

## **STS de 5 de abril de 1994**

En la villa de Madrid, a cinco de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al final indicados, el recurso de casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bilbao, como consecuencia de Autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Bilbao, sobre determinación vecindad civil y otros extremos; cuyo recurso ha sido interpuesto por D. Roberto, representado por la Procuradora D.<sup>a</sup> Aurora Gómez Villaboa y Mandri y defendido por el Letrado D. Dimas Sanz López; siendo parte recurrida D. Alberto, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Martín Jaureguibeitia y asistido por el Letrado D. Fernando Lamiguiz Garay.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero:** El Procurador D. Germán Apalategui en nombre y representación de D. Roberto, formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Bilbao, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra D. Alberto y D.<sup>a</sup> Elena, y las personas que pudieran tener derecho sobre la herencia de D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que: A) Se declare 1º Que D. Alberto y su esposa D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores, el día 4 de febrero de 1976 en que otorgaron los testamentos que se impugnan en este procedimiento, no habían alcanzado y, por lo tanto, no ostentaban la condición civil de vecinos aforados en territorio de Tierra llana o Infanzonado en Vizcaya, por su residencia en Sopelana, conservación en tal momento la vecindad civil resultante de su residencia en el término municipal de Bilbao, estando en consecuencia sometidos, en cuanto a su sucesión se refiere, a las normas del *Código Civil*. 2.<sup>a</sup> Declarar por lo tanto nulo, por haberse otorgado en fraude de ley, el testamento hecho por D. Alberto, el día 4 de febrero de 1976 ante el Notario de Sestao, D. Ignacio de Beristaín, así como el testamento otorgado por D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores, ante el mismo Notario y día. 3.<sup>a</sup> Declarar válidos y vigentes los testamentos otorgados por D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores, ambos el día 28 de marzo de 1973, ante el Notario de Bilbao, D. José Ignacio González del Valle y Llaguno, testamentos que deben servir para regular la respectiva atribución de los bienes hereditarios. 4.a Declarar, en consecuencia, nula y sin efecto ni valor, la escritura de aceptación de herencia y adjudicación de bienes otorgada por los demandados, D. Alberto y D.<sup>a</sup> Elena, ante el Notario de Bilbao, D. José Luis Antolínez Ahedo, el día 29 de noviembre de 1983 (número de protocolo 403), habida cuenta de que la misma trae causa de los testamentos

cuya nulidad se postula, debiendo quedar los bienes, derechos y obligaciones correspondientes a las herencias de D. Alberto y su esposa D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores, en el ser y estado que tuvieron el día de su respectivo fallecimiento, cancelándose las inscripciones a su favor causadas en el Registro de la Propiedad, en cuanto a los bienes inmuebles que les resultan adjudicados en tal escritura. 5.º Alternativamente, de la anterior petición para el evento de no acordarse ordenar la sucesión de los repetidos cónyuges de acuerdo con el testamento señalado en el apartado 3.º de esta petición, declarar que la sucesión quede regulada por los testamentos otorgados el 29 de mayo de 1970, o alternativamente, los de 11 de marzo de 1960 y, alternativamente, se ordene abrir la sucesión intestada. B) Condenando: 1) A las partes demandadas a estar y pasar por lo que resulta de las anteriores declaraciones, a cuyo cumplimiento serán obligadas, incluida la entrega a la masa hereditaria de cuantos bienes hubiesen hecho suyos en virtud de la atribución hereditaria que han llevado a efecto, según ha quedado expresado. 2) Al pago de las costas del procedimiento.

**Segundo:** Admitida la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos el demandado D. Roberto a los solos efectos de comparecencia, en razón de obviar la declaración de rebeldía y a los efectos prevenidos en el *art. 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Igualmente se personó el Procurador D. Alberto Arenaza en representación de D. Alberto y D.<sup>a</sup> Elena, quien contestó a la demanda, formulando a su vez demanda reconvenzional, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia y a virtud de los alegatos y excepciones mantenidas, se sirva acogerlos absolviendo a sus representados de las pretensiones adversas declarando: 1) La validez de los testamentos de comisario otorgados con fecha 4 de febrero de 1976, núms. 325 y 326 de protocolo del que fue Notario de Sestao, D. Manuel de Beristaín. 2) Ordenando cancelar y anular cualquier anotación registral que como consecuencia de las peticiones hechas de adverso en este juicio y suplico del mismo, en el Registro de la Propiedad correspondiente respecto a bienes inmuebles de dicho patrimonio. 3) Condenar al demandante a pasar por las anteriores declaraciones; al pago de la indemnización que resulte por los daños originados y que origine por su temeraria acción, y a la sanción de costas del procedimiento.

