

SAP de Bizkaia de 31 de mayo de 2007

En Bilbao, a treinta y uno de mayo de dos mil siete.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, el procedimiento PRO.ORDINARIO L2 27/05, procedente del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Getxo y seguido entre partes: Como apelante Amelia y Alicia representadas por el Procurador Sr. Martínez Guijarro y dirigidas por la Letrado Sra. Arce Cordero y como apelada que se opone al recurso Aurora representada por el Procurador Sr. Bartau Rojas y dirigida por el Letrado Sr. Rodríguez Eguia.

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 19 de Diciembre de 2005 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando la demanda presentada por el Procurador Sr. Martínez, en nombre y representación de Dña. Amelia y Dña. Alicia, contra Dña. Aurora, debo absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones deducidas en contra suya; todo ello con imposición de 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 nº 243/06 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 AZPIROZ.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El objeto del presente pleito radicaba en la pretensión de las hermanas Dª Amelia y Dª Alicia, hijas de D. Rodrigo fallecido en Enero de 2004, que se declarara la nulidad del testamento otorgado por este el 25 de Febrero de 1.999, al haberse dispuesto

conforme a las normas del derecho civil común, testamento en el que legaba el tercio de libre disposición a la demandada D^a Aurora, última compañera sentimental del difunto; cuando, según mantenían las actoras, su padre seguía conservando en aquél momento la vecindad civil foral consecuenta a ser vecino de Guecho, ya que no había cumplido la residencia continuada de diez años en Bilbao que exige el *artº 14-5 del Código Civil* para adquirir la vecindad civil en dicha ciudad; interesando, en definitiva, que se declarara la vigencia del testamento dispuesto por el referido causante, con arreglo a la legislación civil foral, con fecha 17 de Mayo de 1.990, en el que nombró únicas y exclusivas herederas a las citadas demandantes.

Subsidiariamente, solicitaban las actoras que se les declarara las únicas herederas forzosas de su finado padre con derecho a una legítima de los cuatro quintos de la herencia y con derecho a que se les adjudiquen los bienes troncales.

La sentencia dictada por el Juzgado de instancia, entendiendo que, con arreglo a la prueba practicada, existen dudas sobre cual era la verdadera residencia de D. Rodrigo (Guecho o Bilbao) en los años inmediatamente anteriores a Marzo de 1.991 en que causó baja en el padrón municipal de Guecho, se acogió a la determinación residual de la vecindad civil conforme al lugar del nacimiento, en este caso Bilbao (*artº 14-6 del Código Civil*), y desestimó la demanda.

SEGUNDO.- El recurso de apelación que contra la referida sentencia interpusieron D^a Amelia y D^a Alicia debe de ser estimado.

Este Tribunal, en contra del criterio del Juzgador de instancia, entiende que pocas dudas puede haber de que D. Rodrigo no había adquirido todavía la vecindad civil común cuando otorgó el día 25 de Febrero de 1.999 el testamento impugnado, a la vista de que, cuando el 17 de Mayo de 1.990 otorgó el testamento anterior, señaló expresamente ante el Notario que lo autorizó, (*cláusula o alegación segunda*) : "Que por su continuada vecindad en anteiglesia más de diez años, se halla sometido a la Compilación Foral Civil Vizcaína", añadiendo en el encabezamiento de dicho documento ser vecino de Guecho, CALLE000, nº NUM000.

Dicho reconocimiento expreso por parte del propio causante minimiza la fuerza probatoria de la declaración testifical de las personas presentadas por la parte demandada, de la que se pretende sacar la conclusión de que la residencia habitual de D. Rodrigo en aquella época estaba en Bilbao; impresión que tampoco se obtiene con la certeza necesaria, ya que una cosa es compartir cuadrilla e ir de vinos por Bilbao de vez en cuando o que D. Rodrigo acudiera ocasionalmente a determinado bar de dicha ciudad (que es lo que en definitiva nos vienen a decir dichos testigos) y otra cosa muy distinta es que su residencia habitual fuera esa; residencia que, según los testigos de la parte actora, era Guecho la mayor parte del año, personas en las que este ponente aprecia más contundencia y credibilidad en sus afirmaciones que en las vertidas por los testigos de la demandada.

Y, a mayor abundamiento, el Ayuntamiento de Bilbao certifica que D. Rodrigo no se dio de alta en el padrón municipal de dicha ciudad hasta el 22 de Enero de 1.993 "...por inmigración de Guecho...", habiendo figurado de alta en Guecho hasta el padrón general de 1 de Marzo de 1.991; si bien es cierto que los datos del padrón no son determinantes por sí solos para acreditar una residencia efectiva, no hay duda de que son significativos si se ponen en relación con el resto de los datos o pruebas con los que se cuenta.

