

## **SAP de Álava de 10 de diciembre de 2007**

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D.Íñigo Madaria Azcoitia, Presidente, y D<sup>a</sup> Mercedes Guerrero Romeo, y D. Íñigo Elizburu Aguirre, Magistrados, ha dictado el día diez de diciembre de dos mil siete.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIANº 361/07**

En el recurso de apelación civil rollo de Sala nº 401/07, procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Amurrio, Autos de Juicio Ordinario nº 218/06, promovido por D<sup>a</sup> Marta dirigida por el letrado D. Juan Antonio Bascones Urdampilleta y representada por el procurador D. Francisco José del Bello Martín, frente a la sentencia dictada en fecha 11.04.07, siendo parte apelada D<sup>a</sup> Marcelina Y D<sup>a</sup> Laura dirigidos por el letrado D. Alfonso María Elejalde Cuadra y representados por la procuradora D<sup>a</sup> Concepción Mendoza Abajo; y Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Mercedes Guerrero Romeo.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Amurrio se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice: "Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. De Miguel en nombre y representación de Dña. Marta contra Dña. Laura y Dña. Marcelina y NO HA LUGAR A DECLARAR:

a) Que los testamentos abiertos notariales otorgados por Dña. Consuelo en fechas de 25 de noviembre de 2002 y 18 de octubre de 2004, ante los Notarios D. Marcos Prieto Ruiz y D. José María de la Peña Cadenato, a los números 1.459 y 358 de sus respectivos Protocolos, son radicalmente nulos.

b) Que los testamentos abiertos notariales otorgados por D. Jose Augusto en fechas de 25 de noviembre de 2002 y 18 de octubre de 2004, y 2 de marzo de 2005 ante los Notarios D. Marcos Prieto Ruiz y D. José María de la Peña Cadenato, a los números 1.459 y 358 y 188 de sus respectivos Protocolos, son radicalmente nulos.

c) Que como consecuencia de las precedentes declaraciones, son asimismo nulos los actos y negocios jurídicos contenidos en los siguientes instrumentos públicos:

1.- La escritura de Manifestación y Adjudicación de la herencia testada de Dña. Consuelo, otorgada por D. Jose Augusto, el día 2 de marzo de 2005, ante el Notario D. José María de la Peña Cadenato, al número 189 de su Protocolo.

2.- La escritura de donación otorgada por d. Jose Augusto a favor de su nieta Dña. Marcelina, el día 2 de marzo de 2005, ante el Notario D. José María de la Peña Cadenato, al número 190 de su Protocolo.

3.- La escritura de Autoposesión y Legado y Compraventa de vivienda otorgada por Dña. Laura y la entidad "Mendiko Alde Sociedad Cooperativa" el día 25 de mayo de 2006, ante el Notario D. José María de la Peña Cadenato, al número 822 de su Protocolo.

d) Que como consecuencia de las precedentes declaraciones son asimismo nulos cualesquiera otros actos y negocios jurídicos que tuvieran por causa tanto las disposiciones testamentarias contenidas en los apartados "a)" y "b)" precedentes, como los actos y negocios jurídicos descritos en el apartado "c)" precedente.

No ha lugar a condenar a Dña. Laura y Dña. Marcelina a estar y pasar por las declaraciones de nulidad pretendidas.

En su consecuencia y sin perjuicio de las consecuencias resultantes de un eventual pronunciamiento revocatorio de la presente por parte de la Audiencia Provincial, no ha lugar - caso de que la presente se haga firme por ausencia de recurso -¿ a librar mandamiento al Registro de la Propiedad de Amurrio a efectos de anular y dejar sin efecto las inscripciones que tienen su causa y origen en los tres subapartados del apartado "c)" de las peticiones declarativas.

Dada la desestimación de la demanda las costas deben ser impuestas a la parte actora".

