

Roj: STS 5417/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5417
Id Cendoj: 28079110012009100566
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 664/2004
Nº de Resolución: 588/2009
Procedimiento: Casación
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Septiembre de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, por D. Leonardo , representado por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Feixo Bergada contra la Sentencia dictada, el día 4 de noviembre de 2003, en el rollo de apelación nº 83/2003, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía nº 348/1999. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Dª. Marta Ruíz Roldan en nombre y representación de D. Leonardo en concepto de parte recurrente. Asimismo comparece el Procurador D. Alfonso de Murga Florido, en representación de D. Victorio , y en concepto de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona, interpuso demanda de juicio ordinario de mayor cuantía, D. Victorio contra D. Leonardo , en reclamación de cantidad. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "...dicte sentencia en la que:

1º.- *Se declare la nulidad de los testamentos otorgados por Doña Milagrosa en 32 agosto 1967, 29 enero 1970, 28 noviembre 1970, 12 enero 1976, 10 abril 1981, 14 noviembre 1986, 15 junio 1987,*

2º.- *Se declare que el último testamento válido de Doña Milagrosa fue otorgado en Barcelona, ante el Notario Don Federico Trías de Bes, en 22 agosto 1947, en el que designó como herederos por parte iguales a sus dos hijos, Don Victorio y Don Leonardo .*

3º.- *Se declare indigno a Don Leonardo para suceder a su madre Doña Milagrosa , por haber incurrido en maniobras dolosas y engañosas para forzar a su madre a otorgar los testamentos declarados nulos.*

4º.- *Se declare que Don Leonardo poseía como fiduciario de Doña Milagrosa los siguientes bienes:*

a) *El 9,64 % de las acciones de COMPLEJO INMOBILIARIO, S.A.; el 55,56 % de las acciones de INMOBILIARIA SOL Y MAR, S.A.; el 45,64 % de las acciones de INMOBILIARIA POMARET, S.A., EL 50 % de las acciones de INMOBILIARIA MATEU, S.A. EL 50 % DE MATEU, S.A., el 40,21 % de las acciones de FURQUET, S.A.; el 50 % de las acciones de BAALBECK, S.A., así como la parte residual deduciendo las que fueran propiedad de Don Jose Pablo de las acciones de las sociedades constituidas para ostentar el patrimonio de dichas sociedades o de las que les hubieran sucedido.*

b) *Las acciones cotizadas en Bolsa de BANCO CENTRAL HISPANO, S.A.; de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS, S.A., de UNION ELECTRICA FENOSA, S.A.; de SEVILLANA DE ELECTRICIDAD, S.A.; de FUERZAS HIDROELÉCTRICAS DE ANDORRA, S.A.; SOCIEDAD ANONIMA CROS, S.A.; ALTOS HORNOS DE VIZCAYA, S.A; UNIÓN ELÉCTRICA FENOSA, S.A., y de GENERAL AZUCARERA DE ESPAÑA, S.A., que figuren a nombre de Don Leonardo , sin haber sido incluidas en la herencia de Don Jose Pablo .*

c) *El 40,21 % de la finca sita en Barcelona, DIRECCION000 , NUM000 - NUM001 .*

d) Todas las obras de arte, mobiliario y objetos decorativos que se encuentren en poder de Don Leonardo , y muy especialmente en la AVENIDA000 , NUM002 , en la CALLE000 , NUM003 - NUM004 y en la finca DIRECCION001 , que hubieran pertenecido a Doña Milagrosa , y que no figuren reseñadas en el dictamen emitido en el proceso seguido en Navarra por el perito Don Bernardo .

e) *Todas las joyas poseidas por Doña Milagrosa , y singularmente las relacionadas con el hecho 29, apartado f) de esta demanda.*

f) Las cantidades que hubieran figurado depositadas en bancos extranjeros de las que hubiera podido disponer Doña Milagrosa .

g) *Cualesquiera otros bienes figuraran a su nombre en Cajas, Bancos o Entidades financieras, conjuntamente con su madre Doña Milagrosa , o de los que ésta tuviera facultades de disposición.*

5º.- *Se condene a Don Leonardo a reintegrar a la herencia los bienes detallados en el pedimento anterior.*

6º.- *Subsidiariamente, de no darse lugar a los pedimentos anteriores, se condene a Don Leonardo a abonar a Don Victorio la legítima que a éste le corresponde en la herencia de su madre Doña Milagrosa , más los intereses legales de dicha legítima desde el fallecimiento de doña Milagrosa en 11 enero 1998.*

7º.- *Se condene a Don Leonardo al pago de las costas".*

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Leonardo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... dicte Sentencia en la se absuelva a mi mandante de todas las pretensiones, principales y subsidiarias, formuladas contra él en la demandada, con expresa imposición de las costas al actor".*

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se presentaron los respectivos escritos de réplica y dúplica y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 30 de Barcelona dictó Sentencia, con fecha 22 de noviembre de 2002 y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Montero Brusell, en nombre y representación de D. Victorio , contra D. Leonardo :*

1º.- *No ha lugar a declarar la nulidad de los testamentos otorgados por doña Milagrosa en fecha 31/08/1967, 29/01/1970, 29/11/1970, 12/01/1976, 10/04/1981, 14/11/1986 y 15/06/1987.*

2º.- *No ha lugar a declarar que el único testamento válido de doña Milagrosa fue el otorgado en Barcelona, ante el Notario don Federico Trías de Bes, en fecha 22/08/1947.*

3º.- *No ha lugar a declarar indigno a don Leonardo para suceder a su madre doña Milagrosa .*

4º.- *Declaro que don Leonardo poseía como fiduciario de doña Milagrosa los siguientes bienes:*

a) *el 9,64 % de las acciones de COMPLEJO INMOBILIARIO, S.A.*

b) *el 55,56 % de las acciones de INMOBILIARIA SOL Y MAR, S.A.*

c) *el 45,64 % de las acciones de INMOBILIARIA MATEU, S.A.*

d) *el 45,64 % de las acciones de INMOBILIARIA POMARET, S.A.*

e) *el 50 % de las acciones de BAALBECK, S.A.*

f) *el 40,21 % de la finca sita en Barcelona, DIRECCION000 , NUM000 - NUM001*

5º.- *Condeno a Don Leonardo a reintegrar a la herencia los bienes dtallados en el apartado anterior.*