No habiéndose personado las personas que pudieran tener derecho sobre la herencia de D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores, fueron declaradas en situación legal de rebeldía procesal.

El Procurador D. Germán Apalategui contestó a la demanda reconvenzional sosteniendo cuanto tenía expuesto en su escrito de demanda, con rechazo de las alegaciones de contrario.

**Tercero:** Convocadas las partes para comparecencia se celebró en el día y hora señalados con los resultados que constan en autos. Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes y fue declarada pertinente y figura en las

respectivas piezas separadas. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes para conclusiones.

**Cuarto:** El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia dictó sentencia en fecha 28 de febrero de 1986, cuyo fallo es el siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Germán Apalategui Carasa, en representación de D. Roberto, contra D. Alberto, D.<sup>a</sup> Elena, representados por el Procurador D. Alberto Arenaza Artabe, D. Luis Francisco, representado por la Procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores de Rodrigo y Villar, y personas desconocidas que pudieran ostentar algún derecho sobre la herencia de D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores, declarados en situación legal de rebeldía procesal, debo absolver y absuelvo a los referidos demandados de los pedimentos de la misma, sin hacer expresa mención en cuanto a las costas".

**Quinto:** Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó Sentencia en fecha 30 de enero de 1991, cuya parte dispositiva a tenor literal es la siguiente: "Que desestimando totalmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Roberto, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Bilbao en los Autos de menor cuantía núm. 293/86 todo ello con expresa imposición al apelante de las costas devengadas en esa segunda instancia".

**Sexto:** La Procuradora D.<sup>a</sup> Aurora Gómez Villaboa y Mandri en nombre y representación de D. Roberto, interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos: Primero. Al amparo del *núm. 4 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, por entender existe error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios. Segundo. Al amparo del *núm. 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y por entender que en la sentencia recurrida se han infringido las siguientes normas del Ordenamiento jurídico y jurisprudencia que las interpreta.

**Séptimo:** Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción, se señaló para la celebración de la Vista el día 16 de marzo de 1994.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero:** Con carácter primordial hemos de referirnos a la cuestión previa que al dar comienzo a su informe en el acto de la vista de este recurso, planteó el Letrado de la parte recurrida, consistente en que, según su criterio, el presente recurso debió haber sido inadmitido, por haber sido formalizado, dice, después de transcurridos los cuarenta días siguientes a la fecha del emplazamiento; la expresada cuestión la ha de ser

rechazada, pues las incidencias procesales acaecidas fueron las que a continuación se exponen. Dentro del término del emplazamiento (concretamente el 13 de mayo de 1991), la representación procesal del recurrente D. Roberto se personó en esta Sala y solicitó se le entregaran las actuaciones para formalizar el recurso (*art. 1.705 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*). A dicho escrito recayó providencia de esta Sala, de fecha 24 de mayo de 1991, del siguiente tenor literal: "... el presente escrito y escritura de poder presentado por la Procuradora Sra. Gómez-Villaboa Mandr, únase y en su virtud se tiene a la misma por personada en nombre y representación de D. Roberto, entendiéndose con ella ésta y sucesivas diligencias en la forma que indica la Ley, y solicitando los autos para la formalización del recurso anunciado, siendo así que en la fecha de presentación del escrito habían transcurrido treinta y siete días de los cuarenta concedidos para la interposición de éste, hágasele entrega de los autos para que en los tres días que restan del emplazamiento interponga si a su derecho conviene, el recurso anunciado". La expresada providencia fue notificada a la Procuradora Sra. Gómez-Villaboa Mandr el día 29 de mayo de 1991, en cuya fecha se le entregaron los autos, extendiendo el correspondiente Secretario de esta Sala la siguiente Diligencia: "Nota: con esta fecha se entregan los autos por tres días, para la formalización del recurso, haciendo constar que el término finaliza con el próximo día 1 de junio. Madrid, 29 de mayo de 1991. Firma la entrega". El día 1 de junio de 1991, la Procuradora Sra. Gómez-Villaboa Mandr, en representación de D. Roberto, presentó en el Registro General de este Tribunal Supremo el correspondiente escrito de formalización del recurso. De lo anteriormente expuesto se desprende que el recurrente ajustándose y dando cumplimiento estricto a lo acordado por esta Sala (según anteriormente se ha relacionado), formalizó el recurso dentro del plazo de que disponía para ello, por lo que, como ya se dijo al principio, la cuestión previa planteada ha de ser rechazada.

