, quedando sin valor y efecto alguno las disposiciones testamentarias contenidas en los mismos;
- »4) que, como consecuencia de lo anterior, resulta nula la institución de heredero a favor de su esposo, Luciano , realizada en todos los testamentos de hermandad otorgados por la sra. Lorenza ;
- »5) que, como consecuencia de lo anterior, procede declarar la apertura de la sucesión intestada de Lorenza ;
- »6) que el caudal relicto de Lorenza lo forman los bienes que se relacionan en el hecho sexto de la demanda y que resultan ser: a) departamento número NUM000 , situado en la planta NUM001 de viviendas de la casa números NUM002 / NUM003 de la AVENIDA000 de Barcelona, b) saldos existentes en dicho momento, así como resto de haberes relacionados que ascienden a un total de 166.798,54 ?;
- »7) que son nulas e ineficaces parcialmente la escritura de inventario, disolución de la sociedad conyugal de conquistas, aceptación y adjudicación de herencia de Lorenza (documento 16) por lo que se refiere a la aceptación y adjudicación de bienes por parte del esposo; parcialmente la escritura de aceptación de herencia de Luciano por parte de Rosario , respecto a la masa hereditaria determinada, de la que deben detraerse los bienes que no debieron pertenecer al finado, por formar parte de la herencia de su esposa (documento 17 de la demanda);
- »8) que es nula e ineficaz la inscripción causada en el Registro de la propiedad, número 10 de Barcelona, respecto a la titularidad de la finca núm. NUM004 , folio NUM005 , tomo NUM006 , libro NUM007 ; y CONDENO:

»1) a la demandada a otorgar las escrituras públicas necesarias para verificar las oportunas cancelaciones e inscripciones en el Registro de la propiedad, afectadas por los pronunciamientos anteriores, bajo apercibimiento de hacerlo el Juzgado en su nombre y representación y a sus expensas si no lo hiciere; comunicando la sentencia firme que se dicte a los diferentes notarios intervinientes, así como al Registro General de actos de últimas voluntades, para que se haga constar la nulidad que adolecen los distintos testamentos, referidos al apartado 3 del petitum y en los hechos segundo y quinto de la demanda;

»2) a rectificar a sus expensas las liquidaciones tributarias presentadas en la sucesión de Luciano a fin de modificar los sujetos pasivos tributarios y las cuotas a liquidar;

»3) a reintegrar a la herencia los bienes detallados en el hecho sexto de esta demanda, consistentes en finca sita en Barcelona, AVENIDA000 , NUM002 - NUM003 , planta NUM001 , así como el importe de los valores allí relacionados, más los intereses correspondientes desde la fecha del fallecimiento de Lorenza .

»Las costas procesales se imponen a la parte demandada».

**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Rosario , la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 7 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D.ª Rosario contra la sentencia dictada en el Juzgado de Primera Instancia número 34 de Barcelona de fecha 2 de noviembre de 2011 , SE REVOCA PARCIALMENTE LA MISMA, CONFIRMANDO los siguientes pronunciamientos:

»1) Que la causante, Da Lorenza , no ostentaba la vecindad civil foral navarra en el momento de otorgar el testamento de hermandad de fecha 5/11/2001 ni los anteriores testamentos de hermandad (1975, 1976, 1980 y 1999), ni al tiempo de su fallecimiento en el año 2002.

»2) Que la causante adquirió la vecindad civil catalana en enero de 1971.

»3) Que es nulo e ineficaz el testamento de hermandad otorgado por Lorenza en fecha 5 de noviembre de 2001, por el que se abrió la sucesión, así como todos los anteriores relacionados en el hecho quinto de la demanda, quedando sin valor y efecto alguno las disposiciones testamentarias contenidas en los mismos.

»4) Que, como consecuencia de lo anterior, resulta nula la institución de heredero a favor de su esposo, Luciano , realizada en todos los testamentos de hermandad otorgados por la sra. Lorenza .