6º.- *Declaro que Don Victorio , en su condición de hijo de Doña Milagrosa , tiene la cualidad de legitimario en la herencia de su difunta madre, y por tanto, tiene derecho a percibir en concepto de legítima la cantidad de 522.620.916 pesetas, esto es, TRES MILLONES CIENTO CUARENTA Y UNA MIL CATORCE EUROS CON NOVENTA Y SIETE CENTIMOS (3.141.014,97 Euros), más la octava parte del valor de los siguientes bienes que se determinará en ejecución de sentencia:*

a) *Obras de arte, mobiliario y objetos decorativos que se encuentren en poder de Don Leonardo , y muy especialmente en las fincas sitas en AVENIDA000 nº NUM002 de Barclona, CALLE000 nº NUM000 -*

NUM004 de Barcelona y en la DIRECCION001 de Campins, que hubieran pertenecido a la causante, y que no figuren reseñadas en el dictamen emitido en el proceso seguido en Navarra por el perito Don Bernardo .

b) *Joyas donadas por doña Milagrosa que fueron reseñadas en el Hecho 29.f de la demanda.*

c) *Acciones, depósitos y saldos bancarios existentes a nombre de la causante en el extranjero.*

7º.- *Condeno a Don Leonardo a abonar a Don Victorio la total cantidad que resulte en virtud de la anterior declaración más el interés legal de dicha suma a contar desde la fecha de fallecimiento de la causante (11 enero 1998).*

8º.- *No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas causadas en autos.*

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Leonardo . Sustanciada la apelación, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia, con fecha 4 de noviembre de 2003 , con el siguiente fallo: " *Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON Leonardo contra la sentencia dictada en fecha 4 de noviembre de 2002, por el Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona , en autos de Juicio de Mayor Cuantía número 348/1999, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución, imponiendo las costas de esta alzada a la parte recurrente*".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D. Leonardo contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por el Procurador D. Ramón Feixó Bregada lo interpuso, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción de los artículos 2.1a), 27, 28 y 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre , del Tribunal Constitucional.

Segundo: Incumplimiento de la Disposición Transitoria de la Ley 11/90 .

Tercero: Infracción del artículo 14 de la Constitución Española e inaplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del punto 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución Española.

Cuarto: Infracción de los artículos 14 y 24.1 de la Constitución y su interpretación por el Tribunal Constitucional en relación con los artículos 10 y 416.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Quinto: Infracción del artículo 2.3 del Código Civil en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Sexto: Infracción de lo dispuesto en el artículo 327 del Código Civil , y en los artículos 2,3 y 92 de la Ley del Registro Civil .

Séptimo: Infracción del artículo 6.4 del Código Civil , por inexistencia de fraude de Ley en la manifestación de Dª. Milagrosa de mantener la vecindad Navarra.

Octavo: Infracción del artículo 6.4 del Código Civil , por existencia de fraude de Ley en la actuación procesal de D. Victorio .

Noveno: Infracción del artículo 14.5 del Código Civil por exigir la reiteración de la voluntad de mantener la vecindad adquirida.

Décimo: Infracción de los artículos 658, 668, 675 y 739 del Código Civil, Leyes 149, 267 y 270 de la Ley 1/1973, de 1 de Marzo , por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, y artículos 101, 110 y 370.2 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó la Procuradora Dª Marta Ruiz Roldán en nombre y representación de D. Leonardo en concepto de parte recurrente. Asimismo se personó el Procurador D. Alfonso de Murga Florido, en nombre y representación de D. Victorio , en concepto de parte recurrida.

La Procuradora Sra. Ruiz Roldan, en representación del recurrente, presentó escrito desistiendo del sostenimiento del motivo décimo de casación; asimismo el Procurador Sr. Murga Florido, en representación del recurrido presentó escrito solicitando la remisión de las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por entender que corresponde a este órgano la competencia para su conocimiento. Por Auto de 30 de noviembre de 2004 se acordó tener por desistido al recurrente del motivo décimo formulado en el escrito de interposición del recurso y declarar la competencia de esta Sala para su conocimiento, pronunciamiento

éste último que fue confirmado por Auto de 15 de febrero de 2005 , por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la parte recurrida.

Admitido el recurso por Auto de fecha 28 de octubre de 2008 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Alfonso de Murga Florido, en nombre y representación de D. Victorio , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el cinco de marzo de dos mil nueve, siendo suspendido dicho señalamiento acordándose que la sentencia se dicte por el Pleno de los Magistrados de la Sala, señalándose para dicha votación y fallo el día veinte de julio de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de hechos probados :

1º D. Jose Pablo , de vecindad civil catalana de origen, compareció junto con su esposa el 8 de enero de 1965, ante el Juzgado de Paz de Betelu, Navarra. Declaró que estaba residiendo en dicha localidad desde 1962 y que deseaba adquirir la vecindad civil de Navarra; esta declaración hubo de ser reiterada por D. Jose Pablo ante el Registro civil de Pamplona el 21 de noviembre de 1968 y causó inscripción marginal en la de nacimiento de ambos cónyuges, al ser adquirida dicha vecindad civil por la esposa, D^a Milagrosa , en virtud del principio de unidad familiar, establecido en el Art. 15.3 CC , vigente en aquel momento.

2º D. Jose Pablo falleció en Barcelona en 1986, donde siempre habían residido los cónyuges.

3º El 20 de febrero de 1996, D^a Milagrosa declaró ante el encargado del Registro civil su voluntad de conservar la vecindad civil de Navarra.

4º D^a Milagrosa falleció el 11 de enero de 1998 en Barcelona.

5º D. Victorio demandó a su hermano D. Leonardo , heredero de D^a Milagrosa , donde pedía que: a) se declarase la nulidad de los testamentos otorgados por la causante desde 1967 hasta junio de 1987 y que su sucesión debía regirse por el otorgado en Barcelona en 1947; b) se declarase la indignidad del heredero D. Leonardo ; c) se declarase que D. Leonardo era titular fiduciario de una serie de bienes que describía en la demanda, que debía restituir a la herencia, y, subsidiariamente, que se condenase a D. Leonardo a abonar al demandante D. Victorio la legítima que le correspondiera en la herencia de su madre D^a Milagrosa , con sus correspondientes intereses, todo ello de acuerdo con el Derecho civil catalán, aplicable según el demandante, a la sucesión de su madre. El demandado se opuso a la demanda negando que la sucesión de D^a Milagrosa debiera regirse por el Derecho catalán, ya que en virtud de lo dispuesto en el Art. 9. 8 CC , al tener D^a Milagrosa la vecindad civil navarra en el momento de su fallecimiento, debía aplicarse lo establecido en el Fuero Nuevo, que debía regir su sucesión.

