

SAP de Bizkaia de 1 de febrero de 2008

En Bilbao, a uno de febrero 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 187/04, procedente del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE GETXO.

Como parte apelante: Rogelio y Estefanía representados por el Procurador Sr. Ors Simón y dirigidos por la Letrado Sra. Cuevas López. Como partes apeladas que se oponen al recurso: María Purificación, Adolfo, Nieves, Carlos José, Héctor representados por la Procuradora Sra. Echevarria Gabiña y dirigidos por el Letrado Sr. Bilbao Gorrochategi. Con la intervención del Ministerio Fiscal, se opone al recurso.

Como parte allanada en 1ª Instancia Claudia.

Como parte apeladas que no se oponen/no impugnan Jesús Carlos, Felipe, Jose María, Constanza y María Luisa.

Como parte rebelde en 1ª Instancia ECHEMER, S.L., Administrador y Liquidador Único Adolfo.

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 9 de Marzo de 2006 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: SE DESESTIMA INTEGRAMENTE la demanda presentada por el Procurador D. Germán Ors, en nombre y representación de D. Rogelio y de Doña Estefanía, con imposición de 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 754/06 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.- La acción promovida en la instancia por D. Rogelio y D^a Estefanía, hijos de D. Gregorio (q.e.p.d.), a la que se allanó la nieta de este D^a Marina (hija y heredera de D. Eduardo, fallecido posteriormente a su progenitor Sr. Gregorio), tenía por objeto, en resumen, que se declarara la nulidad de los testamentos otorgados por el expresado causante con fechas de 15 de Noviembre de 1985, 8 de Junio y 5 de Octubre de 1990, 2 de Febrero de 1996 y 9 de Noviembre de 1999, con la consiguiente nulidad de cualquier acto, contrato, documento, aceptación y liquidación de herencia proveniente del último testamento citado; y ello porque, en criterio de los actores y de la allanada, todas las disposiciones testamentarias citadas se otorgaron al amparo de la Ley Civil Foral del País Vasco conforme a una vecindad civil en territorio aforado que D. Gregorio no tenía, lo que implica la nulidad de todas ellas según jurisprudencia que se citaba; y, subsidiariamente, en relación al testamento otorgado el 9 de Noviembre de 1999, porque dicha vecindad foral se adquirió formalmente, por alta en el padrón de Guecho, pero no de hecho al continuar D. Eduardo residiendo en Madrid y, por tanto, en fraude de *ley para apartar de su herencia a cuatro de sus seis hijos*, D. Rogelio, D. Eduardo, D^a Constanza y D^a Estefanía, lo que también acarrearía su nulidad en cualquier caso; los actores y la allanada pretendían en definitiva que se declarara la vigencia del testamento otorgado por D. Gregorio el día 5 de Septiembre de 1972 conforme a su vecindad civil en territorio no aforado.

La sentencia dictada por el Juzgado de instancia desestimó la pretensión por entender acreditado que el causante adquirió la vecindad civil en territorio aforado (Guecho) con anterioridad al otorgamiento del primero de los testamentos discutidos, vecindad que conservó por declaración expresa en la oficina del Registro Civil de Madrid que fue anotada al margen de su inscripción de nacimiento y que no era preciso reiterar (*artº 14-5-2º del Código Civil*), lo que implica la validez de todos los testamentos siguientes, incluido el último de 9 de Noviembre de 1999 que, en consecuencia, resulta ser el único vigente.

SEGUNDO.- La referida sentencia es objeto de apelación por los demandantes que se encastillan en su posición inicial; mas, por muchas vueltas que le den a la profusa documentación aportada por las partes, resaltando las fechas que les convienen y minusvalorando las que les perjudican, se puede tener por acreditado, tras un análisis general de dicha documentación y, no ayudando ciertamente en nada las contradictorias e interesadas versiones mantenidas en el acto del juicio, que D. Gregorio tenía adquirida la vecindad civil foral vizcaína cuando, en 1985, otorgó el primero de los testamentos impugnados la que conservó cuando escrituró los siguientes.

