

## STS de 24 de febrero de 1936

En la Villa de Madrid, a 24 de febrero de 1936; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de primera instancia número 3, de Bilbao, y ante la Sala de lo Civil de Audiencia territorial de Burgos, por doña Elisa Azula y Arrieta-Orbe, dedicada a sus labores y vecina de Bilbao, contra don Hipólito de Azula Valenciaga, propietario y de la misma vecindad, sobre nulidad de testamento y otros extremos; pendiente ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandante, bajo la representación del Procurador don Eduardo Castro y la dirección de los Letrados don Francisco de Munzuri y don Agustín Rodríguez de Torres, éste en el acto de la vista; habiendo comparecido el demandado y recurrido bajo la representación del Procurador don Eduardo Morales y la dirección del Letrado don Juan Migolla:

Resultando que don Hipólito de Azula y Valenciaga, demandado en este pleito y doña Lucia Arrieta y Orbe, madre de la actora, contrajeron matrimonio celebrando las correspondientes capitulaciones matrimoniales por escritura pública otorgada en la villa de Elorrio el 12 de febrero de 1886, autorizándose mutuamente para otorgar testamento por Comisario, conteniéndose en dicha escritura entre otras cláusulas, la sexta que dice: "Los repetidos don Hipólito y doña Lucía, en el supuesto de realizarse su enlace proyectado con el fin de evitar las funestas consecuencias que las muertes intestadas ocasionan a las familias, se conceden recíprocamente poder amplio, absoluto y general, tan cumplido y bastante como legalmente se requiera para que el que sobreviva por sí y en nombre del que premuera, sin otra disposición, haga cómo y cuándo considere conveniente sobre los hijos que procreasen de su matrimonio, la distribución, reparto y donación de cuantos bienes y derechos les correspondiesen en cualquier concepto por uno o más actos intervivos o de última voluntad, dando todos los bienes a cada uno de tales descendientes o distribuyéndolos entre los mismos a partes iguales o desiguales, con las exclusiones forales, condiciones, reservas, pensiones y circunstancias que a bien tuviera imponer y establecer en uso de la facultad que concede el Fuero de Señorío, o bien acomodándose en la disposición de los bienes a las disposiciones de las leyes regnícolas o generales con la mejora o mejoras permitidas, o ya utilizando simultáneamente ambas legislaciones, según vieren convenirle en cada caso, y para que mientras no disponga de los bienes los administre y los usufructúe, sobre las rentas y créditos y pague las deudas y autorice los resguardos y escrituras conducentes a éstos fines, pues desde luego aprueban lo que a su virtud se determina, como por si ambos fuese dispuesto con prórroga indefinida del término legal a voluntad del sobreviviente:

Resultando que fallecida doña Lucía Arrieta y Orbe, en Bilbao, el 24 de junio de 1931, su esposo el demandado en este pleito, don Hipólito de Azula Valenciaga, compareció con fecha 30 de abril de 1932 ante el Notario de Bilbao don Arturo Ventura y Sola, otorgando una escritura en la que no intervinieron los herederos forzosos y en la

que se formalizó el inventario de los bienes relictos al fallecimiento de doña Lucía por un total de 333.770 pesetas, practicándose la liquidación de la sociedad conyugal y del haber hereditario de la causante, renunciando además en la misma el demandado a su cuota viudal y otorgando a nombre de la finada el testamento por Comisario con arreglo a Fuero de Vizcaya, haciendo las particiones y formando las hijuelas para cada uno de los herederos; pero como una de las hijas, la actora en estos autos, doña Elisa Azula y Arrieta-Orbe no se conformara con dicho testamento otorgado en esa forma, ni con la liquidación y partición de herencia, ha interpuesto el presente pleito:

Resultando que con fecha 20 de enero de 1933, el Procurador don Juan de la Puente Escudero dedujo ante el Juzgado de primera instancia número 3, de Bilbao, a nombre de doña Elisa Azula y Arrieta-Orbe, demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra su padre, don Hipólito de Azula Valenciaga, alegando, sustancialmente: que en cumplimiento del poder que había conferido la madre de la actora el esposo, el demandado, éste había comparecido una vez muerta aquélla, el día 30 de abril de 1932 ante el Notario de Bilbao don Arturo Ventura otorgando la escritura dicha, que era de contenido complejo y que desde luego era contraria a la ley, por lo que la actora promovía este pleito para pedir la declaración de su nulidad; que en esa escritura el compareciente, don Hipólito Azula Valenciaga, manifestaba ante el Notario y tres testigos que tenía la capacidad legal necesaria para testar y exponía en primer lugar el fallecimiento de su esposa, ocurrido el 24 de junio de 1931, bajo el poder testatorio que ambos esposos se confirieron en dicha escritura de capitulaciones matrimoniales, conviniendo señalar en cuanto a la cláusula en que se consignó ese poder que estaba concebido en términos de tal amplitud que más bien resultaba una institución de heredero universal que un poder para otorgar testamento foral por Comisario; facultándose al cónyuge sobreviviente para que hiciera la distribución, reparto y donación de cuantos bienes considerase conveniente, con las reservas y condiciones que tuviese correspondiesen entre los hijos que procreasen cómo y cuándo lo a bien imponer y establecer en uso de facultad que concede el Fuero del Señorío, o bien acomodándose en la disposición de los bienes a las prescripciones de las leyes regnícolas o generales, con la mejora o mejoras permitidas, o ya utilizando simultáneamente ambas legislaciones, según viere convenirle en cada caso, de cuya redacción se deducía que el señor Azula obró contra derecho al otorgar en los términos expuestos el poder testamentario consignado en la escritura de capitulaciones matrimoniales, porque se excedió en lo que con arreglo a las leyes aplicables podían ser facultades delegables al Comisario, y más aún, al ejercitar esas facultades en ya forma que lo hizo cuando otorgó la escritura de 30 de abril de 1932 objeto de este pleito; que a continuación, bajo el número segundo de la exposición, se contenía el inventario de los bienes relictos al fallecimiento de doña Lucía, formado exclusivamente por el marido otorgante, que lo reducía a ocho que se detallaban en la demanda por un valor total de 333.770 pesetas; y en ese inventario hecho bajo palabra y responsabilidad de don Hipólito Azula se dejaban de incluir varios bienes que tenían la consideración de relictos al fallecimiento de doña Lucía Arrieta y cuya existencia se acreditaría; asumiendo en dicha escritura el

