

STS de 21 de enero de 1958

En la villa de Madrid, a 21 de enero de 1958; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número dos de Bilbao, y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, por don José María de Abaitúa y Olano, Abogado y vecino de Bilbao, contra don Pedro Antonio y don Bernardino Arsuaga Peñagaricano, propietarios y vecinos, respectivamente, de San Sebastián e Icastegieta, contra don José Luis, don Joaquín, don Jesús y don Javier Arsuaga Echave, Abogados los dos primeros y comerciante y médico los últimos, vecinos de San Sebastián y Cenarruza; contra don Juan y doña María Victoria Arsuaga Echevarría, ésta asistida de su esposo, sin profesión especial y Abogado el primero, y también vecinos de San Sebastián; contra don Ignacio Arsuaga Echave, ingeniero y vecino de Villanueva de las Minas, y contra don Nicasio Arsuaga Garayalde, y por su fallecimiento contra su herencia yacente y desconocidos herederos del mismo declarados en rebeldía por su incomparecencia, sobre nulidad de institución hereditaria y otros extremos; pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuestos por el demandante representando por el Procurador don Enrique de las Alas Pumariño, y por su fallecimiento por el también Procurador don Carlos Salas Sánchez Campomares y defendido por el Letrado don Pedro Alfaro, e interpuesto asimismo por la representación de los demandados don Javier y don Ignacio Arsuaga y Echave bajo la representación, primero, del Procurador don Eduardo Morales Díaz y por fallecimiento de este bajo la de su compañero don Carlos de Zulueta y Cebrián y la defensa del Letrado don Nicolás Pérez Serrano, y en el acto de la vista por el Letrado don Felipe Ruiz de Velasco, no habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo ninguno de los demás litigantes en estos autos.

Resultando que mediante escrito de fecha 12 de julio de 1950, el Procurador don Germán Pérez Salazar, en nombre y representación de don José María de Abaitúa y Olano, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Bilbao, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don Pedro Antonio y don Bernardino Arsuaga Peñagaricano, don José Luis con Joaquín, don Jesús y don Jesús Arsuaga Echave, don Juan y doña María Victoria Arsuaga Echevarría, don Ignacio Arsuaga Echave y contra don Nicasio Arsuaga Garayalde, y por su fallecimiento, contra la herencia yacente y desconocidos herederos del mismo, alegando sustancialmente como hechos:

Primero.- Que como pertenecientes en vida a don Cástor Abaitúa Olano, se conocen las fincas sitas en Begoña que a continuación y con sus respectivas descripciones, títulos de adquisición, inscripciones registrales y demás circunstancias, se relacionan, a saber: A) En pleno dominio y en su totalidad la siguiente: Descripciones.— Terreno de pan sembrar a continuación de la Caseta portazgo de

Artagan, jurisdicción municipal de la anteiglesia de Begoña, hoy de Bilbao, que tiene una extensión superficial de 1.648,60 metros cuadrados, y linda hacia el Oeste con la carretera de Bilbao a Munguía y por el este con pertenencias de los herederos de don Juan Antonio de Uribarri. Título e inscripción: Esta finca es resto después de diversas segregaciones de la número 365 del Registro que adquirió el don Cástor Abaitúa por herencia de su finado padre don Felipe Abaitúa Allende-Salazar en la participó hereditaria de éste, protocolizada ante el Notario de Bilbao don Laureano Tejada, con fecha 11 de marzo de 1901. Y figuraba inscrita en dicho concepto a nombre de don Cástor en el Registro de la Propiedad de Bilbao, al folio 118, del tomo 267 general, libro 13 de Begoña, finca número 365, inscripción 13. B) También en pleno dominio y en su totalidad, las siguientes: Descripción: Finca rústica denominada Nuestra Señora de Begoña, radicante en jurisdicción en la anteiglesia de Begoña, de superficie total de 9.945.89 metros cuadrados, cerrada de paredes, lindante al Norte, camino de Zurbarán, al Este heredad de cada Artechueta. Sur la carretera y Oeste con la finca Villa San José, del mismo propietario don Cástor de Abaitúa y Olano. Dentro del terreno descrito, emplazada al Suroeste del mismo, próximo a la carretera de Bilbao a Munguía, y paralelamente a ella lindando por todos los lados con dicho terreno, construyó don Cástor de Abaitúa y Olano, su propietario, a sus expensas una casa colocada en la parte alta rodeada de jardín, siendo las dimensiones de sus fachadas Norte, Oeste, Sur y Este, que son las paralelas a la carretera, trece metros, y las Norte, Este, Sur y Oeste, 10,70 metros, sin que el rectángulo de su planta sea regular por tener a la carretera un cuarto saliente de 2,50 metros, otro 3,20 metros a su fachada Sur, Oeste y otros miradores; la superficie de la casa contando sus dos cuerpos salientes principales, aunque al Sureste no alcanza toda la altura de la casa es de 175,75 metros cuadrados. La casa, colocada a media ladera, resulta en su fachada Noroeste con todo el sótano al descubierto mientras que su fachada opuesta Sureste, paralela a la carretera, queda en planta baja a pocos escalones del jardín. Las entradas de la casa son por el cuerpo que se ha descrito, adosado a la fachada Sureste, pero no de frente, sino por los costados de este cuerpo, es decir, que la entrada principal mira a la fachada Suroeste y la de servicio a la Nordeste. De la entrada principal se pasa a un hall, que tiene una amplia terraza cubierta, y del halla al salón y comedor, y de éste por el "ofice" se comunica a la cocina. Tiene también la planta water-closet y lavabo. El piso primero tiene cuatro espaciosos dormitorios y bajo; el segundo tiene tres dormitorios, cuerpo de armarios y capilla y en el sótano un espacio grande para el juego de niñas, un dormitorio, lavadero, carbonera y servicios sanitarios. Esta finca es una porción que se segrega de la inscrita bajo el número 961, al folio 74, del tomo 587 del Registro, libro 28 de Begoña, inscripción primera de posesión, la cual se halla libre de gravámenes. Título e inscripción. El terreno integrantes de esta finca procedía de la segregación de la número 961 del Registro, la cual, a su vez, procedía de la segregación de la número 365 del Registro adquirida, como ya se ha dicho antes por el don Cástor por herencia de su finado padre don Felipe Abaitúa Allende-Salazar, en la partición hereditaria de éste, protocolizada con fecha 11 de mayo de 1901, ante el Notario de Bilbao don Laureano Tejada. El edificio comprendido en esta finca fue construido por el propio don Castor. Y terreno y edificio

figuran inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad de Bilbao, al folio 106, del tomo 814 general, libro 46, de Begoña, finca número 1.794, inscripción primera. C) Asimismo en pleno dominio y en su totalidad, la siguiente: Descripción: Finca denominada Villa San José, radicante en jurisdicción en la anteiglesia de Begoña, compuesta de un terreno de 2.253,6 metros cuadrados, y una casa-chalet dentro de ese terreno, denominada "Villa San José", la casa tiene su fachada principal con dos miradores a la calle de Santa Clara y la corresponde el número 33; mide de frente 9,70 metros, por 11,70 metros de fondo, que hacen 112.52 metros cuadrados. Se compone de planta baja embaldosada toda ella, con cinco departamentos de 3,50 metros de alto; un primer piso con sala, despacho, comedor, cocina y retrete y un segundo piso con cinco dormitorios, cuarto de baño y retrete, estando embaldosado la cocina, los retretes y cuarto de baño, y revestidas de azulejos las paredes laterales hasta una altura de 1,45 metros. Su construcción es de mampostería hasta el primer piso, asta y media en éste un asta en el segundo piso con un tabique interior en las fachadas Norte y Noroeste, tiene soliveria tres y cuatro por nueve, estabulación de pinotea de uno por cuatro en los dos pisos, las alturas son de tres metros con sus cielos rasos, agua potable, calefacción e instalación de luz en los mismos. El desván o camarote tiene soliveria de dos y tres cuartos por ocho, y la parte central está entablada con tabla de Holanda de uno por seis, machihembrado con sus correspondientes tijeras el tejado y cubierto de teja con galería con todos sus suelos, desagües y todo lo conducente a una nueva construcción. Confina, por su derecha, izquierda y espalda, con el terreno dentro del cual está construida y por el frente, que es el Este, con la calle de Santa Clara o carretera a Munguía; toda la finca, terrenos y casa chalet linda por Norte camino de Zurbarán, por el Este con finca Nuestra Señora de Begoña del mismo propietario don Cástor de Abaitúa y Olano, por Sur con carretera y por Oeste con las escuelas municipales de Begoña; hallándose separada de la finca "Nuestra Señora de Begoña" por su pared y rodeada de pared propia de mampostería y verja en su anterior parte. Esta finca, es una porción que se segrega de la inscrita bajo el número 981, al folio 74, del tomo 587 del Registro, libro 28 de Begoña, Inscripción primera de posesión, la cual se halla libre de gravámenes. Título e inscripción. El terreno integrante de esta finca procedía de la número 961 del Registro, la cual a su vez procedía también de segregación de la número 365 del Registro, adquirida, como ya se ha dicho antes por el don Cástor, en la partición hereditaria de éste protocolizada con fecha 11 de mayo de 1901, ante el Notario de Bilbao don Laureano Tejada. El edificio comprendido en esta finca fue construido por el propio don Cástor. Y terreno y edificio figuraban inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad de Bilbao, al folio 110 vuelto, del tomo 814 general, libro 46 de Begoña, finca número 1.795, inscripción primera. D) Igualmente en pleno dominio y en su totalidad, la siguiente descripción: Rústica. Terreno radicante en jurisdicción municipal de la anteiglesia de Begoña a coarta distancia de su iglesia parroquial, al cual linda, por Norte, con propiedad que se adjudica a don José María de Abaitúa; por Este, con camino de Begoña; por Sur, con camino que por uno de los lados del Santuario se dirige a las escuelas de dicha anteiglesia, y por el Oeste, con el terreno adjudicado a don Juan de Abaitúa. Tiene de cabida 14.227,57 metros cuadrados, o sea 183.238 pies cuadrados

