



Roj: **SAP SE 3060/2014 - ECLI:ES:APSE:2014:3060**

Id Cendoj: **41091370022014100436**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **29/09/2014**

Nº de Recurso: **4959/2014**

Nº de Resolución: **433/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SEBASTIAN MOYA SANABRIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL SEVILLA

Sección Segunda

SENTENCIA Nº 433

PRESIDENTE ILTMO. SR.

DON MANUEL DAMIÁN ÁLVAREZ GARCÍA.

ILTMOS SRES. MAGISTRADOS

DON RAFAEL MÁRQUEZ ROMERO

DON SEBASTIÁN MOYA SANABRIA

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: 1ª Inst. 2 DE OSUNA

ROLLO DE APELACIÓN Nº 4959/14-A

JUICIO Nº 116/12

En la Ciudad de Sevilla a 29 de septiembre de dos mil catorce.

Visto por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, Juicio ordinario procedente del Juzgado de Primera Instancia referenciado, donde se ha tramitado a instancia de Dª Milagros , representada por la Procuradora Sra. Montes Cecilia, que en el recurso es parte apelada, contra D. Octavio , representado por el Procurador Sr. Montes Espinosa, que en el recurso es parte apelante.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 10 de Julio de 2013, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: *"Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por Dª Milagros representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Montes Cecilia, contra D. Octavio , representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Montes Espinosa, y en consecuencia SE DECLARA que el matrimonio contraído por las partes se rige por el Derecho Común, y en consecuencia, que el mismo se halla sometido al régimen legal de gananciales regulado por el Código Civil, debiendo las partes proceder a la liquidación de los bienes que integren la misma por el procedimiento establecido en los Arts. 806 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada "*.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. Tras la votación y fallo quedó visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.



Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. SEBASTIÁN MOYA SANABRIA**.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La representación del demandado D. Octavio interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Osuna en procedimiento ordinario promovido en su contra por su exesposa D^a Milagros, por la cual, estimando la pretensión deducida de forma prioritaria en demanda, se declaró la sujeción del matrimonio contraído en Osuna el 19 de diciembre de 1984 al Derecho Civil Común, y consecuentemente al régimen legal de gananciales.

Por el contrario, el recurrente, natural de Osuna, alega que, en razón a una previa adquisición por su parte de vecindad civil en territorio de Derecho foral catalán, por residencia continuada que se habría prolongado por periodo superior a los diez años (artículo 14.5.2º del Código Civil), y al establecimiento en Cataluña de la residencia habitual común del matrimonio inmediatamente posterior a la celebración (artículo 9.2 CC), el matrimonio debe entenderse sometido al régimen de separación de bienes, en razón a su sujeción al Derecho Foral Catalán,

Segundo. La parte recurrente esgrime como primer motivo de impugnación la nulidad de todo lo actuado en el Juzgado de Primera Instancia de Osuna, por falta de competencia territorial para el conocimiento del asunto, por corresponde ésta a los de Sant Feliu de Llobregat.

El motivo de impugnación no puede prosperar al haberse sometido tácitamente las dos partes litigantes a la competencia de ese Juzgado de Primera Instancia de Osuna. La parte demandante, por el propio hecho de interponer allí su demanda (artículo 56.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y el demandado-recurrente, al presentar escrito de contestación a la demanda sin promover cuestión de competencia territorial por declinatoria en el momento previsto en el artículo 64.1, es decir, dentro de los diez primeros días habilitados para contestar la demanda. El demandado se sometió por tanto voluntariamente al Juzgado que ha dictado la sentencia, por el simple hecho de hacer, después de personarse en el juicio tras la interposición de la demanda, gestión distinta a la de proponer en forma la declinatoria (apartado 2º del artículo 56). Es de resaltar además que, al tratarse de una acción personal en reclamación del pronunciamiento declarativo antes referido, no nos encontramos ante ninguno de los supuestos en que la competencia territorial resulta impuesta por Ley de forma imperativa, por lo cual ha de estarse a lo consignado en el artículo 59 LEC, que indica que "Fuera de los casos en que la competencia territorial venga fijada por la ley en virtud de reglas imperativas, la falta de competencia territorial solamente podrá ser apreciada cuando el demandado o quienes puedan ser parte legítima del juicio propusiera en tiempo y forma la declinatoria ". En consecuencia, en ninguna fase de la tramitación del procedimiento ha existido una obligación de actuación de oficio en relación a una falta de competencia territorial, falta de competencia por lo demás inexistente en razón a lo explicado en relación al sometimiento tácito de las partes.

Tercero. Subsidiariamente, se solicita la declaración de nulidad de lo actuado desde el momento de celebración de audiencia previa. Sin especificar el precepto legal infringido que determinaría esa nulidad, la representación de D. Octavio hace referencia en su recurso de apelación a la ausencia de material probatorio que demuestre que al tiempo de contraer matrimonio en Osuna con D^a Milagros por residencia continuada que se habría prolongado por periodo superior a los diez años (artículo 14.5.2º del Código Civil). Con ello, la parte recurrente, que alude literalmente a la "deficiencia probatoria de la que hizo alarde el letrado en la audiencia previa", viene a indicar que la reconocida omisión en la actividad de proposición de prueba por parte de su anterior dirección letrada, debió ser suplida por una actuación de oficio del Tribunal.

El argumento es inasumible porque, como ya se ha indicado en el auto resolutorio de la reposición planteada contra el denegatorio de prácticas de prueba en esta segunda instancia, el objeto del litigio lo constituye la determinación de la vecindad civil por la que ha de entenderse regido el matrimonio, materia no incluida en la enumeración del artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siendo aplicable por tanto el artículo 752.1, que permite en esos casos la práctica de medios de prueba decretados de oficio por el Tribunal.

