



Roj: **SAP B 9693/2017 - ECLI:ES:APB:2017:9693**

Id Cendoj: **08019370012017100497**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2017**

Nº de Recurso: **1088/2015**

Nº de Resolución: **484/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DOLORS PORTELLA LLUCH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Vilanova i la Geltrú, núm. 3, 29-06-2015,
SAP B 9693/2017**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16 - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866050

FAX: 934866034

EMAIL:aps1.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0830742120128049589

Recurso de apelación 1088/2015 -B

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Vilanova i la Geltrú

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 132/2012

Parte recurrente/Solicitante: Nemesio , Diana , Graciela , Mercedes

Procurador/a: Oscar Berbegal Añon, Beatriz Carmen Grech Navarro, Oscar Berbegal Añon, Oscar Berbegal Añon

Abogado/a: MARIA ANGELES ANTON RIVERO, DAVID SERRA LOZANO

Parte recurrida: Tamara

Procurador/a:

Abogado/a: FERNANDO DE LA SOTILLA CLARASÓ

SENTENCIA N° 484/2017

Lugar: Barcelona

Fecha: 22 de septiembre de 2017

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por los Magistrados **Doña M^a Dolors PORTELLA LLUCH, Doña Maria Dolors MONTOLIO SERRA y Don Pablo IZQUIERDO BLANCO**, actuando la primera de ellas como Presidenta del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **1088/15**, interpuesto contra la sentencia dictada el día 29 de junio de 2015 en el procedimiento nº 132/12, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vilanova i la Geltrú en el que son recurrentes **Doña Mercedes , Doña Graciela , Doña Diana y Don Nemesio** , y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente: "ESTIMO PARCIALMENTE la demanda principal interpuesta por D^a Diana y D^a Graciela , representadas por el procurador D. Francisco Sánchez Rojo, contra D^a Tamara y D^a Mercedes , y en consecuencia, declaro la división de la finca sita en la AVENIDA000 nº NUM000 , escalera NUM001 , EDIFICIO000 , piso NUM002 , puerta NUM003 , inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Vilanova i la Geltrú (Barcelona), al tomo NUM004 , libro NUM005 , folio NUM006 , finca nº NUM007 ; que se llevará a cabo en ejecución de sentencia, si bien con arreglo a los porcentajes que a continuación se exponen.

ESTIMO PARCIALMENTE la demanda reconvenicional interpuesta por D^a Mercedes , representada por la procuradora, D^a Beatriz Grech, a la que se allanó D^a Tamara , contra D^a Diana , D^a Graciela y D. Nemesio y D^a Tamara ; y en consecuencia:

Declaro la nulidad parcial de la escritura de 10 de marzo de 2011, de subsanación y aceptación y partición de herencia", autorizada por el Notario, D. Emilio González Bou, quedando sustituidas las menciones que realiza al régimen de gananciales, por el de separación de bienes.

Del dominio de la finca sita en la AVENIDA000 nº NUM000 , escalera NUM001 , EDIFICIO000 , piso NUM002 , puerta NUM003 , inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Vilanova i la Geltrú (Barcelona), al tomo NUM004 , libro NUM005 , folio NUM006 , finca nº NUM007 , de carácter privativo de D^a Silvia , corresponde: el 25% a D^a Diana , el 25% a D^a Graciela , el 20% a D^a Mercedes , el 20% a D^a Tamara y el 10% a D. Nemesio . Líbrese mandamiento al Registro de la Propiedad nº 2 de Vilanova i la Geltrú, en orden a la cancelación de la inscripción de dicha finca y a la nueva inscripción de la misma en base a los porcentajes expuestos, una vez firme la presente.

Declaro el carácter privativo de D^a Silvia , de los saldos que a continuación se exponen:

El saldo del contrato "5 Consol IBEX-BPE", nº NUM008 , abierto en "Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona", por importe de 12.000?.

El saldo del contrato denominado "Llibreta estrella", nº NUM009 , abierto en "Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona", por importe de 10.627,69 ?.

El saldo de la cuenta nº NUM010 , abierta en la entidad "Banco Popular Español, S.A.", por importe de 1084,80 ?.

El saldo de la cuenta nº NUM011 , abierta en la entidad "Banco Popular Español, S.A." por importe de 30.321,06 ?.

El saldo de la cuenta nº NUM012 , abierta en la entidad "Banco Popular Español, S.A.", por importe de 1,10 ?.