»5) Que, como consecuencia de lo anterior, procede declarar la apertura de la sucesión intestada de Lorenza .

»Y se condena a la demandada:

»1) A otorgar las escrituras públicas necesarias para verificar las oportunas cancelaciones e inscripciones en el Registro de la propiedad, afectadas por los pronunciamientos anteriores, bajo apercibimiento de hacerlo el Juzgado en su nombre y representación y a sus expensas si no lo hiciere; comunicando la sentencia firme que



se dicte a los diferentes notarios intervinientes, así como al Registro General de actos de últimas voluntades, para que se haga constar la nulidad que adolecen los distintos testamentos, referidos al apartado 3 del *petitum* y en los hechos segundo y quinto de la demanda.

»2) A reintegrar a la herencia los bienes detallados en el hecho sexto de esta demanda, consistentes en finca sita en Barcelona, AVENIDA000 , NUM002 , planta NUM001 , así como el importe de los valores allí relacionados, más los intereses correspondientes desde la fecha del fallecimiento de Lorenza .

»Y REVOCANDO EL RESTO DE PRONUNCIAMIENTOS, tanto declarativos como de condena contenidos en el fallo de la resolución recurrida, sin imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias.

»Con devolución del depósito para recurrir».

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación la representación procesal de doña Rosario . Argumentó el recurso extraordinario por infracción procesal en un único motivo: infracción del artículo 469.1.2.º LEC . El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 477.2.3 .º y 3 párrafo 1.º LEC . Segundo.- Artículo 477.2.3 .º y 3 párrafo primero LEC . Tercero.- Artículo 477.2.3 .º y 3 párrafo primero LEC .

**SEXTO**.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de enero de 2016 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña M.ª del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de don Rubén y otro presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO**.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de mayo del 2016, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido debido a la complejidad del asunto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la determinación de la vecindad civil a los efectos de la ley aplicable a la sucesión, particularmente respecto del modo de adquisición de la vecindad civil por residencia continuada de 10 años, sin declaración en contrario durante este plazo.

2. En síntesis, los demandantes, don Rubén y don Juan Francisco , ejercitan una acción de nulidad testamentaria en la que, entre otros extremos, solicitan que se dicte sentencia por la que:

a) Se declare que la causante, Doña. Lorenza , no ostentaba la vecindad civil foral navarra en el momento del otorgamiento de sus sucesivos testamentos, ni al tiempo de su fallecimiento en el año 2002.

b) Se declare que la causante adquirió la vecindad civil catalana en enero de 1971, tras diez años de residir de forma continuada en Barcelona.

c) Se declare la nulidad e ineficacia del testamento de hermandad otorgado por Doña. Lorenza en fecha 5 de noviembre de 2001, ante el Notario don Manuel Tejuca Pendas, bajo n.º 4344 de su protocolo, por el que se abrió la sucesión, así como todos los anteriores relacionados en el hecho quinto de la demanda, quedando sin valor y efecto alguno las disposiciones testamentarias contenidas en los mismos.

d) Como consecuencia de lo anterior, se declare nula la institución de heredero a favor de su esposo, Luciano , realizada en todos los testamentos de hermandad otorgados por la Sra. Lorenza .

e) Como consecuencia de lo anterior, se declare la apertura de la sucesión intestada de la Sra. Lorenza .

La parte demandada, doña Rosario , se opuso a la demandada y solicitó su desestimación.

En cuanto al fondo del asunto, alegó que en el momento de otorgar testamento de hermandad doña Lorenza tenía la vecindad civil navarra, que adquirió por matrimonio y que no perdió por su residencia continuada durante diez años en Cataluña, pues existía una declaración de voluntad recepticia, libre y formalmente manifestada ante el Registro Civil, como lo es la matrimonial, inscrita en el Registro Civil, por una mujer con vecindad civil diferente a la navarra de su marido. Solamente si hubiera adquirido la vecindad civil navarra por residencia, la perdería por residencia en otro territorio, pero al existir una declaración de voluntad plasmada en el Registro Civil, únicamente se podía pedir por renuncia expresa. La causante manifestó, además, su voluntad de conservar la vecindad civil navarra al otorgar todos los testamentos de hermandad citados en la demanda, anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la CE 1978. Opuso que los actores no actúan por derecho de representación de su padre, que falleció después de la causante, sino por *ius transmissiones*, por fallecer



aquél sin haber aceptado ni repudiado ningún derecho hereditario. Los testamentos de hermandad anteriores no eran nulos, sino que debían entenderse revocados por los inmediatamente posteriores válidos.

