

STS de 28 de febrero de 1920

En la villa y corte de Madrid, a 38 de febrero de 1920, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Guernica y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por Doña Josefa de Elortegui Mardaraz, sin especial profesión y vecina de la anteiglesia de Munguía contra D. Raimundo de Ateca y Arruzazabala, de la misma vecindad, como representante legal de su esposa Doña Catalina de Barbier y Elortegui, sobre nulidad de escrituras, pago de cantidades y entrega de bienes muebles pendientes ante Nos en recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la demandante, representada por el Procurador D. Eduardo Morales y defendida por el Letrado D. Niceto Alcalá Zamora habiendo estado en este Tribunal representada y defendida la parte demandada por el Procurador D. Luis María Cerdón y el Letrado D. Antonio Goicoechea.

Resultando que en 2 de diciembre de 1891 otorgaron en Bilbao don Marcos Barbier y su esposa Doña Josefa Elortegui un poder, testatorio, exponiendo: que están legítimamente casados, de consorcio tienen tres hijas llamadas Telesfora, Catalina y Lucía Barbier Elortegui, las tres menores de edad; y deseando a fin de evitar las funestas consecuencias de un abintestato, conferirse recíproco poder, poniendo en ejecución en la vía y forma que más haya lugar en derecho, haciendo uso de las facultades concedidas por el fuero de dicha provincia, el D. Marcos Barbier y la Doña Josefa Elortegui otorgan; que se dan y contienen mutuamente un poder amplio cumplido y tan bastante cuando en derecho y fuero sea necesario para quien de ambos sobreviva por sí y en representación del premuerto disponga de los bienes de ambos entre las nombradas hijas y los que procrearen durante matrimonio, ya por testamento ya por donación instituyéndolas por herederas a iguales partes o dando todo a una, con los apartamientos, exclusiones y demás pensiones prevenidas para semejantes casos por la ley 11, título XX del fuero de esta provincia; pues al efecto aprueban desde ahora cuanto en virtud de este poder fuera ejecutado por el supérstite de ambos esposos, prorrogándole este poder además del término legal todo el tiempo que necesitare para la mejor colocación de su familia; y por último se nombran ambos esposos por albaceas y propios ejecutores testamentarios, recíprocamente con todas las facultades en derecho necesarias, afirmando que el primer acto de última voluntad que otorgan en su vida, el cual quieren se cumpla y ejecute en todas sus partes como su última y bien deliberada voluntad:

Resultando que fallecido en 15 de abril de 1906 en la Anteiglesia de Munguía D. Marcos Barbier Zarragoitia, su viuda Doña Josefa Elortegui Mardaraz y su hija Doña Catalina Barbier Elortegui otorgaron con la concurrencia de dos testigos instrumentales en la misma Anteiglesia el 28 de Diciembre de 1909 con el núm. 188 del protocolo del Notario autorizante una escritura de descripción, liquidación y adjudicación de bienes hereditarios del citado cónyuge, difunto, don Marcos Barbier, en lo que se hace constar

lo siguiente: en cuanto a hechos o antecedentes preliminares, entre otros que el referido don Marcos Barbier Zarragoitia estuvo casado en primeras nupcias con Doña Benita de Elorduy y Egnezabal hasta el año 1876 en que enviudó, sin que de su matrimonio tuviera sucesión; que en el año 1880 el causante D. Marcos Barbier contrajo su segundo matrimonio con Doña Josefa Elortegui y Mardaraz; que de este matrimonio dejó dos hijas llamadas Doña Flora y Doña Catalina Barbier Elortegui, ya mayores de edad; que el causante D. Marcos Barbier y Zarragoitia, aportó al matrimonio con Doña Josefa Elortegui 7.746,25 pesetas, valor justiprecio de la casa Andramarioste, pertenecido de la misma y terreno de Larrecheta y el monte Argomal aportado a su primer matrimonio con Doña Benita Elorduy más 5.837 pesos y 10 centavos o sea 29.185,50 pesetas que heredó de su hermano D. Pedro Barbier Zarragoitia, cuyas dos sumas ascendían la cantidad de 36.931,75 pesetas; que Doña Josefa Elortegui Mardaraz aportó a la sociedad conyugal con D. Marcos Barbier y Zarragoitia 3.300 pesetas, importe de la dote que la prometió su madre Doña María Josefa de Mardaraz en el contrato matrimonial que otorgaron en el mes de Marzo de 1878 según escritura pública de 6 de Julio de 1891; que por lo que respecta a la liquidación de gananciales el inventario de bienes relictos asciende a la cantidad de 79.931,75 pesetas y no existiendo deudas matrimoniales, se procedía a deducir del total del inventario las aportaciones matrimoniales de cada cónyuge o sean las 36.931,75 pesetas del finado Barbier y las 3.300 pesetas de Doña Josefa Elortegui que en junto hacen 40.231,75 pesetas; y deducidas del capital inventariado queda un resto de 39.700 pesetas, que dividido por dos da el resultado de 19.850 pesetas que corresponden como gananciales a cada uno de los cónyuges; que si bien Doña Josefa Elortegui y Mardaraz tiene derecho a una cuota legal en usufructo en la herencia del finado D. Marcos Barbier, como tiene bienes suficientes para atender a todas las necesidades de la vida, renuncia expresamente a ella, y, por lo tanto, no hay necesidad de tener en cuenta el usufructo para la división y adjudicación; que sentados los anteriores hechos y antecedentes se procedía a la formación del inventario, avalúo y liquidación y adjudicación de bienes relictos al óbito del D. Marcos Barbier y Zarragoitia, constituyendo el caudal hereditario los bienes aportados al matrimonio por el mismo que como ya se ha dicho asciende a 36.931,75 pesetas y la mitad de gananciales importante 19.850 pesetas o sea en total 56.781,75 pesetas y formando el haber de la viuda Doña Josefa Elortegui y Mardaraz la cantidad de 23.150 pesetas o sea la suma de las 3.300 pesetas aportadas por ella al matrimonio y de las de pesetas 19.850 de su mitad de gananciales; y finalmente hecha en la forma que se expresa la adjudicación de los bienes de la disuelta Sociedad conyugal, Doña Josega Elortegui, haciendo uso de tales facultades, que la confirió su marido por el poder testatorio de que antes se ha hecho mérito, hizo donación intervivos perfecta e irrevocable a su hija Doña Catalina Barbier Elortegui del dominio pleno de todos los bienes, derechos y acciones que quedan adjudicados como haber hereditario de D. Marcos Barbier, importantes la cantidad de 56.781,75 pesetas, excluyendo a apartando a su otra hija Doña Flora de Barbier y Elortegui con 0,25 pesetas, una teja, un árbol de los más infructíferos y cinco centímetros de terreno en lo más lejano de las heredades:

Resultando que en la misma Anteiglesia de Munguía se otorgó también con la misma fecha de 28 de diciembre de 1909 por Doña Josefa Elortegui y Mardaráz y Doña Catalina Barbier y Elortegui otra escritura con el núm. 189 del protocolo del notario en la que se hacen constar que Doña Catalina Barbier y Elortegui es dueña de los bienes siguientes: de la mitad de los muebles y ajuar de casa en mancomún y proindiviso con Doña Josefa Elortegui, valorados en 500 pesetas; de los valores que se detallan y de 7.746,25 pesetas, valor de la casa titulada Andramarioste, sita en la Anteiglesia de Munguía con su anturuzano y franquicias y una huerta pequeña inmediata a ella; que los bienes descritos corresponden a Doña Catalina por donación intervivos que del haber hereditario de su padre D. Marcos Barbier Zarragoitia le hizo su madre Doña Josefa por escritura pública otorgada en el mismo día; que la Doña Catalina Barbier, queriendo dar una prueba del acendrado amor que profesa a su madre Doña Josefa, ha resuelto hacerla cesión gratuita del usufructo vitalicio de los bienes anteriormente descritos y llevándolo a efecto por el presente instrumento público otorga: 1.º Que hace cesión gratuita del usufructo vitalicio a favor de su madre Doña Josefa Elortegui de todos los bienes anteriormente reseñados; 2.º Que el tiempo del usufructo será durante la vida de Doña Josefa y al fallecimiento de ésta cesará en absoluto, volviéndose a reunir el usufructo con la nuda propiedad en la persona de doña Catalina Barbier habitará en compañía de Doña Josefa Elortegui, siendo de cuenta de ésta el alimentarla, vestirla con arreglo a su clase y posición mientras permanezca en estado de soltera; y si llegase el caso de cambiar de estado tendrá derecho a la mitad del usufructo de todos los bienes anteriormente descritos:

Resultando que en 16 de agosto de 1913 Doña Josefa Elortegui hizo, por mediación de Notario a su hija Doña Catalina Barbier los siguientes requerimientos, que constan en el acta correspondiente: 1.º Para que haga entrega en el acto al mandatario verbal de la requirente, D. Pedro Ramón de Isasi, de los resguardos de valores que le correspondan en propiedad y son los que se detallan; enterada Doña Josefa Elortegui; 2.º Para que hiciese entrega al mismo mandatario de todos los documentos que son de la exclusiva propiedad de la requirente, que como los anteriores resguardos se hallan colocados en un maletín y éste en la cómoda que se halla a la derecha de la habitación que fue de D. Marcos Barbier; enterada la requerida contestó que los resguardos se hallaban sueltos en el cajón de arriba de la cómoda y que los demás documentos a que se refiere el requerimiento se los guardó la requirente cuando estaba en la cama donde solía tenerlos, y no sabe, por lo tanto, donde están. 3.º Para que haga entrega al Isasi de todos los resguardos de valores cuya nuda propiedad corresponden a la misma y el usufructo a la requirente, Doña Josefa, formalizando el oportuno inventario de los mismos, contestando Doña Catalina que los resguardos no los entregaba, pero que sí entregará el usufructo a su tiempo. 4.º Para que haga entrega al Isasi de la mitad de los bienes muebles que en propiedad correspondan a la requirente y de la otra mitad cuya nuda propiedad es de la requerida y el usufructo de la requirente, formalizando el oportuno inventario y avalúo, a lo que Doña Catalina contestó que desde luego se hallaba dispuesta a hacer el inventario y entrega de los bienes muebles que pueden

corresponder a su señora madre, y en su consecuencia se procedía a hacer el inventario y evalúo, sumando los bienes inventariados 2.789,25 pesetas y manifestándose por Doña Catalina Barbier que no se ha inventariado el aparato de luz eléctrica, los cortinones, visillos con sus barretas de la sala, otras seis cortinas, instalaciones de luz eléctrica, un quinqué del comedor, un tapete de mesa, hule del piso, dos candelabros, una imagen del Sagrado Corazón, un crucifijo de plata, una palmatoria de plata, unos jarrones, un brasero de pie, salero y balde, porque estos efectos los había adquirido con su dinero; que en la fecha en que su madre la hizo la donación de la herencia paterna existían dos vacas; y que había gastado 10.000 reales para mantenerse y vestirse; que también había gastado en la obra de la casa 2.500 pesetas; y que para traer la yerba que hay en el camarote había gastado 9 pesetas; y como esperaba contraer matrimonio dentro de pocos días no estaba dispuesta a hacer entrega a su madre más que de la mitad de los bienes muebles que a ésta le corresponden en propiedad, quedándose por lo tanto, con la otra mitad de los bienes muebles que la cedieron en usufructo:

Resultando que por acta notarial levantada el día siguiente, o sea el 17 de agosto de 1913, el mismo Notario, a instancia de Doña Josefa Elortegui hizo a Doña Catalina Barbier los siguientes requerimientos: 1.º Para que deje a disposición de la requirente la casa habitación Adaramarioste, con todos sus pertenecidos, y enterada Doña Catalina, contestó que como pensaba contraer matrimonio no podía dejar ni la casa ni los pertenecidos. 2.º Para que deje de percibir desde este acto los intereses de toda clase que por cualquier título correspondan a la requirente, rindiendo cuenta de todo cuanto haya percibido de la propiedad de la requirente hasta este día a D. Pedro Ramón de Isasi; y enterada Doña Catalina contestó que no ha recibido ninguna cuenta y que no tiene que dar nada, puesto que no ha recibido nada. 3.º Para que se abstenga desde este acto de disponer, bajo ningún concepto, de nada que pueda pertenecer o corresponder a la requirente por cualquier título, y entrada Doña Catalina, contestó que estaba conforme. 4.º Para que manifieste si está dispuesta a dar cumplimiento a la promesa que en forma solemne hizo en presencia de don Francisco Lecumberri y Hormaeche de entregar a su hermana Doña Telesfora 10.000 pesetas en metálico a la defunción de la requirente para compensarla en parte de no haber percibido cantidad alguna por la legítima paterna, y haber hereditario de D. Marcos Barbier, y enterada Doña Catalina contestó que no inventariaron el dinero impuesto en casa de Achabal a nombre de D. Marcos Barbier, un crédito de D. Juan Bautista Olondo y otro de D. Antonio Aguirre para evitar los derechos reales, habiendo convenido con su madre en que estos créditos serían para ella, o sea la requerida, con la obligación de entregar a los hijos de su hermana Doña Telesfora, cuando entrasen en quintas o tomasen estado, 10.000 pesetas, repartidas entre éstos a voluntad de la requerida, o sea en la cantidad que a ésta le pareciese, entre los hijos de su precitada hermana Telesfora, cuyo convenio celebró verbalmente con su madre para evitar que las 10.000 pesetas fueran a poder de D. Ramón Isasi y que, por lo tanto, no estaría obligada al cumplimiento de tal convenio si los créditos y dinero impuesto en casa de Achabal no son para la requerida. 5.º Y por último conminó a Doña Catalina Barbier a la indemnización de daños y perjuicios que pudieran ocasionarse a la

requiriente por detención indebida de los bienes de toda clase que a este la correspondan, conservándose las acciones que pudieran derivarse, y enterada Doña Catalina de tal conminación, manifestó que estaba dispuesta a no tener más que lo suyo:

Resultando que con estos antecedentes y previa celebración del acto conciliatorio, dedujo Doña Josefa de Elortegui y Mardaraz, en 5 de enero de 1915, ante el Juzgado de primera instancia de Guernica, demanda contra D. Raimundo Ateca y Arruzazabala, como marido y representante legal de Doña Catalina Barbier Elortegui, alegando esencialmente; que en la anteiglesia de Munguía, y a 28 de Diciembre de 1909, se otorgó por Doña Josefa Elortegui y Mardaraz y su hija doña Catalina Barbier y Elortegui y una escritura pública que consta de tres partes distintas y de un solo y único otorgamiento: 1.^a Exposición de hechos y antecedentes; 2.^a Operaciones divisorias del caudal perteneciente al consorcio Barbier-Elortegui; y 3.^a Verdadero motivo de ella, o sea la donación a Doña Catalina Barbier de los bienes pertenecientes a su difunto padre D. Marcos que en la exposición de los hechos o antecedentes se hacía constar, entre otros particulares, la liquidación de gananciales, mal hecha, ya que tal Sociedad de gananciales nunca existió, según luego demostraría cumplidamente; porque este era uno de los errores y vicios fundamentales de la citada escritura; que a continuación se procedía, sin que en rigor de verdad se supiera por quién, a la formación del inventario, avalúo y liquidación, sin que tampoco se sepa de qué, porque no lo dice en este punto la escritura; que se hacía el inventario que arroja la suma de 79.931,75 pesetas, y a renglón seguido se procedía a su liquidación, la cual adolecía de un sustancial defecto, y es que debiendo aplicar al caso la base de la comunicación foral, único criterio posible legalmente, mucho más si se tiene en cuenta que mediaba un poder comisario que solamente al fuero debía su validez, aplicábase, en cambio, el sistema de gananciales y los preceptos de la legislación común, y así resultaba que se empezaba por deducir del caudal inventariado las aportaciones respectivas de los esposos, en vez de comunicarla con el resto del caudal, como lo exigen los preceptos forales; que de esta manera, rebajado el caudal hereditario, dividiese la suma restante, que se llama gananciales, en dos partes, importantes cada una la cantidad de 19.850 pesetas, formándose el caudal hereditario del D. Marcos Barbier con la mitad de los gananciales, o sea 19.850 pesetas, que hacen un total de 23.150 pesetas; que la diferencia de seguirse uno u otro criterio es bien notable, y en este particular se esclarece evidentemente, pues admitida la comunicación de bienes correspondía a la viuda la mitad del caudal total de 79.931,75 pesetas, o sea 39.965,87 pesetas, y en cambio, seguido el sistema de los gananciales, solamente la correspondía la suma de 23.150 pesetas, que el error merecía la pena de subsanarlo e implica al mismo tiempo que un notorio perjuicio para la viuda, un quebranto de la ley foral, única de posible aplicación al caso; que no menos curioso era el sistema empleado en el mismo documento de inventariar, partir y adjudicar los bienes inventariados antes de que se hubiera hecho la institución de heredero, o lo que es lo mismo, de practicar una testamentaría antes de que existía testamento; que tras de todos estos antecedentes, el único y verdadero convenio, donación, testamento, o como quiera llamarse, de la escritura, sustancia y argumento de la misma, porque es el único otorga-