El saldo del depósito de valores nº NUM013 , con 20 títulos de 1.000 ? de valor nominal, cada uno de ellos de suscripción de participaciones BPE PREFERENTE INTERNACIONAL LIMITED "C", siendo la fecha de suscripción, el día 26 de diciembre de 2002, abierto dicho depósito en la entidad "Banco Popular Español, S.A.", por importe de 20.000 ?.

El saldo del depósito-contrato nº NUM014 de libreta de ahorro a la vista nº de formato CCC NUM015 , abierto en la entidad "Caixa d'Estalvis del Penedés", por importe de 176,29 ?.

Respecto a los saldos antedichos, corresponderán a cada uno de los hijos de la causante por partes iguales, con los intereses legales que hubieran generado desde el 10 de marzo de 2011 y con los de mora procesal del art. 576 de la LEC , lo que se considerará como parte del pasivo de la herencia de D. Valentín .

A D. Valentín , le corresponde el usufructo universal de la totalidad de la herencia, libre de fianza. En orden a su efectividad, previa su valoración, formará parte del activo de la herencia de D. Valentín , siendo deudores del mismo, la totalidad de sus hijos por partes iguales.

Declaro la validez de la escritura de compraventa del 10% de la finca sita en la AVENIDA000 nº NUM000 , escalera NUM001 , EDIFICIO000 , piso NUM002 , puerta NUM003 , inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Vilanova i la Geltrú (Barcelona), al tomo NUM004 , libro NUM005 , folio NUM006 , finca nº NUM007 , de 29 de diciembre de 2012, en virtud de la cual, D. Nemesio , transmitía a su padre, D. Valentín , el 10% del dominio que el primero ostentaba sobre dicha finca.

Remítase testimonio de la presente a la Agencia Tributaria, a los efectos, en su caso, del pago del impuesto de donaciones por parte de los hijos de la causante (art. 21 de la LGT).

Sin pronunciamiento en costas procesales ni de la demanda principal ni de la reconvenicional.



SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente **Doña M^a Dolors PORTELLA LLUCH**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio.

I.- La representación procesal de Don Valentín instó demanda de juicio ordinario a fin de proceder a la división de cosa común, en relación al inmueble situado en la AVENIDA000 número NUM000 , NUM002 NUM003 escalera NUM001 , EDIFICIO000 en Vilanova i la Geltrú, contra los hermanos Doña Diana , Doña Graciela , Doña Tamara y Doña Mercedes , en la que expuso que los ahora litigantes adquirieron la vivienda reseñada por escritura de aceptación y partición de la herencia de Doña Silvia (esposa del actor y madre de los demandados) otorgada ante el notario de Vilanova i la Geltrú Don Emilio González Bou en fecha 10 de marzo de 2011, con lo siguientes porcentajes de participación:

Don Valentín una mitad indivisa mas una quinta parte de la otra mitad indivisa, ambas en pleno dominio, que equivale al 60% del total.

Doña Diana una quinta parte de una mitad indivisa que equivale al 10% del total.

Doña Graciela una quinta parte de una mitad indivisa que equivale al 10% del total.

Doña Tamara una quinta parte de una mitad indivisa que equivale al 10% del total.

Doña Mercedes una quinta parte de una mitad indivisa que equivale al 10% del total.

La parte actora adjuntó a su demanda informe pericial que tasaba la finca en un valor de mercado de 119.888,43 euros y solicitaba que al tratarse de un bien esencialmente indivisible se procediera a su enajenación a través del proceso judicial previsto.

II.- Los codemandados Doña Diana , Doña Graciela y Doña Tamara presentaron escrito en el que manifestaban su voluntad de allanarse a la petición de división de cosa común. Sin embargo, el juzgado de instancia rechazó el allanamiento atendido que los cuatro codemandados eran litisconsortes pasivos necesarios y que carecía de trascendencia el allanamiento de solo tres de ellos.

III. La representación de la codemandada Doña Mercedes se opuso a la demanda con los argumentos que resumidamente indicamos:

Ser incorrecta la conclusión a la que llegó el Notario que autorizó la escritura de aceptación de la herencia de Doña Silvia acerca del régimen económico matrimonial de los esposos porque no tuvo en cuenta que la Sra. Silvia había adquirido la vecindad civil catalana tras su primer matrimonio con Don Fructuoso y que en 1989 contrajo matrimonio con el actor que también tenía la vecindad civil catalana.

Ser nulo el título en que el actor basa su demanda porque el régimen económico del matrimonio no era el de gananciales, como recoge el título, sino el de separación de bienes, lo que significa que carece de legitimación activa.

En el supuesto de que llegara a acreditarse que el régimen económico de los esposos era el de gananciales habría que incorporar al caudal relicto de Doña Silvia la mitad indivisa de la finca registral número NUM016 , sita en RAMBLA000 , NUM017 , escalera NUM001 , NUM018 de Vilanova i la Geltrú, inscrita a nombre exclusivo del actor por pertenecer a la causante la mitad de su dominio.

IV.- La representación de la mencionada Doña Mercedes planteó demanda reconventional contra la parte actora, el resto de los codemandados y contra Don Nemesio que no había sido demandado.

La reconviniente petitionó que se declarase la nulidad de pleno derecho y subsidiariamente la anulabilidad de la escritura de aceptación de herencia de Doña Silvia otorgada ante el notario de Vilanova i la Geltrú Don Emilio González Bou, por considerar que contrariamente a lo expresado en la escritura, el matrimonio formado por la causante y Don Valentín se regía por el régimen de separación de bienes y no por el de gananciales que indica la escritura, por lo que la finca registral que se pretende dividir era un bien privativo de la Sra. Silvia , petitionando asimismo se ordenara la cancelación de los asientos registrales.

Subsidiariamente y para el supuesto de no estimar la acción de nulidad o de anulabilidad, solicitó se declarara que no procedía la inclusión de la finca nº NUM007 del Registro de la Propiedad nº 2 de Vilanova i la Geltrú en el inventario de bienes gananciales por ser un bien privativo de la Sra. Silvia y en consecuencia que procede

ordenar la cancelación registral, y en cualquier caso que no procede la inclusión en el inventario de bienes gananciales de los importes y valores que provisionalmente se indicaban en el hecho tercero de la demanda reconvenicional.

Finalmente, para el supuesto de entender que el matrimonio se rigió por el régimen de gananciales, se declare que procede la inclusión en el inventario de bienes gananciales de la mitad indivisa de la finca NUM016 del Registro de la Propiedad nº 2 de Vilanova i la Geltrú.

V.- La representación de Doña Tamara se allanó a la demanda reconvenicional formulada por su hermana de doble vínculo Doña Mercedes (f. 217).

VI.- En fecha 3 de abril de 2012 tuvo lugar el fallecimiento del demandante Don Valentín (f. 185) siendo sucedido en el procedimiento por sus hijos Doña Diana, Doña Graciela y Don Nemesio que aceptaron la herencia de su padre por escritura de 10 de mayo de 2012 (f. 192).

VII.- La representación de Doña Diana y Doña Graciela, en su doble condición de codemandadas y de sucesores del fallecido actor principal y demandado reconvenido, se opusieron a la reconvenición con los argumentos que resumidamente indicamos:

La mención en la escritura de aceptación de la herencia de Doña Silvia de que el régimen económico de su matrimonio había sido el de gananciales no fue un error notarial sino un acuerdo de los cinco hijos de la causante con el fin de preservar para el viudo la mitad del caudal relicto.

La causante se hallaba en la creencia de que estaba casada en régimen de gananciales y por eso no mencionó a su esposo en su testamento.

El matrimonio se celebró en Suiza de acuerdo con la ley del país que establece como régimen económico el de gananciales.

No hubo error en el consentimiento otorgado por todos los hermanos y la reconvenición implica un abuso de derecho además de ir contra los propios actos.

Los herederos gozan de libertad absoluta para hacer la partición (SAP Barcelona sec. 1ª de 3 de junio de 2004).

VIII.- Al resultar Doña Diana y Doña Graciela actrices y demandadas a la vez, presentaron escrito desistiendo de la acción que su padre había interpuesto contra ellas y el auto de 14 de enero de 2014 admitió que los tres hermanos Diana Graciela Nemesio pudieran actuar bajo una misma representación, sin apreciar conflicto de intereses entre ellos (f. 582).

IX.- La representación procesal de Don Nemesio ratificó la contestación a la reconvenición que habían efectuado sus hermanos y manifestó que sus padres se hallaban en la creencia de estar casados en régimen de gananciales.

SEGUNDO.- Sentencia de instancia.

I.- La juzgadora de instancia señaló que los esposos Valentín Silvia *"tenían nacionalidad española común al tiempo de contraer matrimonio y la sucesión de la segunda se rige por su ley nacional al tiempo de su fallecimiento, que es la española""y dentro de esta, por el régimen económico matrimonial catalán, al haber quedado acreditado que Doña Silvia tenía vecindad civil catalana al tiempo de su fallecimiento"*.

Y concluyó: *"Por tanto, no podían los herederos eludir vía pacto o acuerdo entre ellos, la aplicación de una norma imperativa, que impone un régimen supletorio de separación de bienes, haciendo constar el de gananciales en la escritura de 10 de marzo de 2011, de subsanación y aceptación y partición de herencia", autorizada por el Notario Don Emilio González Bou, con el fin de eludir el pago del impuesto de donaciones, pues al tenor de lo dispuesto en el art. 6.4 del Código civil, se trata de un acto realizado en fraude de ley, nulo de pleno derecho al ser contrario a una norma imperativa"*.

II.- En atención a lo explicado, la juzgadora entendió procedente declarar la nulidad parcial de la escritura de 10 de marzo de 2011, *"quedando sustituidas las menciones que realiza al régimen de gananciales, por el de separación de bienes y considerándose que la causante no dispuso de aquellos bienes y saldos a los que se atribuye carácter ganancial, respecto a los cuales procede la apertura de la sucesión <<ab intestato>>"*. Tras ello, procedió a reseñar los concretos bienes y estableció su distribución entre los herederos.

III.- En relación a la acción principal de división de la finca sita en la AVENIDA000 nº NUM000, escalera NUM001, EDIFICIO000, piso NUM002, puerta NUM003, inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Vilanova i la Geltrú, declaró la estimación parcial de la demanda si bien con los porcentajes que a continuación reseñaba tras acordar la estimación parcial de la reconvenición.



TERCERO.- Recursos de apelación.

I.- Frente a la indicada resolución ha planteado recurso la representación de Doña Diana , Doña Graciela y Don Nemesio , por sustitución de su finado padre Don Valentín , con fundamento en los extremos que en síntesis indicamos:

Vulneración del artículo 6.2 Cc que permite la exclusión voluntaria de la ley aplicable y del artículo 464-6.1 CcCat que dispone la absoluta libertad de los herederos para efectuar la partición.

Vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre el carácter contractual del acto jurídico de la partición.

Con carácter subsidiario los litigantes habrían manifestado su voluntad de favorecer al esposo de la causante.

Improcedente declaración de que la finca de autos tenga carácter privativo de la finada debiendo mantenerse las titularidades según constan en el Registro de la Propiedad, en función del reparto que consta en la escritura de aceptación de herencia otorgada el 10 de marzo de 2011.

Resulta contraria a derecho la declaración del carácter privativo de los bienes de la finada Doña Silvia que efectúa la sentencia de instancia y en particular de los depósitos bancarios que, en todo caso, y de confirmarse la decisión de la instancia, tan solo corresponderían a la fallecida en su mitad pues los esposos eran cotitulares de las cuentas.

Con carácter subsidiario, y en el supuesto de que la Sala compartiera el criterio de la instancia, sería improcedente la condena al pago de intereses legales desde el 10 de marzo de 2011 respecto de los saldos bancarios que la sentencia declara ser privativos de la finada.

II.- También ha planteado recurso la representación de Doña Mercedes que fundamentó en los extremos que en síntesis indicamos:

La sentencia es incongruente al excederse de lo peticionado pues esta parte en su escrito de demanda reconvenicional tan solo postuló la nulidad de la escritura de 10 de marzo de 2011 y, en consecuencia, la retrocesión de la situación al momento anterior a dicha escritura.

Mostrar su conformidad con la resolución de instancia en lo que se refiere a que el matrimonio se regía por el régimen de separación de bienes y a que era posible no anular la aceptación pura y simple de la herencia, pero no así en relación al mantenimiento parcial de la partición y a que el juzgador haga su propia adjudicación de porcentajes e incluso atribuya un usufructo a quien no lo ha solicitado.

Se impugnan, en definitiva, los fundamentos de derecho segundo (excepto el régimen económico) el tercero, el cuarto y el fallo de la sentencia.

La consecuencia de declarar que el matrimonio se regía por el régimen de separación de bienes determina la nulidad total de la escritura de 10 de marzo de 2011 y no solo parcial.

Disconformidad con el fundamento de derecho tercero que estima en parte la acción de división de cosa común porque el demandante carecía de un derecho de propiedad (copropiedad) sobre la finca cuya división se pretende dado que hasta que no se produce la partición los herederos solo tienen un derecho abstracto sobre la totalidad del patrimonio del causante.

Incongruencia extra petita por tres motivos: 1) por subsanar la escritura de 10 de marzo de 2011 y distribuir a favor de los herederos de la causante la finca NUM007 y la mitad de los saldos que habían sido adjudicados a Don Valentín , 2) Por declarar que a Don Valentín le corresponde el usufructo universal de la totalidad de la herencia, libre de fianza, 3) Por declarar la validez de la escritura de compraventa del 10% de la finca NUM007 en cuya virtud Don Nemesio transmitía a su padre el 10% de la expresada finca.

Infracción de lo dispuesto en el artículo 411-3-2 CcCat , confundiendo la juzgadora el hecho de que en las operaciones particionales se diera carácter ganancial a bienes privativos con el hecho de que la causante no dispusiera de estos bienes.

CUARTO.- Incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada.

I.- El Derecho civil catalán ha mantenido el principio de Derecho Romano "Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest", que puede traducirse en el sentido de que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado.

El artículo 97 de la Compilació de Dret civil de Catalunya recogió este principio al disponer que "*La successió intestada solament podrà tenir lloc en defecte d'hereu instituit, i és incompatible amb la testada i la contractual universal*".



En términos similares se manifestaba el artículo 3 párrafo segundo de la Llei 40/1991, Codi de Successions per causa de mort, señalando que *"La successió intestada només pot tenir lloc en defecte d'hereu instituit i és incompatible amb l'heretament i amb la successió testada universal"*.

La llei 10/2008, que aprueba el libro cuarto del Codi civil de Catalunya, relativo a las sucesiones, y que es de aplicación al caso de autos, dispone en su artículo 411.3 que *"La successió intestada només pot tenir lloc en defecte d'hereu instituit, i és incompatible amb l'heretament i amb la successió testada universal"*.

Con este principio, el derecho civil catalán se apartó a lo largo de su tradición jurídica de la regla que en sentido contrario recoge el Código civil común, cuyos artículos 764 y 912.2 permiten la apertura de la sucesión intestada cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador.

II.- De ahí que consideremos necesario analizar con carácter prioritario el razonamiento de la juzgadora de instancia que tras declarar la nulidad parcial de la escritura de 10 de marzo de 2011, autorizada por el Notario Don Emilio González Bou, y concluir que la causante se hallaba casada en régimen de separación de bienes y no en el de gananciales que refiere la mentada escritura, considera que la testadora no dispuso de los bienes y saldos a los que se atribuye carácter ganancial en la escritura indicada, por lo que la juzgadora abrió la sucesión ab intestato respecto de estos bienes.

Pues bien, con independencia de que la expresada resolución resulta incongruente por *extra petita* (art. 218 LEC) puesto que ninguna de las partes litigantes la había solicitado, debe ser revocada y dejada sin efecto porque infringe la regla de la unidad del título sucesorio y de llamamiento único que caracteriza al derecho sucesorio catalán e impide que en una misma sucesión concurren herederos voluntarios y herederos forzosos.

En consecuencia, debe revocarse en su totalidad la partición y adjudicación del caudal relicto que efectúa la juzgadora de instancia (Fundamento de derecho segundo), que resulta improcedente tanto si finamente se anula como si se mantiene la mención al carácter ganancial del régimen matrimonial de la causante porque, insistimos en ello, la causante otorgó testamento válido y eficaz en el que instituyó herederos por partes iguales a sus cinco hijos, de modo que el carácter privativo o ganancial de los bienes inventariados tiene relevancia a los solos efectos de conformar el caudal relicto y de adjudicar o no al cónyuge viudo su parte en la liquidación de la sociedad de gananciales, pero no afecta al título sucesorio que es y sigue siendo el mismo, y en su virtud la testadora dispuso de la totalidad de los bienes que se acredite eran de su propiedad.

QUINTO.- Legislación aplicable a la sucesión y legislación aplicable al régimen económico matrimonial.

I.- La sentencia de instancia señala que los esposos Don Valentín y Doña Silvia tenían **nacionalidad** española común al tiempo de contraer matrimonio, y en un razonamiento de difícil comprensión, parece que concluye que teniendo la esposa vecindad civil catalana al tiempo de su fallecimiento, su matrimonio se rige por el régimen matrimonial catalán de separación de bienes, lo que la lleva a entender que *"no podían los herederos eludir vía pacto o acuerdo entre ellos, la aplicación de una norma imperativa, que impone un régimen supletorio de separación de bienes, haciendo constar el de gananciales en la escritura de 10 de marzo de 2011"*.

El razonamiento de la instancia se construye, por lo expuesto, en base a la deducción de que si Doña Silvia tenía vecindad civil catalana al tiempo de su fallecimiento, su matrimonio se regía por el régimen catalán de separación de bienes, lo que no es en absoluto cierto y debe ser rotundamente rechazado.

II.- El régimen económico matrimonial se rige por el sistema legal vigente al tiempo de su celebración y se mantiene a lo largo de toda la vida del matrimonio, salvo que sea sustituido por otro distinto por pacto o capitulaciones entre los esposos.

Frente a esta inmutabilidad (salvo revocación expresa) del régimen económico matrimonial, la vecindad civil es esencialmente mutable, pues conforme al artículo 14.5 Código civil, la vecindad civil se adquiere: 1ª Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésta su voluntad, y 2ª Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contra durante este plazo.

Lo anterior significa que, por ejemplo, un matrimonio contraído bajo el régimen legal supletorio del derecho común se sigue rigiendo por este régimen aunque los consortes cambien de lugar de residencia, pierdan su anterior vecindad civil, y adquieran una vecindad civil foral que recoja en su sistema jurídico un régimen económico matrimonial distinto del común.

III.- Por consiguiente, la vecindad civil de la causante al tiempo de otorgar testamento y su manifestación expresa de hallarse sujeta al Derecho civil de Catalunya tan solo significa que en el momento en que otorgó el indicado testamento esta era su vecindad civil, y que de mantenerse esta misma vecindad hasta el fallecimiento su sucesión se regiría por lo establecido en Catalunya.



Pero el derecho aplicable a la sucesión nada tiene que ver con el régimen económico matrimonial de la causante, sino que la determinación de cual sea este régimen deberá efectuarse conforme a reglas distintas de las propias que regulan la sucesión y que, como antes se ha explicado, no sufre alteración alguna aunque cambie la vecindad civil de los contrayentes.

SEXTO.- Régimen económico matrimonial de los consortes Don Valentín y Doña Silvia .

I.- En su redacción originaria de 1889 el Título preliminar del Código civil regulaba en el artículo 15 que la vecindad se ganaba por residencia pero establecía que *"En todo caso, la mujer seguirá la condición del marido"*.

El matrimonio contraído entre Doña Silvia , natural de Marbella, y Don Fructuoso , natural de Barcelona, se celebró en esta ciudad el día 3 de diciembre de 1950, siéndole por tanto de aplicación las reglas contenidas en la redacción originaria del Código civil.

Se indica por la parte demandada y reconviniente que al tiempo de contraer matrimonio Don Fructuoso era de vecindad civil catalana por haber nacido en Barcelona y que partiendo de este hecho, y como quiera que la esposa seguía la vecindad civil del marido ésta había adquirido la vecindad civil catalana.

Sin embargo, no es una certeza que el Sr. Fructuoso tuviera vecindad civil catalana cuando contrajo matrimonio puesto que en aquel momento contaba con tan solo 23 años de edad, y por tanto, no pudo haber adquirido la vecindad civil por residencia, y no se olvide que los menores de edad seguían y siguen la vecindad de sus padres, y nada sabemos acerca de la vecindad civil de los padres del mencionado contrayente, por lo que en consecuencia no podemos afirmar con rotundidad que Doña Silvia adquiriera la vecindad civil catalana de su marido porque no sabemos con certeza que él la tuviera.

Cierto que el artículo 14 apartado 5 establece que en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar del nacimiento pero esta disposición se introdujo en el texto articulado del título preliminar del Código civil sancionado por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, con posterioridad por tanto a la fecha de la celebración del matrimonio indicado (año 1950).

II.- Tampoco puede saberse con total certeza si Doña Silvia adquirió la vecindad civil catalana por residencia continuada durante mas de diez años porque si bien conforme a la certificación emitida por el Ayuntamiento de Barcelona figura empadronada en esta ciudad desde el 31 de diciembre de 1950 y en la renovación patronal de 1955, en el escrito de contestación a la reconvención las hijas de la finada Doña Diana y Doña Graciela refieren que su madre residía en Suiza desde el año 1960, y su hija Doña Tamara señaló al ser interrogada en juicio que su madre se fue primero a Francia y después a Suiza, por lo que no parece que completara la residencia continuada de diez años que se exige para ganar una vecindad civil (art. 15 Cc redacción originaria).

Por lo demás, según certificación del Consulado General de España en Ginebra consta que Doña Silvia figuraba inscrita en el Registro del Consulado desde el 30 de julio de 1963 (f. 234).

En consecuencia, no hay certeza absoluta de que si Doña Silvia no había adquirido la vecindad civil catalana por matrimonio con Don Fructuoso la hubiera adquirido por residencia continuada en Catalunya durante diez años.

III.- En lo que hace referencia a Don Valentín consta que nació en Madrid, y que su padre era originario de Sarroca (Lleida) (f. 348), que residió en Barcelona, y que emigró a Suiza en 1960, pero carecemos de datos suficientes que acrediten que siguiera la vecindad de origen de su padre, ni que mantuviera una residencia continuada de mas de diez años en Cataluña con posterioridad a su mayoría de edad, por lo que no tenemos certeza absoluta de que tuviera la vecindad civil catalana al tiempo de contraer matrimonio en Suiza con Doña Silvia en fecha 26 de mayo de 1989 (f. 240).

En la expresada fecha estaba en vigor la redacción del artículo 14 del Código civil anterior a la reforma operada por la ley 11/1990 en la que al regular la vecindad civil disponía que *"La mujer casada seguirá la condición del marido"*, de modo que si Don Valentín hubiera tenido la vecindad civil catalana su esposa hubiera seguido esta condición, pero ya hemos dicho que no tenemos prueba de que así fuera.

IV.- Se alega por la parte reconviniente que Doña Silvia manifestó en escritura de venta de una vivienda sita en la CALLE000 nº NUM019 - NUM020 de Vilanova i la Geltrú, de fecha 29 de noviembre de 2002, que estaba casada en régimen de separación de bienes (f. 140, doc. 8), manifestación que reiteró en la escritura de compra de la finca de autos, nº NUM007 del Registro de la Propiedad nº 2 de Vilanova i la Geltrú reseñada en la de aceptación de herencia de la finada y subsanación de la expresada escritura (f. 294).

Sin embargo, ninguna de estas manifestaciones tiene virtualidad para estimar que el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes y no el de gananciales porque se trata de una manifestación



unilateral de uno solo de los contrayentes que en absoluto podría vincular al otro, pues es evidente que una declaración de esta naturaleza precisaría del concurso de ambos para tener eficacia iuris tantum de certeza.

SÉPTIMO.- Análisis de la escritura de 10 de marzo de 2011 otorgada ante el Notario de Vilanova i la Geltrú Don Emilio González Bou.

I.- La incertidumbre acerca del régimen económico matrimonial de Don Valentín y Doña Silvia que resulta de lo antes explicado permite atribuir plena eficacia probatoria a la manifestación de los cinco hijos de la causante y del cónyuge supérstite en el sentido de que el matrimonio indicado se regía por el régimen de gananciales y no por el de separación de bienes. De un lado, la manifestación del cónyuge supérstite es relevante por ser una de las partes de las dos que conforman la relación económica matrimonial, y de otra, también lo es la de los hijos por ser los sucesores de la personalidad de la esposa fallecida.

Esta manifestación de conocimiento no infringe ninguna ley imperativa, como erróneamente se indica en la sentencia de instancia, toda vez que a través de tal expresión no se está conviniendo un régimen matrimonial distinto del que legalmente correspondiera porque ya hemos visto que no ha sido posible su determinación, sino manifestando a juicio de los comparecientes cual era el expresado régimen económico, exteriorización de conocimiento que estaban legitimados a efectuar, el esposo por sí mismo, y los hijos y herederos en la calidad indicada de continuadores de los derechos y obligaciones de la causante (art. 411.1 CcCat).

Por tanto, la manifestación fue válidamente exteriorizada por quienes podían hacerlo, ante la falta de una prueba concluyente que determinara un régimen económico distinto del señalado por los hijos y por el viudo de la causante.

III.- Lo anterior ha de llevarnos a concluir que la escritura de 10 de marzo de 2011 no queda afectada de nulidad por la manifestación expresada porque no contradice ninguna ley imperativa.

IV.- Al margen de lo anterior, parece deducirse de la declaración de Doña Mercedes que no conoció o no fue consciente en el acto de la firma de la escritura reseñada de 10 de marzo de 2011 de la trascendencia de la manifestación efectuada y de que ello suponía que el cónyuge supérstite adquiriría la mitad de las bienes de la finada por disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, lo que parece indicar que la referida parte considera que actuó mediante error.