**Segundo:** Sin perjuicio de las ineludibles ampliaciones que, para la adecuada resolución del presente recurso, será necesario hacer más adelante, los presupuestos fácticos de que, de momento y en una primera toma de contacto con la cuestión debatida en este proceso, ha de partirse, son los siguientes: 1.a Los esposos D. Alberto y D.ª M.ª Dolores que, en 24 de julio de 1899 y 23 de abril de 1901, respectivamente, habían nacido en Prjano (Logroño), en donde también, en 1924, habían contraído matrimonio, en fecha posterior no concretada trasladaron su residencia a Bilbao -Erandio-. 2 Además, de otros tres testamentos abiertos que, en fechas anteriores a la que seguidamente se dirá, habían otorgado (a los que inexcusablemente habremos de referirnos en el lugar adecuado de esta resolución), los referidos esposos, que tenían dos hijos (D. Luis Francisco y D. Roberto ) y dos nietos, llamados D. Alberto y D.ª Elena (hijos de su premuerto hijo D. Alberto ), con fecha 4 de febrero de 1976, otorgaron, respectivamente, sendos poderes testatorios (autorizados por el Notario de Sestao, D. Manuel de Beristaín e Ipina, bajo los núms. 325 y 326 de su protocolo), ambos de idéntico contenido y en los que, después de manifestar que "su sucesión se regirá con arreglo al Derecho Foral" y de conceder a su cónyuge respectivo un amplísimo poder testatorio para que, con el carácter de comisario, pudiera disponer de todos sus bienes, en favor de los hijos y descendientes de ambos, de la forma que tuviera por conveniente,

agregaban lo siguiente: "Para el caso de que su citado cónyuge no hiciera o no pudiera hacer uso del expresado poder testatorio dentro del plazo indicado o lo hiciera solamente en parte o le premuriese, instituye y nombra por únicos y universales herederos de todos sus bienes, derechos y acciones que el comisario no hubiere dispuesto, por mitades e iguales partes a sus dos citados nietos: D.<sup>a</sup> Elena y D. Alberto, separando expresamente en este acto a sus dos hijos D. Luis Francisco y D. Roberto ". 3.º Los dos referidos esposos fallecieron, respectivamente, en 10 de diciembre de 1982 (D. Alberto ) y en 2 de agosto de 1983 (D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores ), sin que ninguno de ellos hubiera hecho uso, ni siquiera en parte, del poder testatorio que, recíprocamente, según antes se ha dicho, se tenían concedido. 4.s Mediante escritura pública de fecha 29 de noviembre de 1983 (autorizada por el Notario de Bilbao, D. José-Luis Antolínez Ahedo bajo el núm. 403), los nietos D.<sup>a</sup> Elena y D. Alberto aceptaron las herencias de sus referidos abuelos (por quienes habían sido instituidos sus únicos y universales herederos en sus ya dichos y respectivos testamentos de fecha 4 de febrero de 1976) y se adjudicaron los bienes, derechos y acciones integrantes de las referidas herencias.

**Tercero:** En febrero de 1986, D. Roberto promovió contra D.<sup>a</sup> Elena y D. Alberto, D. Luis Francisco y las personas desconocidas que pudieran ostentar algún derecho sobre las herencias de D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores, el juicio de menor cuantía de que este recurso dimanara, en el que, alegando sustancialmente, por un lado, que sus referidos padres no habían adquirido la vecindad foral de Vizcaya y, por otro, que, aunque así hubiera sido, los respectivos testamentos ya dichos, de fecha 4 de febrero de 1976, habían sido otorgados en fraude de ley, postuló se declararan nulos los expresados testamentos, con las demás consecuencias inherentes a dicha declaración de nulidad, que concreta en el petitum de su demanda y a las que, si fuere necesario, nos referimos más adelante. En el referido proceso (en el que solamente los demandados D.<sup>a</sup> Elena y D. Alberto se opusieron a la demanda, mientras que el codemandado D. Luis Francisco se limitó estrictamente a personarse para evitar su declaración de rebeldía, pero no contestó a la demanda, ni desarrolló actividad procesal alguna), en su grado de apelación, recayó sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bilbao, por la que, confirmando la de primera instancia, desestima la demanda y absuelve de todos los pedimentos de la misma a los demandados. Contra la referida sentencia de la Audiencia, el demandante D. Roberto ha interpuesto el presente recurso de casación a través de dos motivos.

**Cuarto:** Aunque luego habrá que reiterarlo, desde ahora ha de dejarse ya consignado que la sentencia recurrida (como antes hizo la del Juez) entiende que el único tema a resolver en este litigio es el atinente a determinar si los testadores D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores (padres y abuelos, respectivamente, de los aquí litigantes) habían adquirido o no (formalmente) la vecindad civil foral de Vizcaya en la fecha del otorgamiento de los testamentos litigiosos (4 de febrero de 1976), pero desconoce en absoluto que el demandante también basó su pretensión anulatoria en su alegación de que se había cometido un fraude de ley con el otorgamiento de dichos testamentos, acerca de cuyo tema (que es el nodular y trascendente para la resolución de este litigio),

no hace la más mínima consideración, dejándolo totalmente sin resolver, lo que obligará a que esta Sala (dada la dicha y censurable omisión en que incurre la sentencia recurrida) haya de estudiarlo y resolverlo por primera vez, al someterlo el recurrente, en uso de su indiscutible derecho, a esta revisión casacional a través del motivo segundo de su recurso.

**Quinto:** La sentencia aquí recurrida examina y valora todos los elementos probatorios obrantes en autos (de naturaleza documental en su casi totalidad), entre los cuales aparecen los siguientes: 1.a Certificado del Secretario del Ayuntamiento de Bilbao, en el que se acredita que D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores, nacidos (los dos) en Préjano (Logroño), el 25 de julio de 1899 (el primero) y el 23 de abril de 1901 (la segunda), y residentes en Bilbao-Erandio, han venido figurando empadronados en dicho Ayuntamiento desde 1940 hasta el 10 de enero de 1970, en que causaron baja en dicho Padrón municipal, por su traslado a Sopelana (Vizcaya). 2.a Certificado del Ayuntamiento de Sopelana (Vizcaya), en la que se acredita que los referidos esposos se empadronaron en dicho Ayuntamiento en el año 1970, como residentes en el expresado término municipal. 3.º Acta de fecha 31 de enero de 1976, extendida en el Registro Civil (Juzgado de Paz) de Sopelana (Vizcaya), en la que, en dicho día, comparece D. Alberto, nacido en Préjano (Logroño) el 25 de julio de 1899, de profesión jubilado, vecino de Sopelana, Camino Estanco, s/n y manifiesta: "Que se halla casado con D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores, nacida en Préjano (Logroño) el 23 de abril de 1901, hija de Aquilino y de Sinforsosa y domiciliada con el compareciente, de cuyo matrimonio tiene dos hijos.... Que en la actualidad y por razón de su permanencia en territorio sujeto a la Legislación Civil Española común, se halla sujeto a la misma; y deseando acogerse a la Legislación Foral de Vizcaya, toda vez que ha ganado vecindad en este término municipal de Sopelana, por su residencia en esta Anteiglesia, según acredita con la certificación expedida por el Ayuntamiento de Sopelana, con fecha de hoy, en la que acredita una residencia legal de cinco años, residencia que continúa en el día de la fecha, que para ganar vecindad civil, exige el *art. 15 del Código Civil*, hace esta manifestación, a los efectos de dicho artículo y para su constancia en el Registro Civil en relación con la legislación Foral de Vizcaya, a la que se somete y acoge, con deliberada voluntad y con renuncia expresa a la Legislación Común, interesando que a fines de la debida constancia...". 4.º Al otorgar cuatro días después de la expresada acta (concretamente el 4 de febrero de 1976) los testamentos (poderes testatorios) a que se refiere este litigio, los esposos otorgantes de los mismos presentaron certificación de la referida acta, que el Notario autorizante transcribió literalmente en dichos testamentos.

Teniendo en cuenta los expresados elementos probatorios, que contrastan con los demás documentos obrantes en autos, la sentencia aquí recurrida declara probado que los esposos D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores habían residido continuadamente durante más de dos años en Sopelana y que, por tanto, habían adquirido la vecindad foral de Vizcaya, al haber manifestado en el Registro Civil ser esa su voluntad, conforme al *núm. 1.º del apartado 3 del art. 14 del Código Civil* (en su redacción vigente en dicha fecha).

Sexto: Como a través del motivo primero, pese a su formulación por el cauce del *ordinal cuarto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (en su redacción anterior a la hoy vigente) y aunque dice denunciar "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Juzgador, sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios", el recurrente no pone de manifiesto ningún concreto error de hecho probatorio, que aparezca evidenciado de modo patente, directo e inequívoco (literosuficiencia) por documento obrante en autos, sino lo que, en realidad, pretende con su extenso alegato es realizar una nueva valoración de toda la prueba practicada en el proceso, lo que es impropio de esta vía casacional, el expresado motivo, a cuya admisión, y por esas mismas razones, ya se opuso el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, ha de ser desestimado sin necesidad de una mayor abundancia de razonamientos, habiendo de mantenerse subsistente, por tanto, el hecho que la sentencia recurrida declara probado acerca de que los esposos D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores, en 4 de febrero de 1976, habían adquirido la vecindad foral vizcaína, por su residencia continuada durante más de dos años en Sopelana y haber manifestado en el Registro Civil ser esa su voluntad, ello sin perjuicio de la trascendencia o valor jurídicos que hayan de atribuirse a dicha adquisición (formal) de la expresada vecindad en orden a los sendos testamentos que, en dicha fecha, otorgaron al amparo de la misma, lo que será examinado seguidamente.

**Séptimo:** Como ya se tiene dicho en el Fundamento jurídico tercero de esta resolución y aquí es necesario reiterar, el actor D. Roberto basó también su acción impugnatoria en la alegación de que la referida adquisición de vecindad foral y los testamentos que, al amparo de ella, otorgaron sus padres en 4 de febrero de 1976, constituyen un supuesto de fraude de ley, no obstante lo cual, a dicha cuestión (pese a su indudable trascendencia) la sentencia recurrida no hace la más mínima referencia, dejándola totalmente sin resolver (con lamentable olvido del deber que le impone el *inciso último del párrafo primero del art. 359 de la Ley Procesal Civil*), por lo que esta Sala, como también ya se ha dicho, se encuentra en la ineludible necesidad de ocuparse ahora de dicha cuestión por primera vez (actuando prácticamente como órgano de instancia), toda vez que el recurrente, en uso de su pleno derecho, la somete a esta revisión casacional, a través del motivo segundo, con apoyo procesal en el *ordinal quinto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (en su redacción anterior a la hoy vigente), por el que, denunciando infracción de los *apartados 2 y 4 del art. 6 del Código Civil*, insiste en que la adquisición por sus padres de la vecindad foral vizcaína fue realizada con la única y exclusiva finalidad de eludir la aplicación de la legislación civil común (Código Civil) en materia sucesoria y, mediante sus repetidos testamentos de fecha 4 de febrero de 1976, otorgados conforme a la legislación foral, privarles a él y a su hermano D. Luis Francisco, de toda participación en sus respectivas herencias, desheredándolos prácticamente, sin causa alguna para ello.

**Octavo:** Para poder dar una adecuada respuesta a la cuestión que plantea el expresado motivo segundo y que, por las atípicas y recusables circunstancias reiteradamente dichas con anterioridad, ha de ser resuelta, por primera vez, en esta vía

casacional, resulta imprescindible dejar constancia de los hechos que aparecen probados en el proceso, algunos de los cuales ya han sido anteriormente reseñados. Son los siguientes: 1.a Desde fecha no concretada, aunque anterior a 1940, los cónyuges D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores, procedentes de Prájano (Logroño), en donde habían nacido y contraído matrimonio, fijaron su residencia en Bilbao-Erandio, en donde nacieron sus tres hijos, Luis Francisco, Alberto y Roberto . 2.º En Bilbao-Erandio, D. Alberto desarrolló su actividad profesional de comerciante, mediante sendos establecimientos de ultramarinos y zapatería, denominado éste último "Calzados Ibarra", siendo la profesión de la esposa la de ama de casa. 3.º El patrimonio, de naturaleza ganancial, de los referidos esposos estaba integrado por dichos dos establecimientos y por una lonja y diversos pisos, sitios todos ellos en Bilbao-Erandio, aparte del chalet del que seguidamente se habla. 4.º En Sopelana, que es villa marítima y que dista 18 kilómetros aproximadamente de Bilbao-Erandio, tenían un terreno sobre el que, en el año 1965, construyeron un chalet y en el que, desde dicha fecha, venían continuamente pasando temporadas, sobre todo en la época de verano. 5.a Los aludidos esposos estuvieron empadronados en el Ayuntamiento de Bilbao, como residentes en su término municipal (Erandio), desde 1940 hasta 1970, en cuya última fecha causaron baja en dicho padrón y se empadronaron en Sopelana. 6.<sup>a</sup> En 11 de marzo de 1960, 29 de mayo de 1970 y 28 de marzo de 1973, los referidos esposos otorgaron sendos testamentos abiertos de idéntico contenido los de cada cónyuge, con sujeción a las normas sucesorias del Derecho civil común (Código Civil). Del último de ellos nos ocuparemos con mayor concreción más adelante. 7.<sup>a</sup> En 14 de abril de 1972, dichos esposos renovaron sus respectivos Documentos Nacionales de Identidad, en los que, no obstante hallarse empadronados en Sopelana desde 1970, se hace constar que tienen su domicilio en Bilbao, calle Ibarra (Erandio). 8.<sup>a</sup> Mediante documento privado de fecha 1 de agosto de 1972, los referidos esposos (que afirman ser vecinos de Erandio) celebraron un complejo contrato con su hijo D. Roberto, por el que arriendan a éste el negocio o industria "Calzados Ibarra", sito en Erandio, durante veinte años y por una renta mensual de 30.000 pesetas, revisable o actualizable cada dos años. Por otro documento privado de fecha 2 de agosto de 1972, los aludidos esposos (que igualmente afirman ser vecinos de Erandio) venden a su expresado hijo las mercancías existentes en dicho negocio por el precio de 1.500.000 pesetas, de las cuales el hijo habrá de pagarles 750.000 pesetas en el plazo de doce años y las otras 750.000 pesetas solamente habrá de abonárselas a sus referidos padres o al que de ellos sobreviva, en el caso de que incumpla el contrato de arrendamiento o industria anteriormente expresado. 9.a Como antes se dijo, el día 28 de marzo de 1973, los esposos D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores otorgaron sendos testamentos abiertos, de idéntico contenido los dos (autorizados por el Notario de Bilbao D. José-Ignacio González del Valle Llaguna, bajo los núms. 2.593 y 2.594 de su protocolo, respectivamente), en los que (no obstante hallarse empadronados en Sopelana desde 1970) manifiestan que son vecinos de Erandio-Bilbao, con domicilio en la calle Ibarra, núm. 8-2.<sup>a</sup> y después de expresar que de su matrimonio, único contraído, tuvieron tres hijos; dos que viven en la actualidad, llamados D. Luis Francisco y D. Roberto; y uno fallecido llamado D. Alberto y del cual tienen dos nietos llamados D.<sup>a</sup> Elena y D. Alberto, los referidos testadores hicieron las siguientes disposiciones (de idéntico