Lo que se está planteando en realidad es una inviable actuación del Juzgado en contra del propio criterio de la defensa de la parte litigante, sobre el modo y forma de cumplimentar la carga probatoria que le incumbía en el procedimiento, en relación a los hechos y circunstancias que podrían haber determinado por el futuro contrayente la adquisición de la vecindad civil catalana, en momento previo al matrimonio. Ello supondría actuar en contra de lo reglado en los artículos 282 y 217.2 y 3 LEC, según los cuales la actuación de oficio del Tribunal sólo puede verificarse en los casos expresamente previstos en Ley. Fuera de ellos, la práctica de la prueba ha de producirse a instancias de la parte litigante que haya de demostrar la certeza del hecho.



Debe indicarse además que, en contra de la indicado por la parte recurrente, no se trata de una cuestión que estuviera excluida del poder dispositivo de las partes. Tomando como hipótesis que D. Octavio hubiera adquirido la vecindad civil catalana antes de contraer matrimonio, siendo de vecindad civil común D^a Milagros, la vecindad civil que regiría el matrimonio podría haber venido determinada por su común acuerdo, según lo dispuesto en el artículo 9.2 del Código Civil, que alude al pacto de elección de la ley personal de uno de los contrayentes, consignado en documento auténtico, como primer criterio de determinación de la ley aplicable al matrimonio con cónyuges de ley personal no común.

Cuarto. La desestimación de los anteriores motivos de impugnación determina la resolución del utilizado en tercer lugar, referido a la discrepancia sobre lo resuelto en cuanto a la cuestión de fondo. Es decir, la utilización de los dos motivos de impugnación analizados con anterioridad viene a suponer un reconocimiento implícito de la parte recurrente de la falta de acreditación en Primera Instancia de los hechos y circunstancias que podrían determinar un pronunciamiento de signo distinto sobre la vecindad civil por la que ha de entenderse regido el matrimonio. D. Octavio, natural de Osuna, estaba llamado en el procedimiento a acreditar la adquisición de la vecindad civil catalana con anterioridad a su matrimonio, contraído con la demandante D^a Milagros en Osuna el 19 de diciembre de 1984. De no mediar constancia de ese hecho, ha de estarse a la vecindad civil común de los dos contrayentes determinada por el nacimiento en territorio de Derecho Común (artículo 14.2 CC), con lo cual no proceden en el caso mayores argumentaciones relativas a matrimonio de contrayentes de ley personal no común.

La única prueba documental que puede ser valorada en esta alzada, a efectos de ponderar la procedencia de lo alegado por la parte recurrente, es el libro de familia de su primer matrimonio, el cual no resulta determinante a este respecto. La determinación de ese hecho discutido como acreditado por la vía de la presunción judicial del artículo 386.1 LEC, es decir, por medio del "enlace preciso y directo" entre hechos admitidos o probados y conclusión extraíble en base a ellos no resulta factible, pues si bien es cierto que el nacimiento del primer y tercer hijo se produjo en Barcelona, en NUM000 de 1967 y en NUM001 de 1973, también lo es que el segundo nació en Osuna en NUM002 de 1968, circunstancia que dificulta el establecimiento de una conclusión certera a este respecto. Esa dificultad se acrecienta por el hecho de desarrollar el esposo la profesión de chófer-transportista, circunstancia que facilitaría la dualidad de residencia en territorios de distinto régimen para el matrimonio, a que ha venido haciendo referencia la parte demandante durante todo el procedimiento.

Quinto. Finalmente, se impugna por la representación de D. Octavio el pronunciamiento de imposición de costas, bajo el argumento de que la parte demandante intentó evitar, al plantear su demanda, un pronunciamiento en su contra caso de que su pretensión prioritaria no fuera atendida, al introducir otra petición subsidiaria, de sujeción al Derecho Civil Catalán, con reconocimiento del derecho a la esposa a la reclamación en otro proceso de la indemnización a que hubiere lugar según el régimen de separación de bienes.

El motivo de impugnación no puede prosperar porque, ante la confirmación del pronunciamiento de Primera Instancia, estimatorio de la pretensión deducida de forma prioritaria, que acarrea la condena en costas de parte demandada en aplicación del criterio de vencimiento objetivo del artículo 394.1 LEC, la argumentación de la parte recurrente no pasa de ser una simple especulación sobre un resultado no acaecido, sin virtualidad alguna para alterar el indicado pronunciamiento sobre costas de la Primera Instancia.

Sexto. El artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento remite en materia de costas de la alzada, para el caso de que se desestime totalmente el recurso, al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo imponerse las costas a quien hubiera visto rechazadas todas sus pretensiones. Procede por ello imponer las costas procesales del recurso a la parte apelante.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Octavio contra la sentencia dictada el 10 de julio de 2013 en el procedimiento ordinario 116/2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Osuna, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación fundado en el Art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y / o Extraordinario por Infracción Procesal.

El recurso deberá INTERPONERSE por escrito ante este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el siguiente a la notificación, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente y al que se acompañara copia del resguardo del DEPOSITO de 50 euros efectuado en la Cuenta de Consignaciones de



esta Sección Segunda (4046 de Banco Santander-Sucursal Jardines de Murillo) en concepto de Recurso de Casación y, en su caso, por Infracción Procesal.

Asimismo deberá adjuntarse la autoliquidación de la TASA a la que se refiere la Ley 10/2012 de 20 de Noviembre, modificada por Real Decreto 3/2013 de 22 de Febrero y cuyo modelo para su pago se aprueba por Orden de 13 de Diciembre de 2012, con la modificación establecida en el citado Real Decreto.

En caso de no acompañarse justificante del depósito/s y/o de la Tasa no se dará trámite al recurso, salvo que goce de exención.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando definitivamente en segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha. Doy Fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