6º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 30 de Barcelona de 27 de noviembre de 2002 estimó en parte la demanda. Con relación a lo planteado en el recurso de casación, que es lo relativo a la fijación de la vecindad civil que ostentaba D^a Milagrosa en el momento de su fallecimiento a los efectos de determinar la ley que rige su sucesión, los argumentos de la sentencia son los siguientes: a) que declarada la vecindad civil navarra del esposo de la causante D^a Milagrosa , resulta obligado concluir que ésta la adquirió por razón de matrimonio y ella misma lo declaró así; b) respecto a la residencia de D^a Milagrosa durante más de diez años en Cataluña sin declaración en contrario, debe partirse de la base de que al no ganar la vecindad civil navarra por declaración de voluntad, no puede aplicarse el vigente Art. 15 CC , de modo que la adquisición se produjo *ex lege* y ciertamente D^a Milagrosa no realizó ninguna declaración de querer conservar la vecindad civil de Navarra; c) las declaraciones de que mantenía la vecindad civil efectuadas en los testamentos otorgados ante Notario en Navarra carecen de virtualidad al no haberse efectuado ante el Juez encargado del Registro civil y respecto de la realizada ante dicho funcionario del Registro civil en 1996 carece de valor por entender que en el momento en que la realizó, ya había adquirido la vecindad civil catalana por residencia continuada en Cataluña. De ahí que al tener D^a Milagrosa la vecindad civil catalana en el momento de fallecer, su sucesión se rige por el Código de sucesiones de Cataluña y no por el derecho navarro.

7º El demandado D. Leonardo apeló dicha sentencia. La Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4ª, en sentencia de 4 noviembre 2003 , desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada. Por la importancia que tiene en el presente recurso de casación, se reproduce a continuación el Fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida. "*Centrado el primer motivo del recurso en la determinación de la vecindad civil de la*

causante en el momento de su fallecimiento, entendemos que esta Sala debe partir, en todo caso, del respeto a los hechos declarados probados en la Sentencia del TSJ de Navarra de 3 de marzo de 1994 , relativa a la sucesión del esposo de doña Milagrosa y padre de los ahora litigantes, don Jose Pablo , por constituir cosa juzgada.

Sentado lo anterior, como es sabido, debe indicarse que el art. 14.5 del Código Civil , precepto aplicable a todo el territorio nacional, dispone claramente:

«La vecindad civil se adquiere:

1º. Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésa su voluntad.

2º. Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no precisan ser reiteradas». y, por su parte, el art. 14.6 agrega:

«En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento».

De la redacción de este artículo, se entiende que la declaración de adquisición de vecindad civil debe efectuarse ante el Registro Civil o, en su caso, ante el Registro Consular u otro órgano competente, sin que puedan tener consideración de declaración de adquisición de la vecindad civil las manifestaciones contenidas en una escritura pública u otro documento público u oficial, dado que no se trata simplemente de la exteriorización de la declaración de voluntad, sino que es precisa su constancia expresa en el Registro Civil, momento a partir del cual despliega eficacia la manifestación y se produce la adquisición de la vecindad civil.

En similares términos, el artículo 225 del Reglamento del Registro Civil establece que el cambio de vecindad civil se produce «ipso iure» por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario.

Así, el elemento determinante para la adquisición de la vecindad civil es el de la residencia, identificándose el lugar de «residencia habitual» con el de domicilio civil, según el art. 40 del CC , siendo independiente de la vecindad administrativa o de la inscripción en el padrón municipal (SSTS 30-10-1901, 30-4-1909, 18-5-1932, 3-6-1934, 11-10-1960, 10-11-1961), y así lo confirma la STS de 15-11-1991 señalando que «según constante doctrina jurisprudencial emanada de la Sala 1ª del TS , el domicilio no debe confundirse con la vecindad, según la Ley municipal, y que sólo deben merecer la calificación de principios de prueba las certificaciones del censo de población, censo electoral y padrón de habitantes»; y se reitera en la STS 30-1-93, con cita, a su vez, de la de (8-3-1983 C-Ad), que «las vecindades administrativas no siempre coinciden con el efectivo domicilio, teniendo escasa influencia las certificaciones administrativas que derivan de los datos del padrón municipal de habitantes, siendo el lugar de residencia habitual aquel que corresponde a la residencia permanente e intencionada en un precisado lugar debiendo tenerse en cuenta la efectiva vivencia y habitualidad, con raíces familiares y económicas».

Así pues, en este sentido, es doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que los simples datos del padrón de habitantes no hacen prueba plena de la residencia a efectos civiles, dado que lo único que prueba dicho Padrón por sí solo es la realidad de haberse hecho por el declarante y funcionario en su caso en él interviniente las manifestaciones que contiene, pero no que las mismas sean exactas.

Partiendo de las anteriores consideraciones, examinada de nuevo la prueba aportada por cada parte y valorando en conjunto su resultado, obtiene la Sala idénticas conclusiones que el juzgador a quo en orden a la vecindad civil catalana de doña Milagrosa al tiempo de su fallecimiento.

Así, en primer término, doña Milagrosa , junto con su esposo, su hijo y demandado don Leonardo y la esposa de éste, doña Esperanza , comparecieron ante el Juzgado de Paz de Betelu el día 8 de enero de 1965 y manifestó que «desde el año sesenta y dos tiene su residencia en Betelu y haciendo uso de la facultad que le concede el art. 15 del Código Civil desea ganar la vecindad navarra y para ello formula la presente declaración» (folio 1569).

Conforme a la doctrina expuesta, tal comparecencia no supuso la adquisición de la vecindad foral navarra por parte de doña Milagrosa pues dicha declaración no fue realizada ante el Encargado del Registro Civil.

Posteriormente, su esposo don Jose Pablo , mediante mandatario con poder especial, reiteró ante el señor Juez Municipal, Encargado del Registro Civil de Pamplona -oficina número 2- el 21 de noviembre de 1968 , acto en el que presentó certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Betelu, en la que se hacía constar que dicho señor residía en Betelu desde hacía más de dos años, declaración ésta que sí causó la correspondiente inscripción marginal en la de nacimiento de don Jose Pablo , así como en la de su esposa y causante doña Milagrosa .

Por tanto, debemos partir del hecho declarado probado por la sentencia del TSJ de Navarra de fecha 3 de marzo de 1994 , de la adquisición de la vecindad navarra por parte del esposo de la causante, en virtud, no ya de su declaración ante el Juzgado de Paz de Betelu, de fecha 8 de enero de 1965 , sino de la que efectuó el 21 de noviembre de 1968 ante el señor Juez Municipal Encargado del Registro Civil de Pamplona.