Subsidiariamente, y si se consideraba que doña Lorenza y Luciano tenían la vecindad civil catalana al tiempo del otorgamiento del testamento de hermandad, de fecha 5 de noviembre de 2001, la demandada sostuvo que no cabía declarar la nulidad de todo el testamento, de acuerdo con el principio *favor testamenti*, sino tan sólo la parcial en cuanto a la exigibilidad de los derechos legitimarios que pudieran corresponder a los actores conforme a la legislación civil catalana. Derechos que por otro lado no se reclamaban. Dicho testamento participaba de la naturaleza de un heredamiento mutuo preventivo del art. 99.1 CS, de modo que no procedía en ningún caso abrir la sucesión intestada.

### 3. Relación de hechos incontrovertidos, reconocidos por ambas partes.

I) Doña Lorenza, nacida en Córdoba, y don Luciano, en Navarra, contrajeron matrimonio en fecha 22 de octubre de 1944 y tuvieron cuatro hijos: Rosario -aquí demandada-, Ceferino -padre de los demandantes, que falleció en fecha 8 de abril de 2010, Modesta y Eladio. Los abuelos de los actores y padres de la demandada residieron desde 1960 hasta sus respectivos fallecimientos, el 30 de octubre de 2002 doña Lorenza, y el 26 de diciembre de 2007 don Luciano, en Cataluña. Con fecha 5 de noviembre de 2001, otorgaron conjuntamente testamento de hermandad. Al fallecer doña Lorenza, su esposo aceptó la herencia de aquélla de acuerdo con el testamento de hermandad otorgado en que se instituyeron recíprocamente herederos universales y libres de todos sus bienes, con expresa facultad al cónyuge sobreviviente para disponer a título oneroso o a título lucrativo por actos inter vivos o mortis causa, tanto de sus propios bienes como de aquellos que hubiere recibido del testador premuerto. Para el caso de que el cónyuge superviviente no hiciera disposición de sus bienes o la hiciera sólo parcialmente, los consortes testadores establecieron algunas disposiciones concretas. Con anterioridad habían otorgado otros testamentos de hermandad, en fechas 30 de enero de 1975, 4 de agosto de 1976, 24 de julio de 1980 y 30 de abril de 1999.

II) Doña Lorenza falleció en Barcelona el 30 de octubre de 2002. Con fecha 9 de abril de 2003, se otorgó escritura pública de «inventario, disolución de la sociedad conyugal de conquistas, aceptación y adjudicación de herencia».

Don Luciano manifestó que su esposa había otorgado testamento de hermandad conjuntamente con él en fecha 5 de noviembre de 2001, por ostentar ambos vecindad civil navarra, él por nacimiento y ella por matrimonio, por lo que dicha Ley regía su sucesión. De forma que se adjudicó determinados bienes en pago de su participación en la disuelta sociedad conyugal de conquistas, y otros bienes en calidad de heredero único de su esposa.

III) El 2 de abril de 2004 y el 6 de julio de 2007, don Luciano otorgó sendos testamentos abiertos en los que manifestaba ostentar la vecindad civil catalana. En el último testamento legaba a sus hijos las correspondientes legítimas e instituía heredera única y universal a su hija doña Rosario. Don Luciano falleció el 26 de diciembre de 2007, y el 7 de marzo de 2008 su hija, aquí demandada, aceptó como heredera universal su herencia, declarando que su padre ostentaba la vecindad civil catalana. El padre de los demandantes y hermano de la demandada, don Ceferino, falleció el 8 de abril de 2010, sin aceptar ni repudiar la herencia.

