

STSJPV de 23 de enero de 2001

En Bilbao, a veintitrés de enero de dos mil uno.

Vistos por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, integrada por los Magistrados del margen, en el recurso de casación contra la sentencia que con fecha 26 Jun. 1997, dictó la Secc. 3.^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de menor cuantía núm. 492/1994 seguidos ante el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 8 de Bilbao, sobre saca foral, cuyo recurso fue interpuesto por D. Felix A. S. y D. Jesús A. S., representados por el Procurador Sr. D. Fernando Allende Ordorica y asistidos del Letrado Sr. Javier de Rementería, interviniendo como recurridos D. José Antonio B. D., D.^a María Jesús A. M., D.^a María Jesús M. A., D.^a María Luisa A. L., D.^a María Nieves A. M. y, D.^a Irene A. A., representados por el Procurador Sr. D. Alfonso Bartau Rojas y asistidos del Letrado Sr. D. José Ignacio Arroita Irazabal, y D. Agustín M. G., así como herederos desconocidos de D. Feliciano A. y de D. Ignacio A. en situación de rebeldía procesal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales, D. Fernando Allende Ordorica, en nombre y representación de D. Félix A. S., D. Jesús A. S., D.^a M. del Pilar A. S. y D. Agustín M. G. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía, contra D.^a M. Luisa A. L. y su hija D.^a Irme A. A., D. José Luis A. S. y esposa, si casado fuere, cualquier persona o persona desconocidas que pudieran tener algún interés en la sucesión de D. Feliciano A. M. y cualquier persona o personas desconocidas que pudieran tener algún interés en la sucesión de D. Ignacio A. S. en ejercicio de la nulidad de testamento, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso, terminaba suplicando que, tras los trámites pertinentes se dictara en su día sentencia por la que se declarase:

a) la nulidad del testamento otorgado por D.^a Francisca S. L. el día 17 Jul. 1971 ante el Notario de Bilbao, D. Ignacio Nart Fernández, núm. 2636 de su protocolo, en ejercicio del poder testatorio que le había otorgado su esposo D. Feliciano A. M. mediante testamento otorgado el día 28 Jun. 1954 ante el Notario D. Francisco Rodríguez Perea; por transcurso del plazo legal para el ejercicio de dicho poder;

b) que tiene plena validez lo establecido en el testamento de D. Feliciano A. de 28 Jun. 1954 (Notario Sr. Francisco Rodríguez Pérez) para el caso de que la comisaría no ejerciera el poder testatorio y que, en consecuencia, la herencia de D. Feliciano A. ha de deferirse de conformidad con lo establecido en su citado testamento de fecha 28 Jun. 1954, o bien,

c) en su defecto, que la herencia de D. Feliciano A. ha de deferirse de conformidad con lo establecido en las leyes para la sucesión intestada;

d) que la herencia de D. Feliciano A. debe ser distribuida por sextas iguales partes entre sus seis hijos, heredando cada uno de ellos por cabezas y los hijos de la difunta D^a M. Luisa A. S., por stirpes;

e) que se condene a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones,

f) que se condene a los demandados como poseedores de mala fe, a reintegrar al caudal relicto cuantos bienes y derechos, junto con los frutos que hayan percibido o que hubieran podido percibir (lo que se determinará en ejecución de sentencia) que hayan detentado por razón de la ilegítima atribución producida por el testamento por comisario, nulo; g) caso de haber sido transmitido cualquier bien o derecho de los citados, condene a los demandados a abonar su equivalente en metálico al precio actual de dicho bien o derecho; todo ello, con expresa imposición de las costas causadas a los demandados, con todo lo demás que en derecho proceda.

Admitida la demanda y emplazados los demandados, comparecieron en los autos D.^a M. Luisa A. L., D.^a Irme A. A. y D. José Luis A. S., representados por el Procurador D. José María Bartau Morales, quien contestó a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinente, para terminar suplicando se dicte sentencia desestimándola y condenando a los actores al pago, solidariamente, de las costas y gastos del procedimiento causados a los demandados; y no habiendo comparecido los demandados herederos desconocidos de D. Feliciano A. y de D. Ignacio A. se les declaró en situación procesal de rebeldía.

Practicadas las pruebas declaradas pertinentes, la Ilma. Magistrado-Juez del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 8 de los de Bilbao, dictó sentencia con fecha 10 Abr. 1995, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: que desestimando la demanda interpuesta por D. Félix A. S., D. Jesús A. S., D.^a M. Pilar A. S. y D. Agustín M. G. representados por el Procurador D. Fernando Allende frente a D.^a M. Luisa A. L., D.^a Irme A. A., D. José Luis A. S., herederos desconocidos de Feliciano A. M. y herederos desconocidos de Ignacio A. S., debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda, imponiendo las costas a la parte actora».

