

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO  
SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

**EAEko AUZITEGI NAGUSIA  
ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA**

**BILBAO**

BARROETA ALDAMAR 10 1ª planta - C.P./PK: 48001

TEL.: 94-4016654

FAX: 94-4016997

**NIG PV/IZO EAE:** 20.05.2-14/009838

**NIG CGPJ / IZO BJKN :**20069.31.1-2014/0009838

**Recurso de casación Tribunal Superior de Justicia / Kasazio-err.AN 22/2018**

**ILMO. SR. PRESIDENTE**

D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D.ª NEKANE BOLADO ZÁRRAGA

D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ

D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ

D. FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

**SENTENCIA N.º: 8/2018**

En BILBAO (BIZKAIA), a diez de diciembre de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, integrada por los Magistrados arriba reseñados, en el recurso de casación contra la sentencia que con fecha 8 de enero de 2016, dictó la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección Segunda, como consecuencia de autos de Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000 2307/2015 seguidos ante el citado órgano, sobre nulidad de testamento, cuyo recurso fue interpuesto por la representación procesal del Arzobispado de Toledo Primado de España, representado por el procurador D. Tomás Salvador Palacios y asistido del letrado D. Fernando Manrique López, interviniendo como recurrido D. Ignacio Antonio Ortueta Alonso, representado por la procuradora D.ª Sara Aramburu Cendoya y asistido del letrado D. Gonzalo Aizpurua Ondaro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa en su Rollo nº 2307/2015, dimanante del Procedimiento ordinario 670/2014 del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Donostia-San Sebastián, promovido como parte apelante por el Arzobispado de Toledo Primado de España y como parte apelada D. Ignacio Ortueta Alonso, dictó sentencia en fecha 8 de enero de 2.016, resolución contra la que el Procurador D. Xabier Nuñez Irueta en nombre y representación del Arzobispado de Toledo Primado de España interpuso recurso de casación dentro del plazo.

**SEGUNDO.-** En resolución del 11 de junio de 2.018, se tuvieron por recibidas las anteriores actuaciones, acordándose incoar recurso de casación civil, acusar recibo, y designar Magistrado Ponente.

Personadas en tiempo y forma la parte recurrente y recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acordó pasar las actuaciones al Magistrado Ponente para que instruyera y sometiera a la deliberación de la Sala lo que hubiera de resolver sobre la admisión o no del recurso de casación

**TERCERO.-** Por providencia de 26 de junio de 2018, y de conformidad con lo establecido por los arts. 483 y 477 LEC, se acuerda poner en conocimiento de las partes, para que en el plazo de diez días pudiesen deducir las alegaciones que estimasen procedentes.

**CUARTO.-** Por el Procurador Sr. Nuñez Irueta se presenta escrito de alegaciones. Por diligencia de ordenación de 18 de julio de 2018, se tiene por evacuado el traslado conferido y quedan las actuaciones pendientes de resolver sobre la admisión a trámite del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 8 de enero de 2016.

**QUINTO.-** Por auto de 26 de septiembre de 2018, la Sala acuerda admitir parcialmente el recurso de casación, únicamente por los motivos primero y tercero y abrir el plazo de 20 días para que la parte recurrida formalizace por escrito su oposición al recurso.

**SEXTO.-** Por el Procurador D. Xabier Nuñez Irueta en nombre y representación del Arzobispado de Toledo, se presentó escrito formulando incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Por Providencia de 6 de noviembre de 2018 se acordó inadmitir a trámite el escrito presentado.

**SÉPTIMO.-** Por diligencia de ordenación de 8 de noviembre de 2018, se une a las actuaciones el escrito de impugnación del recurso y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 486.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), quedan los autos pendientes de votación y fallo.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Inadmitido, de los tres en que se funda el recurso, el segundo motivo de casación, tan solo procede decidir sobre el primero y sobre el tercero.

**SEGUNDO.-** El motivo primero se encabeza con la siguiente fórmula: “Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, por infracción de las normas para resolver las cuestiones objeto del proceso, por entender que la Sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo artículos (sic) 9.1, 9.8, 14.1 y 16.1.1 .ª CC, en relación con los artículos 5, 12, 17 y 23 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco”.