señor Azula personalidades tan incompatibles como la de testador a nombre de la esposa difunta, albacea-contador, partidador, heredero que renunciaba a su cuota usufructuaria interesado en la liquidación de la sociedad conyugal y de gananciales, acreedor de la herencia y tasador de los bienes, y de ahí que el inventario base de toda la testamentaria careciese de valor para obligar a los herederos forzosos de la difunta doña Lucía; que después, don Hipólito decía, en dicha escritura que antes de proceder a la distribuciones reparto de la herencia de su finada esposa, estimaba necesario practicar la liquidación de la sociedad conyugal existente entre los mismos, y así lo verificó en la forma que le pareció bien, pero sin justificación de ninguna clase y por su propia y exclusiva autoridad, a pesar de que se trataba de derechos y obligaciones de naturaleza recíproca en que era preciso que intervinieran los herederos de la causante como representantes de sus derechos en la sociedad conyugal que se liquidaban; que en el número cuarto de la misma escritura consignaba el único compareciente, don Hipólito Azula, que renunciaba expresamente a la cuota viudal y usufructuaria que le correspondía con arreglo a la ley; y aunque en el orden lógico, tanto esa renuncia como la liquidación de la sociedad conyugal fallecido y al viudo, y la distribución por terceras partes del caudal dejado, son operaciones de testamentaría que requieren la determinación previa del testamento o de la ley aplicable a la sucesión, sin embargo la escritura objeto de este pleito seguía un orden completamente distinto y "en un solo acto", según afirmaba el Notario, hacía primero las expresadas operaciones y otorgaba después el testamento por Comisario a nombre de la finada doña Lucía Arrieta-Orbe; que en el número quinto de la escritura que se comentaba, el don Hipólito, haciendo uso de las facultades que doña Lucía le confirió en la escritura de capitulaciones matrimoniales, instituyó por herederos de la causante a sus hijos doña Basilisa, doña Paulina, doña Elisa, don Francisco y don Manuel Azula Arrieta-Orbe, en la proporción que se detallaba y con las mejoras que se indicaba, pudiéndose apreciar que don Hipólito otorgaba en esa escritura un testamento con arreglo a normas de la legislación común, y, sin embargo, lo hacía invocando un poder testatorio foral que no podía tener efecto más que para testar con arreglo a la ley del Fuero de Vizcaya; que en el número sexto el don Hipólito hacía una información cuantitativa de los haberes de cada heredero, fijando la que tenía que percibir la demandante, doña Elisa Azula, en la cantidad total de 14.196, 47 pesetas; que en la séptima se contenían las adjudicaciones de bienes a cada uno de los herederos de doña Lucía Arrieta-Orbe que su esposo había instituido, haciéndose todo en un solo acto, según se había indicado; y en el número octavo disponía que si los herederos, doña Elisa y doña Basilisa, no se conformaren con la liquidación de la sociedad conyugal, o con la adjudicación que se les hacía, la parte que se les adjudicaba quedaría reducida a lo que les correspondía en el tercio de legítima estricta, disposición evidentemente nula y abusiva, puesto que los herederos forzosos tenían siempre derecho a intervenir en la liquidación de la sociedad conyugal en virtud de la ley y no por el testamento del causante de la herencia, y todavía procedía menos esa cláusula penal en un testamento por Comisario y en unas operaciones particionales hechas por el mismo que practicó a su favor la liquidación de la sociedad conyugal; que en la cláusula del número noveno el señor Azula manifestaba que había