4. La sentencia de primera instancia, habida cuenta de la estimación sustancial de las pretensiones de la actora, estimó la demanda interpuesta y condenó en costas a la parte demandada. En este sentido, resolvió que la causante ostentaba la vecindad civil catalana desde 1971, si bien por seguir la de su marido que la adquirió por residencia continuada de 10 años en Cataluña.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia estimó en parte dicho recurso, si bien confirmando los pronunciamientos básicos de la sentencia de primera instancia en cuanto a la vecindad catalana de la causante, la nulidad del testamento y de la institución de heredero que contemplaba y la procedencia de la apertura de la sucesión intestada. A los efectos que aquí interesan, conviene destacar los siguientes pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia.

Con relación a la desestimación de la excepción de retraso desleal en el ejercicio de la acción, en el fundamento de derecho quinto, declara:

«[...] Alega también el recurrente en su recurso que concurre la excepción de retraso desleal. Sin embargo, de la prueba practicada en la instancia ha quedado acreditada la nula relación existente entre los hoy actores y sus familia paterna, el padre de éstos falleció el 8 de abril de 2010 y si bien la abuela de los actores falleció el 30 de octubre de 2002 y se pretende la nulidad de los testamentos otorgados por la misma, el lapso de tiempo transcurrido, no obedece claramente al distanciamiento familiar existente y no es hasta la muerte del padre de los actores que éstos toman conciencia de la situación de la herencia del mismo así como de su situación





tributaria de la misma, como observa en el escrito dirigido por los actores a la administración tributaria. Por tanto, no concurre la excepción alegada».

Con relación a la vecindad civil de la causante y la determinación de la Ley de sucesión aplicable, en el fundamento sexto, declara:

«[...]Sobre este extremo conviene significar que la declaración de voluntad expresa determinante de la adquisición (o conservación) de una determinada vecindad civil sólo es la realizada ante el Encargado del Registro Civil en atención a lo dispuesto en el art. 64 de la Ley del Registro Civil que dispone que sea el encargado del Registro Civil, el de aquel donde conste inscrito el nacimiento u otro que se la remitirá al anterior, el que reciba las declaraciones de conservación o modificación de vecindad para su inscripción marginal en el que corresponda, tal disposición encuentra su desarrollo en el art. 225 del Reglamento que, en su redacción originaria, disponía: "El cambio de vecindad civil se produce *"ipso iure"* , por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario.- En el plazo para las declaraciones de vecindad ante el encargado no se computa el tiempo en que el interesado no pueda, legalmente, regir su persona".

»Llegados a éste punto efectuaremos dos tipos de argumentación en orden a resolver la cuestión con una misma conclusión:

»El art.14.4 CC , antes de la reforma operada en 1990, (y en el mismo sentido el art.15 antes de la reforma de 1974) determinaba que la mujer casada seguirá la condición del marido, y tal previsión obviamente resultaba ajena a la voluntad de la mujer, lo que en definitiva supone que el transcurso de 10 años en otro territorio sin declaración en contrario, una vez suprimida tal vinculación marital, determinaría que la mujer casada perdería la vecindad civil del marido para adquirir la del territorio de residencia dado que previamente no había manifestado su voluntad de adquirir una determinada vecindad civil sino que le vino impuesta por la legislación de la época, y es precisamente dicha declaración de voluntad la que determina la imposibilidad de modificar la vecindad civil por el mero transcurso del tiempo según se infiere de los precitados arts.14 CC y 65 de la Ley del Registro Civil .