miento que la constituye, es el en que Doña Josefa, haciendo uso de las facultades que le confirió su marido por el poder testatario referido, hace donación intervivos, perfecta e irrevocable, a su hija Doña Catalina Barbier, barajándose, dentro de un mismo párrafo y propósito, ideas tan contradictorias, como son la donación intervivos, poder testatario y exclusión y apartamiento, o sea desheredación; que conviene antes de concluir el examen de este curioso documento, en el que se violan todas las exigencias del precepto sustantivo y del precepto rituario, notar que a su otorgamiento sólo concurren dos testigos instrumentales, a pesar de que, tratándose de una verdadera disposición testamentario, el número de los mismo no debió bajar de tres; que Doña Josefa Elortegui, procediendo por virtud del poder testatario que le confiriera su esposo en la fecha indicada de 2 de diciembre de 1891, procedió una vez fallecido éste a disponer de su facultad, testando a favor de su hija Catalina la parte que comprendía a su finado esposo, y solamente la tal parte, sin que pretendiera, ni de tal propósito se dijera una sola palabra en la escritura, dar a su citada hija Catalina un solo céntimo de lo que a la Doña María Josefa pudiera corresponderle; que esto supuesto, surgía la siguiente cuestión:

Primero.- Si la escritura era válida con arreglo a derecho, en primer lugar, por haberse o no guardado en ella todas las formalidades exigidas, y

Segundo.- Si aun en el caso de que la escritura fuese válida, la donataria, o, por mejor decir, la heredera, vino a percibir más de lo que su madre pretendía darle y le correspondía por el testamento y si, en consecuencia, está obligada la Doña Catalina a devolver a su madre todo lo que obtuvo indebidamente; que convenía dejar sentado otro detalle que pasaba de la categoría de tal para convertirse en otro sustancial argumento contra la validez de la cuestión referida, cual era la ignorancia completa que la Doña María Josefa Elortegui tenía del idioma castellano, solamente equiparable a la ignorancia que del idioma vascongado tenía el Notario de la anteiglesia de Munguía, de tal manera, que por grandes que fueran los esfuerzos de uno y de otro, resultaba imposible que pudieran entenderse directamente; que en la misma anteiglesia de Munguía, a 28 de diciembre de 1909, comparecieron ante el mismo Notario ambas partes litigantes para otorgar, sin levantar la pluma con que se había redactado la anterior escritura, otra nueva, según la cual la Doña Catalina, dueña de los bienes que le habían sido donados por su madre aquel mismo día, cedía a ésta todos ellos en usufructo, en las condiciones que en la misma se expresan; que dichos bienes, adjudicados en donación por la hija y cedidos en usufructo por la madre a la hija y cedidos en usufructo por la hija a la madre, eran los siguientes, según resulta de ambas escrituras, la mitad de los muebles y ajuar de la casa en mancomún y proindiviso con Doña María Josefa Elortegui, valorados en 500 pesetas los resguardos de valores que se detallan; y 7.748,25 pesetas, valor de la casa titulada Andramarioste, sita en la anteiglesia de Munguía, con su antuzano y franquicias y una huerta pequeña inmediata a ella; que iban bien las relaciones entre hija y madre hasta el momento de otorgarse estas escrituras por las que había logrado la primera cuanto deseara, que era posesionarse de la total herencia de su padre, con perjuicio de su otra hermana; Doña Flora, pero satis-

fecha en parte su ambición y habiendo conseguido el dominio de tales bienes de una manera que ella consideraba irrevocable y definitiva, se olvidó del usufructo que había cedido, comportándose como única y verdadera dueña y administradora de los bienes, sin contar para nada con su madre; que por consecuencia de estos antecedentes rompiéronse las relaciones que mediaban entre las partes, y recordando la demandada entonces, sin duda, que el cambio de estado podía proporcionarle el rescate de la mitad del usufructo que había cedido a su madre, decidióse a contraer matrimonio; que la madre demandante, ejercitando sus derechos, hizo a su hija Catalina el requerimiento de 16 de agosto de 1913 por ante el Notario de Munguía, para que la entregase inmediatamente los valores y documentos de su propiedad que habían quedado en la casa de la demandada, la mitad de los bienes muebles existentes en la casa que fueron adjudicados a la Doña María Josefa en plena y absoluta propiedad, y la otra mitad, de los bienes muebles restantes, ya que la requerida solamente había de quedarse con una cuarta parte de ellos, pues en la escritura núm. 189 de 28 de diciembre de 1909 la Doña Catalina cedió a su madre Doña Josefa el usufructo de todos los bienes que la había donado, reservándose solamente la mitad de los bienes para el caso de que cambiara de estado; que Doña Catalina, esquivando el cumplimiento de su obligación, contestó manifestando que se hallaba dispuesta a hacer el inventario a su gusto y antojo, y hasta la fecha no se había realizado la entrega convenida; que al final del inventario, la Doña Catalina manifestó que no se había inventariado el aparato de luz eléctrica, ni los cortinones, ni los visillos, etc., porque tales efectos los había adquirido con su dinero, y nada menos cierto, porque tales bienes habían sido adquiridos por su madre la demandante y no por Doña Catalina, que ningún dinero tenía ni otro capital que el que le había donado su madre en la primera escritura referida, y cuyo usufructo a la misma madre en la primera escritura referida y cuyo usufructo a la misma madre correspondía; que la misma Doña Catalina venía a darle la razón a renglón seguido cuando afirmaba que había gastado 10.000 reales en mantenerse y vestirse; que terminaba la requerida diciendo que se hallaba dispuesta a hacer entrega a su madre de la mitad de los bienes muebles que a ésta la correspondían en propiedad, quedándose, en razón a que se proponía contraer matrimonio en breve plazo, con la otra mitad de los bienes muebles que le cedieron en usufructo, lo cual implicaba dos violaciones del derecho de su madre al mismo tiempo, porque diciendo que se hallaba dispuesta a entregar la mitad de los bienes muebles, no entregaba ninguno ni hasta la fecha los había entregado, y porque, además, de la otra mitad restante tenía también obligación de entregar la respectiva mitad, o sea una cuarta parte del total que, según la escritura de 28 de diciembre de 1909, núm. 189, había cedido en usufructo, para el caso supuesto de su matrimonio, a su madre; que con fecha 17 de agosto de 1913 hubo necesidad de practicar un nuevo requerimiento notarial, en el que se pedía a la demandada que dejase libre la casa Andramarioste y sus pertenencias a disposición de la demandante, contestando la demandada que no lo hacía porque pensaba contraer matrimonio; que era de tener presente que esta casa Andramarioste y sus pertenencias era uno de los bienes sobre los cuales había recaído la sudonación a que se refiere la escritura de 228 de diciembre de 1909, y cuyo usufructo vitalicio había sido cedido el mismo día por la demandada a su