En su desarrollo se alega como fundamento, en breve: que el causante y el actor nunca tuvieron la vecindad civil aforada, y que tampoco tenían la vizcaína cuando se otorgó el testamento y cuando se produjo el fallecimiento, y por lo tanto: (i) que la sucesión del causante se debe regir por el Código Civil (CC) y no por lo dispuesto en la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco (LDCFPV); (ii) que ni al causante ni al actor cabe aplicarles la LDCFPV y tampoco, así las cosas, la regulación de la troncalidad y el art. 23, que no puede venir determinada por el mero principio de territorialidad derivado de la simple ubicación de los bienes, y (iii) que la STS de 11 de marzo de 2010 ni resuelve el problema de interpretación del primer párrafo del art. 23 LDCFPV ni puede aplicarse en el presente caso.

El motivo no es procedente por las siguientes razones:

1.ª) La LDCFPV dispone en el art. 5 que: “Este fuero, como legislación civil propia del Territorio Histórico de Bizkaia, rige en toda su extensión en el Infanzonado o Tierra Llana”, añadiendo en el art. 6, después de manifestar en su párrafo primero que con la denominación de Infanzonado o Tierra Llana se designa a todo el Territorio Histórico de Bizkaia, con excepción de la parte no aforada de las villas que señala y el actual término municipal de Bilbao, que: “El territorio exceptuado se regirá por la legislación general, salvo en cuanto sea aplicable el presente fuero”.

Lo que se sigue de lo anterior es que el Fuero rige, pero con diferente alcance, tanto en la zona aforada como en la no aforada. En la primera, rige en toda su extensión; y en la segunda, que se rige por la legislación general, en cuanto sea aplicable.

Por lo tanto, si a los efectos del Fuero Civil son vizcaínos, tal y como establece el art. 12 LDCFPV, “[...] quienes tengan vecindad civil en el Territorio Histórico de Bizkaia” y aforado o infanzón “[...] quien tenga su vecindad civil en territorio aforado”, necesariamente se deberá concluir que el Fuero rige tanto para los vizcaínos aforados o infanzones –en toda su extensión- como para los vizcaínos que no lo son –en cuanto sea aplicable-.

2.ª) Establecido que para los vizcaínos que no son aforados o infanzones también rige el Fuero “[...] en cuanto sea aplicable [...]”, lo que significa que los vecinos de la zona no aforada han de someterse en algunas materias a la ley foral, decimos ahora que la troncalidad es una de esas materias.

Así resulta, con toda claridad: (i) del art. 17 LDCFPV, al proclamar que: “La propiedad de los bienes raíces es troncal”; (ii) del párrafo primero del art. 23 LDCFPV al disponer que: “Los derechos y obligaciones derivados de la troncalidad corresponden, como vizcaínos, a todos los que tengan vecindad civil en Bizkaia”, es decir, a todos los vizcaínos, aforados o no, y no solo a los infanzones o vizcaínos avecindados en territorio aforado; (iii) y también, del art. 25 LDCFPV, que, para las hipótesis de derecho interregional, contiene una norma de integración que carecería de sentido, a la vista de los sujetos a los que se dirige –“Quienes no sean vizcaínos aforados [...]”-, si las obligaciones derivadas de la troncalidad tan solo alcanzaran o tuvieran como destinatarios a los vizcaínos aforados o infanzones.

Lo que, por otro lado, es plenamente coherente con la tradición jurídica y el derecho histórico, dado que: (i) la ley XV, título XX del Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526 impuso a los vecinos de villa que poseyesen raíces en Tierra Llana la obligación de respetar y guardar dicho Fuero al momento de disponer de los mismos –la norma, en el sistema del derecho histórico español, incluso se hizo extensiva a cualquier otro titular de bienes troncales, fuese o no vizcaíno, pues, en este periodo, y conforme a la doctrina de los estatutos, la sucesión de los inmuebles había de regirse por la “lex rei sitae” (así, para Bizkaia, STS de 8 de junio de 1874)-; (ii) al publicarse el CC se reconoció –de forma explícita-, en el art. 12, la vigencia de las leyes forales, y por lo tanto –de forma implícita-, como peculiaridad más destacada del derecho civil de Bizkaia, el principio de troncalidad, por lo que en lógica coherencia se insertó en el párrafo tercero del art. 10, como excepción al régimen de la ley personal del “de cuius” que se establecía en la párrafo inmediatamente anterior, un apartado que disponía: “Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la Ley 15, título XX del Fuero de Vizcaya”; y (iii) aun siendo cierto que dicha previsión desapareció con la reforma del título preliminar del CC del año 1974, que reescribió, modificándolos sustancialmente, los arts. 10 y 12, también lo es que no se produjo una alteración relevante del “statu quo”, puesto que al disponerse expresamente en el art. 2 del decreto de reforma -1836/1974, de 31 de mayo- que: “El presente texto articulado del título preliminar del Código Civil no altera lo regulado en las Compilaciones de los derechos especiales o forales” se mantuvo inalterado lo señalado en la Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Álava, que disponía en su art. 10: “Los vizcaínos, aunque residan en territorio distinto del foral de Vizcaya, si hubiere parientes tronqueros, sólo podrán disponer a título gratuito inter vivos o mortis causa de los bienes troncales en favor de aquéllos”.