y 22 céntimos. Título de inscripción. Adquirió don Cástor Abaitúa esta finca por herencia de su finada madre doña María de Olano y Piavea de Lezaca con adjudicación en tal concepto en la escritura protocolizada con fecha 15 de mayo de 1924, ante el Notario de Bilbao don Francisco de Santiago y Marín. Y se hallaba inscrita en tal concepto en el Registro de la Propiedad de Bilbao, al folio 98 vuelto, del tomo 732 general, libro 37 de Begoña, finca número 1.259, inscripción segunda. E) La nuda propiedad de un tercio indiviso de la siguiente descripción: Rústica. Terreno radicante en jurisdicción municipal de la anteiglesia de Begoña, a corta distancia de su iglesia parroquial, el cual linda por el Norte, con camino de Santo Domingo; por el Este, con terreno que se adjudica a don José María Abaitúa; por el Sur, con el adjudicado a don Juan Abaitúa, y por el Oeste y Norte, con camino público. Tiene una cabida de 10.887,94 metros cuadrados, equivalentes a 140.236 con 66 centímetros de pie cuadrado. Título de inscripción: Adquirió el don Cástor Abaitúa esta porción de finca por herencia de su finada madre doña María de Olano y Picavea de Lezaca, con adjudicación en tal concepto en la escritura protocolizada con fecha 15 de mayo de 1924 ante el Notario de Bilbao don Francisco de Santiago y Marín. Y se hallaba inscrita en tal concepto, en el Registro de la Propiedad de Bilbao, al folio 116 vuelto, del tomo 732 general, libro 37 de Begoña, finca número 261, inscripción segunda. F) La nuda propiedad de un tercio indiviso de la siguiente finca rústica: Terreno peñascal montuoso de figura triangular, radicante en jurisdicción municipal de la anteiglesia de Begoña, confinante por sus tres lados con caminos públicos, carretil y peatil, mide 305,75 metros cuadrados. Título e inscripción. Adquirió don Cástor Abaitúa esta porción de finca por herencia de su finada madre doña Ana María de Olano Picavea de Lezada, con adjudicación en tal concepto en la escritura protocolizada con fecha 15 de mayo de 1924 ante el Notario de Bilbao don Francisco de Santiago y Marín. Y se hallaba inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad de Bilbao al folio 73 vuelto del tomo 244 general, libro 12 de Begoña, finca 445, inscripción sexta; que con este escrito presentó ocho certificaciones libradas por el Registro de la Propiedad de Bilbao, que confirman cuanto queda precedentemente expuesto y detallan con mayor minuciosidad otros antecedentes, especialmente el modo, ocasión y circunstancias en que se produjeron las segregaciones que derivaron algunas de las reseñadas inscripciones registrales antecedentes todos a los que se remitía dándolos aquí por reproducidos y sin transcribirlos, en gracia a la brevedad y por considerarlo innecesario, pues que lo verdaderamente interesante a los efectos de la presente demanda, y peticiones en que culmina, es demostrar, cual dichas certificaciones lo hacen, que las fincas o porciones de finca reseñadas, pertenecía en vida al mencionado don Cástor de Abaitúa y Olano y que se procedieron a él por herencia de sus finados padres don Felipe Abaitúa, y doña Ana María Olano, salvo las dos edificaciones comprendidas en las respectivamente denominadas "Nuestra Señora de Begoña" y "Villa San José", que fueron construidas por el propio don Cástor, pero dentro y sobre el terreno de su aludido finado padre.

Segundo.- Que el actor don José María Abaitúa Olano es hermano legítimo de doble vinculo del mencionado don Cástor Abaitúa Olano, como hijos ambos de los

comunes padres don Felipe Abaitúa Allende-Salazar y doña María Olano Picavea de Lezaca, acompañando certificaciones de matrimonio de estos últimos y de respectivo nacimiento de aquéllos que acreditan dicho parentesco, que respecto a las fincas y porciones de finca reseñadas en el hecho precedente envuelva calidad de tronquero, por cuanto que dichas fincas y porciones de finca provenían de don Cástor, como se ha dicho y dejado acreditado, de los padres o ascendientes comunes a él, y a don José María.

Tercero.- Que el don Cástor Abaitúa Olano nacido en Londres (Inglaterra) durante eventual estancia allí de sus mencionados padres, pero residente en la anteiglesia de Begoña desde su niñez, con su vecindad en dicha anteiglesia constante y muy superior a diez años, falleció en su domicilio en ella el día 22 de julio de 1946 en estado de casado en nupcias únicas con doña Angela o María Angela Arsuaga y Peñagaricano, sin dejar descendientes, ascendientes ni colaterales más próximos que su mencionado hermano legítimo de doble vínculo, el actor don José María Abaitúa Olano; acompañando certificaciones de defunción y matrimonio del don Cástor que acreditan lo expuesto.

Cuarto.- Que la correspondiente certificación del Registro General de Actos de Ultima Voluntad del finado don Cástor Abaitúa Olano, que adjunta se presenta, muestra como acto último suyo de dicha índole, el testamento abierto de fecha 27 de agosto de 1944, ante el Notario de Palencia don Alfonso Hervilla, del que se presenta adjunta copia autorizada y legalizada, y en el que después de su confesión de fe católica y expresión de sus ya indicadas circunstancias personales y familiares, como ordenación fundamental hereditaria, dispuso que "para el caso de que le sobreviva su precitada esposa, instituye a ésta por su única y universal heredera en plena propiedad", no teniendo efecto ni interesando por tanto otras ordenaciones condicionadas al no ocurrido supuesto de premorencia de la aludida esposa.

Quinto.- Que en aplicación de la expresada ordenación testamentaria del don Cástor Abaitúa, si viuda y heredera única y universal, entró en posesión de las fincas y porciones de fincas de aquél, relacionadas en el hecho primero, y mediante oportuna instancia, las inscribió por tal título hereditario en el Registro de la Propiedad, según lo acreditan las certificaciones de dicha oficina antes indicadas que con esta demanda se acompañan; que para mayor concreción, y en referencia a ellas, es de señalar que semejantes inscripciones se efectuaron: la correspondiente a la finca A) al folio 118 del tomo 267, general, libro trece de Begoña, finca número 365, inscripción trece. La correspondiente a la finca B) al folio 106 vuelto, del tomo 814 general, libro 46 de Begoña, finca 1.794, inscripción segunda. La correspondiente a la finca C) al folio 110 vuelto, del tomo 814 general, libro 46 de Begoña, finca 5.795, inscripción segunda. La correspondiente a la finca D) al folio 102 vuelto, del tomo 732 general, libro 37 de Begoña, finca número 1.259, inscripción tercera. La correspondiente a la finca E) al folio 120 vuelto, del tomo 732 general, libro 37 de Begoña, finca número 1.261,

inscripción tercera. La correspondiente a la finca F) al folio 64 vuelto, del tomo 244 general, libro 12 de Begoña, finca número 465 duplicada, inscripción séptima.

Sexto.- Que la viuda y heredera de don Cástor Abaitúa, mencionada doña Ángela o María Ángela o María Ángela Arsuaga Peñagaricano, falleció también en Begoña, el día 16 de julio de 1948, conservando su estado de viuda de únicas nupcias con el don Cástor sin dejar descendientes ni ascendientes, presentado la correspondiente certificación del Registro Civil que así lo acredita.

Séptimo.- Que la certificación del Registro General de Asuntos de Ultima Voluntad correspondiente a dicha finada doña María Ángela Arsuaga peñagaricano, muestra como último acto de dicha especie otorgado por ella, el testamento, abierto de recho 20 de febrero de 1948 ante el Notario de San Sebastián don Miguel Castilla Adriansens; que no ha sido posible al actor obtener, como deseaba y gestionaba, copia autorizada ni simple de dicho testamento, negaba por el Notario autorizante, en razón a no figurar aquél como heredero ni legatario, no conceptuarlo como interesado, por lo que se remitía al original obrante en el protocolo expresado que se señala para las compulsas procedentes; que, sin embargo, a través de los asientos extendidos en el Registro de la Propiedad de Bilbao para inscripciones, atinentes a las fincas de que se ha hecho mención en los hechos precedentes, sabe que en él "instituyó herederos de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, a su hermano de doble vínculo don Pedro Antonio y don Bernardino Arsuaga Peñagaricano, a su hermano de vínculo sencillo don Nicasio Arsuaga y Garayalde y a los hijos de su finado hermano, también de vínculo sencillo don José Pío Arsuaga y Garayalde, llamados don Juan y doña María Victoria Arusaga y Echevarría, en representación de su aludido padre, repartiéndose la herencia de forma que los hermanos de doble vínculo tomen doble porción que los de su solo vínculo y los sobrinos mencionados hereden por estirpe, lo que correspondería a su padre y representado, con arreglo a lo cual corresponderán dos sextas partes de la herencia a cada uno de los hermanos don Pedro Antonio y don Bernardina Arsuaga Peñagaricano, una sexta parte a don Nicasio Arsuaga Garayalde y la otra sexta parte por mitad a don Juan y a doña María Victoria Arsuaga Echevarría o sea la doceava parte a cada uno, estableciendo para el caso de que el heredero don Bernardino Arsuaga falleciese antes que la testadora o no quisiera o no pudiese aceptar la herencia le sustituya don Pedro Arsuaga, quien en tal caso percibirá las cuatro sextas partes de la herencia y si fuese don Nicasio Arsuaga Garayalde, le sustituirán sus otros dos hermanos don Pedro y don Bernardino Arsuaga Panagaricano que heredan su participación par partes iguales; impuso al heredero don Nicasio Arsuaga Garayalde la obligación de conservar los bienes adquiridos por herencia de la testadora, para transmitirlos a sus hermanos don Pedro y don Bernardino Arsuaga Peñagaricano, por partes iguales y falta de éstos o después de su fallecimiento a los hijos de don Pedro a saber: don José Luis, don Jesús, don Ignacio, don Javier y don Joaquín Arsuaga y Echave, por iguales partes, quedando con ello constituida una sustitución fideicomisaria en virtud de la cual, el llamado a una sexta parte de la herencia de la testadora, en

primer lugar, su hermano don Nicasio Arsuaga Garayalde, en segundo lugar por mitad los hermanos don Pedro Antonio y don Bernardino Arsuaga Peñagaricano, y en tercer lugar don José Luis, don Jesús, don Ignacio, don Javier y don Joaquín Arsuaga Echave, por quintas partes iguales, quienes adquirirán los bienes que les correspondan en libre disposición, sustituyendo los mencionados don José Luis, don Jesús, don Ignacio, don Javier y don Joaquín Arsuaga Echave, con Pedro Antonio Arsuaga y Peñagaricano con todos los derechos que hubieren podido corresponderle tanto por la institución de herederos ordenada, como por la sustituciones vulgar y fideicomisaria ordenada si por cualquier causa no llegase a la sucesión en tales derechos y sí los sobrinos y herederos de la testadora don Juan y doña María Victoria Arsuaga y Echevarría, falleciesen antes que ésta o no quisieran o no pudieran aceptar la herencia les sustituirán sus respectivos descendientes de los matrimonio actualmente contraídos por ellos.

Octavo.- Que en aplicación de la expresada ordenación testamentaria, y mediante las precedentes operaciones particionales protocolizadas en escritura de 11 de septiembre de 1949, ante el propio Notario señor Castells (de la que tampoco se ha podido obtener copia fehaciente ni simple, por los mismos motivos antes expresados, y cuyo protocolo se señala para las compulsas procedentes), los designados herederos inscribieron a su nombre en los conceptos y proporciones indicadas las fincas relacionadas anteriormente, a saber: La finca A), al folio 118, del tomo 267 general, libro 13 de Begoña, finca número 365, inscripción 14. La finca B), al folio 106 vuelto, del tomo 814 general, libro 46 de Begoña, finca número 1.794, inscripción tercera. La finca C) al folio 110 vuelto, el tomo 814 general, libro 37 de Begoña, finca número 1.259, inscripción cuarta. La finca F) al folio 64 vuelto, del tomo 244 general, libro 12 de Begoña, finca número 465 duplicada, inscripción octava.