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación de D<sup>a</sup> Marta, recurso que se tuvo por interpuesto mediante providencia de fecha 08.06.07; dando traslado a las partes por diez días, para alegaciones, presentando la representación de D<sup>a</sup> Marcelina y D<sup>a</sup> Laura escrito de oposición al recurso presentado de contrario elevándose, posteriormente, los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, mediante proveído de 10.07.07 se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose, turnándose la Ponencia. Por proveído de 10.10.07, no estimándose por la Sala la prueba Documental a que hace referencia el Apelante en su escrito de formalización del recurso de apelación como tal prueba documental, se señala para deliberación, votación y fallo el día 4 de diciembre de 2007.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- La actora impugna la sentencia de instancia que desestima sus pretensiones volviendo a reiterar los argumentos expuestos en el escrito de demanda. A lo largo del procedimiento viene manteniendo que sus padres adquirieron la vecindad civil del

territorio común *ex art. 14 CC* al haber trasladado su residencia desde Amurrio a la Ciudad de Vitoria, donde permanecieron desde mediados desde el año 1987 hasta 2003. Mantiene que al haber adquirido dicha vecindad por el transcurso del tiempo (más de diez años), los testamentos que otorgaron en fechas 25 de noviembre de 2.002 y 18 de octubre de 2.004 son nulos, así como el otorgado por D. Jose Augusto el día 2 de marzo de 2.005, y todos los actos y negocios jurídicos efectuados por el causante en la citada fecha. También el efectuado por la codemandada Laura y la entidad "Mendiko Alde Sociedad Cooperativa" el día 25 de mayo de 2.006. Y todo ello porque los causantes otorgaron sus actos de última voluntad acogándose a la legislación especial de la Tierra de Ayala sin tener adquirida dicha vecindad. Añade que los expedientes de "conservación de la vecindad civil" del Fuero de Ayala vienen a corroborar que los causantes o bien la habían perdido, o bien no la tuvieron nunca dados los términos invocados, si los interesados residían en Amurrio no era necesario instar este expediente para conservar la vecindad civil.

En cambio, en el lado contrario, las codemandadas alegan que los causantes no residieron en Vitoria de forma habitual, solo acudían a ésta Ciudad cuando necesitaban cuidados médicos, pasaban largas temporadas en Amurrio en la casa de su hija Laura, prueba de ello son los bajos consumos energéticos de agua, gas y electricidad habidos en la vivienda de Vitoria. El expediente de conservación de la vecindad tenía como finalidad, según las codemandadas, evitar situaciones como la de la litis. Por último, alegan que en el caso de que se pudiera estimar la pérdida de la vecindad aforada, los testamentos y demás negocios jurídicos no estarán viciados de nulidad absoluta, en todo caso, cabría articular por la actora la acción de complemento de la legítima.

En el escrito de recurso la actora alega error en la valoración de la prueba, considera que la juzgadora ha dado demasiada importancia a los consumos de agua, luz y gas de la vivienda de Vitoria, calificándolos de "extraordinariamente bajos", de lo que deduce que los causantes no residían de forma habitual en ésta Ciudad, omitiendo la valoración conjunta del resto de las pruebas, no tiene en cuenta que los causantes eran personas mayores, que vivían solas, sus necesidades son muy distintas; tampoco tiene en cuenta las declaraciones de los testigos, en especial del administrador de la Comunidad de Vecinos de la vivienda de Vitoria; los informes médicos que acreditan los problemas de salud de los causantes y las frecuentes visitas médicas en Vitoria; el lugar de cobro de la pensión; y la propia certificación del Ayuntamiento de Amurrio dónde se expresa que los causantes "han residido al menos los últimos veinte años y por temporadas en el domicilio sito en la CALLE000 n° NUM000. NUM001 ", que viene a corroborar que no residían de forma habitual en Amurrio. De la conclusión extraída en cuanto a la residencia de los causantes depende la cuestión planteada de fondo, la nulidad de los testamentos y demás negocios jurídicos, de ahí la importancia que el recurso da a esta primera cuestión.

En el asunto que enjuiciamos resulta fundamental, con carácter previo al examen del fondo del asunto, la determinación de la vecindad civil de los causantes, pues la sujeción a un derecho foral o al derecho civil común, podría comportar resultados diferentes en cuanto a la validez y eficacia de la sucesión instaurada.

La adquisición por residencia exige: a) la residencia continuada de 10 años, b) la no existencia de declaración en contrario, que conste en el Registro Civil, durante ese plazo, bastando que se haga en una sola ocasión, pues no necesita ser reiterada. Éste es

el caso más frecuente de adquisición derivativa de una vecindad civil: cuando una persona cambia de domicilio solamente conservará su vecindad civil anterior si expresamente lo declara y hace anotar en el Registro Civil.

SEGUNDO.- La recurrente pretende desmontar el análisis realizado por la juez, pretendiendo que la Sala valore la prueba de forma diferente y acorde a sus propios intereses, olvidando las reglas que rigen la valoración en segunda instancia. La prueba practicada al respecto es sumamente amplia, anticipamos que el análisis que realiza la juzgadora nos parece exhaustivo y acertado, las conclusiones a las que llega son perfectamente lógicas. Al respecto esta misma Sala ( por todas SS 11-7-05 ) viene diciendo que aunque la apelación es un juicio revisorio sobre la ponderación probatoria y la aplicación del derecho en la primera instancia... sin embargo no se trata de sustituir la valoración probatoria por otra, sino de comprobar si la ponderación realizada se aleja de las reglas de la lógica, de la experiencia o de los postulados científicos; si el razonamiento fáctico y jurídico de la sentencia es absurdo, ilógico, arbitrario o manifiestamente erróneo y si no concurre alguna de estas circunstancias es de respetar el criterio del Juzgador. Cuando se alegue, por otro lado, una equivocación en la valoración de la prueba, habrán de tenerse en cuenta las limitaciones de la Sala respecto de pruebas que dependen de la percepción sensorial como son las declaraciones de los testigos, las de las partes, que sólo parcialmente colma el sistema de gravación (puesto que no se ven los gestos de las personas, solo se cumple parcialmente la inmediatez) lo que conlleva el mantenimiento del criterio del Juzgador salvo que se produzca un defecto en el juicio o en el razonamiento de lo que hemos expuesto.

La juez de instancia da especial importancia a los consumos de agua, electricidad y gas en la vivienda de Vitoria, consumos especialmente bajos según indica la sentencia. La Sala corrobora esta apreciación, los causantes eran personas mayores que no siguen un ritmo activo de vida, quizás no se duchen todos los días, pero lo que no nos creemos es que no pongan la calefacción todos los días en invierno, este consumo debería ser superior al de una familia con miembros jóvenes, las personas mayores están más tiempo en casa y necesitan más calor, se mueve menos. Estos consumos deben interpretarse conjuntamente con el resto de las pruebas, no se pueden aislar del resto, la Sala concluye que la valoración se realiza de forma correcta. La codemandada Laura declaró que en su casa de Amurrio convivían su familia con sus padres, lo que resulta perfectamente factible. El certificado del Ayuntamiento acredita que los causantes estuvieron empadronados en Amurrio desde 1.987 hasta su fallecimiento, nunca estuvieron empadronados en Vitoria. Todos los años realizaban su declaración de Renta en Amurrio, en este municipio tenían su domicilio fiscal. La oficina del Censo Electoral certifica que estuvieron inscritos en Amurrio, en este municipio votaban. En el Documento Nacional de Identidad constaba el domicilio de Amurrio. El certificado de "Previsora Bilbaína" con la que tenían contratada una póliza para gastos de entierro y funeral figurando como domicilio el de Amurrio. Por último, debe tenerse en cuenta que todos los testamentos y escrituras públicas otorgadas se realizaron en Amurrio.

Frente a estas pruebas la actora presenta otros documentos que vienen a decir que los causantes tenían su domicilio en Vitoria, el certificado remitido por la Dirección de Contratación Sanitaria, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y el remitido por la Diputación Foral de Álava, servicio de Recursos Humanos, estos documentos acreditan que los causantes frecuentaban médicos en Vitoria y que en esta Ciudad

realizaban algunas gestiones de su vida habitual, pero no podemos valorar esta prueba excluyendo las anteriores para concluir que su vecindad era la común.

La juez no tiene en cuenta el testimonio del Sr. Luis Manuel, a cuya declaración da especial importancia la recurrente así como al doc. nº 7 de la demanda que se redactó por el testigo para presentarlo en el juicio, siendo esta una apreciación particular realizada bajo el principio de la inmediación que debe respetarse puesto que no existe otra razón para darle la importancia que pretende la recurrente. Y lo mismo cabe decir respecto de la valoración de las declaraciones del resto de los testigos, todos ellos parientes de los causantes, sus declaraciones no pueden llevarnos a la plena convicción de que residieron en Vitoria de forma continuada, lo lógico es que los vieses de vez en cuando, cuando ocupaban el piso de Vitoria. No se ha practicado una única prueba testifical, junto a los testigos propuestos por la parte actora también declararon los traídos por las codemandadas que vinieron a decir lo contrario, reiterando que los causantes habitualmente residían en Amurrio.

Correspondía a la actora probar que los causantes trasladaron su residencia a Vitoria y que vivieron allí de forma continuada durante más de diez años, *ex art. 217 LEC*, sin embargo, las pruebas aportadas al respecto son más bien escasas, no podemos dar por probado este hecho solo porque constase su domicilio en Vitoria en algunos organismos oficiales, Dirección Sanitaria, Instituto Nacional de la Seguridad Social y Diputación Foral. Los padres de la actora pasaban largas temporadas en Vitoria por motivos diversos, pero también residían temporadas en Amurrio, en este municipio votaban, realizaban su declaración de Renta, realizaban sus testamentos y actos de última voluntad, su voluntad era, además, mantener esta vecindad civil, prueba de ello es que en el año 2.004, y para evitar problemas como el presente, se dirigen al Registro Civil con la voluntad de mantener la vecindad Ayalesa. Este acto tampoco podemos interpretarlo de la forma que pretende la parte actora.

En conclusión, la Sala considera que la juez de instancia valoró de forma correcta la prueba y que no ha quedado demostrado que los causantes D<sup>a</sup>. Consuelo y D. Jose Augusto adquiriesen la vecindad civil común antes de fallecer, al contrario, su residencia habitual continuaba siendo la de Amurrio, ellos se sentían mas vinculados a este municipio, y prueba de ello es que pretendieron conservar la vecindad Ayalesa y testar conforme al derecho de ésta tierra. Es cierto que temporalmente residieron en Vitoria, que en esta Ciudad acudían al médico, que también aquí tenían domiciliada la pensión, pero estos actos no son suficientes para perder la vecindad cuando existen otros igual de importantes que acreditan lo contrario unido a su voluntad de mantener la vecindad de la Tierra de Ayala. Todo esto significa que el testamento y negocios jurídicos otorgados por los causantes impugnados en la demanda son válidos ya que se realizaron bajo el fuero del territorio ayalés, teniendo los causantes la vecindad foral de este territorio.

TERCERO.- Que las costas de esta instancia se abonarán por el recurrente *ex art. 394 y 398 LEC*.

## **FALLAMOS**

DESESTIMAR el recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Marta representada por el procurador Sr. Del Bello contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 1 de Amurrio en el procedimiento Ordinario n<sup>o</sup> 218/06, CONFIRMANDO la misma; y con expresa imposición de costas al recurrente.

Frente a la presente resolución no cabe interponer recurso ordinario de clase alguna.

Con certificación de esta sentencia remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.