Hay, de entrada, una presunción "iuris tantum" de que así era, en efecto, por el mero hecho de que el causante proclamara su vecindad civil ante los cuatro Notarios de Madrid en los que compareció para otorgar los sucesivos testamentos, presunción de realidad que debe de prevalecer sobre la mera alegación, en absoluto probada, de que se invocó falsariamente por el causante dicha vecindad foral con el solo objeto de, amparándose en el instituto del apartamiento regulado en la Ley Civil Foral del País Vasco, poder desheredar sucesivamente a sus hijos, lo que no hubiera podido hacer tan

fácilmente en el régimen civil común, el cual contempla causas tasadas para poder hacerlo que posiblemente no concurrían.

Coadyuva a esa realidad la comparecencia personal del Sr. Gregorio en el Registro Civil en el mes de marzo de 1986 cuando, ya viviendo en Madrid y empadronado en dicha ciudad, manifestó su deseo de conservar la vecindad civil foral que había obtenido por residencia; en cuyo momento, por tanto, estaba muy lejos de los testamentos que sucesivamente iba a otorgar posteriormente en los años 1990 (dos), 1996 y 1.999, por lo que difícilmente se puede sostener que esa manifestación se hizo con la artera idea de poder apartar de la herencia a otros tres de sus hijos (como efectivamente hizo en los testamentos comentados), siendo mucho más lógico concluir que la vertió, simplemente, porque realmente ostentaba dicha vecindad foral y era su deseo conservarla.

A partir de ahí, la realidad de esa vecindad foral se desprende objetivamente de la documentación y certificaciones que el Juzgador de instancia ha resaltado y puesto de manifiesto; en primer lugar, el padrón de Guecho; hay, ciertamente certificaciones que no son idénticas entre sí, lo cual no quiere decir que sean excluyentes; a los folios 93 y 528 obran sendos certificados del Ayuntamiento según los cuales D. Gregorio consta empadronado desde 1.975; pero a los folios 572 y 574 constan otros dos certificados a cuyo tenor el matrimonio Gregorio María Purificación figura empadronado en Guecho desde 1970; y al folio 257 figura un último certificado que señala que la esposa de D. Eduardo (y, por tanto hay que suponer que también este, al no alegarse separación temporal alguna en esa época) consta empadronada en Guecho desde 1965 y en las dos renovaciones quinquenales siguientes; no es descabellado suponer que las primeras certificaciones citadas se refieren solo al empadronamiento en los últimos años, obviando los anteriores; los recurrentes pretenden desacreditar esta última certificación del folio 257 invocando la Hoja familiar del Padrón Municipal de 1.965 que obra al folio 518, que hace referencia al nº NUM004 de la Avda. DIRECCION000 de Guecho, donde radicaba el domicilio familiar de la familia Eduardo Gregorio Jose María Nieves Jesús Carlos Carlos José Felipe Héctor Rogelio Adolfo Claudia Estefanía Constanza Marina María Luisa, señalando que dicha hoja figura cumplimentada por una familia distinta (Iturgaiz-Gorena); pero no se repara que dicho documento se refiere solo a la planta cuarta de dicho inmueble, pudiendo muy bien vivir la familia Eduardo Gregorio Jose María Nieves Jesús Carlos Carlos José Felipe Héctor Rogelio Adolfo Claudia Estefanía Constanza Marina María Luisa en otra planta diferente; de lo que no hay duda, en cualquier caso, es que la hoja de empadronamiento que refleja la situación al 31 de diciembre de 1.970 (folio 519) se rellenó con los datos de la familia Gregorio ¿ María Purificación e hijos, en el mismo inmueble de Guecho acabado de citar (no se indica planta concreta), por lo que es inconcuso que, al menos desde dicha fecha vivían normalmente allí; y no hay que hacer muchos esfuerzos para presumir que lo hacían también en los años anteriores, no solo porque se trataba de un grupo familiar consolidado, con hijos y dos personas de servicio sino porque, en el propio documento, se expresa que la familia se trasladó a Guecho desde Bilbao en el mes de abril de 1968; puede incluso que antes, pues al folio 259 se presenta una letra de cambio librada en agosto de 1967 contra "Sres. Eduardo Gregorio Jose María Nieves Jesús Carlos Carlos José Felipe Héctor Rogelio Adolfo Claudia Estefanía Constanza Marina María Luisa " en Avda. DIRECCION000, nº NUM000 de Algorta, siendo poco significativo el distinto nº de portal (NUM000 por NUM004), pues ya ocurre en otros documentos y debe referirse al mismo lugar pues las partes no han polemizado sobre este extremo.