3.ª) LDCFPV, después de proclamar en el párrafo primero del art. 23 que: “Los derechos y obligaciones derivados de la troncalidad corresponden, como vizcaínos, a todos los que tengan vecindad civil en Bizkaia”, añade, en el párrafo segundo, que: “Por esencia de la troncalidad, la pérdida de la vecindad vizcaína no supone restricción alguna en los derechos y deberes de cualquier naturaleza derivados de la misma”.

La existencia de este precepto limita las consecuencias que podrían derivarse de la aplicación general del art. 17 LDCFPV, demostrando, paladinamente, que el principio de territorialidad no opera de manera absoluta y, por lo tanto, que la sola propiedad de un bien raíz sito en el Infanzonado o Tierra Llana no conlleva por sí misma la sujeción a las obligaciones ni el disfrute de los derechos derivados de la troncalidad; se necesita, además de la conexión real, una conexión personal que se traduce en la necesidad, para que pueda hablarse propiamente de relación de troncalidad, de que al menos uno de sus dos términos personales sea o haya sido vizcaíno, aforado o no. Siendo así que en el presente caso dicha conexión concurre por partida doble al haber establecido tanto la sentencia de instancia como la de apelación que tanto los padres del causante de la herencia como sus hijos (entre ellos el actor) ostentaron originariamente (aunque luego la perdieran) la vecindad civil vizcaína.

4.ª) Por último, no negamos que la ley aplicable a la sucesión sea el derecho común en virtud de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento; partimos de ello, pero añadimos que la previsión de la norma que contiene el art. 23 LDCFPV –si se dan los requisitos necesarios al efecto, y en el presente caso se dan– puede llegar a constituir una salvedad a la “lex successionis” establecida para los conflictos internos por los arts. 9.8 y 16.1 CC, en el sentido de que la aplicación de la misma no excluye los derechos derivados de la troncalidad reconocidos en la LDCFPV. Y así lo ha reconocido el TS en la sentencia 111/2010, de 11 de marzo, al declarar, con fundamento en el art. 23 LDCFPV, que: “[...] siendo la vecindad civil del causante el criterio determinante del régimen de sucesiones, este precepto comporta que la troncalidad operará como excepción cuando resulte aplicable el Derecho común a una sucesión por haber perdido el causante la vecindad civil vizcaína, siempre que concurren los restantes requisitos para la efectividad de los derechos y deberes derivados de la troncalidad”.

También somos conscientes, por otro lado, de que el art. 149 de la Constitución Española (CE) reserva al Estado en exclusiva la competencia respecto de la solución de los conflictos de leyes, e, igualmente, de que el art. 23 –de cuya constitucionalidad no albergamos duda– es una norma de colisión, pero, como hemos visto, acorde y plenamente coherente con la tradición jurídica y el derecho histórico –que la Constitución ampara y respeta–, pues tiene sus precedentes en las normas contenidas en el párrafo tercero del original art. 10 CC y en el art. 10 de la Compilación, que a su vez conectan con la ley XV del título XX del Fuero.