»Como hemos dicho Da Lorenza adquirió la vecindad civil navarra en 1944 por razón de matrimonio y sin efectuar personalmente declaración expresa al respecto ante el Encargado del Registro Civil, y tras la Constitución de 1978, liberada de la vinculación a la vecindad civil del marido por derogación del art.14.4 CC , dejó transcurrir el plazo de 10 años con residencia en Barcelona y sin manifestar ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de conservar la vecindad civil navarra, lo que determina que en la fecha de su fallecimiento, en 2002, estaba sujeta a la vecindad civil catalana.

»Por tanto, y conforme al art.9.8 CC , la norma que debe regir la sucesión de Doña Lorenza es el Código de Sucesiones catalán aplicable en la fecha de la muerte del causante».

Por último, con relación a la nulidad del testamento de hermandad, en su fundamento de derecho séptimo, declara:

«[...] El artículo 125 del Código de Sucesiones de Cataluña establecía:

»Serán nulos los testamentos, codicilos o memorias testamentarias que no correspondan a alguno de los tipos previstos en la presente ley o en cuyo otorgamiento no se hayan observado los respectivos requisitos y formalidades, (...).

»En consecuencia, en el presente caso nos encontramos con la existencia de una forma testamentaria no contemplada en el ordenamiento jurídico catalán que sólo reconoce y atribuye efectos a la declaración mortis causa cuanto ésta se expone con la forma y los requisitos establecidos en la ley, por ello el testamento que es un negocio jurídico típico, formal y solemne requiere de una forma esencial. El artículo 125 del Código de Sucesiones sanciona como nulo el testamento que no se corresponda con alguno de los tipos previstos en el mismo, la enumeración cerrada de los tipos o formas de testamentos que prevé el Código de Sucesiones, conlleva a la afirmación de la nulidad del testamento mancomunado ya que dicha forma testamentaria no está prevista en el derecho sucesorio catalán. Por ello, una cosa es el formalismo en el otorgamiento de los testamentos, que puede ser completada en favor del principio *favor testamenti* y otra la forma esencial que deben adoptar, ésta no puede ser modificada ni sustituida y es un requisito previo que debe concurrir antes de entrar a valorar la aplicación del principio el principio de conservación del testamento.

»Debe concluirse, por ello, que el testamento de hermandad otorgado por Doña Lorenza el 5 de noviembre de 2001, a la luz de la normativa aplicable, esto es, el Código de Sucesiones vigente en la fecha del fallecimiento de la Sra. Lorenza , es nulo, así como los anteriores otorgados con la misma forma, confirmando en este punto la resolución dictada en la instancia.



»Ello conlleva, que deberá procederse a la apertura de la sucesión intestada de doña Lorenza ».

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

##### **SEGUNDO.- Falta de motivación de la sentencia.**

1. La demandada, al amparo del ordinal segundo del artículo 469.1 LEC , interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia la infracción del artículo 218.2 LEC , así como del artículo 209.3 del mismo texto legal , por falta de motivación del pronunciamiento de la sentencia respecto de la adquisición de la vecindad civil catalana de doña Lorenza desde el año 1971.

2. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

En líneas generales, esta Sala, en la sentencia núm. 790/2013, de 27 de diciembre , tiene declarado que:

«[...]Para analizar esta cuestión, primero hemos de partir de la jurisprudencia constitucional sobre el alcance del deber de motivación de las sentencias. Como recordábamos en la sentencia 662/2012, de 12 de noviembre, el Tribunal Constitucional "ha venido declarando que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador ( art. 117.1 CE ), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. Por ello, nuestro enjuiciamiento debe circunscribirse a la relación directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica; sin que exista un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión" ( SSTC 108/2001, de 23 de abril , y 68/2011, de 16 de mayo ). De este modo, "deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla" ( Sentencia 294/2012, de 18 de mayo )».

Como se observa, del transcrito fundamento de derecho sexto de la sentencia recurrida, la Audiencia, confirmando el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia en este extremo, expone expresamente una amplia y precisa fundamentación jurídica que justifica su fallo respecto a la adquisición de la vecindad catalana de la recurrente; de forma que exterioriza con claridad cuáles son las razones de su decisión. Frente a ello, la argumentación desarrollada por la recurrente en este motivo va dirigida a mostrar su disconformidad con la fundamentación jurídica que realiza la Audiencia, por lo que el motivo debe ser desestimado.