contenido, como ya se ha dicho, en sus respectivos testamentos, aunque con las lógicas variaciones al referirse al otro cónyuge) "Tercera. Es deseo expreso del testador (de la testadora, en el otro testamento) que a su muerte, si le sobreviviere su esposa D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores (su esposo D. Alberto, en el otro testamento) no se disuelva la sociedad de gananciales hasta tanto no ocurra el óbito de ésta última (de éste último, en el otro testamento) y que la misma (el mismo) disfrute, mientras viva, del usufructo de toda la herencia, y una vez fallecidos ambos cónyuges, se distribuyan los bienes de la siguiente manera: a) La cuota que al testador (a la testadora, en el otro testamento) le corresponde en el local situado en planta baja, que originariamente fue Zapatería, con una superficie aproximada de 65 metros cuadrados, sito en la calle Fundación Jado, núm. 12, distrito de Erandio, de esta Villa de Bilbao, con fachada a la calle Ibarra; y en la vivienda primera de la misma casa, para su hijo Roberto, b) La cuota que al testador (a la testadora) le corresponde en el resto del local de la planta baja reseñado en el apartado anterior, que originariamente fue una tienda de ultramarinos con una superficie aproximada de 118 metros cuadrados; y la vivienda primera centro de la misma casa, para sus nietos D.<sup>a</sup> Elena y D. Alberto hijos de su finado hijo D. Alberto, por mitad e iguales partes indivisas, c)... d) En el resto de los bienes que le pudieran corresponder, instituye herederos a su hijo D. Roberto, en un 20 por 100; a cada uno de sus nietos D.<sup>a</sup> Elena y D. Alberto, 22,50 por 100; 35 por 100 restante instituye heredero a su hijo D. Pedro, c) Estas adjudicaciones se realizarán con cargo a los tercios de libre disposición y en el de mejora, en su caso, y si alguno de los herederos no alcanzare a recibir su legítima estricta, los demás herederos le deberán compensar en metálico en proporción al caudal que reciban hasta completar la legítima estricta a todos ellos". 10.º Mediante escritura pública de fecha 30 de enero de 1974 (autorizada por el Notario de Bilbao D. José-Ignacio González del Valle Llaguna, con el núm. 967 de su protocolo) D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores vendieron un piso a un tercero, en cuya escritura los esposos vendedores (no obstante hallarse empadronados en Sopelana desde 1970) manifestaron que son "vecinos de Bilbao, con domicilio en Erandio, calle DIRECCION000 núm. NUM000 - NUM001 . 11.º El día 31 de enero de 1976, D. Alberto, que tenía 76 años de edad (nacido el 25 de julio de 1899), efectuó, ante el Registro Civil (Juzgado de Paz) de Sopelana, la comparecencia (ya transcrita en el apartado 3.a del Fundamento jurídico cuarto de esta resolución) en la que manifestó ser su voluntad la de adquirir para sí y su esposa, que tenía 75 años de edad (nacida el 23 de abril de 1901), la vecindad civil vizcaína, por llevar residiendo en dicho término municipal más de dos años. 12.a Cuatro días después de dicha comparecencia, concretamente el 4 de febrero de 1976, los aludidos esposos otorgaron los sendos testamentos aquí litigiosos (ya referidos en el apartado 2º del Fundamento jurídico primero de esta resolución), en los que, manifestando que "su sucesión se regirá con arreglo al Derecho Foral", instituyeron por sus únicos y universales herederos a sus dos nietos D.<sup>a</sup> Elena y D. Alberto y separaron expresamente de su herencia a sus dos hijos D. Roberto y D. Luis Francisco . 13.Q Salvo para el otorgamiento de sus referidos y respectivos testamentos, no hay constancia alguna en autos de que los aludidos esposos (que, por sus expresadas edades, estaban jubilados y alejados de toda actividad negocial) tuvieran ningún otro interés en adquirir, en la forma ya dicha, la vecindad foral vizcaína.

**Noveno:** La figura del fraude de ley, que tipifica el *apartado 4 del art. 6 del Código Civil*, viene configurada por la concurrencia o presencia de dos normas: la llamada de "cobertura", que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta y en forma fraudulenta se pretende eludir (Sentencias de esta Sala de 30 de marzo de 1988 y 3 de noviembre de 1992, entre otras), exigiendo dicha figura la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan (Sentencias de 6 de febrero de 1957, 1 de abril de 1965, 20 de junio de 1991, entre otras). Por otro lado, no puede desconocerse que la Exposición de Motivos de la *Ley de 30 de julio de 1959*, que aprobó la Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya (que aquí ha de ser tenida en cuenta por la razón cronológica que fluye de las fechas de acaecimiento de los hechos aquí enjuiciados) expresa que "el Derecho foral vizcaíno, verdadero estatuto agrario, es una anticipación a las novísimas tendencias de ordenación jurídica del agro español mediante una concentración patrimonial y familiar", agregando que se extiende "la jurisdicción del Código Civil a todo el perímetro actual de las concentraciones urbanas de las villas no aforadas" y que "al llegar al área donde lo rural y lo urbano se interfieren y Código y Fuero entran en colisión, sienta una doble presunción encaminada a polarizar ambas jurisdicciones en torno a sus auténticas bases territoriales, centrando y acotando el Derecho foral sobre la unidad patrimonial de cada caserío y sus pertenecidos. Con ello se sirve con fidelidad la "ratio legis" del Fuero, en cuanto éste despliega sus instituciones, principalmente en homenaje a la intangibilidad del caserío al sentido funcional del patrimonio familiar vizcaíno". Con base en lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta los hechos probados que han sido expuestos en el Fundamento jurídico anterior de esta resolución, entre los que destacan que los esposos D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores, que habían nacido en Préjano (Logroño), en donde también habían contraído matrimonio y que durante su prolongada vida activa poseyeron la vecindad del Derecho civil común, por su larga residencia en Bilbao-Erandio (*art. 2 de la citada Compilación*), en donde el esposo ejerció su profesión de comerciante, que el patrimonio de ambos de naturaleza ganancial) era exclusivamente urbano y ubicado en Bilbao-Erandio (salvo el chalet de Sopelana), 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 (Código Civil) 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. Roberto y D. Luis Francisco 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 alguna los testamentos (poderes testatorios) que los referidos esposos, acogiéndose a la vecindad foral vizcaína, otorgaron el día 4 de febrero de 1976.