En consecuencia, como acertadamente señala el Magistrado Juez a quo, no consta en las actuaciones que doña Milagrosa emitiera declaración expresa ante el Juez Encargado del Registro Civil de Pamplona en 1968, tras los dos supuestos años de residencia en Navarra, sino que fue su esposo don Jose Pablo , mediante mandatario con poder especial quien efectuó tal declaración.

Y, consecuentemente, doña Milagrosa no adquirió la vecindad foral navarra por manifestación expresa y residencia continuada de dos años sino de conformidad con el derogado artículo 14.4 del Código Civil que imponía a la mujer casada la vecindad del marido, y dicha declaración fue suficiente para causar nota marginal en la inscripción de nacimiento de la causante.

Por tanto, si bien las sentencias del TSJ de Navarra de 3 de marzo de 1994 , y la sentencia del TSJ de CATALUÑA de 13 de mayo de 1999 , siguiendo a la anterior, han señalado que la nueva vecindad adquirida por declaración expresa ante el Registro Civil, no se pierde por residencia continuada en otro territorio, sin declaración en contrario, ello debe entenderse en el supuesto de declaración expresa, lo que, como hemos dicho, no ocurre en el presente caso, en el que doña Milagrosa no adquirió la vecindad civil navarra por declaración expresa ante el Encargado del Registro Civil sino por seguir la vecindad adquirida por su esposo.

Consecuentemente, por entender, como lo hace el Magistrado Juez a quo que dicha vinculación de la mujer casada a la vecindad civil de su esposo dejó de surtir efecto en 1978 con la entrada en vigor de la Constitución, en la fecha de su publicación, el 29 de diciembre de 1978, al quedar derogado dicho precepto por ser claramente inconstitucional, y a tenor de la Disposición Derogatoria, apartado 3 , a tenor del cual, quedaban derogadas cuantas disposiciones se opusieran a lo establecido en la Constitución, doña Milagrosa , por residencia continuada en la ciudad de Barcelona durante más de diez años, recuperó la vecindad civil catalana, en fecha 29 de diciembre 1988.

De igual modo, aun cuando entendiéramos que dicha vinculación a la vecindad civil del esposo finalizó en fecha 20 de abril de 1986, con el fallecimiento de don Jose Pablo , en consecuencia, doña Milagrosa , recuperó la vecindad civil catalana por residencia continuada en la ciudad de Barcelona durante más de diez años, en fecha 20 de abril de 1996, sin que tenga efecto la declaración prestada en fecha 20 de febrero de 1996, obrante al folio 3212, tomo IV, por su evidente carácter fraudulento.

Y en este sentido, llegamos a dicha conclusión del fraude de ley, pues las pruebas practicadas en el procedimiento y, concretamente, las testificales [...], la declaración prestada ante la Policía en fecha 3 de septiembre de 1987, en la que hace constar como domicilio el de la AVENIDA000 número NUM NUM002 de Barcelona, y, finalmente, el fallecimiento de la causante en fecha 11 de enero de 1998 en la Clínica del Pilar de Barcelona, acreditan todas ellas que doña Milagrosa tenía su residencia habitual y permanente en la AVENIDA000 número NUM NUM002 de Barcelona, excepto tres meses al año en los que residía en el PASEO Marítimo de Sitges, por lo que la declaración prestada en fecha 20 de febrero de 1996, cuando faltaban dos meses para que se cumplieran los diez años del fallecimiento de su esposo don Jose Pablo , ha de concluirse, sin género de dudas, que la misma no tuvo otra finalidad que la de acogerse a una aparente vecindad foral navarra (ley de cobertura) para eludir la aplicación de la ley sucesoria del Derecho Civil Catalán (Codi de Successions) y, de esta forma, privar a su hijo y demandante don Alejandro, de su derecho a percibir el importe de la legítima que le corresponde por aplicación del artículo 355 del Codi de Successions, lo que evidentemente integra un claro supuesto de fraude de ley .

En definitiva, acreditada la recuperación de la vecindad civil catalana de la causante, su sucesión se rige por el derecho civil catalán siendo por ello de aplicación el Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 de diciembre .

En consecuencia, este primer motivo de recurso debe ser desestimado, confirmándose íntegramente la resolución que es objeto del mismo.

7º. Contra esta sentencia presenta el demandado D. Leonardo recurso de casación, al amparo de lo establecido en el Art. 477 LEC . El auto de esta Sala de 28 octubre 2008 admitió el recurso, que se formula dividido en diez motivos, desistiéndose del último.

SEGUNDO. Los problemas que se plantean a esta Sala en el enjuiciamiento de la cuestión suscitada sobre la ley reguladora de la sucesión de D^a Milagrosa y que han sido recogidos de forma amplia y pormenorizada en los motivos del recurso de casación presentado por el demandado D. Leonardo , pueden agruparse en torno a tres grupos de cuestiones, que a su vez presentan distintos problemas: 1º La principal viene referida a la determinación de la vecindad civil de la causante en el momento de su fallecimiento. 2º La segunda, se refiere a la concurrencia o no de fraude de ley en la declaración de D^a Milagrosa de querer mantener o conservar la vecindad civil navarra, y la 3ª viene a referirse a las otras cuestiones planteadas en otros motivos del recurso. De acuerdo con esta sistemática, se van a examinar los distintos motivos de casación.

TERCERO. *Previo: la competencia del juez ordinario para declarar la derogación de una norma por inconstitucionalidad sobrevenida.*

Previamente al examen de las cuestiones relacionadas con la vecindad civil, esta Sala debe examinar el contenido del *primer motivo* del recurso de casación, que se formula por infracción de los Arts. 2.1,a), 27, 28 y 35 de la LO 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional. Se señala que la inconstitucionalidad de un precepto de ley sólo puede ser declarada por el Tribunal constitucional, de acuerdo con lo que establece su Ley orgánica en los Arts. 2.1,a), 27, 28 y 35 ; señala que hay que distinguir entre normas derogadas por oponerse a la Constitución y normas declaradas inconstitucionales, de acuerdo con lo que señala la STC 11/1981 y reproduce en apoyo de su argumentación, la STC 39/2002, de 14 de febrero , en la que se declaró la inconstitucionalidad del Art. 9.2 CC en relación a la ley nacional del marido como punto de conexión para determinar el régimen económico matrimonial en los matrimonios de distinta vecindad civil. Dice que el juez debería haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad, porque la Ley Orgánica le obliga y que al no hacerlo, la Audiencia Provincial no pudo desconocer lo dicho en la Disposición transitoria de la Ley 11/1990 .

El motivo se desestima .