#### **Recurso de casación.**

**TERCERO.- Vecindad civil. La residencia continuada durante 10 años como modo de adquisición propio y diferenciado. Retraso desleal en el ejercicio de la acción. Doctrina jurisprudencial aplicable.**

1. La demandada, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

2. En el primer motivo, denuncia el retraso desleal de la acción ejercitada de contrario, conforme a la interpretación lógica y razonable, contraviniendo el artículo 7.1 en relación al artículo 3.1 y Código Civil , y a la jurisprudencia que los desarrolla.

En su planteamiento, articulado en dos submotivos, cuestiona, en esencia, que la parte actora tardara ocho años desde el fallecimiento de la abuela paterna hasta la presentación de la demanda judicial. Este retraso se estima desleal en atención a que los actores no heredan por derecho de representación, ya que el padre no premurió a la abuela, sino por el *ius transmissionis* al subrogarse en el *ius delationis* que ostentaba el padre que falleció sin aceptar ni repudiar la herencia de su madre y, además, este plazo dobla el de caducidad para la nulidad del testamento según el Código Civil Catalán.

3. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

En primer lugar, debe precisarse que el tipo de vocación hereditaria llevada a cabo, bien de forma directa a través del *ius delationis* y su posible transmisión ( artículo 1006 del Código Civil ), o bien de forma indirecta



mediante el denominado derecho de representación ( artículo 924 del Código Civil ), pese a su indudable diferenciación técnica, no condiciona, ni modaliza la calificación del retraso desleal del ejercicio de la acción de impugnación que, como forma típica de un acto de ejercicio de extralimitación del derecho ( artículo 7.1 del Código Civil ), tiene una valoración jurídica autónoma y diferenciada.

En segundo lugar, dentro de este ámbito de valoración, debe señalarse que la Audiencia, en atención a las circunstancias del caso y a la prueba practicada, considera que no resulta de aplicación esta figura pues, pese al lapso del tiempo transcurrido, no es hasta la muerte del padre de los actores cuando éstos toman verdadera conciencia de la situación de la herencia del mismo, particularmente a raíz de sus implicaciones tributarias, por lo que no se da una objetiva deslealtad e intolerabilidad del ejercicio de la acción pese al tiempo transcurrido desde la muerte de la causante. Decisión acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala respecto del retraso desleal en el ejercicio de las acciones, entre otras, la sentencia núm. 191/2016, de 29 de marzo .

**4.** En el segundo motivo, denuncia la infracción del artículo 14.3.2.º del Código Civil según redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, anteriormente artículo 15.3.º del referido Código , y hoy artículo 14.5.2.º del citado Código por interpretación errónea, y, de la jurisprudencia que los interpreta, así como también del artículo 9.8 del Código Civil por interpretación errónea, y en relación a este último de las Leyes 148, 199 y 201 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra por inaplicación de las mismas.

En su desarrollo, también dividido en dos submotivos, sostiene que la abuela de los-demandantes, doña Lorenza , ostentaba la vecindad civil navarra incluso en el momento de fallecer y que por tanto los testamentos de hermandad se debían reputar válidos, si bien revocados todos por el último de 2001. Esta vecindad no la pudieron perder los esposos por residencia continuada en Cataluña, al haberla adquirido de forma expresa mediante las oportunas declaraciones inscritas en Registro Civil, como fue el acta de nacimiento del esposo y la del matrimonio respecto de la esposa. En cualquier caso, tras la entrada en vigor de la Constitución y al perder la dependencia marital establecida en el precepto, debían estimarse válidas todas las disposiciones testamentarias otorgadas antes del transcurso de diez años de la vigencia de la constitución, testamentos de los años 1980, 1976 y 1975. Y si en el momento de la vigencia de la constitución ya se entendiera que se había ganado la vecindad civil catalana, sería válido el testamento de 1976.