percibido diversas cantidades y satisfecho otras, pero que estaba todavía sin liquidar el impuesto de plus valía; que todo el contenido de dicha escritura figuraba como exposición del otorgante don Hipólito Azula, hecha ante el Notario y los tres testigos instrumentales a partir de las dieciséis horas del día 30 de abril de 1932, en que compareció ante el Notario, afirmando éste que leyó a todos el documento y que se había guardado la unidad del acto y las demás formalidades del artículo 669 del Código civil; que la demandante no había aceptado la adjudicación de bienes que le aseguraba la escritura de referencia, ni había reconocido validez al testamento ni a la testamentaria otorgado por don Hipólito Azula, por entender que se infringían leyes sustanciales y se lesionaban los derechos legítimos que le pertenecían en su calidad de hija de doña Lucía; y como no había conseguido en el terreno familiar y amistoso que se le reconociesen dichos derechos se había visto obligada a promover el presente pleito; y en derecho alegó que la escritura en cuestión infringía abiertamente las leyes aplicables con arreglo a la disposición de carácter general del artículo cuarto del Código civil; que, conforme a lo dispuesto en el segundo de dicho Cuerpo legal, habiéndose otorgado la escritura de 30 de abril de 1932, en Bilbao territorio de derecho común, era nulo el testamento por Comisario que otorgó don Hipólito Azula, porque tal forma de testamento estaba prohibida por el artículo 670 del mismo Código; que además la facultad que concede el Fuero de Vizcaya en cuanto a los Comisarios, y como pueden elegir herederos, es "para que, fallecido el que había de testar, hagan los tales Comisarios el tal testamento o institución de herederos", o sea que el Comisario o mandatario podía hacer por su mandante lo que éste tuviese derecho a hacer, pero nada más ni de otra manera, y por eso, don Hipólito Azula carecía de facultades, aunque en el poder apareciese que se le habían conferido para liquidar la sociedad conyugal prescindiendo de los herederos de la causante y para aplicar en la testamentaria preceptos de la legislación común y de la foral a capricho y según lo considerase conveniente, pues no era la cláusula sexta de la escritura de capitulaciones matrimoniales, sino la ley del Fuero de donde se derivaban los límites del poder testatorio de don Hipólito Azula: que además la vecindad del compareciente señor Azula era Bilbao, y dado el tiempo transcurrido desde que se otorgaron las capitulaciones matrimoniales, o sea el año 1886 hasta el 1931, en que el señor Azula hizo uso del poder testatorio, éste era tres veces superior para que ambos cónyuges perdiesen la condición de vizcaínos y ganasen vecindad en la villa de Bilbao, territorio sometido a la legislación común, resultando, por consiguiente, indudable que don Hipólito Azula obró contra derecho y ejecutó un acto nulo al otorgar en Bilbao un testamento usando el poder de su difunta esposa en forma que prohíbe el Código civil; que resultaban infringidos en la escritura que se impugnaba los artículos 1.051 a 1.087 del Código civil en cuanto a la partición hereditaria y distribución de bienes verificada por el mismo señor Azula; y finalmente, que la demandante tenía derecho a solicitar la nulidad del testamento y de la repetida escritura por su carácter de heredera forzosa de la causante doña Lucía Arrieta-Orbe, y por ser además perjudicada en su legítima con la omisión en el inventario de bienes relictos, singularmente los que el matrimonio poseía en Elorrio, y por haberse prescindido de los herederos del cónyuge fallecido, al practicar

el inventario y la liquidación de la sociedad conyugal; y terminando por suplicar se dictara sentencia declarando que la escritura otorgada por don Hipólito Azula Valenciaga el 30 de abril de 1932 ante el Notario de Bilbao don Arturo Ventura y Sola era nula de derecho, por cometerse en ella infracciones manifiestas de los preceptos legales aplicables a la testamentificación, liquidación de la sociedad conyugal y partición de herencia con perjuicio de los derecho legitimarios de la heredera forzosa demandante, y que procedía abrir la sucesión legítima o testamentaria bajo otro testamento, si existiese de doña Lucía Arrieta-Orbe con arreglo a la ley y la debida citación de los interesados para el inventario y liquidación de la sociedad conyugal; y en consecuencia, se ordenase a don Hipólito Azula Valenciaga a estar y pasar por esas declaraciones y a practicar cuanto fuese necesario para darlas cumplimiento y con imposición de costas; habiendo acompañado con el escrito copia de la escritura de testamento por Comisario otorgada por don Hipólito de Azula en Bilbao a 30 de abril de 1932, de la que en lo esencial se ha hecho referencia y otros documentos:

Resultando que el demandado, don Hipólito Azula y Valenciaga, contestó a la demanda, alegando: que él y su finada esposa, doña Lucía Arrieta-Orbe, contrajeron matrimonio previa escritura de capitulaciones matrimoniales, cuya copia acompañaba, otorgada el 12 de febrero de 1886, en la villa de Elorrio, confiriéndose por la cláusula sexta de la misma, según se ha dicho, los contrayentes recíprocamente poder testatorio en los términos amplios que allí constaban; que habiendo fallecido doña Lucía el 24 de junio de 1931 sin otorgar nuevo testamento, el señor Azula haciendo uso de dicho poder testatorio, procedió a testar por ella el 30 de abril de 1932, siendo ciertos la renuncia de su cuota usufructuaria, el inventario de los bienes, el señalamiento de las porciones hereditarias de cada uno de los herederos, y las operaciones de liquidación, partición y adjudicación que se reseñaban en la demanda en cuanto se acomodasen al texto de la escritura y quedasen desprovistas de los comentarios que hacía la parte actora; que la escritura de testamento y partición hecha en esa forma se inscribió en el Registro de la Propiedad de Bilbao en cuanto a los bienes inmuebles hereditarios sin dificultad alguna, y que la demandante no señalaba ningún agravio concreto que en esa liquidación, partición y adjudicación se le hubiese causado, pues únicamente hablaba vagamente de que tenía noticias de la existencia de unos bienes, pero sin indicar cuáles fueran éstos, ni siquiera demostrara certeza sobre ello; y en derecho invocó la ley séptima, título quinto, libro segundo del Fuero real; que establece: "que si alguno no quisiera o no pudiese ordenar por sí la manda que hiciese de sus cosas, e diese su poder a otro, que el que la ordene, e dé, e la dé en aquellos lugares donde él tuviese por bien, puédalo facer, e lo que él ordenare o diere, vala, así como lo ordenare aquel que dio el poder"; de manera que el poder testatorio estaba autorizado por la legislación de Castilla el año 1886 cuando se otorgó el del presente pleito; citando además la ley primera título 19, libro décimo, de la Novísima recopilación, que mantuvo las facultades de los Comisarios para que mejoraran y desheredaran a los hijos del testador si éste se las había expresamente concedido; la disposición transitoria segunda del Código civil que estatuyó que "los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior

y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos con arreglo a la misma con las limitaciones establecidas en estas reglas, y en su consecuencia serán válidos los poderes para testar... y cualesquiera otros permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o cualesquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo; de lo que se deducía que todo lo que había hecho el demandado se acomodaba a la legislación común si necesidad de invocar para nada el Fuero de Vizcaya; el artículo 1.056 del Código civil, que declara que cuando el testador hiciere por actos entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos", y el 1.057, que declara facultad del testador de encomendar por actos intervivo o mortis causa, para después de su muerte la simple facultad de hacer las particiones a cualquier persona que no sea uno de los coherederos, con arreglo a los cuales el demandado pudo perfectamente hacer las particiones, puesto que había renunciado a su cuota usufructuaria, pero que aunque no hubiera hecho esta renuncia hubiera podido hacer esas particiones, porque no existía esta prohibición en la legislación anterior al Código, ya que la jurisprudencia – sentencias de 9 y 21 de abril de 1904– ha declarado que puede desempeñar válidamente su cargo el coheredero nombrado contador en testamento, aunque falleciese después el testador; invocando las sentencias de 8 de febrero de 1892 y 28 de diciembre de 1896, según las cuales los herederos forzosos sólo pueden impugnar las particiones hechas por el contador testamentario en cuanto perjudiquen su legítima, perjuicio que ellos habían de demostrar; que el poder testatario facultaba al demandado para imponer condiciones a los herederos y a la institución de herederos en la parte de la mejora y del tercio de libre disposición, siempre que no reclamaran contra la partición hecha por el Comisario, condición que, por otra parte, era muy frecuente en los testamentos para evitar pleitos temerarios y que estaba plenamente amparada por el poder del Comisario en cuanto afectaba al 10 por 100 que en el tercio de libre disposición otorgaba el testamento a la demandante, y que cumplida con la presentación de la demanda esa condición resolutoria la actora debía perder, según el testamento, ese 10 por 100 en favor de los demás coherederos; y por último, el principio de derecho, con arreglo al cual nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, y el de la jurisprudencia, con arreglo al cual las escrituras que afecten a varias personas no pueden ser anuladas sin que todas éstas sean oídas y vencidas en juicio, lo que impediría por sí solo que prosperara la demanda, en la que se pedía la nulidad de un testamento y de una partición, en el que eran instituidos herederos cuatro hermanos de la actora, a los que se adjudicaron bienes sin que a pesar de ello hubiesen sido citados para defenderse, siéndolo sólo el demandado; y terminando por suplicar que se dictara sentencia absolviendo de la demanda al demandado y por reconvenición se declarara que la demandante había perdido al interponer la presente demanda el 10 por 100 del tercio de libre disposición, en el que había sido instituida heredera; y con imposición de costas; habiendo acompañado con el escrito primera copia de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada en Elorrio el día 12 de febrero de 1886, de que se ha hecho

referencia; y primera copia de la escritura de testamento por Comisario otorgada por el demandado el 30 de abril de 1932, referida igualmente:

Resultando que en la réplica y dúplica ambas partes litigantes mantuvieron sus respectivas pretensiones, alegando en derecho en el sentido expuesto, oponiéndose la demandante a la reconvenición e insistiendo en ella el demandado, y suplicando ambas partes se dictase sentencia en la forma que habían solicitado; y habiendo pedido la actora que no se recibiese el pleito a prueba, ya que la demandada en su escrito de dúplica había reconocido expresamente la autenticidad de los documentos acompañados con la demanda y la exactitud de las afirmaciones de la actora, se dictó providencia por el Juzgado mandando traer los autos a la vista con citación de las partes:

Resultando que el Juez de primera instancia número 3, de Bilbao, con fecha 12 de junio de 1933, dictó sentencia, por la que desestimando la demanda promovida por doña Elisa Azula y Arrieta-Orbe absolvió al demandado, don Hipólito Azula Valenciaga, y por reconvenición condenó a doña Elisa a que pierda por interposición del presente pleito el 10 por 100 del tercio de libre disposición, en el que fue instituida heredera en el testamento por Comisario de 30 de abril de 1932, y con imposición de las costas del juicio:

Resultando que apelada dicha sentencia por la parte demandante y tramitada la apelación con arreglo a derecho, en 28 de diciembre de 1933, la Sala de lo Civil de Audiencia territorial de Burgos dictó sentencia desestimando la demanda de autos deducida por doña Elisa Azula contra don Hipólito Azula y absolviendo a éste de la misma; desestimando igualmente la reconvenición con absolución de la reconvenida; sin hacer especial pronunciamiento de costas de ambas instancias; revocando la sentencia recurrida en lo que no estuviese conforme con la presente y confirmándola en lo demás:

Resultando que el Procurador don Eduardo Castro, a nombre de doña Elisa Azula Arrieta-Orbe, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

**Primero.-** Por incurrir la Sala sentenciadora en infracción del párrafo segundo del artículo 12 de Código civil en cuanto estatuye que los preceptos de dicho Cuerpo legal y por el de la legislación anterior que es su precedente en los casos que ella deba aplicarse, sólo regirán como derecho supletorio en defecto del que sea peculiar en las provincias forales; a la vez que en error de derecho en la aplicación de las disposiciones legales de derecho común que estaban vigentes antes de publicarse el Código civil para regular la viabilidad jurídica de un instrumento generado bajo el imperio del Estatuto Foral, error consistente en la declaración de validez del poder testatorio otorgado por doña Lucía Arrieta-Orbe, y al amparo del cual su esposo, en 30 de abril de 1932, otorgaba la escritura cuya nulidad se pretende en el presente pleito, incidiendo con ello en evidente error que constituye por sí solo suficiente motivo para casar la sentencia recurrida; pues, en efecto, después de lo que se dispone en el párrafo segundo del

artículo 12 del Código civil, resulta evidente que habiendo una disposición foral reguladora de la economía del acto o contrato no puede aplicarse la ley común, porque lo veda dicho precepto en cuanto concede al derecho común un valor meramente supletorio, sin más finalidad ni alcance que el de llenar las lagunas observadas en el derecho foral, como lo entendió siempre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 8 de junio de 1904, que sentó la doctrina desconocida por la Sala sentenciadora de que la legislación común sólo puede suplir deficiencias y vacíos de la foral, pero no enmendar ni corregir lo que se encuentra previsto aunque constituya mejora o adelanto; siendo necesario advertir que esta doctrina, así como el precepto positivo que le sirve de apoyo, tiende a aplicar la aplicación simultánea de dos leyes distintas, erigiéndolas en reguladoras de una misma institución, porque si el caso nace y se desenvuelve al amparo de la legislación foral, o vive y se desarrolla bajo el imperio de la ley común, los dos estatutos juntos no pueden coexistir, y así la sentencia de 10 de diciembre de 1926, cuya doctrina infringe igualmente la Sala sentenciadora declara que es imposible que un derecho nazca al amparo de una legislación común y después se regule en su extensión y extinción por los preceptos de la legislación foral; y por consiguiente, esto sentado resulta incuestionable que el poder testatorio contenido en las capitulaciones matrimoniales otorgadas en Elorrio por doña Arrieta-Orbe en el año 1886, y al amparo del cual otorgó su consorte la escritura cuya nulidad pretende el recurrente, era de condición eminentemente foral, como el mismo testigo lo hace constar con las siguientes palabras, "dando todos los bienes a uno con las exclusiones forales", y lo repite al decir "en uso de la facultad que confiere el Fuero de Señorío"; y ante esta confesión instrumental ante este encargo hecho, no en uso de las facultades que concedían a la causante las leyes comunes entonces vigentes en España, sino con las especialísimas que confiere el Fuero de Señorío de Vizcaya, no puede dudarse que el demandado y recurrido era un Comisario foral, y que por serlo tenía que usar del mandato recibido, ajuntándose en un todo a las disposiciones del fuero, pero a pesar de ello la Sala sentenciadora, en su segundo Considerando, aplica "el derecho antiguo inmediato al Código", y con criterio equivocado entiende que el poder testatorio traído al debate no infringe la ley primera, título 19, libro décimo, de la Novísima Recopilación –Ley 31 de Toro–, que imponía la designación nominal, resultado este criterio equivocado, porque dicha ley, precepto de derecho común, no puede aplicarse al caso del pleito, porque la única aplicable es el derecho foral, ya que la legislación común sólo tiene un valor supletorio encaminado a llenar algunos vacíos, y como quiera que el Fuero de Vizcaya contiene una ley tercera, título 21, que regula perfectamente la institución comisaria, resulta evidente que esa ley y no otra debió aplicarse al caso de autos; por lo que al no hacerlo así la Audiencia de Burgos aplica indebidamente la ley recopilada antes citada e infringe por no aplicación la mencionada disposición legal foral, que era la pertinente.