Hay otros documentos significativos que revelan la presencia de D. Eduardo en dicho lugar a partir, al menos, del año 1968 hasta que se trasladó a Madrid en el año 1981 (o tal vez en 1980, de eso hablaremos luego), como es la factura de Junio de 1.968 por la compra de nueve cajas de vino a razón de doce botellas cada una (folio 261), factura de honorarios médicos de diciembre de 1969 (folio 262), facturas varias de reparaciones y obras domésticas y por compras de útiles familiares a lo largo de todo el año 1970 (Documentos 263 en adelante), publicación en las guías telefónicas entre 1969 y 1971 del teléfono correspondiente a la vivienda de Guecho, con expresión del mismo domicilio indicado (folio 517), carta recibida en dicho lugar en Febrero de 1.971 (folio 577), dos cartas enviadas por D. Gregorio en septiembre y octubre de 1970 en cuyos membretes se hace constar el mismo domicilio (folios 580, 582 y 584), otras varias cartas, con el mismo membrete, enviadas entre 1971 y 1981 (hasta el folio 598), certificación del Club de Golf "La Galea" de Guecho del ingreso como socio a partir del año 1970 (folio 600), obtención del pasaporte en Guecho en el año 1.972 (folio 291), permiso de circulación de un vehículo adquirido en 1973 en el que consta idéntico domicilio (folio 295), etc. etc.

TERCERO.- Los apelantes pretenden combatir todo lo anterior alegando, también en base a determinados documentos, que la residencia habitual de D. Gregorio en aquella época (finales de los 60 y comienzos de los 70) no estaba en Guecho sino en Bilbao, concretamente en la calle DIRECCION001, nº NUM001 ; así consta, en efecto, en las guías telefónicas antes aludidas (doble domicilio), correspondencia recibida en dicho lugar (folios 507, 514, 515, 608 y siguientes), certificación del administrador del inmueble (folio 501) e incluso en una invitación de boda (folio 506), señalando el propio D. Gregorio cuando otorgó testamento en Septiembre de 1.972 que estaba domiciliado en Bilbao.

La contradicción que resulta de los datos que se acaban de indicar con los señalados en el fundamento jurídico precedente sobre la residencia continuada de D. Gregorio es más aparente que real, debiendo primar, en criterio de este Tribunal, los que justifican la residencia en territorio aforado; en efecto, el Sr. Gregorio no se empadronó nunca en Bilbao desde que dejó de estarlo en el año 1.965, estando empadronado en Guecho desde entonces, lo que de por sí solo es altamente significativo.

Es probable que el domicilio de Alameda de DIRECCION001, NUM001 - NUM002 de Bilbao responda, simplemente, al de su lugar de trabajo, lo que resulta tanto del contenido, remitentes, etc. de la mayoría de las cartas que el Sr. Gregorio recibió en dicho lugar ¿ véanse los folios 507 y 608 y siguientes ¿ (cartas muy distintas a las facturas, recibos, etc. dirigidas al domicilio de Guecho en los mismos años, de contenido marcadamente familiar), cuanto de las escrituras otorgadas por D. Gregorio entre 1966 y 1972 en su condición de representante legal de la mercantil "Metalúrgica y Ferroaleaciones Especiales, S.A." (folios 509 y siguientes) en todas las cuales hizo constar que era vecino de Bilbao, sin duda porque ese era el domicilio de la empresa y su lugar de trabajo; lo que se pone finalmente de manifiesto en la escritura de venta de dicho inmueble ocurrida en Junio de 1.974 (folio 505) en la que concurre como vendedora la propietaria del mismo "Metalúrgica y Ferroaleaciones Especiales, S.A."

CUARTO.- D. Gregorio se trasladó a Madrid, al parecer como consecuencia de recibir cartas amenazantes de la organización terrorista ETA que han sido aportadas a autos; el primer contrato de arrendamiento lo suscribió en el mes de Mayo de 1.981 (folio 298)

para una vivienda sita en la calle DIRECCION002 nº NUM003 ; el administrador del inmueble así lo certifica (folio 100); el padrón señala lo mismo (folio 91).