La disposición derogatoria 3 CE establece que "asimismo quedarán derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución" y de acuerdo con esta disposición, los jueces no deben aplicar la ley preconstitucional cuando sea contraria a lo dispuesto en la Constitución, por haber sido derogada por ésta. En este sentido resulta muy recomendable la lectura atenta de la STC 39/2002, de 14 febrero , que el recurrente cita como argumento en apoyo de su razonamiento. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada por un juez de 1ª Instancia acerca del ajuste a la constitución del Art. 9.2 CC , que establecía como punto de conexión para la determinación del régimen de bienes de un matrimonio con distinta nacionalidad/vecindad civil, la ley del marido en el momento de contraer matrimonio, de acuerdo con la redacción anterior a la ley 11/1990 (redactado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo y mantenido por la ley 21/1987, de 11 noviembre). El Tribunal Constitucional señala, con abundante cita de su propia jurisprudencia, que "[...] cuando la duda de constitucionalidad se plantea en relación con normas preconstitucionales este Tribunal ha declarado con reiteración que esta circunstancia no impone, por sí misma y de modo absoluto, que el órgano judicial deba abstenerse de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que *si bien puede examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional* de una norma anterior a la Constitución, *también puede optar por deferir la cuestión a esta jurisdicción [...]*" . Está claramente admitida, pues, la posibilidad de que el juez ordinario declare la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida de normas anteriores a la Constitución, lo que es una consecuencia clara de la fuerza de la propia norma derogatoria, que obliga a los jueces y tribunales del mismo modo que las otras disposiciones constitucionales y, además, de la vinculación que produce la propia Constitución que como norma suprema, ha expulsado del ordenamiento aquellas reglas anteriores que contradigan los derechos fundamentales en ella reconocidos (en un sentido muy parecido, la STS de 21 de septiembre 1999 , que declaró derogado el Art. 47.2 LRC). Por tanto, el juez puede declarar la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida y no se requiere el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque puede optar por ella como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional citada.

CUARTO. *La constitucionalidad de la regla de la unidad familiar para atribuir a la mujer casada la vecindad civil de su marido.*

A la cuestión que se enuncia se refieren los motivos segundo, quinto, sexto y noveno que se van a resumir, para después realizar su análisis de forma conjunta.

El segundo motivo denuncia el incumplimiento de la disposición transitoria de la Ley 11/1990. Dicha disposición permite a la mujer casada recuperar la vecindad civil que ostentaba antes de contraer matrimonio con dos condiciones: que lo solicite de forma expresa y que lo haga en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley 11/1990. Según el recurrente, dicha DT demuestra que el legislador estaba convencido de la vigencia del Art. 14.4 CC antes de la entrada en vigor de la ley de 1990, porque sino todas las mujeres habrían readquirido la vecindad civil *ope legis* a la entrada en vigor de la Constitución. Esta norma no impone a la mujer casada la obligación de efectuar la declaración de voluntad de recuperar la vecindad perdida que sólo ocurrirá si se efectúa la declaración. Por ello entiende el recurrente que una vez transcurrido el plazo de un año previsto en la ley de 1990 sin haber hecho expresa manifestación de voluntad, "es cuando puede afirmarse que se ha producido la declaración de mantenimiento de la vecindad adquirida con anterioridad". Por ello entiende el recurrente que el silencio de D^a Milagrosa tiene el valor de una declaración de mantenimiento de la vecindad civil navarra adquirida por matrimonio.

El quinto motivo del recurso señala la infracción del Art. 2.3 CC, en relación con el Art. 9.3 CE. Dice que la sentencia impugnada entiende que el requisito de la manifestación de voluntad de adquirir la vecindad civil del marido ha de ser expresa y realizada en forma, lo que supone reconocer efectos retroactivos al Art. 14.4 CC redactado por la ley 11/1990 y ello es contrario a la Constitución y al Art. 2.3 CC. Señala que el recuperar o no la vecindad es un derecho y no una obligación legal y por tanto es renunciable; además, la vecindad adquirida por razón de matrimonio no es un acto nulo, porque era válido de acuerdo con la legislación vigente, sino que sería anulable, si el interesado ejerciera la concreta acción, lo que no ha ocurrido en este caso.

El sexto motivo denuncia la infracción del Art. 327 CC y de los Arts. 2, 3 y 92 LRC. Se dice que la seguridad jurídica exige que las circunstancias que afectan al estado civil de las personas consten en el Registro civil y por ello se inscribe lo relativo a la nacionalidad y la vecindad civil. Aunque la modificación de la vecindad civil de D^a Milagrosa se lleva a cabo por el marido, mientras la persona afectada no haga la manifestación expresa correspondiente, la inscripción de la vecindad da fe de la que se ostenta y por ello el 7 de junio de 1996 se inscribe una manifestación de D^a Milagrosa en el sentido de que era su voluntad conservar la vecindad civil de Navarra que ostentaba, de modo que las inscripciones que constan en la de nacimiento de D^a Milagrosa perduraron hasta su muerte.

El noveno motivo denuncia la infracción del Art. 14.5 CC por exigir la reiteración de la voluntad de mantener la vecindad de origen. Dice que de acuerdo con el Art. 14.5 CC, la vecindad adquirida no tiene que ser reiterada y ello de acuerdo con la sentencia de este Tribunal de 21 de septiembre de 2000 y el Art. 65 LRC, que establece que una vez prestada la declaración no necesita ser reiterada y que se harán constar en el Registro civil. Fue significativo el silencio de D^a Milagrosa en relación a la vecindad adquirida por razón de matrimonio, sin necesidad de hacer manifestación expresa de ello y, en consecuencia, tampoco era preciso que se realizara ninguna otra declaración ante el Encargado del Registro civil, máximo cuando la ley que lo exige es posterior a la Constitución. Según este motivo, debe declararse que D^a Milagrosa no tuvo ninguna necesidad de hacer declaración alguna para mantener la vecindad civil navarra que había adquirido en 1968 y siempre deseó mantener, no haciendo uso de ninguna de las posibilidades que se le ofrecieron en 1975 y 1990 mediante la declaración ante el Encargado del Registro civil y desde 1978 por la vía de la defensa de Derechos Fundamentales de la Persona.

Los motivos no se estiman.

La complejidad de este asunto viene provocada por la falta de diligencia del legislador en la regulación de esta materia. Debe ponerse de relieve que la derogación del denominado principio de unidad familiar en la vecindad civil, en cuya virtud la ley del marido determinaba la de la esposa y la de los hijos *in potestate*, se mantuvo hasta la reforma efectuada en 1990; sin embargo, la ley 14/1975, de 2 de mayo ya excluyó la comunicación a la mujer casada de la nacionalidad española que adquiriría su marido (Art. 21 CC, redactado por ley 14/1975).