Segundo: Habiendo fallecido la demandante, D.^a Pilar A. S., el día 30 Mar. 1995 y desconociendo a los herederos de la finada, se procedió a la publicación por edictos llamando a los herederos desconocidos, por lo que transcurrido el plazo y no habiéndose personado nadie, se tuvo por desistidos a los herederos desconocidos de D.^a Pilar A. S.

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la representación de D. Félix A. S. y otros, y una vez emplazadas las partes y remitidos los autos, dicho recurso fue tramitado por la Secc. 3.^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia.

Por el Procurador Sr. Alfonso José Bartau Rojas se presentó escrito personándose en nombre de D.^a María Luisa A. L., D.^a Irme A. A. y D. José Luis A. S., por jubilación del Procurador Sr. Bartau Morales.

Por la Secc. 3.^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia se dictó sentencia con fecha 26 Jun. 1997 con el siguiente Fallo: «que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Fernando Allende Ordorica, en nombre y representación de D. Félix, D. Jesús y D. Agustín M. G. contra la sentencia de fecha 10 Abr. 1995 dictada en juicio de menor cuantía núm. 492/1994, autos seguidos ante el Juzgado de la Instancia núm. 8 de Bilbao, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida con expresa imposición al apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia». Tercero: Por el Procurador Sr. Fernando Allende Ordorica en nombre y representación de D. Félix, D. Jesús A. S. y D. Agustín M. G., en fecha 28 Jul. 1997, se interpuso recurso de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por aplicación de lo prevenido en el art. 1686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con fecha 10 Nov. 1997, se tuvo por preparado el recurso de casación interpuesto, y una vez emplazadas las partes y remitidos los autos a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por el mismo en fecha 14 Mar. 2000, se dictó auto declarando que la competencia para el conocimiento del recurso de casación interpuesto corresponde a esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Cuarto: Una vez notificadas y emplazadas las partes, por el Procurador, Sr. Fernando Allende Ordorica, se interpuso recurso de casación en nombre y representación de D. Félix A. S., D. Jesús A. S. y D. Agustín M. G., ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, al amparo del núm. 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por los siguientes motivos:

1. Por infracción del art. 2.3 del Código Civil, en relación con el art. 9.3 de la Constitución Española de 1978, así como el 44 y la disposición transitoria 2.^a de la Ley 3/1992, de 1 Jul., del Derecho Civil Foral del País Vasco.

2. Por infracción del art. 669 del Código Civil, en relación con los arts. 670, 687 y 743 del mismo Código.

Y por ello y por las alegaciones contenidas en dicho escrito, suplicaba se dictara sentencia declarando la nulidad del testamento otorgado por D.^a Francisca S. L. en uso del poder testatorio que le confirió su marido premuerto, D. Feliciano A., ante el Notario de Bilbao D. Ignacio Nart Fernández el día 17 Jul. 1971, núm. 2636 de su protocolo y consecuentemente, que la sucesión de D. Feliciano A. M. debe deferirse abintestato, imponiendo las costas del recurso a la parte que se oponga a sus legítimas pretensiones, con todo lo demás que proceda en derecho. Quinto: Por proveído de 6 Sep. 2000, se acordó pasar las actuaciones al Ministerio Fiscal por término de 10 días, para que se pronunciase sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso o de alguno de sus motivos, quien devolvió las actuaciones con la fórmula de «Visto», al

entender admisible en su totalidad el contenido y motivos del referido recurso. Sexto: Por auto de 25 Sep. último de esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, se declaró la admisión, por los motivos articulados, del recurso de casación interpuesto, entregando copia del mismo a las partes recurridas y personarlas, para que formalizasen por escrito su impugnación en el plazo común de 20 días.

Por el Procurador, D. Alfonso José Bartau Rojas, en nombre y representación de D.^a Irme A. A. y otros, se presentó escrito en el que se impugnaban los motivos alegados por la contraparte para sostener el recurso de casación, efectuando las alegaciones que consideraron oportunas, y suplicando se tuviese por impugnado el recurso y se dicte sentencia declarando no haber lugar al mismo, con el pronunciamiento correspondiente en cuanto a costas, de acuerdo con el art. 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Séptimo: Finalmente, se señaló día y hora para votación y fallo, lo que se llevó a efecto conforme a lo acordado.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. José María Satrústegui Martínez, quien expresa el criterio de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El relato histórico de los hechos más relevantes que afectan al presente asunto se puede remitir a los siguientes datos:

D. Feliciano A. M. contrajo matrimonio con D.^a Francisca S. L. en el año 1925, naciendo de dicho matrimonio 6 hijos, llamados D. José Luis, en 1926, D.^a M. Luisa, en 1927, D. Félix, en 1929, D. Jesús, en 1932, D. Ignacio, en 1936, y D.^a M. Pilar, en 1938.

Con fecha 28 Jun. 1954, D. Feliciano A. otorga testamento y, en el mismo, concede poder testatorio a favor de su esposa D.^a Francisca S., «para que si el otorgante premuriese sin disponer de sus bienes, disponga y los distribuya como tenga por conveniente... todo lo cual verificará dicha Comisaria por actos intervivos o mortis causa, dentro del plazo o término legal o fuera de él pues se le prorroga expresamente por todo el tiempo que viviera la Comisaría».

D. Feliciano A. falleció el 7 Nov. 1968.

La Comisaria, D.^a Francisca S., ejercita el poder testatorio conferido por su esposo, el día 7 Nov. 1971, otorgando testamento por el que dispone de los bienes de su finado esposo.

Los hoy recurrentes interponen demanda solicitando la nulidad de dicho testamento, en el mes de julio de 1994.

Segundo: El primer motivo del recurso se fundamenta en las supuestas infracciones de los arts. 2.3 del Código Civil y 9.3 de la Constitución Española de 1978.

En el incidente que se tramitó ante la Sala la del Tribunal Supremo, con la finalidad de determinar cuál había de ser el órgano jurisdiccional competente para conocer de este recurso de casación, se resolvió en buena parte el tema a que ahora nos referimos.

En efecto, la parte recurrente señala que la cuestión principal que se discute en la litis no es otra que la de la aplicación temporal del derecho y, más concretamente, como debe interpretarse la disposición transitoria 2.^a de la Ley Foral de 1992.

Pues bien, en el incidente sobre competencia antes aludido, el Tribunal Supremo en su auto de 14 Mar. 2000 dice lo siguiente:

«En el fondo del asunto subyace el problema del posible reconocimiento de una costumbre arraigada en el Derecho civil foral o especial propio del País Vasco, habilitadora de la facultad de prorrogar el poder testatorio por tiempo indefinido», y más adelante: «... Derecho civil foral, cuyas posibilidades de modificación y desarrollo, explícitamente reconocidas en el art. 149.1-8.^a de la Constitución, traen consigo inevitablemente la posibilidad de normas de derecho transitorio que, en tanto se limiten a regular la vigencia de una u otra norma de Derecho foral, serán también Derecho civil foral».

Así pues, queda claro que la mencionada disposición transitoria 2.^a de la Ley Foral de 1992, es acorde y tiene perfecto acomodo en la vigente Constitución Española, por lo que el recurso debe desestimarse en este punto.

En cuanto a cómo deba interpretarse aquella disposición, es sumamente aclaratorio, junto al propio texto de dicha norma, lo que el legislador expresa sobre la misma en la exposición de motivos de la Ley 31/1992 con referencia al Título III, «de las sucesiones», en cuyo apartado h), se indica:

«El plazo del ejercicio del poder se regula con la amplitud característica como fue siempre, se ha utilizado frente a decisiones autoritarias que constriñen los plazos» (art. 44).

No se trata, en consecuencia, de crear nuevos plazos, sino de respetar lo que se venía haciendo, lo que era unánimemente aceptado en el ámbito territorial del Derecho foral como una costumbre pacíficamente observada, y que por esta Ley de 1992 se ratifica.

Supone la costumbre una conducta generalizada, repetida y uniforme en un medio social determinado territorialmente o por otra cualificación, cuyos miembros consideran tal conducta jurídicamente obligada, es decir, que la observan, en la idea de estar ajustándose a una norma jurídica, institución que el Tribunal Supremo ha definido como norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizada con intención jurídica.

La costumbre a que nos estamos refiriendo no precisa probanza alguna en este momento, cuando el propio legislador la da por existente, y resulta clara la intencionalidad jurídica de los que así obraban puesto que en el momento de formalizar el testamento, normalmente se hallaban en presencia, con el asesoramiento y consejo de un Notario, a quién tampoco repugnaba jurídicamente la concesión de los plazos indefinidos o de por vida, que ordinariamente se concedían en el supuesto de que el Comisario fuera el cónyuge del testador.