Han sido aportadas unas misivas que se dicen emitidas por un tal D. Juan Ramón (folios 522 y 523) que sugieren que, con anterioridad a la suscripción del contrato de arrendamiento oficial al que acabamos de referirnos), D. Gregorio ocupó como arrendatario y desde Abril de 1.980 la vivienda 4º dcha. del mismo inmueble nº NUM003 de la DIRECCION002 de Madrid ; sin embargo, el documento en que así se afirma (folio 523) es una nota manuscrita, sin membrete alguno que, por tanto, ha podido ser redactada por cualquiera y en cualquier momento, lo que implica su escasa credibilidad, máxime cuando está en contradicción con la certificación del administrador del mismo inmueble, ya aludida, que señala que D. Gregorio "ha sido residente y vecino de la Comunidad de Propietarios" (en cualquier piso, por tanto), desde el año 1981 y no antes.

La carta de D. Juan Ramón obrante al folio 522 ya tiene mayor credibilidad, al constar el nombre en el membrete, tipo de papel y letra de máquina de escribir propios de la época; en su texto se reclamaba a D. Gregorio gastos por el uso del teléfono a partir del 23 de diciembre de 1980 fecha que, por tanto y como mucho, ha de entenderse como más favorable para los intereses de los recurrentes en cuanto al inicio del periodo de residencia de D. Gregorio en Madrid, trasladado desde Guecho.

Pero, para entonces, el Sr. Jose María ya había adquirido sobradamente la vecindad foral vizcaína por residencia continuada en Guecho durante más de diez años conforme resulta de los datos expuestos en el fundamento jurídico segundo de esta resolución, a los que nos remitimos.

Y, aunque el Sr. Gregorio tuviera su residencia habitual en Madrid durante más de diez años, lo que efectivamente resulta, entre otros datos, de que se dio de baja en el padrón municipal madrileño y nuevamente de alta en el padrón de Guecho el 15 de enero de 1996, conservó la vecindad foral por reserva expresa efectuada en el mes de marzo de 1986, esto es, antes de transcurrir los diez años de su estancia en Madrid, como se hizo constar por nota marginal en su acta de nacimiento (folio 60).

QUINTO.- Lo anteriormente expuesto ratifica la validez del último testamento otorgado por el causante en Noviembre de 1.999, que sustituye y reemplaza a los otorgados con anterioridad.

Ostentando, pues, la vecindad en territorio infanzón, carece ya de sentido adentrarse en el estudio de la adquisición o no de dicha vecindad a partir de la fecha en que D. Gregorio se trasladó de nuevo de Madrid a Guecho, por residencia de dos años y manifestación expresa de ser esa su voluntad (*artº 14-5-1º del Código Civil*); aunque hay datos suficientes para tener por acreditado que este señor volvió a Guecho en 1996 para residir definitivamente con su familia hasta su fallecimiento en el año 2002, aun conservando su domicilio alquilado en Madrid donde se trasladaba ocasionalmente, no merece la pena detenerse en ellos para argumentar la adquisición "ex novo" de la vecindad foral por la simple y llana razón de que no se puede adquirir una vecindad que ya se tiene; y el Sr. Gregorio era vecino infanzón desde antes de trasladarse a Madrid, como ya se ha razonado.

En este sentido, la escritura de poder otorgada en Madrid el 25 de Octubre de 1.999 (folios 95 y siguientes), además de contener conceptos erróneos (como decir que tiene la vecindad de Portugalete y que en marzo de 1986 comparecieron en el Registro Civil de Madrid para conservarla !!!!), era absolutamente innecesaria en su intención de "adquirir" la vecindad civil aforada vizcaína pues, como reiteradamente se está diciendo, ya la tenían desde hacía bastantes años.

SEXTO.- Los anteriores argumentos nos llevan a confirmar la sentencia dictada en la primera instancia y a desestimar el recurso de apelación interpuesto contra ella; con la consiguiente imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante de conformidad con el *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, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Rogelio y D^a Estefanía contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Guecho en el procedimiento ordinario nº 187/04 del que este rollo dimana, por lo que confirmamos íntegramente dicha resolución e imponemos las costas del recurso a los citados apelantes.

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