**Décimo:** El acogimiento del expresado motivo segundo, con las consiguientes estimación del recurso y casación y anulación de la sentencia recurrida, obliga a esta Sala a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate (*núm. 3º del art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) lo que ha de hacerse en el sentido de estimar parcialmente los pedimentos de la demanda (algunos de ellos formulados en forma alternativa), en los siguientes términos: 1º Declarar nulos y carentes de eficacia alguna los sendos y respectivos testamentos (poderes testatorios) que, el día 4 de febrero de 1976, D. Alberto y su esposa D.ª M.ª Dolores otorgaron ante el Notario de Sestao D. Manuel de Beristain e Ipiña, bajo los núms. 325 y 326 de su protocolo. 2º Declarar plenamente válidos y eficaces los sendos y respectivos testamentos abiertos que dichos esposos otorgaron el día 28 de marzo de 1973, ante el Notario de Bilbao D. José-Ignacio González del Valle Llaguno (núms. 2.593 y 2.594 de su protocolo), por ser los últimos de los otorgados por cada uno de dichos esposos con sujeción al Derecho civil común. 3.º Declarar la nulidad de la escritura pública de fecha 29 de noviembre de 1983, autorizada por el Notario de Bilbao D. José-Luis Antolínez Ahedo (núm. 403 de su protocolo), por la que, con base en los testamentos que aquí se anulan, los demandados D.ª Elena y D. Alberto aceptaron las herencias de sus abuelos D. Alberto y D.ª M.ª Dolores y se adjudicaron los bienes, derechos y acciones integrantes de dicha herencia, debiendo cancelarse, asimismo, las inscripciones que dichas adjudicaciones causaron en el Registro de la Propiedad correspondiente. 4.º Debe, en consecuencia, condenarse a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones. No es procedente hacer expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias, ni de las del presente recurso de casación y debe devolverse al recurrente el depósito que constituyó.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

### **FALLAMOS**

Que estimando el presente recurso, interpuesto por la Procuradora D.ª Aurora Gómez-Villaboa y Mandrú, en nombre y representación de D. Roberto, ha lugar a la casación y anulación de la Sentencia de fecha 30 de enero dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bilbao en el proceso a que este recurso se refiere (Autos núm. 293/86 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Bilbao) y, en sustitución de lo en ella resuelto, esta Sala acuerda que, estimando parcialmente la demanda formulada por D. Roberto contra D.ª Elena y D. Alberto, D. Luis Francisco y las personas desconocidas que pudieran ostentar algún derecho sobre las herencias de D. Alberto y D.ª M.ª Dolores, debemos declarar y declaramos lo siguiente: 1.ª La nulidad total y absoluta de los sendos y respectivos testamentos (poderes testatorios) que, el día 4 de febrero de 1976, los esposos D. Alberto y D.ª M.ª Dolores otorgaron ante el Notario de Sestao D. Manuel de Beristain e Ipiña, bajo los núms. 325 y 326 de su protocolo. 2º La

plena validez y eficacia de los sendos y respectivos testamentos abiertos que dichos esposos otorgaron el día 28 de marzo de 1973, ante el Notario de Bilbao D. José Ignacio González del Valle Llaguno (nums. 2.593 y 2.594 de su protocolo). 3.u La nulidad total y absoluta de la escritura pública de fecha 29 de noviembre de 1983, autorizada por el Notario de Bilbao D. José Luis Antolínez Ahedo (núm. 403 de su protocolo), por la que, con base en los testamentos que aquí se anulan de fecha 4 de febrero de 1976, aceptaron las herencias de sus abuelos D. Alberto y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores y se adjudicaron los bienes, derechos y acciones integrantes de dichas herencias, debiendo cancelarse, asimismo, las inscripciones que dichas adjudicaciones causaron en el Registro de la Propiedad correspondiente. 4.º En consecuencia, debemos también condenar y condenamos a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones; sin expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias, ni de las del presente recurso de casación y debiendo devolverse al recurrente el depósito que constituyó; líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

ASI por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Francisco Morales Morales.-Pedro González Poveda. Rafael Casares Córdoba.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.- Bazaco Barca. -Rubricado.