

## **SAP de Bizkaia de 25 de noviembre de 2008**

En Bilbao, a veinticinco de noviembre de dos mil ocho.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, el procedimiento PRO.ORDINARIO L2 65/04, procedente del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE GETXO y seguido entre partes: Como apelante Serafin representado por el Procurador Sr. Legórburu Ortiz de Urbina y dirigido por la Letrado Sra. Egaña Oyarzábal y como apelada que se opone al recurso Reyes representada por la Procuradora Sra. Miral Oronoz y dirigida por el Letrado Sr. Lampreabe Martínez.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 20 de Abril de 2007 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Alfonso Legorburu Ortiz de Urbina, en nombre y representación de D. Serafin contra Dña. Reyes, deboABSOLVER Y ABSUELVO a la citada demandada de los pedimentos formulados de contrario.

Se imponen las costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el n° 724/07 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

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

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO OLASO AZPDIROZ.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpuso demanda por D. Serafin en la que, al haber sido apartado de la herencia de su señora madre D<sup>a</sup> Marí Jose en el testamento otorgado por esta el día 23 de Mayo de 1.997, solicitaba la nulidad de dicha disposición testamentaria por haberse atribuido la testadora la condición de aforada vizcaína, lo que le permitía someterse a la Ley Civil Foral del País Vasco para regir su sucesión hereditaria, cuando realmente, a la indicada fecha y según mantenía el demandante, estaba sometida al régimen común por cuanto que no había obtenido todavía la vecindad civil en territorio aforado (Guecho) ni de forma expresa conforme al *artº 14-5-1º del Código Civil*, ni de forma tácita, *artº 14-5-2º* del mismo texto; a lo que se opuso la demandada D<sup>a</sup> Reyes, hermana del actor y beneficiaria del testamento impugnado, que mantuvo que su madre y causante había accedido a la vecindad civil foral en virtud de su residencia habitual y continuada en el municipio de Guecho y, en concreto, en su domicilio de la calle Satistegui de Algorta durante más de diez años.

En definitiva, lo que es objeto de discusión por las partes es el hecho de la vecindad civil de la causante de la última de las formas citadas (*artº 14-5-2º Código Civil*), por residencia continuada en el municipio de Guecho durante 10 años, antes del otorgamiento del testamento que nos ocupa, lo que la sentencia de instancia entiende acreditado, con oposición y discrepancia de la parte recurrente.

SEGUNDO.- Es un hecho admitido por las partes que D<sup>a</sup> Marí Jose era natural de Eibar y que se trasladó a San Sebastián donde, ya viuda, residía en un piso de la calle DIRECCION000, nº NUM000; el testamento cuya nulidad se discute se otorgó el 23 de Mayo de 1.997, por lo que lo único que hay que determinar, conforme a las pruebas practicadas por las partes, es si esta señora se trasladó a Guecho para vivir ya de forma continuada en dicho municipio antes del día 23 de mayo de 1987.

En contra del criterio de la Juzgadora de instancia, no hay pruebas concluyentes sobre ese particular, habiéndolas por el contrario y de forma abundante en sentido adverso, esto es, que después del 23 de mayo de 1987 D<sup>a</sup> Marí Jose seguía teniendo su residencia habitual en Donosti, sin perjuicio de eventuales y hasta prolongadas visitas al domicilio de su hija Reyes en la calle Satistegui de Guecho.; a este respecto, conviene recordar que el *artº 14-5-2 del Código Civil* habla de "residencia continuada de diez años" y el *artº 225 del Reglamento del Registro Civil*, de "residencia habitual durante diez años seguidos".

En efecto, D<sup>a</sup> Reyes marca el inicio de la residencia de su madre en Guecho en la fecha del nacimiento del hijo de aquella, Valeriano (véase último párrafo del hecho primero de la contestación a la demanda); ese niño nació el día 4 de mayo de 1987 (certificado de nacimiento al folio 245), habiendo sido muy posible que naciera en Cruces, aunque figure San Sebastián como lugar de nacimiento, en atención a las explicaciones que su madre y el ginecólogo que le atendió, Sr. Aurelio dieron en el acto del juicio; pero lo que ocurre es que, con independencia de esa manifestación de todo punto interesada (pues se juega ni más ni menos que la validez de un testamento muy sustancioso en términos económicos) y que, en consecuencia, hay que poner en tela de juicio en tanto que no esté respaldada por otras pruebas, no existe ningún dato objetivo que nos revele de forma palmaria y creíble que la Sra. Marí Jose abandonó de forma definitiva su

domicilio en DIRECCION000 para trasladarse de forma "habitual" y "continuada" (términos legales) a Guecho desde, como mínimo, el 23 de mayo de 1987; con independencia de los testimonios de dos vecinas de D<sup>a</sup> Reyes en el inmueble de la calle Sastegui las que, además, incluso perjudican dicha tesis pues, por ejemplo, la testigo Graciela manifestó en el juicio que no sabe desde cuando vivía D<sup>a</sup> Marí Jose en Guecho, "aunque sí desde hace 16 años antes de ahora"; teniendo en cuenta que realizó esa manifestación en el juicio celebrado en septiembre de 2004, si retrocedemos 16 años nos situamos en septiembre de 1988; y la testigo D<sup>a</sup> María Rosa, que parece ser una amiga de D<sup>a</sup> Reyes vecina de Zaragoza, dijo en el juicio que madre e hija vivían juntas en Guecho desde 1988.

De otra parte, el alta de la Sra. Marí Jose en el Igualatorio Médico Quirúrgico de Bilbao tuvo lugar en junio de 1988; y la primera vez que le atendió el ginecólogo Don. Aurelio, con consulta en Bilbao fue en 1988, como el mismo certificó (folio 222) y ratificó en el acto del juicio concretando que fue a finales de ese año; dándose la circunstancia que ese mismo año, concretamente el 13 de Mayo de 1.988 también fue sometida a revisión en el Instituto Oncológico de San Sebastián, lugar en que había sido operada en el año 1986 y antes en el año 1982, como reza el certificado obrante al folio 246.

Por tanto, los documentos que revelan que la Sra. Marí Jose podía estar, tal vez, definitivamente en Guecho a partir de 1988 no nos sirven para tener por probada la vecindad civil foral antes del testamento impugnado pues, como se ha dicho, se tenía que demostrar que fue como mínimo desde el 23 de mayo del año precedente.

Por el contrario, las pruebas que en esta fecha, e incluso en los años siguientes, la causante seguía teniendo su domicilio en territorio común, San Sebastián, son mucho más contundentes, sea por vía directa, sea por presunciones muy a tener en cuenta. Por vía directa:

a) porque ella misma lo dijo ante fedatario público en el testamento otorgado en San Sebastián el 15 de marzo de 1994 (folio 122); b) porque sus declaraciones de renta y de patrimonio correspondientes al ejercicio de 1.993 las presentó ante la Hacienda Foral de Guipuzkoa (folios 91 y 103), que es la obligación legal conforme a la normativa fiscal de las personas que viven más de la mitad de año en ese territorio.

Asimismo por vía presuntiva, en virtud de los siguientes datos apreciados todos ellos en su conjunto:

a) porque no se ha acreditado que tuviera ninguna cuenta corriente o depósito abierto en Guecho, ni siquiera en Vizcaya, manteniendo todas abiertas en San Sebastián (Folio 104).

b) porque las comunicaciones y envío de correo relacionados con los seguros contratados con Helvetia los remitía esta Compañía al domicilio de San Sebastián desde 1.991 hasta 1.995 en que, a petición de la Sra. Marí Jose, se enviaron a Guecho. (folio 248).

c) porque entre los años 1993 a 1995 seguían de alta en el listín telefónico de San Sebastián el teléfono de la casa de DIRECCION000.

d) porque el detective D. Adriano certificó (folio 250) y mantuvo en el juicio que el domicilio o residencia habitual de la Sra. Marí Jose estaba en San Sebastián como

mínimo hasta el año 2000, a cuya conclusión llegó por las gestiones que dijo haber efectuado en el entorno de la DIRECCION000, nº NUM000, tiendas, vecinos, bancos, etc.

e) porque en el año 1.993 esta señora interesó la instalación de un servicio de telealarma para ese domicilio (folio 247).

f) porque constaba censada en San Sebastián hasta 1995, pasando a estar empadronada en Guecho a partir de ese año.

g) porque las fotos en que aparece con sus hija y nieto y corresponden a su casa de San Sebastián (folio 261 y 262) están datadas en octubre de 1987 y mayo de 1998 (esta última, en el primer cumpleaños de su nieto).

h) porque la testigo D<sup>a</sup> Marí Trini, que era empleada de hogar de su hijo Serafin en San Sebastián, manifestó que en ocasiones le llevaba a la hija de éste a su casa de DIRECCION000 para que pudiera verle; reconociendo las fotos antedichas.