Argumenta, en síntesis, que los preceptos denunciados se han de interpretar en el sentido de que una vecindad ganada por una declaración expresa no se pierde por la sola residencia ulterior durante diez años en otro territorio, para concluir que por aplicación del artículo 9.8 del Código Civil , la sucesión de la causante debe regirse por la Compilación Navarra.

**5.** Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

En este sentido, debe señalarse, en contra de lo argumentado por la recurrente, que la Audiencia interpreta correctamente la norma relativa a la adquisición de la vecindad civil por residencia continuada de 10 años de residencia, sin declaración en contrario durante dicho plazo, actual artículo 14.5.2.º del Código Civil . Interpretación que se ve reforzada si atendemos tanto al alcance del precepto, como modo diferenciado y propio de adquisición de la vecindad civil, como a la aplicación del mismo conforme a una interpretación claramente objetivada (residencia continuada/ausencia de declaración en contra). De forma que no empece a la aplicación de este modo autónomo de adquisición de la vecindad el hecho de que la anterior vecindad civil se adquiriese con manifestación expresa al respecto sobre la base del acta de nacimiento del esposo y la de su matrimonio con la causante. Todo ello, una vez acreditado la residencia continuada de ambos en Cataluña y la ausencia de declaración en contra por parte de la causante.

**6.** Por último, en el motivo tercero, planteado de forma subsidiaria respecto del anterior, denuncia la infracción de los artículos 2.3 del Código Civil y 9.3 de la Constitución y la jurisprudencia que los interpreta, así como también del artículo 9.8 del Código Civil por interpretación errónea del mismo y en relación a este último de las leyes 148, 199, 200 y 201 de la Compilación de Derecho Foral Navarro . En el motivo, estructurado en dos submotivos, se sostiene que la pérdida de la vecindad civil de la Sra. Lorenza se produjo una vez derogada la vinculación marital por la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, y, por tanto, la vecindad civil catalana la adquirió el 29 de diciembre de 1988, lo que conlleva la validez de los testamentos de 1980 y de 1975 y 1976, si bien estos últimos fueron revocados por su inmediato en el tiempo. Al no entenderlo así, se conculca el principio de irretroactividad de las normas que se basa en el aforismo « *tempus regit actum* ». De igual forma, se vulnera el artículo 9.8 del Código Civil , al concluir que según el artículo 125 del Código de Sucesiones los testamentos que no empleen la forma prevista en tal texto legal serán nulos lo que afectaría a los testamentos de hermandad otorgados en los años 1999 y 2001 no así al testamento de 1980, al dar a ese precepto una retroactividad en su aplicación inadmisibles, el Código de sucesiones de Cataluña entró en vigor en febrero de 1992, y además dicho testamento se otorgó cuando la causante ostentaba la vecindad civil navarra.

**7.** Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado.





Conforme a lo señalado en un motivo anterior, debe precisarse que la declaración de la vecindad civil catalana de la causante, que realiza la Audiencia, no responde ni a la aplicación retroactiva de la norma constitucional, por lo que no hay infracción del artículo 9.3 C.E , ni tampoco a la posible retroactividad sobre esta materia que se derive de la reforma de 1974 del Código Civil, y las que posteriormente se llevaron a cabo, dado que dicha declaración de vecindad se realizó con anterioridad a la entrada en vigor de dichas normas, esto es, en 1971, y como consecuencia de la residencia continuada de la causante en Cataluña, sin declaración en contra, que constituye, como se ha señalado, un modo propio o específico de adquisición de la vecindad civil. Por lo que el motivo debe ser desestimado.

**CUARTO.- Costas y depósitos.**

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación comporta que las costas causadas por dichos recursos deban ser impuestas a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .
2. Asimismo, procede la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de doña Rosario contra la sentencia dictada, con fecha 7 de enero de 2014, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, en el rollo de apelación núm. 172/2012 .
2. Imponer las costas de dichos recursos a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres