



Roj: **SAP MA 666/2019 - ECLI:ES:APMA:2019:666**

Id Cendoj: **29067370052019100080**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **5**

Fecha: **30/01/2019**

Nº de Recurso: **912/2016**

Nº de Resolución: **38/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA TERESA SAEZ MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 38**

AUDIENCIA PROVINCIAL MÁLAGA

SECCION QUINTA

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. HIPOLITO HERNANDEZ BAREA

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> TERESA SAEZ MARTINEZ

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> PILAR RAMIREZ BALBOTE

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: 1ª INSTANCIA DE ARCHIDONA.

ROLLO DE APELACIÓN Nº 912/16.

JUICIO Nº 365/14.

En la Ciudad de Málaga a 30 de enero de 2.019.

Visto, por la SECCION QUINTA de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en juicio ordinario nº 365/14 seguido en el Juzgado de referencia. Interpone el recurso D. Gaspar y Dña. Zaira, representados por la Procuradora Sra. Conejo Cortés, que en la primera instancia fueron parte demandante. Es parte recurrida D. Paulino, representado por el Procurador Sr. Olmedo Cheli; y D. Ramón, representado por la Procuradora Sra. Osorio Quesada, que en la primera instancia han litigado como parte demandada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 05/02/16, en el juicio antes dicho, cuyo fallo es como sigue:

*"Que estimando la **excepción de inadecuación del procedimiento por razón de la materia**, debo acordar el sobreseimiento del presente proceso, Imponiendo a la parte actora las costas hasta la terminación de la audiencia previa al juicio, no habiendo lugar a su imposición a partir de dicho momento procesal."*

**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 este Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 11 de enero de 2.019, quedando visto para sentencia.

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



Visto, siendo ponente la lltma. Sra. Magistrado Dña. M<sup>a</sup> TERESA SAEZ MARTINEZ quien expresa el parecer del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por Dña. Zaira y D. Gaspar se formuló demanda de juicio ordinario en reclamación de su legítima, contra D. Paulino y D. Ramón , recayendo en la instancia sentencia por la que se estima la excepción de inadecuación de procedimiento opuesta de contrario. Por la representación procesal de Dña. Zaira y D. Gaspar se interpone el presente recurso de apelación contra la mencionada resolución alegando, en esencia, error en la valoración de la prueba e infracción de la normativa especial aplicable al caso enjuiciado. A su vez, por la representación procesal de D. Paulino y D. Ramón se impugna la referida sentencia únicamente en lo relativo al pronunciamiento sobre las costas ocasionadas en la instancia. Entrando a examinar el caso enjuiciado debemos señalar que por los actores se ejercita la presente acción frente a sus hermanos, en petición del pago de su legítima por la herencia de sus padres D. Jose Enrique , fallecido en Villanueva del Trabuco el día 18 de noviembre de 2010, y Dña. Coro , fallecida en Antequera el 3 de abril de 2011. Examinadas las actuaciones consta en las mismas que D. Jose Enrique otorgó testamento abierto ante Notario de Mataró el 6 de octubre de 1998, por el que legaba la legítima a sus hijos y a su nieto Luis Angel y nombraba heredera a su esposa, Dña. Coro , estableciendo una serie de normas de distribución de sus bienes para el caso de premoriencia o conmoriencia. Dña. Coro otorgó testamento abierto ante Notario de de Archidona el 18 de febrero de 2011 por el que legaba a sus hijos Reyes , Zaira , Javier , Gaspar , Emilio , Ceferino y Angustia lo que por legítima estricta les corresponda de su herencia, instituyendo como herederos universales a sus hijos Paulino y Ramón por partes iguales. Omitiendo los derechos de su ya fallecida hija, Josefina , quien había dejado un hijo, Luis Angel , nieto de la testadora.

**SEGUNDO.-** La primera cuestión que se plantea por los actores, ahora apelantes, es que los causantes ostentaban la vecindad civil catalana, lo que determinará, en su caso, la sujeción al derecho civil catalán en materia de sucesiones, en concreto le será de aplicación el Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 Diciembre, actualmente Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Se dice que la seguridad jurídica exige que las circunstancias que afectan al estado civil de las personas consten en el Registro civil y por ello se inscribe en éste lo relativo a la nacionalidad y la vecindad civil. Las normas sobre vecindad civil tienen naturaleza imperativa, de modo que la adquisición, pérdida y cambio de vecindad se rigen por las reglas establecidas en el Título Preliminar del Código civil, que no pueden ser objeto de cambio por los interesados. Sólo en aquellos casos en que la ley lo acepta, se admite la eficacia de las declaraciones de voluntad, como ocurre en los diferentes supuestos de opción ( Arts. 14.3, 4, 14.4 y 15.1 CC) y en las declaraciones de adquirir la vecindad del lugar de residencia ( Art. 14.5,1º) y de conservar la vecindad originaria ( Art. 14.5,2º CC), siempre en las condiciones y la forma establecida legalmente en las disposiciones citadas. El cambio de la vecindad civil debe realizarse siempre por alguno de los medios previstos legalmente en el Art. 14 CC; se trata de normas que, como ya se ha dicho, exigen unos requisitos que deben cumplirse de forma imperativa. Y es evidente que el cambio de vecindad civil comportará el cambio del régimen jurídico aplicable. Tal y como dispone el artículo 14 del Código Civil adquieren la vecindad civil bien en territorio de derecho común, o bien en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Sin embargo, se adquiere también la vecindad, distinta de la del lugar del nacimiento, bien por residencia continuada durante dos años en territorio de diferente legislación, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad; bien por residencia continuada durante diez años en territorio de diferente legislación, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones deberán hacerse constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas. Dicho precepto sustantivo, queda desarrollado por la prescripción de lo dispuesto en el art. 225.2º, del Reglamento del Registro Civil, que establece que, el cambio de residencia civil se produce por la residencia habitual durante 10 años seguidos en territorio de diferente legislación civil, a no ser, que antes de terminar este plazo, el interesado formule declaración en contrario. Sobre este extremo conviene significar que la declaración de voluntad expresa determinante de la adquisición (o conservación) de una determina 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 dispone *"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"*. En el presente caso no consta que se haya efectuado por los causantes y ante el encargado del Registro Civil, alguna de las declaraciones de voluntad expresa determinante de la



adquisición (o conservación) de una determina vecindad civil, ni consecuentemente consta que se haya inscrito alguna de estas declaraciones en su hoja de nacimiento. Por lo que cualquier otra declaración al respecto carece de relevancia a la hora de determinar su adquisición o cambio de vecindad civil.

**TERCERO.-** Como hemos dicho, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14.5.2.º del Código Civil la vecindad civil se adquiere por residencia continuada durante 10 años, sin declaración en contrario durante este plazo, declaración que deberá hacerse constar en el Registro Civil y no necesita ser reiterada. Lo que a su vez se recoge por una constante doctrina jurisprudencia ( Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 412/2016 de 20 Junio 2016, Rec. 1339/2014 y Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, *Sección Pleno*, Sentencia 704/2015 de 16 Diciembre 2015, Rec. 859/2014 ), según la cual, se adquiere la vecindad por la residencia continuada de 10 años "*ipso iure*", y sin necesidad de que se patentice una voluntad expresa o tácita a tal fin. Así, el elemento determinante para la adquisición de la vecindad civil en este caso es el de la residencia, identificándose el lugar de "residencia habitual" con el de domicilio civil, según el Art. 40 del CC, siendo independiente de la vecindad administrativa o de la inscripción en el padrón municipal, y así lo confirma la STS de 15 Noviembre 1991 señalando que según constante doctrina jurisprudencial emanada de la Sala, el domicilio no debe confundirse con la vecindad, según la Ley municipal, y que sólo deben merecer la calificación de principios de prueba las certificaciones del censo de población, censo electoral y padrón de habitantes, así como que el concepto de residencia habitual es una cuestión de hecho cuya apreciación compete al Tribunal de instancia; y se reitera en la STS 30 Enero 1993, con cita, a su vez, de la de 8 Marzo 1985, que las vecindades administrativas no siempre coinciden con el efectivo domicilio, teniendo escasa influencia las certificaciones administrativas que derivan de los datos del padrón municipal de habitantes, siendo el lugar de residencia habitual aquél que corresponde a la residencia permanente e intencionada en un precisado lugar debiendo tenerse en cuenta la efectiva vivencia y habitualidad, con raíces familiares y económicas. En el presente caso ninguna prueba se aporta por los actores que nos permitan conocer cuando se inició, en su caso, la residencia habitual de los causantes en territorio del derecho especial catalán, a fin de comprobar si se ha cumplido efectivamente el plazo de diez años marcado para la adquisición "*ipso iure*" de la vecindad catalana. Se aporta únicamente por los apelantes una nota simple del Registro de la Propiedad acreditativa de que en el pasado los causantes fueron propietarios de una vivienda en Mataró (Barcelona), no constando ni la fecha de su adquisición ni la de su venta a terceros. No existe ninguna otra prueba que acredite si los causantes establecieron en dicha vivienda su residencia habitual ni, en su caso, desde que momento fijaron allí su domicilio efectivo. Bien es cierto que los demandados aportan un certificado de empadronamiento de los causantes, conforme al cual éstos se empadronaron en Villanueva del Trabuco el 22 de julio de 2005, procedentes de Mataró (Barcelona), pero no consta durante cuanto tiempo de antelación a dicho cambio en el padrón, los causantes residieron o se empadronaron en Mataró o fijaron allí su residencia habitual. Por lo que debemos concluir que no consta acreditado, por falta de pruebas, que los causantes cambiaran su inicial vecindad de nacimiento por otra de residencia continuada durante mas de diez años. Lo que lleva rechazar este motivo del recurso. Por otra parte debemos señalar que, con independencia de la vecindad civil de los causantes, el procedimiento entablado no es el adecuado. Así, debe recordarse que la normativa especial catalana invocada por los apelantes, viene referida a los aspectos de los derechos sustantivos de los herederos y legitimarios y no al ámbito procesal para el ejercicio o reclamación de los mismos, cuya regulación es única a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo en aquellos aspectos que pueda verse puntualmente afectada. Así, tal y como se señala en la instancia, debe iniciarse el correspondiente procedimiento de aceptación y división de herencia, por el que se procederá a la formación de inventario y realización de las operaciones divisorias del caudal relicto y su correspondencia adjudicación (y es ésta la que se hará según la norma sustantiva que resulte aplicable), sin que hasta entonces quepa pronunciarse acerca de las cuestiones litigiosas que puedan suscitarse entre los herederos y legitimarios. Y todo ello, tal y como dispone el artículo 782 de la LEC, en consonancia con los artículos 411, 464 y demás del libro cuarto del Código civil de Cataluña, pues la acción de petición de herencia prevista en el artículo 465 de dicho texto, solo podrá ejercitarse contra quien la posee, en todo o en parte. Y dicha circunstancia no se producirá hasta en tanto no se haya aceptado la herencia y procedido a su oportuna división. Razones que llevan a desestimar este motivo del recurso entablado.

**CUARTO.-** Por los actores, ahora apelantes, se impugna también el pronunciamiento sobre las costas ocasionadas en la instancia, en cuanto que las devengadas hasta la Audiencia Previa se imponen a esta parte, sin imposición a ninguna de las parte respeto de las devengadas a partir de dicho momento procesal, por entender los apelantes que en el caso concurren dudas de hecho y derecho que determinarían su no imposición. A su vez, por los demandados se impugna también el pronunciamiento relativo a las costas causadas en la instancia, por entender que estas deben imponerse en su totalidad a los actores cuyas pretensiones han sido rechazadas, en virtud del criterio del vencimiento objetivo. En cuanto a la concurrencia de posibles dudas de hecho y de derecho alegadas por los apelante, debemos decir que el art. 394 LEC establece con carácter general en nuestro ordenamiento procesal civil el principio objetivo del vencimiento al disponer en



su apartado 1º que " las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho", aclarando el párrafo 2º del mismo apartado que "para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares". Se mantiene así el principio del vencimiento introducido en el art. 523 LEC 1881, sustituyendo la redacción de la excepción prevista en el citado artículo ( "... salvo que el Tribunal aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición"), por "salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho". En otras palabras, el legislador viene a aclarar qué debía entenderse por "circunstancias excepcionales", reconduciendo dicho concepto al de "serias dudas de hecho o derecho" y proporcionando una pauta interpretativa auténtica sobre cuando un caso puede estimarse jurídicamente dudoso. Sólo la apreciación de que el asunto enjuiciado presentaba "serias dudas de hecho o de derecho" puede justificar que el Tribunal se aparte de la regla general del vencimiento y disponga, en consecuencia, que cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, aplicando así la norma prevista para los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones deducidas. No obstante, la cabal hermenéutica de la expresión utilizada por el legislador precisa dos matizaciones: en primer lugar, las " serias dudas de hecho o de derecho" han de presentarse al Juzgado o Tribunal, es decir, no se trata de que el demandante tenga o no motivos fundados para demandar, o, dicho de otra manera, que la demanda no sea temeraria, sino de que, a la luz del material fáctico y jurídico sometido a enjuiciamiento, el caso presente para el órgano decisor serias dudas de hecho o derecho; y, en segundo lugar, la expresión, según declara la STS 13 de octubre de 2003, "como excepción a la regla del vencimiento ha de interpretarse restrictivamente, pues en otro caso se contrariaría la voluntad del legislador y la finalidad perseguida por tal norma". Como se acaba de analizar, el destinatario o sujeto pasivo de las dudas no es la parte, sino el Juzgado o Tribunal llamado a resolver. Una cosa es que la demanda, inicialmente, pudiera considerarse justificada o fundada, lo que permitiría excluir todo asomo de temeridad o mala fe, con las consecuencias que prevén los arts. 394 y 395 LEC, y otra muy distinta que, una vez realizadas las alegaciones y practicada la prueba, resten al órgano jurisdiccional dudas de hecho o derecho sobre el caso analizado, lo que deberá tender su traducción en el pronunciamiento sobre costas. Adviértase que fue el propio legislador el que, a raíz de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/84, de 6 de agosto, modificó el régimen sobre las costas procesales existente en nuestro ordenamiento procesal civil, sustituyendo el principio de temeridad por el de vencimiento objetivo y desplazando así el punto de mira desde la posición de la parte a la del Tribunal, lo que ratificó la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Pues bien, la detenida revisión de las actuaciones, en particular de las alegaciones de ambas partes y la prueba practicada, permite descartar cualquier tipo de duda sobre la improcedencia de la acción ejercitada, tal y como así se recoge en la sentencia de primera instancia y se confirma en esta alzada. En conclusión, el caso enjuiciado no presenta ni para el Juzgado ni para el Tribunal, en función de la prueba practicada, duda sobre la improcedencia de la acción ejercitada, por lo que no concurre la excepcionalidad prevista en el art. 394.1 LEC como justificativa de un pronunciamiento en materia de costas diferente al impuesto por el principio del vencimiento. Lo que llevar a desestimar este motivo del recurso entablado por la representación procesal de Dña. Zaira y D. Gaspar y, a su vez, a estimar la impugnación formulada por la representación procesal de D. Paulino y D. Ramón , debiendo imponerse a los actores, cuyas pretensiones han sido rechazadas, el pago de las costas causadas en la instancia.

**QUINTO.-** Desestimándose el recurso interpuesto por la representación procesal de Dña. Zaira y D. Gaspar , estos deberán abonar las costas ocasionadas por su recurso en esta alzada, sin pronunciamiento sobre las ocasionadas por la impugnación entablada por la representación procesal de D. Paulino y D. Ramón , todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la LEC.

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

## FALLAMOS

Que desestimándose el recurso de apelación formulado por Dña. Zaira y D. Gaspar , representados en esta alzada por la procuradora Sra. Conejo Cortés; y estimándose la impugnación entablada por D. Paulino y D. Ramón , representados respectivamente en esta alzada por el procurador Sr. Olmedo Cheli y la procuradora Sra. Osorio Quesada, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Archidona, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, excepto en el particular relativo a las costas causadas en la instancia que deberán ser abonadas por los actores, Dña. Zaira y D. Gaspar , cuyas pretensiones han sido rechazadas. Todo ello, con imposición a Dña. Zaira y D. Gaspar del pago de las costas ocasionadas en esta alzada por su recurso, sin pronunciamiento sobre las costas causadas por la impugnación entablada de contrario.



Devuélvanse los autos originales con certificación de esta sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, al Juzgado del que dimanen para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior resolución por la Iltrma. Sra. Magistrado Ponente, celebrándose audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