Ciertamente, alguno de los extremos anteriores, puntualmente considerados, podrían no ser suficientes para entender probado que la Sra. Marí Jose seguía viviendo en San Sebastián; pues, por ejemplo, pudo seguir de alta en Telefónica sin vivir ya en el piso de DIRECCION000, o disponer que el correo se le siguiera enviando allí pasando periódicamente a recoger las cartas, etc.; pero, apreciando la situación en su cómputo global, la misma conduce a la fuerte presunción, lindante con la certeza absoluta de que, con posterioridad a mayo de 1987, la causante seguía viviendo habitualmente en Donosti y ello, tanto en consideración a las circunstancias que se acaban de poner de manifiesto cuanto que, en sentido inverso, no se aporta dato probatorio medianamente serio de que la Sra. Marí Jose mudó definitivamente su domicilio habitual a Guecho antes del 23 de mayo de 1987.

TERCERO.- Teniendo en cuenta la antedicha situación fáctica, procede referirse a la jurídica: ciertamente, el *artº 54* del Derecho Civil Foral del País Vasco contempla la figura del apartamiento de los sucesores forzosos; mas la propia *Ley Foral señala en su artículo 12*, que la misma sólo es aplicable a los vizcaínos aforados o infanzones, esto es los que tengan su vecindad civil en territorio aforado, el cual está descrito en los *artículos 5 y 6* del propio texto legal.

Ya hemos indicado más arriba que la vecindad civil se adquiere de forma expresa o tácita en las formas que regula el *artº 14-5 del Código Civil* y que, defendiéndose por la demandada D<sup>a</sup> Reyes que su madre, la causante, había obtenido la vecindad en territorio aforado por residencia continuada de diez años en el mismo, tal circunstancia no ha sido acreditada sino que las pruebas y datos aportados revelan lo contrario.

Las anteriores consideraciones conducen a la irrelevancia, en este caso, de lo dispuesto en el *artº 675 del Código Civil* cuando señala que "toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras....." o que "...en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador...", ya que, en criterio de este Tribunal y en base a lo que reiteradamente venimos exponiendo, no hay serias dudas sobre cuál era el domicilio habitual y continuado de D<sup>a</sup> Marí Jose después de mayo de 1987 y durante un tiempo cuya extensión, mayor o menor, a partir de esa

fecha ya no interesa pues en ningún caso sería suficiente para obtener una vecindad civil que validara el testamento de mayo de 1997.

En resumen, la causante contravino lo preceptuado en el *artº 14-1 del Código Civil* : "La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil", precepto que hay que poner en relación con el *artº 6-3* del mismo texto: "Los actos contrarios a las normas imperativas.....son nulos de pleno derecho...", y con el *artº 6-2* : "La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando.....no perjudiquen a terceros".

La ley aplicable a la causante era el *Código Civil que prevé el sistema de legítimas a los herederos forzosos (artº 806 y siguientes)*, excluye en principio la desheredación (*artº 848 y siguientes*) y por supuesto no contempla la figura del apartamiento sin causa, ley que D<sup>a</sup> Marí Jose excluyó voluntariamente en su testamento en perjuicio de su hijo D. Serafin, lo que en consecuencia provoca la nulidad de aquél.

CUARTO.- Procede confirmar la resolución recurrida en cuanto a la desestimación del extremo nº 4 del suplico de la demanda, ya que no hay prueba de que el actor sea propietario de los cuadros que se identifican en el mismo, ni tampoco de que la demandada se los haya apropiado de forma ilícita en perjuicio de su hermano.

QUINTO.- Habiéndose estimado en parte el recurso de apelación, con estimación sólo parcial de la demanda, no ha lugar a un singular pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias (*artº 394 y 398 LEC*).

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

### **FALLAMOS**

Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Serafin contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Guecho en el procedimiento ordinario nº 65/04 del que este rollo dimana, revocamos dicha resolución; y, estimando en parte la demanda promovida por el citado recurrente, declaramos nulo e ineficaz el testamento otorgado por D<sup>a</sup> Marí Jose el día 23 de mayo de 1997 ante el Notario de Castroudiales D. José Graiño Ferreiro con el nº 1.310 de su protocolo y condenamos a D<sup>a</sup> Reyes a estar y pasar por la anterior declaración y a restituir a la masa hereditaria los bienes que, habiendo pertenecido a la citada causante, haya podido percibir en virtud del testamento cuya nulidad se declara.

No efectuamos una singular imposición de las costas de ambas instancias a ninguna de las partes.

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