Sin embargo, no se ejercita acción de nulidad por vicio del consentimiento y en cualquier caso, no se observa prueba indiciaria de que así fuera, a la vista de la declaración testifical de quien fue abogada de todos los hermanos Doña Susana Barba, que dio detalles precisos del modo en que se adoptó la decisión de hacer constar que el régimen económico del matrimonio era el de gananciales, y de la declaración testifical del fedatario que autorizó el acto que tomó activa participación en la gestación de la declaración expresada y que valoró su idoneidad legal.

En definitiva, el acto impugnado debe mantenerse por conformar una actuación propia en los términos del artículo 11-7 CcCat conforme al cual *"Ningú no pot fer valer un dret o una facultat que contradigui la conducta pròpia observada amb anterioritat si aquesta tenia una significació inequívoca, de la qual deiven conseqüències jurídiques incompatibles amb la pretensió actual"*.

OCTAVO.- Integración del caudal relicto de Doña Mercedes .

Con carácter subsidiario se solicitó por las reconvinientes que en el supuesto de mantener la validez de la escritura y de la consiguiente consideración de que el matrimonio se hallaba casado en régimen de gananciales, se debía excluir del inventario de bienes gananciales la finca número NUM007 , cuya división se solicitó en la demanda, por entender que se trataba de un bien privativo de la causante, e incluir la mitad indivisa de la finca número NUM016 adquirida por Don Valentín .

La pretensión tampoco puede prosperar por ser contraria a la doctrina de los actos propios antes reseñada y porque no hay prueba alguna de la certeza de ninguna de las alegaciones expresadas.

En primer lugar, respecto de la finca número NUM007 , adquirida por la finada en escritura de 5 de diciembre de 2002, porque no hay constancia de que se adquirieran en sustitución de otros bienes privativos (art. 1346.3º Cc), puesto que no la hay de que tuvieran esta naturaleza los inmuebles anteriormente enajenados por la causante que carecía de ingresos propios (f. 643, 644,645), y en cambio, obra en autos contrato privado de compraventa a nombre de los dos esposos de una de las fincas transmitidas por la esposa y aceptación de las letras de cambio para su pago por parte del Sr. Valentín (f. 626-635), que constituye indicio probatorio de su voluntad de adquirir en común.



En segundo lugar, y en relación a la inclusión de la finca NUM016 porque consta Don Valentín recibió una mitad indivisa por herencia de su hermano Don Julio y la otra mitad la adquirió con dinero procedente del pago efectuado al finado por la compañía de seguros Winterthur (f. 389).

NOVENO.- Conclusión.

Corolario de lo hasta aquí expuesto ha de ser la estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Diana , Doña Graciela y Don Nemesio que han sucedido en el procedimiento a su padre Don Valentín , y la desestimación del recurso planteado por Doña Mercedes , revocando y dejando sin efecto la sentencia de instancia.

Con revocación de lo dispuesto en la instancia, procede la íntegra estimación de la demanda principal acordando la división de la comunidad de bienes existente ente las partes como copropietarias de la finca situada en la AVENIDA000 número NUM000 , Escalera NUM001 , EDIFICIO000 , piso NUM002 , puerta NUM003 , con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, siendo el valor de la finca el de 119.888,43 euros.

Se acuerda la desestimación de la demanda reconvenzional.

DÉCIMO.- Costas.

La complejidad del caso y las dudas de derecho que inicialmente hubiera podido plantear justifican que no se haga expresa condena en las costas devengadas en ninguna de las dos instancias (art. 394 y 398 LEC).

FALLO

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la por la representación procesal de Doña Diana , Doña Graciela y Don Nemesio contra la sentencia de 29 de junio de 2015 dictada por la Sra. Juez del juzgado de primera instancia número 3 de Vilanova i la Geltrú que revocamos y en su lugar acordamos:

La íntegra estimación de la demanda principal acordando la división de la comunidad de bienes existente ente las partes como copropietarias de la finca situada en la AVENIDA000 número NUM000 , Escalera NUM001 , EDIFICIO000 , piso NUM002 , puerta NUM003 , de Vilanova i la Geltrú con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, siendo el valor de la finca el de 119.888,43 euros.

La íntegra desestimación de la demanda reconvenzional.

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Doña Mercedes contra la sentencia reseñada.

No hacemos expresa condena en las costas devengadas en ninguna de las dos instancias.

Procédase a la devolución del depósito consignado a los apelantes cuyo recurso se estima y con pérdida del depósito consignado respecto de la apelante cuyo recurso se desestima.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469 - 477 - disposición final 16 LEC), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.