**Segundo.-** Por incurrir igualmente la Sala sentenciadora en infracción de los artículos 10 y 4 del Código civil como consecuencia de los anotados en el anterior motivo; pues, en efecto, siendo el poder testatorio bajo cuya eficacia actuaba el

demandado de índole foral, sólo con arreglo a principios forales podía usar del mismo como mandatario, porque como ha quedado sentado una institución –sentencia de 10 de diciembre de 1926– no puede nacer regulada por una ley común y morir y desarrollarse bajo el imperio de una foral, puesto que un mismo estatuto debe regularla desde el principio hasta el fin, por lo que resulta evidente que el Comisario que, con arreglo al fuero recibió un mandato, con arreglo al fuero tiene también que cumplirlo, y que de otra manera se infringiría no sólo la doctrina jurisprudencial, sino también el artículo décimo del Código civil, en cuanto estatuye que la legislación personal de causante preside todo el orden testamentario; y siendo esto así, es evidente que el demandado, para poder usar el poder testatorio foral, tenía que estar sometido al régimen de esa legislación, porque si no lo estaba carecía de capacidad para realizar un acto que sólo en régimen foráneo podía tener eficacia; y esto supuesto, es de notar que por imposición del párrafo segundo del ya citado artículo décimo, aclarado por la sentencia de 27 de enero de 1913, gravemente infringida para los bienes radicantes en tierra llana existe un verdadero principio de territorialidad que lo sujeta a las disposiciones del Fuero, cualquiera que sea la condición del Vizcaíno, pero fuera de este caso, para estar sujeto al fuero en condición de ley personal, se necesita llenar circunstancias de residencia que desde luego no concurrían en el demandado, y por consiguiente, este señor, por no estar sujeto al Fuero no podía usar de un privilegio foral que sólo por razón personal de Vizcaíno, esto es, de residencia en territorio aforado, podía corresponderle, y como dicha residencia no la tenía, puesto que en presencia notarial declara que es vecino de Bilbao, que no es territorio foráneo, resulta que desde el punto de vista personal no podía alcanzarle fuero o beneficio de Vizcaya; y como tampoco le alcanzaba el fuero por razón del lugar en que otorgaba el instrumento ni siquiera por razón del territorio en que radicaban los bienes, aparte de que al hacer las particiones, y por si fuera poco, no se atiende a los principios forales, sino que acepta la legislación común española, resulta cierto que por ningún concepto podía hacer uso de un privilegio foral que sólo a los aforados corresponde sin contrariar abiertamente la disposición del párrafo segundo del artículo 10 del Código civil, en cuanto dispone que los actos testamentarios están sujetos al fuero personal, fuero que en el caso del demandado y recurrido no era de Vizcaya, pues ni acreditaba su condición personal de tal, ni el lugar en que el acto se realizó y los bienes se hallan sitios, está sujeto al Fuero de Vizcaya; y esta tesis está robustecida por el artículo 15 de Código civil, igualmente infringido por la Sala sentenciadora, puesto que, con arreglo a él, la capacidad de las personas para realizar un acto, se regula por las normas del Estatuto personal, añadiendo en su párrafo tercero que los preceptos del Código obligan a los que procediendo de la región foral haya ganado vecindad en lugares sujetos a derecho común, resultando por lo tanto con arreglo a dicho precepto que el recurrido carecía de capacidad para realizar un acto que sólo a los vizcaínos por razón de su ley propia les está autorizado; aparte de que, conforme a la sentencia de 7 de febrero de 1899, cuando una persona ha dejado de ser aforada, su ley testamentaria es la del derecho común, y por tanto, habiendo dejado el señor Azula de tener fuero de vizcaíno no podía usar de los derechos forales, caducando, como es lógico, en el mismo día en que dejó de estar sujeto a fuero el mandato testatorio que le

había sido conferido, por lo que al usar de tal poder realizó el demandado un acto contra derecho, porque para ello no tenía capacidad, cayendo de lleno en las disposiciones del artículo cuarto del Código civil que lo declara nulo, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora infringe dicho precepto y los demás invocados y la doctrina citada en este motivo.

**Tercero.-** Por incurrir además, la Audiencia de Burgos en error de hecho que se acredita con documentos auténticos, cual es la escritura de partición cuya nulidad se prente –reconocida como tal por el propio demandado– manifiesta que los errores mencionados en los anteriores motivos y en los que incurre la Sala sentenciadora nacen de hecho, cual es, el de considerar como instrumento reglado por el derecho común el poder testatorio otorgado por la señora Arrieta-Orbe en Elorrio el 12 de febrero de 1886 con al fuero de Vizcaya, siendo así que la naturaleza foral de dicho instrumento se acredita con las palabras contenidas en la estipulación sexta, literalmente copiada en la escritura cuya nulidad se pretende; y como en dicha estipulación se habla de exclusiones forales, añadiendo que se faculta al señor Azula para imponer las condiciones que a bien tuviera "en uso de la facultad testatoria concedida, no es con arreglo a derecho común, sino a las que conceden las leyes del Señorío de Vizcaya, y por tanto, dicho instrumento es de naturaleza eminentemente foral; por lo que al entender el Tribunal a quo que se trata de instrumento de derecho común al que le son aplicables las leyes recopiladas, el error de hecho se traduce en el de derecho que cristaliza en la aplicación de un estatuto improcedente y en la no aplicación de las leyes que deben regularlo, y