madre; que era cierto que la mitad del usufructo de estos bienes se había reservado la Doña Catalina para el día de su matrimonio, pero también correspondía a su madre Doña Josefa, a pesar de lo cual la demandada no había entregado a ésta un solo céntimo de la renta de esa casa y de sus partencias; que en la misma escritura requeríase a la Doña Catalina para que manifestara si estaba dispuesta a dar cumplimiento al compromiso y formal promesa que hizo de entregar a su hermana Doña Telesfora 10.000 pesetas en metálico a la defunción de la requirente, o sea la actora, para compensarle en parte de no haber recibido cantidad alguna por legítima paterna en dicha escritura de donación, cuyo compromiso era sagrado para la demandada por haberlo adquirido defiriendo a condición expresa exigida por su madre la Doña María Josefa y aceptada por la Doña Catalina libremente, antes de que se le hiciera donación de los bienes de su padre; que la demandada, que antes de la donación no había tenido inconveniente en prestar toda clase de ofrecimientos, se revolvía en ese instante contra su madre, y su pretesto de que en el inventario no se habían incluido algunos créditos afirmó, sin fundamento, que el compromiso fue el de abonar las 10.000 pesetas a los hijos de su hermana Telesfora cuando entrasen en quintas o tomasen estado en la forma y proporción que a la Doña Catalina conviniera, mas sobre la base de que tales créditos fuesen para la requerida, y que no siendo tales créditos para ella, tampoco existía tal compromiso; que de los 10.000 reales que se dice invertidos en obras de la casa Andramarioste, ninguna cuenta ni comprobante se remitió a la demandante; que lo mismo sucedió con los otros 10.000 reales que se dicen invertidos en manutención y vestido de la demandada, Y tampoco se sabe que fue de las vacas que existían al tiempo del fallecimiento del D. Marcos ni del importe de las mismas, y, en una palabra, que la Doña Catalina procedía omnipotentemente, sin dar cuenta de nada, a pesar de que en el requerimiento de 16 de agosto prometió entregar el usufructo a su debido tiempo; y después de invocar como fundamentos de derecho, con las consideraciones que estimó oportunas, los artículos 348, 400, 401, 402, 620, 667, 679, 691, 695, 699, 1.256, 1.271, 1.266, 1.278, 1.732 y 1.902, el capítulo 1.º y 2.º del título 3.º, libro 3.º, del Código civil; leyes 1.ª y 2.ª del título 20 y 3.ª del 21 del Fuero de Vizcaya, la resolución del 16 de Mayo de 1903 de la Dirección general de los Registros, el art. 62 del Notariado, párrafo cuarto, y los 62 y 483 de la ley de Enjuiciamiento civil y sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1905, terminó suplicando que se declarase:

1.º La nulidad de la escritura núm. 188 otorgada en la anteiglesia de Munguía a 28 de diciembre de 1909, entre Doña María Josefa de Elortegui y Doña Catalina Barbier, y especialmente de la donación que en ella se dice otorga la primera de ellas haciendo uso del poder testatorio que le confiere su finado esposo D. Marcos Barbier y Zarragoitia a favor de la segunda, con todas las consecuencias en derecho dimanadas de la referida nulidad, y principalmente la devolución de los bienes objeto de la precitada donación.

2.º La nulidad de la escritura núm. 189, otorgada en la anteiglesia de Munguía con fecha 28 de diciembre de 1909, entre las mismas partes, por ser consecuencia de la escritura a que se refiere el apartado anterior, con todas las consecuencias que en derecho dimanar de dicha nulidad.

3.º En el caso de que no procediera la nulidad de la escritura número 188 de 28 de diciembre de 1909, a que se refiere la primera de las declaraciones que se solicita, la nulidad o rescisión, como mejor proceda, de la donación que se causó en la precitada escritura en aquella parte de bienes que por la comunicación foral corresponden a la Doña María Josefa Elortegui, y que bajo el indebido supuesto de que pertenecían a su esposo D. Marcos Barbier fueron incluidos en la donación que de los bienes de éste se hizo a la Doña Catalina, su hija.

4.º En el caso de que prosperara la súplica que se hace en el apartado anterior, declarar que debe procederse a una nueva partición y adjudicación de los bienes de D. Marcos Barbier sobre la base de la comunicación foral que regía el matrimonio de D. Marcos Barbier y Doña María Josefa de Elortegui, entregando a ésta lo que por consecuencia de dicha comunicación le corresponden y los frutos desde el fallecimiento de su esposo.

5.º En el caso de que no procedan ninguna de las anteriores declaraciones, declarar que Doña Catalina Barbier está obligada a entregar a Doña Josefa Elortegui. A) La mitad de los créditos que hayan rendido y rindan los bonos, acciones y obligaciones cuyo usufructo cedió a ésta por la escritura núm. 189 de 28 de diciembre de 1909, ordenando, para mejor cumplimiento de lo declarado y seguridad debida del derecho de Doña María Josefa, que en adelante dichos valores, acciones y obligaciones sean depositados en un Banco, haciendo constar en dicho depósito el derecho que sobre ellos cabe a la demandante para que esta se le reserve la mitad de los réditos supradichos, o si esta garantía no procediera, la que se estimara más oportuna. B) La totalidad de los productos que dichos valores hubieran producido antes del matrimonio de la Doña Catalina, descontándose si los réditos hubieran alcanzado tiempo anterior y posterior al dicho matrimonio, la parte que corresponda en proporción al tiempo anterior al matrimonio, para entregarla en su totalidad a la Doña María Josefa. C) La mitad de la renta que haya producido y produzca la casería Andramarioste con sus pertenecidos, y en el caso de que la habitara o la habite Doña Catalina, la mitad de la renta que según juicio pericial debiera pagarse por ella. D) La mitad de los muebles que a la Doña María Josefa correspondía por virtud de la adjudicación que se le hizo en la escritura núm. 188 de 28 de Diciembre de 1903, entendiéndose que si para la adjudicación de dichos bienes no llegaran a un acuerdo las partes, se procederá a la designación de amigables componedores que lo practiquen, y si la división la considerara imposible la demandada, deben venderse en pública subasta y entregarse a la Doña Josefa la mitad del importe de su venta. E) La mitad de los muebles que le fueron adjudicados en propiedad a la Doña Catalina Barbier en las tantas veces repetida escritura núm. 188 de 28 de diciembre de 1909 y cuyo usufructo corresponde a la actora.

6.º Declarar igualmente que en el inventario de los bienes del matrimonio Barbier Elortegui, relictos al fallecimiento de D. Marcos, deben figurar el aparato de la luz eléctrica, los cortinones, visillos con sus barretas de la sala, otras seis cortinas, instalación de la luz eléctrica, un quinqué de comedor, un tapete de la mesa, hule del

piso, dos candelabros, una imagen del Sagrado Corazón, un Crucifijo de plata, una palmatoria de plata, unos jarrones, un brasero de pie salero y balde, que la demandada se negó a inventariar en el requerimiento de 16 de agosto de 1913, y dos vacas que la misma demandada confiesa pertenecían a la herencia paterna en el momento de hacer la donación.

7.º Declarar asimismo que la demandada está obligada a devolver a la demandante las 2.500 pesetas que dice en ese requerimiento haber gastado en mantenerse y vestirse, mientras no pruebe que tal gasto se verificó, y aun verificado, que correspondía a la clase y posición de la demandada, y en este último caso abonar a la actora todo el exceso y demasía que resulte de tales gastos en cuanto no fueran necesarios para su clase y posición o no se hubieran realizado.