Noveno.- Que en contraste con el parentesco de sangre y troncal del actor aludido en el hecho segundo, ni la viuda doña María Angela Arsuaga Peñagaricano ni ninguno de los designados herederos de ésta, una y otros adquirentes por los hereditarios títulos reseñados de las fincas aludidas, tienen vínculo alguno de consanguinidad con el finado don Cástor Abaitúa Olano y padres de éste, ni consiguientemente parentesco alguno troncal relativo a dichas fincas.

Décimo.- Que conceptuado el actor y siendo en realidad legalmente nulas, la disposición testamentaria del don Cástor Abaitúa Olano en favor de su esposa doña María Ángela Arsuaga y Peñagaricano, en lo referente a las mismas tantas veces expresadas fincas y la consiguiente transmisión de ellas a los mencionados herederos de la propia doña María Ángela se ha interesado de ellos que así lo reconocieran y en consecuencia la reintegraran a los parientes tronqueros legales derecho-habientes de don Cástor y concreta y señaladamente al actor como el único colateral tronquero de éste en el más próximo grado y la reiterada negativa de aquéllos a esta justa pretensión ha derivado la forzosa formulación de la presente demanda; y después de citar los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia

en que se declare nula y sin valor ni efecto alguno en derecho, la institución hereditaria que en el testamento relacionado en el hecho cuarto de esta demanda hizo don Cástor Abaitúa Olano a favor de su esposa doña María Ángela Arsuaga y Peñagaricano, en lo que concierne a las fincas o porciones de finca relacionadas en el hecho primero y como consecuencia la nulidad también de la institución hereditaria hecha por la doña María Ángela Arsuaga Peñagaricano a favor de los aquí demandados en su testamento relacionado en el hecho séptimo en cuanto a las propias fincas, así como también la nulidad de las inscripciones de dichas fincas o porciones de finca efectuadas en el Registro de la Propiedad de Bilbao a favor, primero de la misma señora doña María Ángela Arsuaga Peñagaricano, y luego de sus aludidos herederos, los aquí demandados, en las circunstancias y detalles que se relacionan en los hechos quinto y octavo; declarar asimismo el derecho del actor don José María Abaitúa y Olano, como pro-finco tronquero más próximo en grado del don Cástor Abaitúa, a suceder a éste y adquirir en tal concepto en las mismas fincas o porción de finca relacionadas en el hecho primero y la correlativa obligación de la finca de doña María Ángela Arsuaga Peñagaricano y actualmente sus herederos los aquí demandados, a reconocer semejante derecho y entregar las fincas o porciones de finca de referencia y condenar en consecuencia a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y a cumplirlas, con otorgamiento de los documentos y ejecución de los actos precisos y adecuados al efecto, así como al pago de todas las costas del juicio.

Resultando que admitida a trámite la demanda, y emplazados los demandados, se personaron en los autos don Pedro Antonio y don Bernardino Arsuaga Peñagaricano, don Juan Arsuaga Echevarría, doña María Victoria Arsuaga Echevarria, don José Luis, don Jesús, don Ignacio, don Javier y don Joaquín Arsuaga Echave, representados por el Procurador don Mariano de Aróstegui, no verificándolo la herencia yacente de don Nicasio Arsuaga Garayalde, que fue declarada en rebeldía, y concedido el oportuno traslado de contestación a la demanda a la representación de los demandados personados, lo verificó por medio de fecha 12 de marzo de 1951, alegando como hechos:

Primero.- Que don Cástor Abaitúa Olano, nacido en Londres y convecindad originaria vizcaína –porque trae la de su padre don Felipe Abaitúa Allende, por nacimiento, y la que había adquirido su madre doña Ana María Olano Picavea de Lezaca, por haber residido más de diez años en Bilbao–, con fecha 4 de noviembre de 1901, contrajo matrimonio con doña Angeles Arsuaga Peñagaricano; que desde el mismo día en que se concertó el matrimonio, decidieron los cónyuges residir en San Sebastián; no es que el señor Abaitúa, que de soltero residía en Bilbao, tuviera que trasladarse a San Sebastián para el desarrollo de sus actividades –ya que nunca ejerció la profesión de Abogado cuyo título poseía– sino que, de acuerdo con su esposa, determinó domiciliarse en la capital de Guipúzcoa para vivir en la misma ciudad en que vivía la madre de aquélla, que prácticamente sufragaba los gastos del matrimonio; y así, al principio, estableció su domicilio en la calle de Prim, número 3, y a los tres o cuatro

años, lo traslado al piso primero derecha de la calle San Martín, número 6, ambas de la ciudad de San Sebastián que ha constituido ininterrumpidamente el hogar del matrimonio, siquiera después del fallecimiento de su hijo, ocurrido el día 18 de junio de 1937, y para mitigar el dolor que les produjo la muerte de su único descendiente, realizaron los cónyuges frecuentes y largos viajes; que no se comprende cómo siendo lo relatado cierto y notorio, y además de decisiva influencia en este litigio, en el que lo primero que hay que determinar es la vecindad civil de don Cástor Abaitúa el día de su fallecimiento, ha sido silenciado por el demandante; su cercano parentesco con aquél, aunque en verdad no fueran muy estrechas las relaciones que mantuvieron en vida, le obligaba a saber --como indudablemente conoce-- que siempre, desde que contrajo matrimonio, don Cástor Abaitúa, residió en San Sebastián y que, por ello, adquirió la vecindad civil común; que sin perjuicio de qué en el período probatorio quede plenamente demostrado este extremo, se aportan con este escrito dos documentos que lo acreditan plenamente; un certificado expedido por el Secretario de la Excelentísima Diputación de Guipúzcoa en el que se hace constar, que don Cástor Abaitúa Olano y doña María Ángela Arsuaga Peñagaricano, figuran inscritos en el padrón de cédulas personales correspondientes al piso primero derecha de la casa número 6, de la calle San Martín, de los años 1929 a 1939 (que es el período que estuvo encargado de la administración de ese impuesto la Excelentísima Diputación de Guipúzcoa, y otro certificado expedido por el Secretario del Excelentísimo Ayuntamiento de San Sebastián, en el que se hace constar que doña Ángela Arsuaga y Peñagaricano y su esposo don Cástor Abaitúa y Olano, aparecen inscritos desde el año 1907 hasta el de 1935, clasificados como domiciliados y cabeza de vecino respectivamente con domicilio en la calle de San Martín, número 6, primero derecha, haciendo constar en 31 de diciembre de 1907 que en esa fecha llevaban cuatro años de residencia en esa ciudad; que la residencia del matrimonio Abaitúa-Arsuaga en San Sebastián, además de ser cierta, derivada de la ciferente situación económica de los cónyuges; el esposo, como se ha indicado, aunque tenía el título de Letrado, no ejerció su profesión, y al matrimonio aportó escasísimos bienes de nula rentabilidad; la esposa por el contrario, perteneciendo a acaudalada familia guipuzcoana, disfrutaba de una amplia situación económica y por ello era lógico que la residencia del matrimonio se fijara en la capital y por ello era lógico que la residencia del matrimonio se fijara en la capital de la provincia en que radicaban esos cuantiosos intereses y no en Bilbao, donde no tenían ninguno que requiriera administración el matrimonio; que don Cástor Abaitúa, con anterioridad al matrimonio; que don Cástor Abaitúa, con anterioridad al matrimonio, tan sólo había adquirido por herencia de su padre, las fincas que se reseñan en las letras a), b) y c) del hecho primero del escrito de demanda, y posteriormente, y con motivo del fallecimiento de su madre ocurrido el día 18 de abril del año 1923, adquirió las fincas descritas en los demás apartados del referido hecho; fincas que no precisaban de administración y que a la sazón eran de escasísimo valor; las adquiridas de la madre, según puede apreciarse por la escritura particional de su herencia que se acompañan bajo el número 3 fueron valoradas en 27.409,32 pesetas; que doña Ángela Arsuaga, por el contrario, tenía importantes intereses en Guipúzcoa de su madre con el señor Abaitúa, y que falleció el

21 de octubre de 1918, adquirió bienes, oficialmente valorados en aquel lejano año, de la importante suma 897.960,40 pesetas, entre los que figuraban los siguientes bienes inmuebles: la casa número 2, de la calle de Blas de Lezo, de San Sebastián; la casa número 12, de la calle de Hernani, de la misma ciudad; la casería "Lopetizar" y el caserío "Lasarte"; que posteriormente, y por herencia de otros familiares, suyos adquirió los siguientes bienes inmuebles: "La casa número 12, de la calle de Loyola; la casa número 30, de la calle de Urbietta; la casa número 4, de la calle Alfonso VIII, y la casa número 4, de la calle de Amara; que todas estas fincas, así como las adquiridas por herencia, están sitas en la ciudad de San Sebastián y son de un gran valor; que de todo ello se deduce que el matrimonio carecía de interés económico en Bilbao y que, por el contrario, lo tenía y muy cuantioso en San Sebastián y probablemente fue esa la razón que les determinó a los esposos a fijar su residencia, que conservaron siempre en la capital guipuzcoana.

Segundo.- Y porque los esposos Abaitúa-Arsuaga estaban estrechamente ligados en San Sebastián y eran en realidad unos donostiarra más, vieron el día 24 de octubre de 1902, nacer en esa ciudad a su único hijo don Felipe, el que también fue siempre vecino de San Sebastián, y en cuya Caja de Reclutas ingresó para prestar su servicio militar en 1 de agosto del año 1923, según se acredita por el certificado expedido por el teniente coronel de la Zona de Reclutamiento y Movilización número 34, cuyos archivos se citan a los efectos de prueba; que el día 10 de agosto del año 1928, don Felipe de Abaitúa y Arsuaga otorga testamento ante don Celestino María del Arenal, Notario de Bilbao, y al hacerlo, además de tener el valioso asesoramiento de tan destacado Notario, poseía los conocimientos jurídicos propios de su carrera de Abogado, pues bien, en ese solemne momento manifestó ser vecino de San Sebastián y exhibió la cédula personal número 15.848 de la clase trece, expedida en dicha ciudad, y al disponer de sus bienes, previendo la posibilidad de fallecer sin descendientes tuvo en cuenta los preceptos del Código civil, sin referirse para nada al Fuero de Vizcaya; que es ello expresión elocuente de que don Felipe de Abaitúa, al otorgar se testamento tenía vecindad civil común, la que únicamente podía poseer por serlo la de sus padres, ya que como soltero había residido siempre en el domicilio de aquéllos; pero es más, es que con fecha 1 de febrero de 1938, don Cástor Abaitúa y doña Ángeles Arsuaga, en escrito suscrito por ambos se dirigió al señor Liquidador del Impuesto de Derechos Reales de Bilbao, que era el competente para liquidar el citado impuesto con motivo de la sucesión de su hijo, muerto al liberarse Bilbao, y dicen: "Don Felipe de Abaitúa y Arsuaga, hijo de don Cástor y doña Ángela, natural y vecino de San Sebastián, falleció soltero en esta villa el 18 de junio próximo pasado"; acompañándose primera copia del testamento de don Felipe de Abaitúa y original de la instancia suscrita por sus padres; que en ello una nueva prueba de su hecho y la exteriorización de una voluntad; de que don Cástor de Abaitúa tenía la vecindad civil común, presupuesto indispensable para que su hijo soltero fuera vecino de San Sebastián, y de que quería conservar esa vecindad, que había adquirido, al perder la vizcaína, por su residencia durante más de diez años en la capital donostiarra; que don Cástor Abaitúa, murió bajo el testamento

que con fecha 27 de agosto del año 1944, otorgó en Palencia ante el Notario de dicha capital don Alfonso Erbella Courel, cuya primera copia acompaña bajo el número 8 de los documentos; que interesa la lectura que por ello se transcribe, de la cláusula testamentaria relativa a la disposición de sus bienes, porque demuestra que también en ese solemne momento don Cástor Abaitúa afirmó tener la vecindad común y exteriorizó su voluntad de aceptar la mudanza que en ella experimentó por pérdida de la vizcaína; que dice así esa cláusula: "En consecuencia, dispone libre y voluntariamente de su patrimonio en la siguiente forma: a) Para el caso de que le sobreviviera su precitada esposa, instituye a ésta por su única y universal heredera, en plena propiedad. b) En el supuesto de que dicha señora fallezca antes que el testador, distribuye éste su haber como pasa a detallar: Primero. Lega a su hermano don José María Abaitúa y Olano, la finca denominada "Villa San José", que consta de casa y huerto, sita en Bilbao, calle de Zabalbide, 113. Segundo. Lega a sus sobrinos carnales Javier, María Carmen, Mercedes, Dolores, Luis e Ignacio Abaitúa e Imaz, proindiviso y por partes iguales, los terrenos dedicados a la labranza en término de Begoña (Bilbao), excepción hecha de las fincas "Villa San José" y "Nuestra Señora de Begoña". Tercero. Lega la casa de "Nuestra Señora de Begoña", domicilio de los cónyuges a su sobrino Felipe de Abaitúa y Arana; con sus jardín y muebles. En el caso de premoriencia de algunos de los citados legatarios, su porción será heredada por los demás legatarios. Cuatro. Lega a su sirviente Bienvenida Lupiáñez Fernández, el usufructo vitalicio de valores públicos que la rentan la cantidad de 10.000 pesetas anuales. Este legado se entenderá libre de todo gasto siendo los derechos reales a él consiguientes de cuenta de la herencia. Quinto. En el remanente de su patrimonio, incluida la nuda propiedad de los referidos valores, instituye por heredera a la Abadía de los Padres Cirtencienses de San Isidro de Duenas".

Tercero.- Que don Cástor de Abaitúa, como se ha indicado, tenía el título de Letrado, por lo que no podía ignorar lo que conocen todos los Abogados: la existencia del Fuero de Vizcaya; pero es que además el señor Abaitúa tenía motivos especialísimos para conocer la existencia de ese Fuero, porque en la testamentaria de su madre, protocolizada por el Notario de Bilbao don Gregorio de Santiago, y que ha sido aportado con este escrito, hizo la siguiente manifestación: "Avecindada en Begoña la otorgante por un largo espacio de tiempo que sobrepasa dilatadamente el plazo determinado en el artículo 15 del Código civil, es indudable que la única legislación aplicable en el caso, es la foral de esta señoría de Vizcaya"; pues bien, el señor Abaitúa, si en el año de 1944 hubiera tenido la vecindad vizcaína, o tan sólo se hubiera tenido la voluntad de disfrutarla, habría dispuesto de sus bienes con arreglo al Fuero, porque lo que los que se dicen sitios en tierra llana, adquiridos por herencia de sus padres, los habría reservado para sus parientes tronqueros, y muy por el contrario, afirma en ese testamento que "es hijo legítimo de don Felipe y Ana María ya fallecidos; que se halla casado en únicas nupcias con doña Ángela Arsuaga y Peñaricano y que no les queda descendencia, careciendo de otros sucesores legítimos", nombra heredera universal a su esposa, y para el caso de premoriencia de ésta, establece determinados legados, precisamente a favor de los parientes que de ser aplicable el Fuero de Vizcaya, tendrían

derecho a ellos siquiera no fueran en la misma proporción que se establece en el testamento; terminante prueba del hecho de la vecindad común del señor Abaitúa y de su voluntad de no sustituirla por la vizcaína.

Cuatro.- Que también ante el mismo Notario de Palencia, y en el mismo día 27 de agosto de 1944, y con el número precedente del protocolo del aludido funcionario, otorgó disposición testamentaria doña Ángela Arsuaga Peñagaricano; que ambos testamentos son de idéntica redacción, y también, doña Ángela Arsuaga afirma que carece de sucesores legitimarios y nombra heredero universal a su esposo en cláusula de idéntica redacción a la designación de herederos hecha por éste; que constituyen ambos testamentos una prueba del mutuo cariño de ambos cónyuges, y la libertad de disposición que en ellos se afirma con respecto a todos los bienes, incluidos los inmuebles, es la única explicación honesta del hecho de que durante la vigencia del matrimonio se enajenaran únicamente bienes inmuebles de la esposa y se conservaran íntegramente los bienes inmuebles del marido; que es evidente que teniendo como tenían el propósito convertido en realidad, de designarse recíprocamente herederos, de haber estado sometido a la reserva troncal algunos bienes inmuebles, habrían sido éstos los enajenados; pues bien, como se ha indicado, solamente se venden durante el matrimonio bienes inmuebles de la esposa, y no sólo para atender a los gastos normales del matrimonio, sino para levantar costosos edificios en terrenos de la propiedad del marido, cuyo hermano, por el ejercicio de esta acción, intenta queden bajo su dominio; que en efecto, el día 29 de noviembre de 1924, doña María Ángela Arsuaga, venden a don Ramón Loyola, en 125.000 pesetas; que es con fecha 31 de enero del año 1929 cuando don Cástor Abaitúa otorga la escritura de obra nueva de descriptiva de los dos edificios que levantó, durante el matrimonio, en los terrenos de su propiedad, objeto de este litigio; que en 21 de agosto de 1942, vende a don Ramón Garín Ubillos, los pisos primero y segundo de la casa citada; en 25 de agosto de 1942, el piso tercero izquierda a don Manuel Sauras; en 21 de agosto de 1942, el piso tercero derecha a don Palmiro Igual; en 10 de diciembre de 1942, el piso cuarto izquierda a don Francisco Irazabalbeitia; en la misma fecha el piso cuarto derecha a don Pedro Castilla, y en 17 de marzo de 1944, el piso quinto izquierda a don Francisco González y el quinto derecha a don Antonio Cachan Aramburu; que también enajenó la casa número 12 de la calle de Hernani, vendiendo en 6 de julio de 1946 a don Rodrigo Lasa, su bodega, bajo y piso primero, a don Pedro Salas el piso segundo, a don Ángel Ruiz de Alda el piso tercero y a don Felipe Eguiguren los pisos cuarto, quinto y desván; e igual suerte corre la casa sita en el número 30 de la calle de Urbietta que en 31 de marzo de 1945, se vende a don José Lázaro Alcorta Sorozábal; y la casa número cuatro de la calle de Amara que se enajena el día 17 de noviembre de 1947, a favor de don Mariano, don Gregorio, don Antonio y don Bernardo Ferreres, y finalmente la casa número 2 de la calle de Blas de Lezo que por compra la adquiere el día 9 de noviembre de 1938 don Francisco Urigoitia.

Quinto.- Que se acepta como cierto que don Cástor Abaitúa, había adquirido de sus padres los bienes inmuebles que se describen en el hecho primero del escrito de

demanda, destacando que durante el matrimonio y con dinero procedente de bienes de la esposa se edificaron sobre ellos las dos casas que fueron objeto de la descripción de obra nueva en la ya citada escritura del día 31 de agosto de 1929; que dichos bienes fueron adquiridos por doña María Ángela Arsuaga, como heredera universal de su esposo, fallecido el día 22 de julio del año 1946, y en ejecución de su última disposición testamentaria contenida en el testamento que otorgó ante Notario en Palencia don Alfonso Hervella el día 27 de agosto de 1944, y que, a su vez, los demandados adquirieron esos bienes por herencia de doña María Ángela Arsuaga, que falleció bajo el testamento otorgado ante el Notario de San Sebastián don Miguel de Castells, el día 20 de febrero de 1948, y también se reconoce expresamente que el demandante don José María Abaitúa era hermano legítimo y de doble vínculo de don Cástor Abaitúa, y que los demandados no tienen parentesco alguno con el difunto esposo de su hermana y tía, doña María Ángela Arsuaga, salvo el político, redivado del matrimonio concertado por ésta con aquél; y después de citar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dictara sentencia absolviendo de la misma a los demandados, por estimar que es válido, en todas sus partes, el testamento bajo el cual falleció don Cástor Abaitúa Olano, en atención a la vecindad civil que ostentaba el día de su fallecimiento, y como obligada consecuencia, el de su esposa doña María Ángela Arsuaga, sin que deban entregarse al demandante don José María Abaitúa, las fincas relacionadas en el escrito de demanda, que en ningún caso, por lo que se refiere a las edificaciones levantadas durante la vigencia del matrimonio Abaitúa-Arsuaga, podrían ser reclamados por el actor, como profinco tronquero más próximo de don Cástor Abaitúa y menos sin abonar su valor el día en que se produjo su fallecimiento imponiendo las costas de este procedimiento al demandante.

Resultando que conferidos a la parte actora y demandada los oportunos traslados para réplica y dúplica; lo evacuaron por medio de los oportunos escritos, en los que insistieron en los hechos de la demanda y contestación y suplicaron que se dictara sentencia de conformidad con lo que tenían respectivamente interesado.

Resultando que recibido el juicio a prueba, a instancia de la parte actora se practicó la documental y la testifical; y a propuesta de la parte demandada, tuvo lugar la de confesión judicial de la parte demandada, tuvo lugar la de confesión judicial de la parte demandante, documental y testifical.

Resultando que unidas las pruebas a sus autos, y seguido el juicio por sus restantes trámites, el Juez de Primera Instancia número 2 de Bilbao, dictó sentencia con fecha 9 de febrero de 1952, por la que destinando la demanda promovida or don José María de Abaitúa y Olano, absolvió de la mismo a los demandados, por estimar que es válido en todas sus partes, el testamento bajo el cual falleció don Cástor Abaitúa Olano, en atención a la vecindad civil que ostentaba el día de su fallecimiento, y como obligada consecuencia, el de su esposa doña María Angela Arsuaga Peñagaricano, sin que deban entregarse al demandante don José María Abaitúa las fincas relacionadas en el escrito de demanda, todo sin hacer especial declaración en cuanto a costas.

Resultando que contra la anterior sentencia, se interpuso por la representación del demandante don José María de Abaitúa y Olano, recurso de apelación, que fue admitido libremente y en ambos efectos, y sustanciada la alzada por sus pertinentes trámites, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, dictó sentencia con fecha 27 de octubre de 1953 por la que revocando la apelada y estimando la demanda interpuesta por don José María de Abaitúa y Olano, declaró nula y sin efecto en derecho la institución testamentaria que en el testamento abierto otorgado con fecha 27 de agosto de 1944 ante el Notario de Palencia don Alfonso Hervilla, hizo don Cástor de Abaitúa y Olano a favor de su esposa doña María Arsuaga y Peñagaricano en lo que concierne a las fincas o porciones de fincas relacionadas en el hecho primero de la demanda y como consecuencia de ello, también la nulidad de la institución testamentaria hecha por la doña María Arsuaga y Peñagaricano a favor de los demandados en su testamento abierto otorgado en 20 de febrero de 1949 ante el Notario de San Sebastián don Miguel Castells Adrisemens en cuanto a los propios bienes, así como también la nulidad de las inscripciones de dichas fincas o porciones de fincas efectuadas en el Registro de la Propiedad de Bilbao a favor primero de la misma señora doña María Ángela Arsuaga y Peñagaricano y de sus herederos –los hoy demandados– en las circunstancias y detalles que se relacionan en los hechos quinto y octavo de la demanda; declarando asimismo el derecho del demandante don José María de Abaitúa y Olano como profinco de tronqueros más próximos en grado de don Cástor de Abaitúa y Olano a suceder a éste y adquirir en tal concepto las mismas fincas o porción de fincas relacionadas en el mencionado hecho primero y la correlativa obligación de la finada doña María Ángela Arsuaga Peñagaricano y actualmente sus herederos –los demandados– a reconocer semejante derecho y entregar las fincas o porciones de fincas de referencia y condenando en consecuencia a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y a cumplirlas con otorgamiento de los documentos y ejecución de los actos precisos y adecuados al efecto, y estimando en parte la última de las pretensiones opuestas por los demandados, declaró que éstos tienen derecho a la mitad del valor que el día del fallecimiento de don Cástor de Abaitúa y Olano tuvieron los edificios construidos durante el matrimonio del mismo con doña María Ángela Arsuaga y Peñagaricano en las fincas "Nuestra Señora de Begoña" y "Villa San José", relacionadas en los apartados b) y c) del escrito de demanda, sin hacer especial declaración de costas.

Resultando que el Procurador don Enrique de las Alas Pumariño, ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, al amparo de los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos.

Primero.- Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por contener el fallo violación, interpretación errónea y aplicación indebida de las Leyes primera y octava del Título XX del Fuero de Vizcaya, artículo 1.404 del Código civil y doctrina legal interpretativa de las mismas; alegando, que para explicar este motivo, se habrá de empezar por exponer la argumentación de la sentencia

recurrida en el particular cuya argumentación puede concretarse así: Primero. Los chalets "Nuestra Señora de Begoña" y "Villa San José" fueron levantado sobre bienes raíces de don Cástor Abaitúa Olano constante el matrimonio constituido por el mismo y doña Ángela Arsuaga Peñagaricano. Segundo. El metálico con el que se hizo frente a tales bienes o construcciones, al no concretarse si fue privativo del marido o de la mujer, hay que considerarlo como ganancial. Tercero. Ningún precepto hay en el Fuero de Vizcaya que impida consideraran las consecuencias en bienes raíces de estas edificaciones. Cuarto tales edificaciones tienen un indiscutible carácter de gananciales; por lo que su mitad –mitad de mejoramientos– habrán de integrar el bien raíz (Ley primera del Título XX del Fuero) mientras que la otra mitad; habrán de ser de la viuda (hoy sus herederos) por aplicación del artículo 1.404 del Código civil. Quinto. Como en bien raíz es indivisible los herederos de la esposa del señor Abaitúa (don Cástor) tienen derecho a recibir el valor de esta mitad de los mejoramientos en el momento del fallecimiento del causante; que de esta argumentación que es sumamente simple únicamente se podía admitir la primera de sus cinco consecuencias; porque, efectivamente, los chalets se levantaron después de que don Cástor Abaitúa y Olano contrajera matrimonio y antes de que con su fallecimiento este quedará disuelto, y todas las demás consecuencias se rechazaban; la segunda por las razones que se expondrán en el motivo siguiente del recurso y las otras tres, por lo que se dice en éste; que la sentencia recurrida incide, en este particular, en esta triple infracción de Ley: a) Interpretación errónea de las Leyes Primera y Octava del Título XX del Fuero de Vizcaya, con sus concordantes las Leyes XIV y XVIII del mismo Título. b) Aplicación indebida del artículo 1.404 del Código civil; y c) Inaplicación de la doctrina de este Tribunal Supremo, o aplicación indebida de la misma. a) Las Leyes del Fuero. Que las bases fundamentales de las mismas, en este aspecto quizá el más importante, es el respeto absoluto a la troncalidad; el bien raíz ha de volver, siempre, "con el que los truxo"; es decir, con aquéllos que pertenecen a su origen; y este retorno –esencia de la troncalidad, si el tronco se quiebra en matrimonios sin hijos– es tan absoluto que no cabe, en el mismo, dividir el bien raíz aunque hubieran existido mejoramientos; ni tampoco gravámenes de ninguna clase sobre los mismos citando aunque no sea preciso, la sentencia de este Tribunal de 3 de junio de 1896; que por eso no se interpreta bien la Ley Primera del Título XX del Fuero, cuando la sentencia al hablar de los mejoramientos, dice que los bienes raíces deberán volver con la mitad de los mismos; porque tal Ley, en este aspecto no se refiere, ni podía referirse a los tales bienes raíces; cuando la misma habla del supuesto de que el matrimonio se haya disuelto sin hijos ni descendientes, dispone que "por ser toda la raíz de Vizcaya troncal" "si en tal matrimonio, ambos marido y tal mujer, o alguno de ellos traxere en dote o donación bienes raíces, los tales se vuelvan y queden con el que los truxo"; y añade que "si alguno de ellos vino a casa y casería del otro con dote, o donación, de mueble y semoviente que suelto que sea tal matrimonio sin hijos en tal, o sus herederos, o sucesores salgan con lo que trujo y con la mitad de los mejoramientos y multiplicado constante matrimonio"; que la diferenciación, es perfectamente clara en este supuesto de matrimonio "suelto" sin hijos; para los bienes muebles y semovientes de una parte; para los bienes raíces, de

la otra, sólo para aquéllos –para los muebles o semovientes– cabe el "salir" sólo con lo que se "trujo" y la mitad de los mejoramientos y multiplicado; para los bienes raíces no cabe distinción ni gravamen; que tales bienes, están como estén raíces no cabe distinción ni gravamen; que tales bienes, están como estén tienen que volver "con el que los truxo"; la cosa es tan clara, en los términos del Fuero, que la violación o mala interpretación de la sentencia, salta a la vista; la Ley Octava insiste en el mismo concepto; ya que, aunque habla de abonar al marido o a la mujer (o a sus sucesores) la mitad del justo precio de la tal compra o mejoramiento, añade, que "al marido o la mujer", y cualquiera de ellos, que vive quedare, en su vida pueda gozar y poseer libremente la mitad; y en fin de sus días se haga y cumpla lo que de suso está declarado"; que, en este caso, fallecida doña Ángela Arsuaga, supone la necesidad de que los bienes raíces y los dos supuestos mejoramientos de los mismos pasen, "como de suso está declarado", al profinco tronquero que lo es, por preferencia de grado, el recurrente; que como complemento de lo dicho, las Leyes XIV y XVIII del mismo Título del Fuero insisten en el mismo criterio; por la razón sencilla y fundamental de que tal Fuero lo que protege, por encima de todo, es el carácter troncal de los bienes raíces, razón de ser y esencia de la economía vizcaína; y por lo expuesto se estima que, como ya se ha dicho el Fuero de Vizcaya, en las leyes concretamente citadas, ha sido infringido por la sentencia recurrida. b) El Código civil. Que poco hay que argumentar para considerar aplicado indebidamente al caso, este Código; concretamente, aunque no se cite, en su artículo 1.404; en primer lugar, porque el mismo no habla para nada de mejoras, y en segundo, porque está supeditado, razón del Fuero, a los preceptos o Leyes del mismo; que el régimen vizcaíno es un régimen especial; y solamente cuando nada esté preceptuado e un caso concreto, cabrá el aplicar la legislación común; en este caso, como queda dicho, el Fuero es concreto y no hay que buscar fuentes subsidiarias. c) La doctrina legal. Que en este caso está representada por la sentencia de este Tribunal de 4 de junio de 1925; que contempla otra exactamente igual: con un chalet construido sobre un bien raíz; el problema se centra –tal vez pensando en la Ley Primera y en la Octava del Título XX– en la accesión de inmuebles (artículos 358 a 374 del Código civil) rechazando no sólo la accesión de muebles, sino también la teoría común de los bienes gananciales cuando dice que la sentencia recurrida resulta, en su decisión, "de aplicar indebidamente al caso el artículo 404 del Código civil" y de "sin respetar el carácter troncal de aquel suelo, se dispone de él para el demandado como si se tratara de un predio libre..."; que tal doctrina, perfectamente exacta, hace pensar en que la misma, en el caso de autos, ha dejado de aplicarse, o si lo ha sido –porque la sentencia se cita en la recurrida– lo fue de una manera inadecuada; que de lo que se lleva dicho en este motivo, bastante para enervar la sentencia recurrida, se deduce lo siguiente: Primero. Que en fallo en este aspecto parcial del general problema, no tiene en cuenta ni el Fuero de Vizcaya, ni la doctrina de este Tribunal; y que aplica al caso indebidamente, doctrina del Derecho común inaplicable totalmente. Segundo. Que no puede, en buena ortodoxia de Derecho, hablarse de mejoras en este caso; sino, a lo sumo, de una edificación –la mitad por supuestos gananciales– en terrenos ajenos. Tercero. Y que, en este último supuesto (máxima concesión dialéctica a la contra parte y a la sentencia recurrida), sólo

cabría una indemnización por don José María Abaitúa y Olano a los herederos de doña Ángela Arsuaga Peñagaricano, no por el valor de la mitad de las edificaciones a la muerte de don Cástor, sino por el coste de las mismas que, para "Nuestra Señora de Begoña" ya está señalada en la prueba documental (certificación del Registro de la Propiedad sobre la base de una escritura de declaración de obra nueva del causante) en 80.000 pesetas (su mitad: 40.000 pesetas); y Cuarto. Que, aun en este supuesto, no podría declarar el Tribunal este derecho porque, en tal caso, incurriría en una manifiesta incongruencia; ya que nada se ha pedido en tal sentido, y en éste se produce la referencia sentencia de este Tribunal de 1925 ya invocada.

Segundo.- Amparado en el número séptimo del artículo 1.629 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por existir error de hecho en la interpretación de la prueba que, resulta de documento auténtico que evidencia la equivocación del Juzgador; alegando, que todo lo que se lleva dicho, parte de un error: el de creer que los mejoramientos –o edificaciones en terreno ajeno– se han producido con bienes de la sociedad conyugal constituido por el matrimonio de don Cástor Abaitúa y doña Ángela Arsuaga; cuando en realidad se produjeron con bienes del propio don Cástor, derivados de los frutos del propio bien raíz; que no se va a insistir ahora sobre el alcance y respeto al Fuero de Vizcaya, limitándose a la cita de aquellos documentos de los que resulta tal error; los son las certificaciones del Registro de la Propiedad que obran en autos (y que tienen tal carácter por lo dispuesto en el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil) y de ellas resulta que tanto en el chalet "Nuestra Señora de Begoña" como en el de "Villa San José", fue don Cástor Abaitúa y Olano, el que satisfizo el precio, por lo que sobre toda la argumentación de la sentencia; y es preciso considerar tales edificaciones como algo que integre los bienes raíces de la familia Abaitúa-Olano y que corresponden al recurrente como profinco tronquero –más próximo en grado– de don Cástor.

Resultando que el Procurador don Eduardo Morales Díaz, en nombre y representación de don Javier y don Ignacio Arsuaga y Echave, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley al amparo de los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

Primero.- Fundado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por entender que en la apreciación de la prueba ha habido error de hecho, y que éste resulta la documentación auténticos obrantes en los autos, que demuestran la equivocación evidente del Juzgador; alegando que según una jurisprudencia copiosísima –y predominantemente restrictiva– en tomo al recurso amparado en el número séptimo del artículo 1.692, para que el motivo prospere es necesario: a) Que el error denunciado recaiga sobre los hechos fundamentales del debate. b) Que los documentos de donde resulte tenga el carácter de auténticos, en el doble concepto de la casación; esto es, autenticidad formal (por su autor) y autenticidad posible; o sea, que resulte necesariamente del contenido de los documentos, y no simplemente que a la vista de que los documentos dicen, quepa presumir que el

juzgador se haya equivocado; que los tres requisitos se dan en el presente caso: a) Que es innegable que el tema fundamental de este proceso consiste en si ganó o no vecindad en territorio sujeto al derecho común don Cástor Abaitúa, y correlativamente determinar si perdió o no su originaria vecindad vizcaína, en orden a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 del Código civil; y como conforme a este artículo, en su número tercero, los procedentes de provincias o territorios forales ganan vecindad de derecho común por la residencia de diez años en provincias o territorios de derecho común (salvo que antes de transcurrir este plazo manifestara el interesado ante el Juez su voluntad en contrario), el hecho radical sobre el cual todo gira es si don Cástor Abaitúa residió durante diez años, por lo menos ininterrumpidamente, en San Sebastián; hecho aducido en su oposición a la demanda, por los demandados; y como además la sentencia (y en esto probablemente, saliéndose de la voluntad estricta de la norma, que no exige la residencia de diez años sin declaración, más la intención o el "animus", sino que presume éste sin más del hecho de la residencia sin declaración), considera requisito adicional la intencionalidad, se debe aceptar, para los fines de este motivo, que el hecho fundamental del pleito incluye también ese elemento; que exclusivamente con relación a este hecho en su doble vertiente materialidad de la residencia, intención "más o menos ostensible" de hacerla fija, se ha de denunciar aquí el error de la Sala sentenciadora. c) Que los documentos que se van a invocar, debidamente especificados y referidos a mi lugar preciso en los autos, son todos ellos documentos autorizados por el Notario o por empleado público competente, las solemnidades requeridas por la Ley –y expedidos en algunos casos– a solicitud de la parte contraria, que los ha aportado el pleito; son innegablemente, conforme a la definición del artículo 1.216 del Código civil (integrado, en cuanto a tal competencia y las formalidades, por la legislación respectiva, la notarial o la administrativa) documentos públicos o auténticos en sentido formal (o por su autor); el Notario o funcionario certifica conforme a lo que resulta de registros, archivos o libros oficiales, y en cuanto a su carácter de autenticidad material, se remitía por el momento a lo que diría al especificarlos e invocar su contenido. c) Que finalmente el error es evidente; eso documentos dicen, por modo director, exactamente lo contrario de lo que la sentencia da por probado; que la sentencia recurrida (mediante una serie de presunciones que serán objeto de otro motivo y mediante una apreciación de a prueba que la Ley Procesal autoriza en este primer motivo de casación a impugnar como errónea) niega el hecho material de la residencia por más de diez años de don Cástor Abaitúa en San Sebastián, y el error evidente resulta de unas cerchicaciones que no sólo prueban auténticamente la residencia, sino incluso la vecindad; que al folio 135 figura el certificado expedido por el Secretario del Ayuntamiento den San Sebastián, en el cual se hace constar que examinados los padrones de vecinos, resulta que doña Ángela Arsuaga Peñaricano y su esposo, don Cástor Abaitúa aparecen inscritos desde 1907 hasta 1935, clasificados como "domiciliada" y como "cabeza de vecino", respectivamente; no cabe, por tanto, un modo más auténtico y directo de probar documentalmente el "status" que es en sí administrativo, pero con notorias repercusiones civiles; al folio 445 se certifica por la Junta Electoral del Censo de San Sebastián, que don Cástor Abaitúa figura inscrito como el actor con el número uno en el distrito quinto, sección séptima, en

los censos electorales de 1902 a 1917, ambos inclusive; al folio 268 figura el certificado de la Delegación de Hacienda de Guipúzcoa, probando fehacientemente que don Cástor Abaitúa aparece inscrito desde 1918 al 1929, ambos inclusive, haciéndose constar que no existen los padrones correspondientes a los años anteriores; y al folio 134 existe otra certificación de la Diputación de Guipúzcoa, en la que se hace constar que los dos esposos figuran inscritos en el padrón de cédulas personales correspondientes al piso primero derecha de la casa número 6 de la calle de San Marín, de San Sebastián, de los años 1929, 1930, 1931, 1932, 1934, 1935, 1936, 1937, 1938 y 1939; que niega la sentencia más terminantemente que el señor Abaitúa, exteriorizara o manifestara su intención de residir en San Sebastián, y el error es evidente, pues ya la circunstancia que se empadronara o inscribiera como vecino (desde 1902, por lo que resulta del censo de electores; desde 1907, por lo que resulta del padrón de vecinos), contradice evidentemente esta afirmación del Tribunal "a quo", base de su fallo; pero hay más: según el certificado del Ayuntamiento donostiarra, al empadronarse el señor Abaitúa como vecino el 31 de diciembre de 1907, manifestó que llevaba cuatro años de residencia; que tras esta manifestación, si se quiere, podría existir en hipótesis, una inexactitud, pero lo que es indudable es la prueba auténtica, por el certificado, de la manifestación y del elemento internacional que ella entraña, y cuando la sentencia afirma que no ha existido por parte del interesado exteriorización o manifestación del hecho de su residencia, impide –al apreciar la prueba– en un evidente error de hecho que resulta de esta certificación; que afirma literalmente la sentencia que el señor Abaitúa Olano en los actos o negocios jurídicos o administrativos causados en muy diversos años, nunca indicó ostensiblemente su condición de vecino de San Sebastián; que el error evidente resulta, en primer lugar, de los mismos documentos auténticos reseñados, que demuestran de modo directo que indicó ostensiblemente esa condición del odo más inequívoco posible, o sea, al inscribirse o empadronarse como vecino; que resulta, si no más evidente, sí en forma que compromete más directamente al actor, de la escritura pública de compromiso en amigables componedores otorgada por don Cástor y don José María Abaitúa Olano (éste es el demandante) con ocasión de unas discrepancias surgidas sobre atribución de unas u otras hereditarias; en dicha escritura don Cástor, comparado como "mayor de edad, casado, Abogado y vecino de San Sebastián"; por tres veces está certificada esta escritura en autos, en las certificaciones del Registrador de la Propiedad de Bilbao, traídas con la demanda por la parte actora, y concertadamente, por lo que se refiere al pasaje transcrito, a los folios 33, 37 y 47 del apuntamiento, y por último, en la escritura de segregación de 31 de agosto de 1929, inscrita en el Registro de la Propiedad de Bilbao, y que se transcribe en la certificación de dicha Registro traída por el actor con su demanda como documento número 16, igualmente comparece ante el Notario don Cástor Abaitúa como "mayor de edad, casado, Abogado y vecino de San Sebastián", sino en Bilbao; que aún cuando fuera aceptable (que no lo es) la tesis que se mantiene en la sentencia, de que las certificaciones administrativas de padrones como los referidos no tienen por qué ser considerados pruebas concluyentes del hecho de la residencia o vecindad (cosa que en modo alguno podría aplicarse a las escrituras como las invocadas), siempre resultaría,

por lo que hace al elemento de la intención en que el fallo propiamente se basa, que los documentos auténticos invocados evidencian el error del juzgado de segunda instancia al sostener que el señor Abaitúa nunca indicó ostensiblemente su condición de vecino de San Sebastián; y por añadidura, es totalmente inexacto que la jurisprudencia niegue valor de autenticidad a los fines de la prueba documental del hecho de la vecindad, al empadronamiento y a la expedición de la cédula; que ya en la instancia fué citada por la parte recurrente la sentencia de 6 de mayo de 1922, en la cual se declara: "Que de los documentos presentados por los litigantes, aunque deba reconocerse que los primeros tienen casa abierta en Valencia, en cuya ciudad viven más o menos tiempo, los datos de indiscutible autenticidad de estar empadronados y de haber tenido sus cédulas personales en Rubiales de Mora y no en aquélla, demuestran con toda evidencia que este último pueblo, tanto de hecho como de derecho, es el domicilio real y efectivo del demandado"; y la Ley municipal vigente en 1907 decía en su artículo 12 que "es vecino todo español que reside habitualmente en un término municipal y se haya inscrito con tal carácter en el padrón del pueblo; y como la sentencia citada se pronuncia la más reciente, de 27 de septiembre de 1945, y otras muchas que no es preciso citar.

Segundo.- Fundado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por entender que la sentencia ha incurrido en error de derecho al apreciar la prueba, procediendo en esta apreciación en contra de lo dispuesto en el artículo 1.218 del Código civil, que ha resultado así infringido; alegando que al negar el hecho material de la residencia en San Sebastián de don Cástor Abaitúa y el hecho del ánimo y exteriorización de esa residencia por parte del interesado, desconociendo la suficiencia probatoria a tal efecto de los documentos públicos reseñados en el anterior motivo (cuya cita se da por reproducida), valorando en contrario otros elementos de prueba y usando de presunciones de hechos (cuyo uso se combatirá en el motivo tercero), el juzgador ha incurrido en el error de derecho consistente en la inaplicación de aquella norma fundamental de la prueba legal; que el artículo 1.218 atribuye un determinado valor al documento público, y a esa norma está sometido inderogablemente el Juez; se trata aquí, por un lado, del hecho material de la residencia; por el otro, del hecho de la exteriorización o manifestación por parte del interesado de su condición de vecino de una determinada ciudad; que los documentos citados (empadronamiento, afirmación de ser vecino de San Sebastián, etc.) prueban "erge omnes" el hecho mismo de tal afirmación, y por tanto, al afirmar, apreciando la prueba, que el señor Abaitúa no tuvo la intención de ser ni aparecer como vecino de San Sebastián, y que jamás manifestó su condición de tal, etc., y basa en esas afirmaciones su fallo, la Sala sentenciadora, dice lo contrario de lo que dicen los documentos reseñados; lo contrario, por tanto, de lo que conforme al artículo 1.218 del Código sería obligado considerar como probado, que consta, pues, que incuestionablemente don Cástor, desde 1907 hasta 1935, por lo menos, se empadronó como vecino de San Sebastián, y con ello manifestó su intención de aparecer y figurar como tal; incuestionablemente, al otorgar una escritura pública, se llamó vecino de San Sebastián; e incuestionablemente aceptó voluntariamente la "exteriorización" de esa vecindad, al tomar desde 1902 hasta 1939

inclusive su cédula personal en San Sebastián; y ya en 1907 afirmó su residencia, cuando al empadronarse como vecino por primera vez hizo constar que llevaba cuatro años residiendo; que la sentencia por lo menos no considera probado –en virtud de una contraprueba– la intención de figurar, como vecino, y ello porque no estima suficientes los documentos en cuestión para la prueba de ese hecho, y al no estimarlos suficientes, teniendo como tienen por ley valor de "prueba plena", ha incidido en el error de derecho señalado en este motivo.

Tercero.- Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por entender que la sentencia infringe los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil y la doctrina jurisprudencial cuando el convencimiento del juzgador (en este caso, de que don Cástor Abaitúa no había perdido al morir su originaria vecindad vizcaína) se forma mediante un juicio o raciocinio que partiendo del hecho demostrado sirva de puente que conduce al hecho deducido –es decir, cuando se opera, con arreglo a lo que autorizan los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, como presunciones "de hombre"–, no se está ya propiamente ante una cuestión de hecho, sino de derecho, y la formación del convencimiento ha de ser combatida al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal (sentencia de 12 de marzo de 1952); que en su motivación la sentencia se vale del medio lógico, en sí perfectamente legítimo, de las presunciones, lo muestra ya sin más la invocación que el mismo juzgador hace de los artículos citados del Código civil; como también tiene proclamado la jurisprudencia, el uso de la presunción puede ser combatido en casación, sea impugnando la existencia o realidad del primer hecho, el que sirve de base a la deducción, sea el nexo mismo entre el hecho probado y el que se trata de probar; que ante todo observase que lo que lleva al Tribunal de Instancia a negar suficiencia probatoria a la prueba documental aducida en favor de la residencia ininterrumpida de más de diez años del señor Abaitúa en San Sebastián, y a negar la manifestación y exteriorización por el interesado de su condición de vecino de esa ciudad, no es una contraprueba directa (y mucho menos la prueba de lo contrario), sino otros hechos; ahora bien: estos hechos, en unos casos no están completamente acreditados (como exige el artículo 1.249 para que la presunción sea admisible); otras veces no existe entre ellos y el hecho por probar el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (como exige el artículo 1.253); que salta a la vista el trato desigual que en la motivación de la sentencia recurrida se da a los medios probatorios de una y otra parte; los demandados han aportado documentos para probar que don Cástor Abaitúa figura como vecino de San Sebastián en el correspondiente padrón desde 1907 y por lo menos hasta 1935; que estuvo inscrito en las listas electorales de esta ciudad hasta 1939, y que hasta 1939 tuvo allí su cédula; que en varias ocasiones hizo constar, esa el tiempo que llevaba residiendo al empadronarse la primera vez (como en 31 de diciembre de 1907), sea que era vecino de la capital de Guipúzcoa; desde 1902 y hasta 1939 no hay documento alguno que pruebe semejantes cosas con relación a Begoña; cuando documentalmente aparece como vecino de Bilbao (Begoña), por ejemplo al testar por última vez al morir, entre el hecho demostrado (la vecindad en Begoña) y el hecho de que se trata de

probar, o de impedir que se prueba (la residencia ininterrumpida de más de diez años en San Sebastián), falta todo enlace, porque no se pretende que el señor Abaitúa haya sido residente en San Sebastián ni cuando testó ni cuando murió, sino anteriormente; que falta todo enlace preciso y directo entre el hecho de que desde 1915 tuviese el matrimonio de don Cástor y doña Ángela casa abierta en Begoña, y que desde 1920 hayan pertenecido a las asociaciones piadosas de este lugar, y estado suscrito a los periódicos de Bilbao o abonados a los servicios públicos de electricidad, agua, etc.; pero la quibra de las presunciones de que usa la sentencia aparece más claro cuando un hecho probado (conforme a lo argumentado, queda invalidado, bien directamente, bien a efectos de otra presunción que por sí autorizaría, a base de un hecho que ni consta completamente ni consta siquiera insuficientemente); que así está probado que don Cástor Abaitúa ha estado empadronado en San Sebastián en el padrón de vecinos, en el de cédulas y en el de electores; entre 1902 y 1939, en unas y otras inscripciones existen algún que otro año de laguña; pese a que en las correspondientes certificaciones de consigna que no existen datos de tales años, o que la Diputación se encargó después de las cédulas, etc., la sentencia dice que ello "permite considerar", esto es presumir, y aun que "el hecho pone de manifiesto" que la inscripción dependía exclusivamente de la coincidencia de la época de la misma con la residencia temporal; que consecuentemente, afirma esta, basándose en un dato que no consta; que la parte demandada ha probado documentalmente que el hijo único del matrimonio, nacido en San Sebastián, entró en caja y prestó su servicio militar; que el hecho tiene un indudable valor indicativo para deducir la residencia habitual de los padres (si no estuviera ya probada), pues bien, el valor de este indicio viene negado por la Audiencia de Burgos mediante otra presunción, basada en el hecho, que califica de notorio, de "que los mozos hijos de familias que pueden elegir Cuerpo, al haber la elección, son movidos por diversos factores, la mayor supuesta distinción del Cuerpo armado y la comodidad del servicio en el mismo, sin que pueda subestimarse que en la época del alistamiento del hijo del señor Abaitúa, Bilbao apenas había acabado de salir de un período de revueltas sociales, y en San Sebastián no se conocía que las tropas tuvieran que salir a la calle; y es de presuntar dónde está "completamente acreditado" que en San Sebastián no se conociera que las tropas tuvieran que salir a la calle, o que los Cuerpos de esa ciudad parecieran más distinguidos, y dónde queda la lógica, al presumir que un Regimiento de San Sebastián, ofreciera más comodidades (por amistades, recomendaciones, etc.) al hijo de un vecino constante de Bilbao y mero residente temporal de San Sebastián.

Cuarto.- Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por entender que la sentencia infringe por violación e interpretación indebida al artículo 15, así como el artículo 10. por aplicación errónea, ambos del Código civil; alegando que en relación con los motivos anteriores, el fallo infringe el artículo 15 del Código civil, al no aplicar la disposición de dicho, y sí en cambio, indebidamente, la del artículo 10. a un supuesto de hecho comprendido en el número tercero de aquél; pero también independientemente de los motivos que se

invocan en este recurso, el error de hecho y, de derecho en la apreciación de la prueba, y la inadmisibilidad de las presunciones empleadas por el juzgador, infringe la sentencia dichos artículos del Código civil, por interpretación errónea del 15 (de las que resulta la aplicación indebida del 10); y ello en dos sentidos diferentes: que como ha quedado apuntado ya anteriormente, la sentencia, frente a la prueba documental del hecho material de la residencia y vecindad durante más de diez años de don Cástor Abaitúa en San Sebastián, basa su fallo en la tesis, verdadero "leit motiv" de toda su argumentación jurídica, según la cual, para ganar vecindad en territorio de derecho común, perdiendo la foral originaria, no basta con el hecho material de residir en territorio de derecho común (acompañado del negativo de la no declaración en contrario antes del término que el precepto fija), sino que es necesaria el "animus perpetuo conmorandi", el propósito y la intención; que resulta, sin embargo, clarísimo el texto legal, que si la intención o propósito puede entrar como motivo en el efecto legal, no es un requisito formal de él; en otros términos: no es que el número tercero del artículo 10 prescinda de la voluntad y se atenga meramente a una realidad exterior; por el contrario, tiene bien en cuenta ese factor de la voluntad personal al permitir al que ha cambiado su residencia el conservar su estatuto originario mediante una simple declaración ante el Juez municipal; así como permite que el cambio de vecindad quede consumado mucho antes de cumplirse el plazo legal, ya a los dos años, si la voluntad consta; pero la Ley presupone la voluntad de ganar vecindad común, perdiendo la foral, por el hecho negativo de la falta de declaración en contrario; por donde lo mismo que en toda presunción legal para probar que se ha ganado vecindad de derecho común, basta con probar la residencia de diez años sin declaración en contrario, sin que haya que preocuparse para nada de cuál sea la voluntad; que todo el razonamiento de la sentencia en torno a la prueba –y prescindiendo ahora el error o acierto que haya habido en la apreciación de esa prueba– va encaminada a la declaración primordialmente de que al señor Abaitúa le faltó el "animus perpetuo conmorandi" con relación a su residencia en San Sebastián o que no ha conseguido probarse este ánimo, y no a la declaración de que no haya habido residencia de diez años, o que habiéndola habido, el interesado hiciera dentro del término la declaración en contrario al efecto que la residencia por ese plazo por sí misma produce; que al aceptar la sentencia eventualmente, que en todo caso no ha conseguido probarse el empadronamiento como vecino del señor Abaitúa en San Sebastián, sino hasta 1935, y añadir once años antes de su fallecimiento" (en el sétimo Considerando), y al referirse a 1920 como fecha más antigua para circunstancia indiciaria como la suscripción de dicho señor a periódicos de Bilbao, o a 1931 como activo sostenedor del culto y clero en Begoña, la sentencia viene a recoger el argumento ya empleado por la representación del actor en sus escritos de la instancia, según el cual el que procediendo de provincias o territorios forales hubiera ganado vecindad en territorio de derecho común, perdería ésta y vendría de nuevo a adquirir la originaria por el hecho de volver de nuevo a su territorio de origen, residiendo en él diez años; que según la parte recurrente, quien haya ganado la vecindad común, conquista un estatuto en todo idéntico a quien la tenga originariamente.

Visto, siendo ponente el Magistrado don Juan Serrada Hernández.

Considerando que el mejor orden para resolver las cuestiones planteadas en este doble recurso, aconseja, que en primer término se examine el formulado por la representación de la parte demandada señores Arsuaga, ya que de estimarla procedente sería innecesario tratar del ejercitado por la parte actora de carácter más concreto y limitado a uno solo de los pronunciamientos del fallo recurrido.

Considerando que el motivo primero del recurso que ahora se examina, acusa, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el error de hecho en que se dice incide la sentencia recurrida al no estimar que el testador don Cástor Abaitúa había ganado vecindad en San Sebastián por su permanencia en esta ciudad por más de diez años sin interrupción, perdiendo así la vecindad foral que originariamente tenía y citando como documentos auténticos que demuestran este error, las certificaciones aportadas a los autos con relación a los padrones de vecinos, a la Junta Electoral del Censo y al padrón de cédulas personales, así como a la manifestación hecha por dicho señor en dos escrituras públicas que fueron inscritas en el Registro de la Propiedad correspondiente, de ser vecino de San Sebastián, pero es lo cierto, que tales documentos, no evidencian el error imputado, ya que de un lado, como dice la doctrina jurisprudencial en sentencias de 13 de enero de 1894, 20 de noviembre de 1906, 30 de abril de 1909, 13 de octubre de 1911 y 11 de mayo y 2 de julio de 1926, entre otras, el domicilio civil no debe confundirse con la vecindad según la Ley Municipal y que sólo deben merecer la calificación de principios de prueba, las certificaciones del censor de población, censor electoral y padrón de habitantes del término municipal, así como la cédula personal –sentencia de 30 de noviembre de 1920– y en este caso la sentencia que se recurre, contrasta estos documentos con otras pruebas que analiza, incluso con el padrón de vecinos suscrito por don Cástor Abaitúa, en el año 1940 en Bilbao (Begoña), en que afirma una residencia en este lugar de treinta años y con escrituras públicas y solicitudes que formula en que asimismo hace constar esa misma vecindad, lo que impide admitir que haya existido un error, pues se trata de pruebas contradictorias, que no permiten estimar el cambio de vecindad y menos que la residencia de don Cástor Abaitúa, fuera superior a diez años, e ininterrumpidamente en San Sebastián, no pudiéndose en casación desarticular el conjunto de la prueba practicada, ateniéndose sólo a una parte de ella; esto independientemente de que este Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de junio de 1909, entre otras, sienta la doctrina de que la residencia habitual es una cuestión de hecho, cuya apreciación compete al Tribunal de Instancia, lo que hace desestimable este motivo.

Considerando que asimismo en el motivo segundo, con el mismo fundamento legal del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se alega error de derecho por desconocer la sentencia el valor probatorio que el documento público concede el artículo 1.218 del Código civil, citando los mismos que en el motivo anterior, del cual en realidad es reiterativo, en otro aspecto, siendo de aplicación lo expuesto con anterioridad y es distinto el valor probatorio que el documento público

tiene conforme al precepto invocado, de su consideración en relación con las demás pruebas practicadas en las que se contraponen otros documentos que tienen el mismo carácter, aparte de que en los presentados por los recurrentes se observa una disconformidad de fechas, que no justifican la residencia real continuada y sin interrupción en San Sebastián de don Cástor Abaitúa, durante diez años, requerida para ganar vecindad, y si por el contrario aparece probada su habitual residencia en Begoña, desde que construyó un hotel en finca troncal, siendo doctrina jurisprudencial la de que el plazo de permanencia ha de transcurrir sin interrupción como para la usucapión –sentencia de 27 de octubre de 1900 y 23 de diciembre de 1904– considerándose como interrupción el traslado de domicilio a región distinta durante un año y un día –sentencia de 29 de marzo de 1892– por lo que no procede estimar el error de derecho denunciado en este motivo.

Considerando que en el tercer motivo, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, entiende el recurrente que la sentencia recurrida infringe los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil reguladores de la prueba de presunciones, y aun cuando el Tribunal de instancia, la cita en uno de sus considerandos, ello no es fundamento del fallo, pero de todas suertes es preciso partir de los hechos que estima probados –residencia habitual en Begoña, desde el año 1914 con ausencias temporales– toda vez que, como hecho no puede infringirse a través del número primero del artículo 1.692, sino del séptimo y sí en cambio la deducción, el juicio lógico que se hace, es contenido propio de este motivo en el fundamento legal que se invoca, pero en la sentencia impugnada, aun cuando se hagan deducciones más o menos acertadas no afectan a la cuestión principal que se discute y que más bien se refieran a supuestos explicativos de una permanencia accidental, que se repite no son fundamento de una apreciación de prueba y que se expresa para corroborarla, sin que ninguna trascendencia a los efectos del recurso.

Considerando que el tema que se ofrece a resolución en el cuarto y último motivo de este recurso con base en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, al sostener que ha habido infracción o interpretación indebida del artículo 15 del Código civil, así como aplicación errónea del artículo 10 del mismo Cuerpo legal, estriba en determinar cuál sea la forma de expresar el elemento intencional respecto del cambio de vecindad de los que procediendo de provincias o territorios forales hubiesen ganado vecindad en otros sujetos al Decreto común, y si bien es cierto que dados los términos en que está redactado el número tercero del citado artículo 15 del Código civil, es claro que esta manifestación no se precisa que sea expresa, sino que basta que sea tácita si transcurren diez años de residencia no interrumpida, sin hacer constar su voluntad en contrario de adquirir la nueva vecindad, también lo es que cuando se rechaza la permanencia no interrumpida, durante ese lapso de tiempo, no puede admitirse que esa falta de declaración sea precisa por conservar la vecindad de origen que en otro supuesto la haría necesaria para adquirir la nueva, transcurridos los dos años de residencia, y conforme a lo dispuesto en el Real Decreto de 12 de junio de 1899 y en este sentido el elemento intencional se consigna en la sentencia recurrida, que requiere

la voluntad de establecerse permanentemente en un lugar, manifiesta expresa o tácitamente, y así se atuvo a lo dispuesto en el artículo 40 de Código civil, que se refiere no a la residencia más o menos larga en determinado lugar, sino a la intención y, por tanto, no ha podido ser infringido el artículo 15 del Código civil, dado el supuesto de hecho a que se aplica y ello hace rechazable este motivo y el recurso.

Considerando respecto del recurso formulado por la representación del demandante don José María de Abaitúa y Olano que en el primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se dice que el fallo recurrido contiene violación, interpretación errónea y aplicación indebida de las Leyes primera y octava del Título XX del Fuero de Vizcaya, artículo 1.404 del Código civil y doctrina legal interpretativa de las mismas, pero en realidad, dados los antecedentes de hecho del pleito, en orden a la naturaleza troncal de los bienes raíces sobre los que se construyeron los chalets "Nuestra Señora de Begoña" y "Villa San José" a que se limita este recurso; que fueron construidos constante el matrimonio de don Cástor de Abaitúa y su esposa doña Ángela Arsuaga Peñagaricano, y que al tiempo de la disolución del matrimonio, por muerte del esposo no quedaron hijos, la cuestión que se plantea, queda concretada a la interpretación de la Ley VIII, Título XX del Fuero de Vizcaya, que regula lo que se ha de hacer cuando compran bienes que proceden de parte del marido o de la mujer no habiendo hijos.

Considerando que la citada Ley establece que acaece entre marido y mujer constante matrimonio, se hacen compras de heredades o edificios o mejoramientos en tierra y heredad que provienen del marido o de la mujer y ordena que disuelto el matrimonio sin hijos o descendientes, los mejoramientos hechos en tierra y heredad, que proviene del marido, o si venía de su tronco, muerto el marido, los herederos y profincos suyos los hereden pagando a la mujer o a sus sucesores, la mitad del justo precio de la tal compra o mejoramiento, y lo mismo establece respecto de los profincos y sucesores de la mujer, si los bienes la correspondieran a ella, añadiendo: "Con que el marido o la mujer, y cualquiera de ellos, que vivo quedare, en su vida pueda gozar, y poseer libremente la meytad. Y en fin de sus días se aga y cumpla lo que de suco está declarado", es decir, que de esta disposición rectamente interpretada, se deduce, que en el caso de que el matrimonio se disuelva sin descendencia procede la liquidación del caudal conforme al Derecho común y se dividen los gananciales por mitad, pero hechos mejoramientos en bienes raíces troncales propios de uno de los cónyuges, estos bienes en virtud del principio de troncalidad no pasan a otra rama, sino que únicamente se paga el justo valor de la mitad, que les corresponde, apartándose en esto, de lo que dispone el artículo 1.404 del Código civil por formar lo edificado un todo inseparable con el bien raíz troncal, que no por la construcción realizada pierde su carácter de tal, y al interpretar así la repetida ley, la sentencia recurrida no ha infringido la misma ni los demás preceptos que se citan.

Considerando que asimismo se ha de rechazar el segundo motivo de este recurso, en que se atribuye error de hecho en la interpretación de la prueba en que incide la sentencia recurrida, fundado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal, en cuanto declara que los mejoramientos, o edificaciones construidas en terrenos que tienen el carácter de troncales se han producido con bienes de la sociedad conyugal, citando como documentos auténticos que evidencian la equivocación del juzgador, las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad en las que don Cástor de Abaitúa, manifiesta que estos edificios se construyeron a sus expensas, pero se olvida en el recurso que esta manifestación unilateral de uno de los cónyuges, no demuestra que así fuera, doctrina constante de este Tribunal Supremo, ya que es precisa la justificación concluyente de que el dinero con que se construyó, pertenecía al marido, prueba que ha omitido el recurrente.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación por infracción de Ley interpuestos por don José María de Abaitúa y Olano y don Javier y don Ignacio Arsuaga y Echave contra la sentencia que en 27 de octubre de 1953 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos; siendo de cuenta de cada uno de los recurrentes las respectivas costas; y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la "Colección Legislativa", pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.— Manuel de la Plaza.—Juan Serrada. Pablo Murga.— Francisco Bonet.— Diego de la Cruz.— Rubricados.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Juan Serrada Hernández, ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública en el día de hoy la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, de lo que, como Secretario de la misma certifico.— Madrid a 21 de enero de 1958.— Firmado: Miguel M. Montalvo y G.— Rubricado.