**Cuarto.-** Porque, finalmente, la Sala sentenciadora incurre en infracción de los principios contenidos en los artículos 1.068, 1.057 y 1.087 del Código civil, al considerar cumplidos en la escritura, origen de este pleito, los requisitos que dichos artículos exigen para la validez de las particiones, así como también resultan infringidas las sentencias que se citan en este motivo; pues, en efecto, conforme a la de 25 de octubre de 1898, sólo tiene valor y eficacia el contrato particional cuando todos los interesados le prestan su consentimiento, y por tanto, la partición es un contrato, y su validez y eficacia dependen del consentimiento de las partes, de forma tal que si falta ésta el contrato no existe; a pesar de lo cual la Sala sentenciadora afirma que las particiones efectuadas por el demandado son válidas, porque por una parte renunció a la cuota viudal que le ponía en el trance de ser heredero, y por otra el usar del poder testatorio representaba a la causante, con lo cual reunía el doble carácter y la doble personalidad precisa para que hubiera intercambio de consentimiento. Pero si respecto a la renuncia de la cuota viudal y consecuencias jurídicas que de tal acto se deriven nada hay que decir, puesto que la jurisprudencia, en efecto –sentencias de 8 de febrero de 1892 y 10 de junio de 1898– declaran que el cónyuge viudo es un coheredero, y que como tal no puede ser contador-partidor, según el artículo 1.057 del Código civil, resoluciones posteriores han aclarado el concepto en el sentido de que la renuncia a la cuota viudal priva de la condición de heredero y habilita, por tanto para actuar al cónyuge supérstite. Pero no hay que olvidar que la escritura particional, además de dividir los bienes de su caudal, empieza por practicar la liquidación de la sociedad

conyugal y para esto no tenía facultades el demandado, porque ello excedía de los términos de artículo 1.057 del Código civil, y por tanto, para practicar tal liquidación el mismo necesitaba la concurrencia de los herederos de su esposa, ya que él era liquidador y parte interesada, luego si la ley –artículo 1.060 del Código civil– exige que habiendo menores de edad con interés incompatible respecto a su padre concurren a la partición habilitados de defensor judicial, extendiendo el precepto al caso de mayoría de edad, es evidente que para que se considere válida una liquidación de sociedad conyugal en que el padre está interesado se precisa la concurrencia de los hijos a quienes la liquidación afecta directamente, porque sin tal concurrencia no hay contrato, particional, porque falta sujeto contratante y por falta de intercambio de consentimiento preciso e indispensable para el nacimiento del contrato. Porque en contra de lo que se dice por la Sala sentenciadora, el poder testatorio no sule esa ausencia, en primer lugar, porque las limitaciones de los artículos 1.057, 1.059 y 1.060 del Código civil, son de carácter ético, puesto que con ellas se desea evitar que un interesado con intereses contrapuestos a los demás herederos, perjudique a éstos al hacer los inventarios, el avalúo y la partición; pero este inconveniente de índole moral, no se obvia con el poder testatorio, pues antes al contrario se agrava, porque al confundirse en el sujeto las dos personalidades de continuador o representante del premuerto y la propia, aumenta el peligro, y por tanto, no se cumplen las prevenciones y limitaciones contenidas en los artículos citados; y en segundo lugar, porque la ficción que crea la Sala es de tipo imposible, porque no se puede ser a la vez representante del muerto y representante propio, ficción únicamente admisible cuando el Comisario y su causante no tengan contrapuestos intereses, puesto que si la contraposición existe, una personalidad tiene que vencer a la otra y no pueden coexistir, dándose al mismo tiempo en una misma persona en perjuicio de tercero que es precisamente al que salvaguarda y protegen los preceptos citados; y por tanto, de todo lo dicho se infiere que la partición practicada por el demandado no está hecha legalmente, por lo que al no entenderlo así la Sala sentenciadora infringe por interpretación errónea el artículo 1.068 del Código civil, e interpreta también erróneamente el 1.057 del propio Cuerpo legal, puesto que la liquidación de la sociedad conyugal supera a las facultades que al Comisario se conceden en dicho precepto; y deja de aplicar al artículo 1.087 del Código civil en cuanto faculta al heredero para reclamar su crédito; y en suma desconoce los preceptos legales y doctrina sentada, todo lo cual motiva la casación de la sentencia:

Visto, siendo Ponente el Magistrado don Dimas Camarero.