8.º Que igualmente está obligada la demandada a abonar a la demandante las 2.500 pesetas que en el mismo requerimiento se asegura haber invertido en obras de la casa mientras no demuestre haber realizado tales obras con anterioridad a su matrimonio y que ascendieron a esa cantidad; y

9.º Que asimismo, y para el caso de que se resuelva no haber lugar a la donación, se declare que Doña Catalina Barbier está obligada a entregar a su hermana Doña Telesfora, a la defunción de la demandante 10.000 pesetas en metálico, en cumplimiento de la obligación verbalmente impuesta por la actora y por la demandada aceptada al otorgar la donación referida, condenando a la demandada a pasar por las declaraciones que se dicten y a cumplirlas en todas sus partes y al pago de las costas:

Resultando que D. Raimundo Ateca, como marido y representante legal de Doña Catalina Barbier, contestó a la demanda, alegando en concreto: que la demandante y la demandada se encontraban en las relaciones naturales corrientes y cariñosas que deben de existir entre dos que tienen los vínculos de parentesco de primer grado de consanguineidad, que al tratar la demandante de disponer de los bienes en mérito del poder testatorio de que ya se ha hecho mención, los repartió con arreglo a su voluntad libre y soberana, y fundándose en dos motivos principalísimos, entre otros, uno por premio a los cuidados que siempre Doña Catalina tuvo con su madre, mirándola y atendiéndola con esmero sin igual, y otro porque nada quería dejar a su otra hija Doña Telesfora, en razón a la mala vida que llevaba con su marido D. Ramón Isasi y a la falta de confianza con este último, a quien la Doña Telesfora detestaba; que como el matrimonio de D. Ramón Isasi y Doña Telesfora Barbier procreó varios hijos, la abuela no se olvidó sin embargo, de ellos y convinieron ella y Doña Catalina en que ésta les diese 10.000 pesetas para siempre que se cumpliera lo que la demandante recordó al ser requerida para su pago el 17 de agosto de 1913; que todo lo dicho se refiere a la herencia paterna, pues de la herencia materna en su día y caso podría la interesada Doña María Josefa disponer según sus planes para el porvenir, y se seguramente que sus nietos, hijos de Doña Telesfora, habían de gozar; que así las cosas, la Doña Catalina concibió la idea de contraer matrimonio, y expuesta a su madre tal idea la llevó muy a

mal, y por eso sólo salió del domicilio maternal y legal en que había vivido y se trasladó a la casa de su yerno Isasi, con lo cual cambiaron las relaciones de la madre con sus hijos y yerno; convirtiéndose en odio lo que antes fue cariño para Doña Caralina; que al requerimiento de 16 de agosto de 1913 para la entrega de valores adjudicados a Doña María Josefa, se contestó dándolos como consta en el requerimiento, y si antes no se dieron fue porque nadie los pidió; que la contestación al requerimiento para la entrega de todos los documentos de la exclusiva propiedad de la Elortegui, no envolvía negativa de entrega como suponía la parte contraria; que al requerimiento de los resguardos de valores, cuya nuda propiedad es de la demandante y el usufructo de la hija Catalina, contestó que no los entregaba; pero que sí entregaría el usufructo a su tiempo, es decir, la renta que correspondía a la primera, y efectivamente, al primer vencimiento de los valores de la Habana, la parte de intereses de la demandante se los llevó D. Francisco Lecumberri y no los quiso recibir, por lo cual todavía los tiene dicho D. Francisco a disposición de la acreedora; que los vencimientos posteriores cobrados en la Habana los tiene recibidos, y si más no recibe obedece a no llegar las cartas certificadas dentro de las que deben remitirse las letras de cambio importe de los intereses, lo que se debía, sin duda, a la guerra, que alteraba la marcha financiera mundial; que restaban por entregar los intereses de las Tudelas y del Amortizable, y esos se encuentran a disposición de la demandante para que los recoja cuando quiera; que al requerimiento de entrega de muebles que en propiedad indivisoria son de la actora, manifestó que se hallaba dispuesta a inventariarlos y a entregar los que la corresponda, y al efecto se practicó el inventario, que consta en el acta de que se ha hecho mérito, añadiendo que no se inventariaron el aparato de la luz eléctrica, los cortinones, visillos con sus barretas de la sala, otras seis cortinas, instalación de luz eléctrica, un quinqué del comedor, un tapete de mesa, hule del piso, dos candelabros, una imagen del Sagrado Corazón, un crucifijo de plata, una palmatoria de plata, unos jarrones, un brasero de pie y salero, porque estos efectos los adquirió con su dinero, pues entre las obligaciones de la Compañía del ferrocarril de Tudela a Bilbao inventariadas, salieron amortizadas más, y por voluntad de ambas partes cobróse el capital, del cual se hizo cargo Doña Catalina, como perteneciente a ella misma; que manifestó también que en la fecha de la donación de su madre existían dos vacas, y si no se comprendían en el inventario obedecía a que, vendida una por la madre, y cobrado su importe por ella, estimó la demandada, con la aquiescencia de la madre, quedarse con la otra en igual proporción de los demás bienes muebles donados; que al contestar al requerimiento, decía solamente la Doña Catalina que había gastado 10.000 reales para mantenerse y vestirse; que al requerimiento de 17 de Agosto de 1913, respecto al abandono de la casa Andramarioste, contestó Doña Catalina que como pensaba contraer matrimonio no podía dejarla; mas el no dejarlo no quitaba para que abonase la renta que la corresponde; así se aprecie, en cuanto ha de ser, que respecto al requerimiento de que trata la demandante en orden a las 10.000 pesetas que entregaría Doña Catalina a sus sobrinos, contestó ésta la verdad, o sea que lo convenido entre la requirente y la requerida fue que no se inventariaran el dinero impuesto en casa de Achabal a nombre de D. Marcos Barbier, un crédito de D. Juan Bautista Olondo y otro de Antonio Aguirre, para evitar los derechos reales, Habiendo

convenido con su madre, verbalmente, que la confianza existente entre ambas en que estos créditos serían para ella, o sea para la requerida, con la obligación de entregar a los hijos de su hermana Doña Telesfora, cuando entrasen en quintas o tomasen estado, 10.000 pesetas, repartidas entre éstos a voluntad de la requerida, y, por lo tanto, como la promesa era condicional, no está obligada al cumplimiento del convenio si los créditos y dinero impuesto en casa de Achabal no eran para ella; que todo lo que Doña Catalina contestó en los dos requerimientos se hallaba dispuesta a cumplirlo inmediatamente, sin prosecución de diligencias judiciales; que en las obras de la casa Andramarioste causadas por voluntad de doña María Josefa y de Doña Catalina, invirtió la última 2.500 pesetas, que la demandante, durante el tiempo que vivió con su hija Doña Catalina, gozó de completa libertad para disponer de los bienes, tanto de los que provenían del marido como los de ella misma, y otorgó los documentos libérrimamente, sin coacción de ninguna clase, y, por último, que nadie podía negar la costumbre, antigua en Vizcaya, de firmar con dos testigos las donaciones otorgadas a virtud de poderes testatados; y después de invocar como fundamentos de derecho las leyes 11. 13, y 18, título 20 del Fuero de Vizcaya, art. 20 de la ley del Notario y 65 del Reglamento notarial de 9 de Noviembre de 1874, y artículos 1.261, 1.301 y 1.309 al 1.313 del Código civil, terminó suplicando que se la tuviese por allanada a la demandada en cuanto al cumplimiento de la escritura número 189 de 28 de diciembre de 1909, y por ende a la entrega: a) de la mitad de los intereses de los valores cuyo usufructo donó Doña Catalina Barbier a Doña María Josefa Elortegui; b) de la mitad de los muebles que a Doña María Josefa corresponden por la adjudicación inserta de la escritura núm. 188 de 18 de diciembre de 1909, c) de la mitad de muebles donados en usufructo en la escritura núm. 189 de 28 de diciembre de 1909; d) y de la mitad de renta que la casería Andramarioste produzca; que se declarase no haber lugar a la nulidad de las escrituras citadas porque tenían las condiciones exigidas en derecho, y si no las reuniesen, porque deben prosperar en todo caso la prescripción alegada, y, por último, que se desechasen las restantes reclamaciones de la demanda, absolviendo de ellas a la demandada, con imposición de costas a la parte actora:

Resultando que las partes insistieron en la réplica y dúplica en sus respectivas pretensiones, y recibido el juicio a prueba se practicó la documental, testifical, y de confesión judicial, habiendo declarado la demandada Doña Catalina Barbier, al contestar a la cuarta pregunta que se le formuló, que era cierto que Doña María Josefa exigió a la declarante, y ésta convino en ello, que abandonaría a su hermana Telesfora, después del fallecimiento de dicha Doña Josefa, la suma de 10.000 pesetas, aunque facultándole para que entregara dicha cantidad bien en sumas parciales, bien de una vez, a medida que la Telesfora las fuera necesitando, pero que convinieron la declarante y su madre en que ciertos valores que no figuraban en la escritura como eran los depositados en la Sucursal del Banco de Vizcaya y dos préstamos, habían de entregarse a la declarante, y ésta después haría lo ya expresado:

Resultando que sustanciado el pleito por los trámites de las dos instancias se dictó en definitiva, por la Sala, de lo civil de la Audiencia de Burgos, con fecha 4 de marzo de

1919, sentencia revocatoria, por la que se declaró:

1.º Que no había lugar a decretar la nulidad de las escrituras números 188 y 189, otorgadas en la anteiglesia de Munguía en 28 de diciembre de 1909 entre la demandante y demandada.

2.º Que tampoco había lugar a decretar la nulidad ni la rescisión de la escritura núm. 188 anteriormente mencionada, en la parte de bienes que por la comunicación foral correspondería a Doña Josefa Elortegui, y que bajo el indebido supuesto de que pertenecían a su esposo D. Marcos Barbier fueron incluidos en la donación que de los bienes de éste se hizo a Doña Catalina, su hija.

3.º Que en consecuencia de lo anterior, no había lugar a proceder a una nueva partición y adjudicación de los bienes de D. Marcos Barbier sobre la base de la comunicación foral que regía el matrimonio de aquél con Doña Josefa Elortegui, ni a entregar a ésta lo que por tal comunicación pudiera corresponderla, como tampoco los frutos desde el fallecimiento de su referido esposo, y de tales extremos absolvió a la demandada Doña Catalina Barbier Elortegui.

4.º Condenó a la demandada en la obligación que tiene de entregar a Doña Josefa Elortegui: a), la mitad de los réditos que hayan rendido y rindan los bonos, acciones y obligaciones cuyo usufructo la cedió por la escritura núm. 189 de 28 de diciembre de 1909, y para seguridad y mejor cumplimiento de esta obligación se ordenó que dichos valores se depositen en un establecimiento público de los destinados a tal fin; B), la mitad de la renta que hay producido y produzca la casería Andramarioste con sus pertenecidos, y para el caso de habitarla la Doña Catalina, la mitad de la renta que, según juicio pericial, deba pagarse por ella; c), la mitad de los muebles que Doña María Josefa Elortegui corresponden por virtud de la adjudicación que se le hizo en la escritura 188 de 26 de diciembre de 1909, y si las partes no llegasen a un acuerdo sobre esto se procedería a la venta en pública subasta, entregándose a la demandante la mitad del importe de la venta; d), la mitad del usufructo de los muebles que fueron adjudicados a la Doña Catalina Barbier por la escritura núm. 188.

5.º Que como pertenecientes a los bienes muebles quedados al óbito de D. Marcos Barbier, deben figurar en el inventario los bienes muebles, alhajas, y semovientes que se enumeran en el núm. 6.º de la súplica de la demanda.

6.º Que asimismo se declara que está obligada la demandada a abonar a la demandante la suma de 2.500 pesetas por las obras ejecutadas en la casa Andramarioste; y

7.º Que no había lugar a declarar que Doña Catalina Barbier, está obligada a entregar a su hermana Doña Telesfora, a la defunción de la demandante, 10.000 pesetas en metálico, y absolvió también a la referida demandada de todas las demás pretensiones de la demanda que no estén comprendidas en las declaraciones anteriores,

sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que Doña Josefa Elortegui Mardaraz interpuso recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la ley de enjuiciamiento civil, alegando los siguientes motivos:

1.º Que la Sala infringía la ley 3.ª del título 21 del Fuero de Vizcaya, que se ocupa "De los Comisarios y cómo pueden elegir herederos", toda vez que aun cuando la sentencia recurrida reconoce y deja sentado de una manera inconcusa lo que no admitía dudas, o sea que la escritura núm. 188, otorgada en la anteiglesia de Munguía en 28 de diciembre de 1909, es comprensiva de testamento otorgado por Doña Josefa Elortegui y Mardaraz, a nombre de su difunto esposo D. Marcos Barbier y en virtud del poder testatorio que ambos se cedieron recíprocamente por escritura pública de 2 de diciembre de 1891, en la villa de Bilbao, no deduce las consecuencias inevitables de tal reconocimiento, o sea que estableciendo que el acto jurídico por Doña Josefa efectuado es un verdadero testamento, la concede, por llamársele donación, a la escritura que lo contiene toda la eficacia y le reconoce todos los efectos que la ley foral y común permiten, no obstante ser indudable y apreciarlo así la propia Sala, que como tal testamento es nulo por omisión de sus requisitos esenciales, de donde resultaba que a una denominación, o carpeta, o cubierta inadecuada se subordina la esencia y las solemnidades del acto jurídico que por aquélla aparece convalidado.

2.º Que también se infringía la doctrina legal contenida en las sentencias de 26 de noviembre de 1901 y 28 de febrero de 1906 por interpretación errónea y aplicación indebida, toda vez que no es posible invocar la teoría o el principio jurídico de los actos propios para convalidar la omisión de requisitos y formalidades necesarias para otorgar una disposición testamentaria cuando se alega la nulidad de esas escrituras por defectos intrínsecos y extrínsecos en su otorgamiento, como son, a saber: la aplicación indebida de los artículos 1.418, y siguientes del Código civil y de las prescripciones establecidas para la sociedad legal de gananciales, en lugar de la ley título 20 del Fuero de Vizcaya, y la comunicación foral que regía el matrimonio Barbier-Elortegui en vez de aquel régimen común, y la existencia de defectos formales y sustanciales en el otorgamiento de los instrumentos públicos, cuyos efectos, omisiones o actos no eran imputables en modo alguno a la recurrente.

3.º Que se infringía el art. 620 del Código civil en relación con el capítulo 1.º del título 3.º y libro 3.º1 del mismo, y singularmente sus artículos 687 y 684, el primero, o sea el 620, en cuanto preceptúa que las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, o se rigen por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria; el Capítulo citado del Código, en cuanto se ocupa de los testamentos, y en especial de la forma y requisitos del testamento abierto, cual ha de conceptuarse el que nos ocupa, a tenor de la definición contenida en el art. 679; el 694 porque determina concretamente que el testamento abierto, cuya naturaleza ofrece el otorgado por Doña María Josefa

Elortegui, a nombre de su difunto esposo en virtud del poder testatorio que le confiriera, deberá ser otorgado ante tres testigos idóneos, que vean y entiendan al testador, y el 687, por cuanto, en consecuencia, establece y ordena la nulidad del testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en el expresado capítulo 1.º, título 3.º, libro 3.º del Código civil, y si era positivo probado plenamente, y hasta reconocido de adverso, que al otorgamiento del documento núm. 188 de 28 de diciembre de 1909 no concurrieron más que dos testigos, exigiendo terminantemente la ley que sean tres los que concurran, forzoso será también reconocer que la sentencia que no declare la nulidad conforme al art. 687 del Código civil, infringe abiertamente éste y los demás artículos citados; esto aparte de que si la ley exige que los testigos vean y entiendan al testador, con mayor motivo ha de reputarse que exige que igualmente le entienda el Notario autorizante, y en el caso presente que estaba probado que ni el Notario conocía el vascuence ni la otorgante el castellano, y que la escritura se leyó a ésta en el lenguaje nacional, sin que nadie se lo tradujera, habiendo contestado en vascuence que prestaba su conformidad a una lectura que no pudo entender positivamente; y como tampoco se dice si intervinieron intérpretes ni cuáles fueron éstos, se podían también citar como infringidos los artículos 695 y 684 del Código civil, el 1.º de carácter general y especial, para casos semejantes el 2.º, así como el 62, párrafo 4.º de la ley del Notariado, en el que se exige a los Notarios que expliquen a los otorgantes y testigos que no entendiesen el castellano la escritura extendida en su dialecto particular; aparte también de que la citada escritura carecía de otros requisitos que igualmente la anulan, tales como la expresión de la hora de su otorgamiento y de que se practicó en un solo acto, en cuyo concepto podemos también citar como infringidos los artículos 695 y 699 del mismo Código que exigen la expresión concreta de estas circunstancias, siendo necesario repetir que como la escritura núm. 189 es secuela inseparable de la número 188 de igual fecha, la nulidad de ésta por cualquier motivo arrastra la de aquélla, y que en el testamento por comisario, forma excepcional discutida y peligrosa, las observancias de las garantías es menos excusable aún que en las comunes y personales:

4.º Que asimismo se infringían: A) el art. 1.076 del Código civil por aplicación indebida así como el 1.301 del mismo, toda vez que siendo la esencia del acto discutido un testamento, aunque en su carpeta se le llame un contrato, el plazo de prescripción no es el de cuatro años y sí el normal de las acciones personales fijado en el artículo 1.964 del mismo Código, también infringido: B) El art. 1302 del propio Código, porque aun considerando como contrato dicho acto jurídico, es indudable, según dicho precepto, la acción de doña Josefa, contratante, no siendo lícito convalidar el acto por su forma rituarial de contrato, sobreponiéndola al fondo del testamento y acogerse luego a tal fondo para negar una acción que como contrato sería evidente; C) La ley 1.ª Título XX del Fuero de Vizcaya, porque al reclamar Doña Josefa su parte en la comunidad o comunicación foral de bienes, materia extraña a la sucesión de su marido, tiene la acción que le da la citada ley, derecho que ni quiso ni podía renunciar en las escrituras sin infringir dicha ley, y el art. 4.º párrafo 2.º del Código civil, toda vez que establecida

dicha comunidad, según el fuero cuando haya hijos, y en consideración a éstos, más que al cónyuge, la renuncia tácita habría sido ineficaz por ir contra los derechos de la otra hija Doña Telesfora, en nombre de la cual, demanda también Doña Josefa en este pleito, corroborando esto su indudable acción; D) El artículo 1.301, párrafo 4.º del Código civil, porque aun considerando el acto jurídico como contrato, al celebrarse con error, dolo o falsedad de causa, el tiempo no podría contarse sino desde la consumación del contrato y no ultimada ésta, puesto que aun no se ha cumplimentado, no había podido prescribir la acción conforme al expresado artículo; y E) El art. 1.973 del repetido Código, porque habiendo mediado, desde 17 de agosto de 1913 oficialmente, y desde antes, según reconoce la propia Sala sentenciadora, confirman diferencias entre las partes, con requerimientos notariales y actos de conciliación, es visto que se interrumpió el plazo para la prescripción:

5.º Que se había infringido en su base esencial la ley 1ª título 20 del Fuero de Vizcaya, en la que se establece que "casados marido y mujer, si hubieran hijos descendientes legítimos de uno y quedaren de aquel matrimonio vivos, siendo suelto el matrimonio todos sus bienes y los muebles y raíces, así en posesión como en propiedad aunque el marido haya muchos bienes y la mujer nada, sean comunes a medias", por cuanto desde el momento en que se disuelve el matrimonio Barbier Elortegui y se liquida la herencia del marido, suponiendo, contra la realidad, constituido aquél bajo el régimen de la Sociedad legal de gananciales sin que conste previamente pactados en capitulaciones matrimoniales, tratándose de cónyuges vizcaínos moradores en una Anteiglesia y cuyos bienes radican en tierra llana, era forzoso hacer aplicación al caso del artículo, y ley del fuero de Vizcaya antes indicado; habiéndose infringido también los artículos 10 y 12 del mismo Código civil en sus párrafos último en cuanto sancionan el respeto, subsistencia y aplicación del derecho foral vizcaíno; y en todo caso al privarse a la recurrente de su cuota en la comunidad de bienes, resultaría que aun suponiendo aplicables el derecho común como invoca la escritura núm. 188 y entiende la Audiencia, se habían infringido abiertamente los artículos 1.319 y 1.320 del Código civil, permitiendo que de soslayo mucho después de celebrado el matrimonio, se altera tácita pero radicalmente el régimen de bienes y capitulaciones, sustituyendo con daños de la viuda y de su hija la comunidad foral por los gananciales castellanos;

6.º Que aun en el supuesto de que las escrituras de que se trata fueran expresivas de un contrato entre partes, sentada y probada la infracción anterior y acreditado, reconocido de adverso y proclamando en la sentencia recurrida que Doña María Josefa Elortegui no donó ni quiso donar más que la parte correspondiente a su marido y no cosa alguna que a ella perteneciera, era manifiesta la infracción de los artículos 1.261 y 1.266 del Código civil al no reconocerse la nulidad de la escritura a tenor de los mismos preceptos; por cuanto faltaba la causa de la obligación: que se establece y existía error que invalidaba el consentimiento en la sustancia de la cosa objeto del contrato o más bien sobre las condiciones de la misma que principalmente hubieron de dar motivo a celebrarlo; y asimismo se infringía el art. 1.271 del Código civil y 737 del mismo, el 1.º de ellos en cuanto extendida la testamentaria de Barbier a los bienes de su mujer viva,

supuso sin voluntad de la interesada, extender el contrato a la herencia futura contra el precepto prohibitivo y terminante del derecho público sin entrar en su excepción que trapaza; y el 739 en cuanto vendría a hacerse irrevocable contra la voluntad de una testadora por sorpresa y engaño, un acto que no pensó fuera su testamento y que vendría a ser irreformable y definitivo en provecho de una de las hijas y en daño de la otra;

7.º Que la Sala incurre en error evidente de hecho y de derecho al apreciar las pruebas por las siguientes razones: A) Porque no declara probado que Doña Josefa Elortegui, sólo entendió, creyó y quiso distribuir el caudal de su marido en la escritura núm. 188, pero de ningún modo dar ni comprometer el suyo, resultando esto y el error de la Sala, que no lo admite del acto auténtico de la confesión prestada por Doña Catalina Barbier, la cual hace prueba contra ella según el artículo 1.232 del Código civil que resulta infringido; y B) Porque al no declarar probado que Doña Josefa no entendía el castellano ni el Notario sabía el vascuence y que aquélla no se pudo enterar de las escrituras números 188 y 189 con la consecuencia que actos tan trascendentales requieren, no tuvo en cuenta la Sala la confesión de la demandada, no contradicha sino corroborada por el testimonio excepcional de los que intervinieron en aquéllas, resultando infringido el mismo art. 1.232 del Código;

8.º Que la Sala sentenciadora al no estimar probada la obligación pura en Doña Catalina de abonar 10.000 pesetas a su hermana Doña Telesfora, incurría en error evidente de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas resultantes: A) De los escritos de contestación y dúplica en que se reconoce la obligación y si bien se intenta desvirtuar con la pretendida obligación recíproca que se supone no cumplida de entregar a cambio a Doña Catalina unos créditos, ni ésta los puntualiza ni los prueba, como la incumbía, ya que respecto de ello se supone acreedora según el art. 1.214 del Código civil, patentizando además dichos escritos auténticos que Doña Catalina, demandada sobre ampliación de inventario, lo cual excluye que su madre retuviera otros bienes, no intente convenir por esos créditos compensatorios de las 10.000 pesetas; B) De las escrituras números 188 y 189 en que inventariándose los bienes no incluyen ni mencionen esos pretendidos créditos derechos o cosas, equivalentes de las 10.000 pesetas; C) Porque reconocida la obligación de las 10.000 pesetas en la confesión de la demandada, posición cuarta, no pudo reputarse indivisible aquélla sin infringir con evidente error de derecho el art. 1.233 del Código civil, ya que al añadir el reconocimiento la reciprocidad de otra obligación versaba sobre bases distintas, estando además probada la obligación de las 10.000 pesetas por distintos medios de prueba, cuales eran los indicados y las declaraciones de testigos y que reconocen la obligación y niegan o excluyen la condicional; y L) Porque al suponer a todos esos testigos comprendidos en el art. 1.247 del Código civil se olvidan que estaban fuera de él todos ellos menos Doña Telesfora, y que aun a ésta sería aplicable la excepción del mismo precepto por tratarse de hechos íntimos de familia.