Ni en el Fuero Nuevo, ni posteriormente en la Compilación de 1959 se contiene norma alguna que prohíba la extensión o prórroga de los plazos que, a este respecto contemplaban dichas normas, y en este sentido, el silencio es total, por lo que no puede afirmarse que aquella costumbre fuera contra legem, sino extra o praeter legem, es decir, que resultaba operante en un terreno no regulado legalmente y, por ello, perfectamente admisible, incluso ante el contenido del Código Civil en su art. 1.3, donde determina que la costumbre sólo regirá en defecto de la ley aplicable y siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

El art. 44 de la Ley Foral de 1992, de aplicación retroactiva a los poderes testatorios otorgados con anterioridad a la vigencia de dicha Ley, contiene diversas posibilidades que, conviene distinguir.

En primer lugar, habrá de contemplarse la posibilidad de que el testador señale un plazo al comisario y, ya dentro de este supuesto, distinguir entre que el comisario sea, o no, cónyuge del testador.

Si el comisario y testador, están relacionados por el vínculo matrimonial, el plazo para utilizar el poder testatorio, podrá ser conferido por plazo indefinido o por los años que viviere el tal comisario. Como se ve, la misma Ley distingue entre uno u otro supuesto ya que la expresión, «por los años que viviere», entraña un verdadero plazo, certus die et incertus quando.

Si se contempla esta situación desde la perspectiva de una de las finalidades que se trata de guardar con esta institución, como es la de proteger al cónyuge viudo asegurándole una situación de futuro económicamente digna, no cabe duda alguna de que esta fórmula, junto a la concesión del usufructo vitalicio de los bienes relictos, es perfectamente adecuada y, sin que los derechos de los posibles herederos se vean perjudicados por su utilización.

En los poderes testatorios intercónyuges la prórroga ha sido mayoritariamente utilizada, entre otras razones, porque así se profundizaba en lo que había sido el motivo fundamental de la institución, como era el de conocer la personalidad de los diferentes herederos y poder elegir al que tuviera mayor capacidad para dirigir los destinos del caserío o de los bienes que constituyeran el patrimonio familiar y, qué duda cabe que, con la mencionada prórroga, los susodichos herederos, con el transcurso del tiempo

mostraban más claramente sus características, su forma de actuar en relación con aquellos bienes y, en definitiva, sus inclinaciones al respecto.

Tercero: La parte recurrente suscita dentro de este primer motivo, el problema que representa la interpretación de la disposición transitoria 2.ª de la Ley Foral de 1992, y a este respecto, habrá de tenerse en cuenta lo que expresa el legislador en la Exposición de Motivos de la misma, que ya se ha transcrito y de la que se desprende que dicha interpretación ha de ser lo más extensiva posible para acercarse a la amplitud característica «con que siempre se han utilizado los plazos para el ejercicio del poder testatorio».

Plantea la recurrente el problema de los poderes ya extinguidos o ejercitados antes de la entrada en vigor de la Ley de 1992, y en este sentido habrá de decidirse que si el poder se extinguió en ese período de tiempo por sentencia firme, el principio de cosa juzgada hace inamovible aquella resolución y si el poder se ejercitó de forma tal que lo dispuesto se acomoda a lo regulado en el art. 44 de la Ley de 1992, debe respetarse íntegramente lo que se hizo, pues esa parece la voluntad legislativa.

En consecuencia, debe rechazarse íntegramente el primer motivo del presente recurso de casación.

Cuarto: El segundo motivo, evidentemente, tiene carácter de supeditado respecto del primero, y que se plantea para el supuesto de que se declarase la nulidad de las disposiciones testamentarias otorgadas por D.ª Francisca S. al utilizar, como comisaria, el poder testatorio que su esposo le había conferido y, de ser así, la herencia debía deferirse abintestato por las normas contenidas al efecto en el Código Civil, cuya infracción denuncia la parte aquí recurrente, mas declarándose como se ha hecho anteriormente el rechazo y desestimación del primer motivo de este recurso, el presente segundo queda sin contenido, por lo que también habrá de desestimarse.

Quinto: De conformidad con lo dispuesto en el art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las costas a la parte recurrente y la pérdida del depósito constituido. Y en virtud de los fundamentos expuestos, en nombre del Rey y por la Autoridad que nos confiere la Constitución y el Estatuto de Autonomía del País Vasco,

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Francisco de Guinea y Gauna en representación de D. Félix A. S., D. Jesús A. S. y D. Agustín M. G. contra la sentencia núm. 352 de fecha 26 Jun. 1997, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Secc. 3.ª, en autos de juicio de menor cuantía núm. 492/1994, seguido ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Bilbao, condenando a los recurrentes al pago de las costas causadas y a la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino previsto legalmente; y a su tiempo,

comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial, con devolución de los autos y del rollo de apelación que remitió. Así, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.