Considerando que no existe la infracción del párrafo segundo del artículo 12 del Código civil, objeto del primer motivo del recurso, porque limitado este motivo a combatir la aplicación que la Audiencia ha hecho de la legislación común inmediatamente anterior al referido Código al poder testatorio que los cónyuges, don Hipólito de Azula y doña Lucía de Arrieta, se confirieron en sus capitulaciones matrimoniales otorgadas en Elorrio el 12 de febrero de 1886 instrumento de carácter esencialmente foral, según el recurrente, esta condición única de foral no aparece tan manifiesta, en primer término desde el momento en que el iterio de Vizcaya rige en la

tierra llana, o sea en las Anteiglesias y tierras de infanzón; pero no en las villas y ciudades, y una de las villas es Elorrio; lugar del otorgamiento del poder y de vecindad de los otorgantes; en segundo lugar, porque si bien es verdad que aquel poder expresa en su cláusula sexta que los cónyuges "se confieren recíprocamente poder amplio, absoluto y general para que al que sobreviva por sí y en nombre del que premuera haga cómo y cuándo considere conveniente entre los hijos que procreasen... distribuyendo los bienes entre los mismos a partes iguales o desiguales con las exclusiones forales... en uso de facultad que concede el fuero del Señorío..." no es menos cierto que a continuación añade: "o bien acomodándose en la disposición de los bienes a los principios de las leyes regnícolas o generales, con la mejora o mejoras permitidas o ya utilizando simultáneamente ambas legislaciones, según viere convenirle en cada caso...", con cuyas particulares frases se desvanece el carácter exclusivo foral del documento, al reconocerse y otorgarse en él al cónyuge supérstite, facultades y derechos de la ley común que aparece colocada en igual plano de aplicación que la foral para el objeto y finalidad del poder testatorio, y en último término, porque el carácter foral o común del documento podrá tener relación e influencia con las operaciones divisorias de la herencia del cónyuge premuerto hechas por el cónyuge supérstite en uso de tal poder, pero no atañe a su validez y eficacia que por ello no ha sido objeto de discusión, ni la sentencia recurrida desconoce:

Considerando que los motivos segundo y tercero del recurso son, como en éste se consigna, consecuencia del primero, apoyándose en la misma afirmación y argumento la de ser el poder testatorio de índole foral por lo que sólo con arreglo a principios forales pudo usar de él como mandatario el marido demandado, alegándose en el motivo segundo la infracción de los párrafos segundo y tercero del artículo 10 del Código civil, infracción que no existió, ya porque en cuanto al párrafo segundo no se ha acreditado la condición de vizcaína sometida al fuero de Vizcaya, de la causante que aparece, únicamente vecina de la villa de Elorrio, donde como queda dicho no rige tal fuero, ya porque en el mismo poder testatorio se confiere al cónyuge supérstite la facultad de acomodarse en la distribución de los bienes a la legislación común, ya porque para ser de aplicación al párrafo tercero referido era preciso que los bienes inmuebles de la herencia estuviesen sitos en tierra llana y en el pleito aparece que las dos casas que constituyen el principal patrimonio hereditario, están sitas en la ciudad de Bilbao, donde tampoco es aplicable aquel fuero, y alegándose el motivo tercero, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la ley Procesal, un error de derecho, no en la apreciación de la prueba, como dicho número requiere, ni citándose ley alguna relativa al valor probatorio que haya sido infringida, sino haciéndose consistir "en la aplicación de un estatuto improcedente y en la no aplicación de las leyes forales", y un error de hecho, basado en la afirmación única, eje de todo el recurso, la de que el poder testatorio es de naturaleza foral, invocando para demostrar tal error como único documento auténtico la escritura de partición cuya nulidad se solicita en la demanda y que en modo alguno sirve para demostrar la evidente equivocación alegada:

Considerando que en cuanto al último motivo se alegan como infringidos los artículos 1.068, 1.057 y 1.087 del Código civil, y aparte de la escasa aplicación de estos preceptos al presente caso ya que el 1.068 se limita a consignar el principio de que la partición confiere a cada heredero la propiedad de los bienes adjudicados cesando la indivisión de la herencia, y el 1.087 entra de lleno en la cuestión relativa al pago de las deudas hereditarias, ajena al pleito, aunque el 1.057, que se refiere a la partición hecha por el contador o Comisario nombrado por el causante, pudiera tener alguna aplicación desde el momento en que tanto el Juzgado en su Considerando tercero aceptado por la Audiencia, como ésta en el cuarto de su sentencia declaran expresamente que no se ha justificado agravio ni perjuicio alguno para la recurrente en la partición, sin que esta afirmación se haya combatido en el recurso y dándose la circunstancia de que la acción ejercitada en solicitud de la nulidad de una escritura de testamento de Comisario y partición de bienes con la legal consecuencia de abrir la sucesión legítima, se dirija sólo contra el Comisario y no contra los demás coherederos e interesados que ninguna intervención han tenido en el litigio, ello es suficiente para desestimar este motivo del recurso.

### **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por doña Elisa Azula y Arrieta-Orbe, a quien condenamos al pago de las costas; y líbrese a la Audiencia territorial de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta de Madrid e insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandarnos y firmamos.– Jerónimo González.– Manuel Moreno.– José Manuel Puebla.– José F. Orbeta.– Dimas Camarero.– José María R. de los Ríos.– Domingo Cortón.

Publicación.– Leída y publicada fue la sentencia anterior por el excelentísimo señor don Dimas Camarero, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo Civil del mismo; en el día de hoy, de que, certifico como Secretario.

Madrid, 24 de febrero de 1936.– Domingo Salazar.