QUINTO. Los argumentos del recurrente obligan a esta Sala a examinar las cuestiones que se estudian a continuación.

A) *La constitucionalidad del Art. 14.4 CC.* El Art. 14.4 CC, redactado de acuerdo con el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo y que no fue reformado hasta la ley 11/1990, decía: "la mujer casada seguirá la condición del marido". Se trataba por tanto, de una norma preconstitucional que contenía una flagrante lesión del derecho a la igualdad de los cónyuges, cuando establecía un trato discriminatorio entre el marido y

la mujer, dado que imponía a ésta una vecindad civil, independientemente de su voluntad, de forma que los sucesivos cambios que experimentara la del marido la iban a afectar a ella, tanto si deseaba adquirirla como si no. Ya hemos citado antes la STC 39/2002, que declaró la inconstitucionalidad sobrevenida y, por tanto, la derogación, del Art. 9.2 CC, por ser contrario al principio de igualdad, señalando dicha sentencia que dicha norma "[...]representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona reconocida en el Art. 10.1 CE", entre las cuales, evidentemente, se encuentra el sexo como criterio de diferenciación jurídica, que en este supuesto se une el de la igualdad en el matrimonio.

El argumento que utiliza la mencionada sentencia para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida del Art. 9.2 CC es el siguiente: "[...] no cabe duda de que el Art. 9.2 CC, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual, para la determinación de la ley aplicable, introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica. El precepto cuestionado se opone, por tanto, no sólo al Art. 14 CE, sino también al más específico, que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (Art. 32 CE), pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón" y acaba diciendo que "[...]La mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad".

El anterior razonamiento obliga a analizar el ajuste del Art. 14.4 CC, en la redacción vigente hasta 1990 y en cuya virtud D^a Milagrosa habría adquirido la vecindad civil navarra, como consecuencia de la opción efectuada por su marido en 1968. Resulta claro que los mismos argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional en relación a la inconstitucionalidad del Art. 9.2 CC, se proyectan a la adquisición de la vecindad civil por parte de la mujer casada. La imposibilidad de que ésta adquiriera una vecindad distinta de la del marido o mantuviera la suya de origen a pesar del matrimonio constituía una discriminación por razón de sexo que hacía ilusoria, al menos en este punto, la norma del Art. 32. 1 CE, que establece la igualdad jurídica en el matrimonio. Por ello el mismo preámbulo de la Ley 11/1990 decía que el propósito de dicha ley era "eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aun perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo de la igualdad". Esta opción fue también sostenida por la STS de 6 octubre 1986, aunque no hubo que aplicarla en aquel caso por tratarse de un matrimonio muy anterior a la entrada en vigor de la Constitución. No cabe duda, pues, de la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma contenida en el Art. 14.4 CC, por ser contraria al principio de igualdad entre los cónyuges consagrado en los Arts. 14 y 32.1 CE, puesto que impedía a la mujer la autonomía en la adquisición de una vecindad civil independiente de la de su marido.

B) *Consecuencias de la inconstitucionalidad sobrevenida*. La consecuencia de todo lo anterior es que la norma contenida en el Art. 14.4 CC quedó derogada por inconstitucionalidad sobrevenida en el momento de entrada en vigor de la Constitución en 1978.

C) Los efectos de la derogación del Art. 14.4 CC en la vecindad civil de D^a Milagrosa. Para determinar los efectos que dicha derogación produjo en la situación jurídica de D^a Milagrosa debe recordarse aquí que a) D^a Milagrosa había adquirido la vecindad civil navarra como consecuencia de haberla adquirido su marido y, por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 15.5 CC, sustituido en la reforma de 1974, por el Art. 14.4 CC; b) D^a Milagrosa, aunque es redundante con lo anterior, no había efectuado ninguna declaración de voluntad favorable a querer adquirir la vecindad; c) Está probado que la causante, cuya vecindad civil se discute, había residido siempre en Barcelona, salvo cortos periodos de tiempo.

La constatación de que el Art. 14.4 CC había quedado derogado en virtud del párrafo 3 de la disposición derogatoria de la Constitución implica que dicha norma había dejado de aplicarse y que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, nada impedía a D^a Milagrosa adquirir por sí misma la vecindad civil del lugar de su efectiva residencia, que como consta probado, fue siempre Cataluña. D^a Milagrosa mantuvo la residencia en Cataluña durante un periodo de diez años después de la entrada en vigor de la Constitución por lo que adquirió por sí misma la vecindad civil del lugar de su residencia, que según las pruebas aportadas fue Cataluña y en consecuencia, desde diciembre de 1988 ostentó la vecindad civil catalana, en virtud de lo dispuesto en el Art. 14, 3, 1º CC, entonces vigente.

D) El significado de las declaraciones posteriores de D^a Milagrosa. Esta solución tropieza en el presente procedimiento, con el problema del significado de las declaraciones de D^a Milagrosa relativas que ostentaba la vecindad civil de Navarra efectuadas en dos testamentos otorgados en 1986 y 1987 y, además, la declaración de voluntad de querer conservarla realizada en la declaración ante el Encargado del Registro civil en 1996.

Antes de entrar a examinar el concreto problema planteado, debe advertirse que las normas sobre vecindad civil tienen naturaleza imperativa, de modo que la adquisición, pérdida y cambio de vecindad se rigen por las reglas establecidas en el Título Preliminar del Código civil, que no pueden ser objeto de cambio por los interesados. Sólo en aquellos casos en que la ley lo acepta, se admite la eficacia de las declaraciones de voluntad, como ocurre en los diferentes supuestos de opción (Arts. 14.3,4, 14.4 y 15.1 CC) y en las declaraciones de adquirir la vecindad del lugar de residencia (Art. 14.5,1º) y de conservar la vecindad originaria (Art. 14.5,2º CC), siempre en las condiciones y la forma establecida legalmente en las disposiciones citadas.

Por ello debe concluirse que no habiendo efectuado Dª Milagrosa la declaración ante el funcionario autorizado, que es el Encargado del Registro civil, la declaración realizada en los testamentos otorgados en Navarra en 1986 y 1987 no tuvo el efecto del Art. 14.3,2º CC, que habría determinado que no se adquiriera la vecindad del lugar de residencia. Pero es que, además, era cierto que en aquel momento tenía la vecindad civil navarra, puesto que no adquirió la catalana por residencia hasta el año 1988.