Y, en el presente caso, considerando todos los extremos que se acaban de señalar, sobre todo el "acto propio" del causante D. Rodrigo sobre su residencia en el testamento de 1.990, no se ha demostrado de forma contundente por la demandada que el día 25 de Febrero de 1.999 dicha persona había obtenido la vecindad civil en Bilbao por haber residido en dicha ciudad durante más de 10 años.

TERCERO.- Sentado lo anterior, lo que resta por decidir es si el testamento otorgado, bajo la normativa civil común, en la indicada fecha es plenamente nulo, reviviendo el anteriormente dispuesto en el año 1.990 o, por el contrario, procede conservar a D^a Aurora al menos la quinta parte de la herencia, esto es, lo que rebasa la legítima estricta foral, en atención a la voluntad del causante, expresada en el testamento impugnado, de que D^a Aurora le sucediera también en parte de sus bienes.

La decisión no es dudosa, a la vista de la doctrina jurisprudencial existente al respecto, que se decanta sobre la nulidad total del testamento otorgado bajo un régimen normativo distinto al del causante si con ello se perjudican los intereses de terceros, reavivándose en su caso la eficacia de un testamento anterior.

Y así, en la sentencia dictada por este mismo Tribunal con fecha 19 de Febrero de 2001 (El Derecho 2001/4910), decíamos lo siguiente:

"La testadora, contraviene lo preceptuado en el citado *art. 14.1º C.c.*,(*art. 6.3 Cc.*); excluye de forma voluntaria la ley aplicable, en perjuicio de terceros(*art. 6.2º del C.c.*) e incluso pudiera hablarse de un fraude de *ley*,(*art. 6.4 EDL 1889/1*) pues en contra de lo establecido en los anteriores testamentos, el súbito sometimiento a la legislación foral, no parece tener otro motivo que el apartar sin necesidad de justificación a sus dos hijos de su herencia (en este sentido S.. TS de 5-4-94).

Por ello, el testamento de fecha 4-4-1990, otorgado conforme a la legislación civil foral vizcaína carece de valor y eficacia alguna, siendo irrelevante en el supuesto de autos el sostener una parcial validez del mismo una vez se respetaran las legítimas pues lo cierto es que no es un testamento perfecto a los efectos de los dispuesto en el *art. 739 C.c.*, careciendo de eficacia revocatoria del anterior testamento abierto otorgado en Durango el 30.03.1976, testamento que habrá de declararse válido y eficaz a todos los efectos, por haberse otorgado conforme a la vecindad de la testadora y ser conforme a derecho....."

En el mismo sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de Abril de 1.994 (El Derecho 1994/2950), Fundamento jurídico noveno, se señala:

".....ha de concluirse, sin género alguno de duda, que la vecindad foral vizcaína que, en la insólita forma ya dicha, dijeron adquirir a la avanzada edad de 76 y 75 años de edad, respectivamente, careciendo de patrimonio rústico alguno (caserío y sus pertenecidos) que desearan concentrar en uno solo de sus herederos, no tuvo otra finalidad que la de, acogiéndose a dicha aparente vecindad foral vizcaína (ley de cobertura), eludir la aplicación de la *ley sucesoria del Derecho Civil Común (CC) a la que siempre habían estado sometidos (recuérdense los tres testamentos que habían otorgado con anterioridad)* y, de esa forma, desheredar prácticamente a sus dos hijos D. Felipe y D. Jesús María. sin causa alguna que justifique dicha desheredación, lo que evidentemente integra un claro supuesto de fraude de ley, en los términos ya dichos que configuran el mismo, por lo que, con estimación del motivo segundo que hemos venido examinando, ha de declararse que carecen de valor y eficacia algunos los testamentos

(poderes testatorios) que los referidos esposos, acogiéndose a la vecindad foral vizcaína, otorgaron el día 4 febrero 1976.

CUARTO.- Procede, en consecuencia, estimar el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia, con revocación de la misma, lo que implica la estimación de la demanda en su pretensión principal.

Las costas de la instancia se imponen a la demandada por imperio del *artº 394 LEC* ; sin pronunciamiento expreso en cuanto a las habidas en el recurso (*artº 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 el recurso de apelación interpuesto por D^a Amelia y D^a Alicia contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Guecho en el juicio ordinario nº 27/05 del que este rollo dimana, revocamos dicha resolución; y, con estimación de la demanda interpuesta por las citadas recurrentes, declaramos la nulidad de pleno derecho del testamento abierto otorgado por D. Rodrigo el 25 de Febrero de 1.999 ante el Notario de Bilbao D. Antonio José Martínez Lozano, nº 906 de su protocolo; y declaramos asimismo la validez del testamento otorgado por el referido causante el 17 de Mayo de 1.990 ante el Notario de Bilbao D. José Miguel Fernández Bilbao, nº 506 de su protocolo.

Imponemos a D^a Aurora las costas causadas en la instancia, sin pronunciamiento expreso sobre las habidas en esta alzada.

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