De ahí que se haya dicho que “[...] pocas dudas podía haber sobre la competencia de la comunidad autónoma para actualizarlas [...] hubiera sido imposible legislar adecuadamente sobre la troncalidad sin atender a poner al día los precedentes [...]”. Ciertamente, que si la ley foral hubiera optado por una subversión total de los precedentes legislativos citados podría ser discutida su oportunidad, pero cuando simplemente se hace una acomodación o actualización de la misma norma no puede haber duda de que quien puede y debe hacerlo no es otro que el Parlamento Vasco. Y una prueba evidente de ello es que el Gobierno no formuló recurso contra el art. 23. Las leyes anteriores (Compilación y Código Civil), para evitar las posibles violaciones de la

troncalidad, determinaron que los vecinos de villa queden sujetos al Fuero respecto de los bienes que poseen en la Tierra Llana; y la nueva Ley Foral dice lo mismo de otra manera, aunque penetra más en el sentido y razón de ser de la norma, que no es otro que proteger a la familia troncal frente a los posibles cambios de vecindad del titular de los bienes”.

**TERCERO.-** El motivo tercero se encabeza con la siguiente fórmula: “Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por entender que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en los arts. 21, 63 y 67 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)”.

En su desarrollo se alega como fundamento, en breve: que la interpretación del art. 23 LDCFPV que hace la sentencia impugnada supone una restricción a la libre circulación de capitales y da lugar a una discriminación objetivamente injustificada, dado que hace depender la aplicación de una limitación a la capacidad de disponer de un bien inmueble del lugar de residencia del causante y del causahabiente en el momento de su adquisición o del lugar en el que el bien objeto de sucesión está sito.

El motivo no es procedente por las siguientes razones:

1.ª) No hay vulneración del art. 21 TFUE: en el caso presente no se ha impedido ni limitado a un ciudadano de la Unión el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

2.ª) No hay vulneración del art. 63 TFUE: en el caso presente no se ha producido la restricción de algún movimiento de capital o de algún pago entre Estados miembros de la Unión o entre algún Estado miembro y un tercer país.

3.ª) No hay vulneración del art. 67 TFUE: la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros; y en España, que es uno de los Estados miembros de la Unión, y un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución, según proclama su disposición adicional primera, “[...] ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales”, siendo, sin duda, la más destacada peculiaridad del Derecho Civil de Bizkaia el profundo arraigo del principio de troncalidad.

4.ª) Por último, no cabe aceptar que el régimen de la troncalidad pueda colisionar con los principios del derecho de la Unión cuando la misma puede llegar a operar incluso como excepción al principio de unidad de la ley sucesoria adoptado por el Reglamento (UE) nº 650/2012. Aseveración la anterior que fundamentamos en lo que el propio Reglamento establece al señalar en su art. 30 que: “Cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija

la sucesión”.

Y es que, aunque no quepa en la actualidad atribuir a la troncalidad un sentido idéntico al que otrora tuvo, a la vista del cambio y evolución que la familia, la economía y la sociedad han experimentado desde entonces, nada impide seguir caracterizándola: (i) como un principio rector del derecho civil de Bizkaia cuya función social distintiva consiste en la protección, “como valor fundamental de la sociedad vizcaína”, de la solidaridad familiar (ii) y también consecuentemente, para que el cumplimiento de dicha función sea posible, como un principio que delimita y configura el contenido “ordinario” o “normal” del derecho de propiedad sobre los bienes raíces.

Lo que tiene claro reflejo en el art. 17 LDCFPV: la propiedad de los bienes raíces es troncal, porque a través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio, restringiendo con alcance general (señala la EMLDCFPV que el principio de troncalidad “[...] se manifiesta tanto en la sucesión testada como en la intestada, en los actos «inter vivos» o «mortis causa», a título oneroso o lucrativo, y con una fuerza muy superior a la que se conoce en todos los países de nuestro entorno [...]”) la facultad dispositiva del titular de los bienes raíces, que solo puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros, a los que se legitima para impugnar, en la forma y con los efectos que se establecen en el Fuero, los actos de disposición que vulneren sus derechos.

**CUARTO.-** Procede por lo anterior desestimar el recurso y con imposición de costas, a tenor de lo establecido por los arts. 398 y 394 LEC, a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto

### **FALLO**

DECLARAMOS no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Arzobispado de Toledo contra la sentencia Nº 4/2016 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa el ocho de enero de dos mil dieciseises.

CONDENAMOS a la parte recurrente al pago de las costas causadas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos./Ilmas. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Presidente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, LA Letrada de la Administración de Justicia, certifico.