Respecto de la declaración efectuada en 1996 ante el Encargado del Registro civil de Pamplona, no pudo producir el denominado "efecto conservativo", porque en el momento de efectuar la declaración no ostentaba la vecindad civil navarra, sino la catalana y siendo como son las normas sobre vecindad civil de carácter imperativo y no depender de la voluntad de las personas tener una u otra vecindad, excepto en los casos y con los requisitos establecidos en la ley vigente en cada momento, no puede darse a esta declaración de voluntad el efecto que se pretende, dado que, además, no residía Dª Milagrosa en Navarra, por lo que no puede equipararse a la adquisición prevista en el Art. 14.5 CC, vigente en el momento de efectuar la citada declaración de "conservar".

Además, debe recordarse aquí que por las mismas razones que se exponen, la declaración de voluntad debe ser expresa y realizarse en la forma prevista en la ley, que por otra parte, no prevé una declaración de "conservación", que resulta inútil a los efectos de la determinación de la vecindad porque o bien se ostenta la que se ostenta y que aparece determinada según lo legalmente establecido, o bien no es la vía correcta para adquirir otra distinta.

En consecuencia, aunque por distintos argumentos a los utilizados en la sentencia recurrida, cabe concluir que Dª Milagrosa ostentaba la vecindad civil catalana en el momento de su fallecimiento, al quedar derogado el Art. 14.4 CC por la entrada en vigor de la Constitución y tener desde esta fecha Dª Milagrosa la autonomía para adquirir una vecindad civil distinta de la de su marido por residencia de diez años en un lugar distinto del correspondiente a la vecindad civil que se ostenta.

SSEXTO. *La opción concedida en la Disposición transitoria de la Ley 11/1990.*

Resta por examinar un punto importante en el razonamiento del recurrente, que se contiene en el segundo motivo ya resumido. Se refiere al para el recurrente, "incumplimiento" de la Disposición transitoria 1 de la Ley 11/1990, que estableció que "la mujer casada que hubiere perdido su vecindad por seguir la condición de su marido, podrá recuperarla declarándolo así ante el Encargado del Registro civil en el plazo de un año a partir de la publicación de esta Ley".

La derogación de la norma del Art. 14.4 CC no produjo efectos retroactivos a las situaciones ya consolidadas con anterioridad a su entrada en vigor. Pero la doctrina que aquí se sostiene y aplica se centra en la aplicación posterior de los principios contenidos en la Constitución por una derogación sobrevenida de la norma estudiada. En el caso que se concluya que la disposición transitoria transcrita tuvo como finalidad la de permitir a las mujeres casadas en la situación que en ella se preveía optar por la vecindad civil de origen, sin tener en cuenta esta derogación, debería considerarse que la citada Disposición transitoria contenía una norma inconstitucional, por haber olvidado el legislador dicha derogación por incompatibilidad con el principio de igualdad entre los cónyuges y obligaría a esta Sala a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, el Art. 5.1 LOPJ obliga a los jueces a interpretar y aplicar las leyes "según los preceptos y principios constitucionales", estableciendo la denominada interpretación *secundum constitutionem*, que debe ser utilizada en este punto por esta Sala.

De acuerdo con esta técnica, debe entenderse que la citada Disposición transitoria se aplicará en aquellos casos en que la mujer no haya adquirido la vecindad civil de origen en el momento de entrar en vigor la ley 11/1990, puesto que otra cosa sería tanto como afirmar que la mujer casada siguió estando vinculada a la vecindad civil del marido en el periodo siguiente a la entrada en vigor de la Constitución, que consagraba el principio de igualdad entre los cónyuges y se mantendría en vigor una disposición que en este punto, limitaba la igualdad de la mujer por estar casada. La Disposición transitoria de la ley 11/1990 no es la única forma de recuperar la vecindad civil perdida por el matrimonio, puesto que seguían funcionando los distintos sistemas

establecidos en el Art. 14 CE , es decir, la de residencia de dos años, con declaración favorable y la de 10 años, sin declaración en contra, que a partir de la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del Art. 14.4 CE , permitieron a las mujeres casadas adquirir una vecindad distinta de la de su marido, cerrando el ciclo la citada disposición transitoria cuando ello no hubiese ocurrido. De este modo, al haber quedado excluido por la norma constitucional el principio de unidad familiar, la mujer casada pudo adquirir, con independencia de su cónyuge una vecindad civil distinta de la que ostentaba su marido, cumpliendo los requisitos exigidos en el Código. Y ello es lo que ocurrió en el presente caso, puesto que residiendo D^a Milagrosa en Barcelona, según se ha probado, adquirió la vecindad civil catalana en 1988, es decir, diez años después de la entrada en vigor de la Constitución, por no haber efectuado una declaración en contra de la misma, por lo que al estar consolidada esta situación en el momento de entrada en vigor de la ley 11/1990, no tuvo necesidad de efectuar la opción prevista en la disposición transitoria de esta ley.

SÉPTIMO. *El fraude a la ley en la adquisición de la vecindad civil.*

El tema se plantea en los motivos séptimo y octavo, que se van a examinar conjuntamente.

El séptimo motivo denuncia la infracción del Art. 6.4 CC por inexistencia de fraude de ley en la manifestación de D^a Milagrosa de mantener su vecindad civil navarra. Dice el recurrente que D^a Milagrosa efectuó a lo largo de su vida diversas manifestaciones de voluntad relativas a que ostentaba la vecindad civil navarra antes y después de haberla adquirido por razón de matrimonio y que su voluntad era conservarla. Aceptó que la había adquirido *ex lege* y en los dos testamentos que otorgó en Pamplona manifestó que ostentaba aquella vecindad. Al no haber ejercido nunca su derecho a no ser discriminada por razón de sexo, ratificó la adquisición de la vecindad civil navarra, de la que no se vio privada por la entrada en vigor de la CE. Además, resulta extraño que la Audiencia declare fraudulenta la declaración de querer mantener la vecindad civil navarra y, en cambio, no imponga la anulación de la inscripción, infringiendo así los Arts. 327 CC y 2, 3 y 92 LRC. Por ello si antes de cumplirse los diez años de la muerte de su marido D^a Milagrosa comparece declarando que desea mantener la vecindad civil navarra y ello para evitar que pueda surtir efecto la pérdida automática, no comete un acto en fraude a la ley.

El octavo motivo denuncia la infracción del Art. 6.4 CC , por existir fraude a la ley en la reclamación de la legítima catalana por parte del demandante D. Victorio . Argumenta que la demanda no va dirigida de forma directa a la reclamación de la legítima, sino a la impugnación de la vecindad civil de D^a Milagrosa adquirida por razón de matrimonio; por ello la reclamación de la legítima enmascara dicha reclamación por medio de la que se ejerce un derecho que tuvo la causante y que no ejerció, por lo que constituye un auténtico fraude de ley porque el demandante no está legitimado para impugnar un derecho personalísimo.

