

## **SAP de Bizkaia de 19 de febrero de 2001**

En Bilbao a 19 de febrero de 2001

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía nº 41/99, procedentes del Juzgado de la Instancia nº 3 de Durango y seguidos entre partes: Como apelante Magdalena representada por la Procuradora Sra. Perea de la Tajada y dirigida por el Letrado D. Álvaro González de Herrero y como apelados Valentín Y Ildefonso representados por la Procuradora Sra. Mardones Cubillo y dirigidos por la Letrada D<sup>a</sup> Silvia Perea Gárate.

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 Diciembre de 1.999 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. INDOCIN en nombre y representación de D. Valentín Y D. Ildefonso, con Letrado Sra. Perea, contra D.<sup>a</sup> Marina, con Procuradora Sra. ASTIGARRAGA y letrado Sr. González, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del testamento otorgado por D a Lucía con fecha 04 de abril de 1.990, condenando en costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación del demandado 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 106/00 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento y la vista del recurso, se celebró ante la Sala el pasado día 16 de Enero de 2.001, en cuyo acto:

El Letrado recurrente solicitó la revocación de la sentencia de instancia y se dicte otra por la que se desestime la demanda interpuesta con imposición de costas a la parte demandante.

El Letrado apelado solicitó la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia de instancia, con imposición de costas a la parte recurrente Terminado el acto, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la deliberación y resolución.

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

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. LOURDES ARRANZ FREIJO.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La sentencia de instancia declara la nulidad del testamento otorgado conforme a la Ley foral Vizcaína, por estimar que la testadora al tiempo de su otorgamiento no ostentaba la condición de aforada.

La recurrente, como primer motivo del recurso aduce que ostentaba, dicha condición, la de aforada, por haber contraído matrimonio con vizcaino infanzón.

Se admite por tanto que la capacidad, para testar conforme a una u otra legislación viene determinada por la vecindad civil, pues dicha vecindad conforme dispone el art 14 Cc, es la que determina la sujeción a la Ley común o a la ley foral, ley foral que en el caso relativo al territorio histórico de Bizkaia, rige en el Infanzonado o Tierra Llana, con la extensión que establecen los arts. 6 y 7 de la ley 3/ 92 de derecho civil Foral del País vasco.

El motivo no puede prosperar. El sólo hecho del nacimiento en territorio en el que rige el fuero, no puede suponer la afirmación de que en el momento del matrimonio se siguiera ostentando tal condición, no existiendo la mínima constancia de ello, ni de la existencia de bienes en el lugar del nacimiento del esposo, y por contra toda la prueba documental obrante en las actuaciones, indica que aun en el remoto caso de que se hubiese adquirido por la testadora, la vecindad civil foral, dicha condición ya no se ostentaba en el momento de testar.

Para acreditar el sometimiento a la legislación común, contamos no sólo con el certificado que emite el Ayuntamiento de Otxandio (y que en ciertos aspectos pudiera ser inexacto), sino también con otros documentos que revelan dicha circunstancia.

Así en el año 1970, la testadora junto con su esposo adquirió el inmueble del municipio de Otxandio en el que residía en la fecha de su fallecimiento (así consta en la escritura de cesión efectuada a favor de su hija hoy demandada) y además en sendos testamentos abiertos otorgados en el año 1976, la testadora, manifiesta expresamente encontrarse sometida a las disposiciones del Código Civil. Por tanto, y en todo caso al hora de efectuar el testamento, cuya nulidad aquí se solicita la testadora tenía la vecindad civil en territorio no aforado y ello de conformidad con lo dispuesto en el art 14.5.2º del C.c.

SEGUNDO.- Por tanto, la testadora, testó conforme a la ley foral, cuando no ostentaba la condición de aforada.

Y testó conforme a ley foral, no sólo porque nombró comisario a su esposo, cuestión que como bien dice la parte recurrente hoy está permitida a los vizcaínos no aforados, sino porque únicamente instituye heredera a una de sus hijas, privando de tal condición, sin causa que lo justifique, a sus otros dos hijos, hoy demandantes, lo que no permite el Código civil.

La testadora, contraviene lo preceptuado en el citado art 14.1° C c.,(art. 6.3 C.c.); excluye de forma voluntaria la ley aplicable, en perjuicio de terceros( art. 6.2° del C.c.) e incluso pudiera hablarse de un fraude de ley,(art 6.4 ) 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 St. 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 lo 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 y de esa forma completar el Fallo de la resolución de la instancia, respetando el principio de congruencia y acomodándolo a los términos del Suplico de la demanda. Procede por tanto, desestimar el recurso interpuesto, e imponer al apelante las costas del recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Perea de la Tajada en nombre y representación de Magdalena, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra, Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 3 de Durango, con fecha 9 de Diciembre de 1.999, en los autos de Juicio de Menor Cuantía n° 41/99 de los que el presente rollo dimanar, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, declarando además la validez y eficacia del anterior testamento otorgado en fecha 30 de marzo de 1976, ante el Notario de Durango D. Gerardo Larrea y Urquijo.

Imponiendo al apelante las costas del recurso.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente el día 14 de marzo de 2001, de lo que yo la Secretario certifico.