Se estiman ambos motivos.

El Art. 16, 1, 2^a CC , al establecer las normas sobre conflictos de leyes, se remite a lo dispuesto en el capítulo IV del Título preliminar, con la excepción de la aplicación de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del Art. 12 "sobre calificación, remisión y orden público". La consecuencia es clara: se aplica el Art. 12.4 CC en el derecho interregional, que establece que "se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española". En principio, por tanto, el recurrente ha equivocado la cita de la norma alegada como infringida: no se trata del Art. 6.4 CC , sino del Art. 12.4 , aplicable por remisión del Art. 16.1 CC al derecho interregional.

La aplicación de esta regla ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina española especialmente a partir de la sentencia de este Tribunal, de 5 abril 1994 , que declaró efectuada en fraude de ley la adquisición de la vecindad vizcaína por unos cónyuges que habían residido más de dos años en una villa sometida a este Derecho, otorgando dos días después sendos testamentos que declararon sometidos al Derecho foral, en los que nombraron herederos a sus nietos y separaron de la herencia expresamente a sus dos hijos. Puede ocurrir que el cambio de vecindad obedezca a la realización de un fraude pero siempre debe probarse y no puede deducirse del simple hecho de la adquisición de una vecindad civil distinta de la que se ostenta. Y ello porque:

1º El cambio de la vecindad civil debe realizarse siempre por alguno de los medios previstos legalmente en el Art. 14 CC ; se trata de normas que, como ya se ha dicho, exigen unos requisitos que deben cumplirse de forma imperativa.

2º Es evidente que el cambio de vecindad civil comportará el cambio del régimen jurídico aplicable a las relaciones de quien efectúa la declaración o bien deja transcurrir el plazo de 10 años sin efectuar ninguna declaración en contrario. Pero esto no admite que todo cambio deba ser considerado fraudulento, sino solo aquel que persigue una probada finalidad de defraudar la norma aplicable.

3º La igualdad entre los ordenamientos jurídicos españoles implica que la ley de cobertura sea igual a la ley inicialmente aplicable; por tanto, no puede utilizarse un argumento relacionado con la problemática de la mayor o menor legitimidad de los derechos autonómicos para considerar que existe fraude cuando se utiliza una ley que permite los cambios de vecindad civil para alterar el punto de conexión y así permitir la aplicación de otra ley más favorable a los intereses del declarante.

Consecuencia de todo lo anterior es que no debe admitirse que la declaración de D^a Milagrosa fuese realizada en fraude de ley, como, además, concluyó la sentencia del TSJN en la sentencia de 3 marzo 1994 con relación a la vecindad civil navarra adquirida por el marido de D^a Milagrosa .

Sin embargo, la estimación de estos motivos no comporta la del recurso de casación, porque como ya se ha dicho antes, esta fue una declaración carente de utilidad al ostentar D^a Milagrosa la vecindad civil catalana cuando la efectuó y resultar extemporánea dicha declaración.

OCTAVO. *El tercer motivo* del recurso denuncia la infracción del Art. 14 CE y la inaplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del punto 3 de la disposición derogatoria CE. La tesis mantenida por el recurrente en este motivo consiste en que la derogación del Art. 14.4 CC, aunque se produjo formalmente el 29 diciembre 1978 no pudo surtir efecto sino después de publicada la Ley 11/1990 . En resumen, afirma el recurrente que desde la entrada en vigor de la Constitución, las mujeres casadas pudieron pedir la recuperación de su vecindad de origen y caso de negársela, haber acudido al amparo; por tanto, adquirieron un derecho a poder cambiar la vecindad civil, que se pudo ejercitar hasta el 29 de diciembre de 1993, en que este derecho prescribió por el transcurso de 15 años.

No se estima este motivo.

La argumentación de este motivo es absolutamente artificiosa; se basa en la prescripción de la acción para reclamar el cumplimiento de un derecho fundamental. En primer lugar hay que señalar que los derechos fundamentales rigen en cualesquiera situaciones originadas después de la entrada en vigor de la Constitución, aunque no cabe otorgarle una retroactividad de grado máximo, puesto que no pueden revisarse situaciones consolidadas antes de la entrada en vigor de la misma. Además, los derechos fundamentales son irrenunciables, por aplicación de lo dispuesto en el Art. 6.2 CC , aunque es cierto que queda a la libre voluntad de las personas decidir o no sobre la oportunidad de su ejercicio. Por tanto, al no ser necesaria el ejercicio de la opción, tal como ya se ha afirmado en el Fundamento séptimo de esta sentencia y sentados los principios generales sobre la eficacia de la Constitución en estos aspectos, deben rechazarse los argumentos sostenidos en este motivo. Además, debe recordarse que aquí no se trata de discutir la violación de un derecho fundamental, ni del ejercicio para su protección por parte de la persona afectada. Aquí sólo se discute cuál es la ley aplicable a la sucesión de D^a Milagrosa y para ello hay que determinar su vecindad civil.

Estos mismos argumentos deben considerarse suficientes para el rechazo del *cuarto motivo*, donde se denuncia la infracción de los Arts. 14 y 24.1 CE y su interpretación por el Tribunal constitucional en relación con los Arts. 10 y 416.1 LEC . Se dice que la acción que se deriva de la violación de los derechos fundamentales, en este caso, la igualdad, tiene el carácter de personalísima y no puede ser ejercitada por nadie más que por el afectado y que la establecida en la disposición transitoria de la ley 11/1990 se refiere de forma exclusiva a la mujer discriminada. Por tanto, fallecida la titular del derecho, D^a Milagrosa , nadie podía pedir en sede jurisdiccional, que le fuera restituido el derecho conculcado.

NOVENO. La estimación parcial del recurso de casación, con la aceptación de los motivos séptimo y octavo, no implica la casación de la sentencia recurrida porque dicha estimación no afecta al núcleo esencial del recurso. En consecuencia, se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Leonardo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 noviembre 2003 .

Las costas del recurso de casación no se imponen a ninguna de las partes, por tratarse de un asunto que presenta problemas debatidos en derecho.

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

FALLAMOS

1º Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Leonardo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Cuarta, de 4 noviembre de 2003 , dictada en el rollo de apelación nº 83/2003.

2º No ha lugar a casar la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.



3º No imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios .- Roman Garcia Varela .- Xavier O'Callaghan Muñoz .-Jesus Corbal Fernandez .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel .- Jose Antonio Seijas Quintana .- Antonio Salas Carceller .-Encarnacion Roca Trias .- Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