9.º Que se infringían los artículos 1.258 y 1.78 del Código civil desde el momento en que probada la obligación que Doña Catalina contrajo, siquiera fuese verbalmente,

respecto al pago de las 10.000 pesetas, le era forzoso cumplirla cualquiera que fuese la forma en que prestó el consentimiento y debía ser a ello condenada.

10.º Que la sentencia recurrida, en todo caso, en error de derecho al absolver a la demandada de la obligación de devolver las 2.500 pesetas que indebidamente hace figurar en partida a cargo de la recurrente por gastos de alimentación y vestido de la propia hija, pues si bien es cierto que la madre venía obligada a sufragar esos gastos a cambio del usufructo que Doña Catalina le cediera, reconoce ésta, constantemente en sus escritos, especialmente en la contestación y otros, que ella era la que administraba, ya que su madre, enferma e impedida en cama, no podía hacerlo, y no sólo administraba, sino que venía en posesión real y material de casi todos los bienes, aun de aquellos de la exclusiva propiedad y pertenencia de Doña María Josefa, como así resulta, no sólo de lo que se reconoce por la demandada, sino también de documentos auténticos, cuales eran todos los escritos del pleito en los que se reclama o discute su entrega y las actas de requerimiento de entrega de los expresados bienes y hasta del reflexivo empleado por la propia Doña Catalina al considerar esas 2.500 pesetas, importe de lo por ella gastado mientras vivió en compañía de su madre en alimentarse y vestirse, con lo que resulta que esos gastos están ya envueltos e involucrados en los gastos generales y corrientes de la vida, mientras madre e hija habitaron juntas, por lo que no era posible admitir una partida especial que supondría de admitirse el abono duplicado del mismo gasto;

11.º Que en el supuesto de que no prosperasen los motivos primeramente alegados, la sentencia incurría también en error de derecho, resultante, asimismo, de documentos auténticos, al absolver igualmente a la demandada del pago de otras 2.500 pesetas, importe de las obras ejecutadas en la casa Andramarioste, fundándose en que ese pago corresponde por entero a Doña María Josefa, a tenor del art. 501 del Código civil, "por ser la que recoge el beneficio", lo cual es un error clarísimo, pues la casa Andramarioste fue adjudicada a Doña Catalina por la escritura núm. 188 de 28 de diciembre de 1909, y cedida en usufructo por ésta a su madre por la escritura núm. 189 de igual fecha, de cuyo usufructo recobraba y recobró la mitad por su posterior matrimonio, la demandada; y, por lo tanto, esta era la beneficiada por las obras y mejoras en su calidad de propietaria del inmueble, a tenor del artículo 501, infringido por la sentencia y erróneamente interpretado, cuando terminantemente preceptúa que las reparaciones extraordinarias –carácter que la sentencia reconocía tienen las practicadas en la casa Andramarioste desde el momento que hace aplicación al caso del citado art. 501– será de cuenta del propietario, pero si no se hubiera citado e invocado por la Audiencia este artículo y quisiera estimarse que también resultaba beneficiada Doña María Josefa en su calidad de usufructuaria, no siéndolo sino de una mitad, era aún así imposible cargar a ella todo el importe de gasto de mejoras, cuando a su hija Doña Catalina corresponde también la otra mitad del usufructo; y

12.º Que reconocido por la Sala el perjuicio de Doña Josefa en más de la cuarta parte, sin rescindir no obstante el contrato de partición, violaba manifiestamente el art.

1.074 del Código civil, toda vez que como se expresa en anterior y correspondiente motivo, la acción queda interrumpida antes de los cuatro años por requerimiento y acto de conciliación en que se reclama la entrega de bienes para ver si se lograba la proporcionalidad de las particiones, resultando igualmente infringido el art. 1.124 desde el momento en que, incumplidas sus obligaciones por Doña Catalina, y así lo reconoce la Sala que la condena, pudo optar Doña Josefa por la rescisión, cual lo hizo, y aún hubiera podido optar todavía en el arbitrario supuesto de haber preferido antes el cumplimiento.

Visto siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Higuera:

Considerando que la escritura de 28 de diciembre de 1909, número 188 del protocolo, otorgada por Doña Josefa Elortegui, y su hija Doña Catalina Barbier, ante Notario público y dos testigos, tiene de una parte el carácter de institución hereditaria de D. Marcos Barbier, hecha por la primera a favor de la segunda en virtud el poder testatorio que mutuamente se habían otorgado los cónyuges en el acto de última voluntad, con arreglo a la ley 3.º, título 21, del Fuero de Vizcaya, y de otra parte, es una partición de bienes porque en ella se verifica la división y adjudicación del caudal relicto, sin que a este doble carácter obste el que a la escritura se la denomine de donación, porque los contratos deben calificarse según su naturaleza jurídica y no con arreglo a los nombres que más o menos acertadamente les hayan querido dar las partes:

Considerando que la institución de heredero se hizo por modo auténtico y con arreglo al poder testatorio que autoriza también para emplear la forma de donación que ésta había de producir sus efectos en vida del comisario y no existe precepto alguno en el Fuero de Vizcaya, ni en la legislación común, que expresamente exija, para la validez de esta institución por el comisario en acto intervivos, que éste reúna las solemnidades externas del testamento, y en todo caso, siendo como es la institución irrevocable, carecía de acción Doña Josefa Elortegui para pedir la nulidad, porque es principio de derecho sancionado por la jurisprudencia de este Tribunal que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos cuando éstos creen, modifiquen o extingan algún derecho, por cuyas razones no deben prosperar los tres primeros motivos de este recurso:

Considerando, en cuanto al contenido de la escritura, que tiene el carácter de partición, que si bien la Doña Josefa puede ejercitar las acciones de nulidad y rescisoria fundándose en haber mediado error en el consentimiento prestado, no existir causa de la obligación y haberse extendido la partición a una herencia futura, procede desestimar esta impugnación, en primer término, porque no procedió con error de hecho, sino de derecho, al entender que legalmente correspondía a su marido todo lo adjudicado a su heredera; en segundo, porque la causa la determina la división y adjudicación, respectivamente, de los bienes, de la herencia, como se reconoce en la escritura número 188, citada, y en tercero, porque en esta escritura no se dispuso ni pactó nada sobre la herencia futura de Doña Josefa, que quedó en libertad de disponer libremente de los

bienes que se le adjudicaron de todo lo cual se deduce la improcedencia de los motivos 4.º, 5.º y 6.º del recurso.

Considerando que prescribiendo las acciones de rescisión y nulidad de los contratos y particiones a los cuatro años y declarando la Sala sentenciadora que han transcurrido con exceso desde el otorgamiento de la escritura referida, a la que se interpuso la demanda, y no teniendo los documentos citados en los motivos 11 y 12 eficacia bastante para demostrar que la Sala incurriese en evidente equivocación al no estimar la interrupción de la prescripción, resulta, como lógica consecuencia, que no se han infringido los artículos 1.074 y 1.076 del Código civil, relativos a la rescisión de las particiones, ni los 1.801 y 1.802 del mismo, referentes al ejercicio y duración de la acción de nulidad:

Considerando que la Sala sentenciadora, apreciando la prueba testifical conjuntamente con la confesión de la demandada, estima que la obligación de abonar 10.000 pesetas a su hermana Doña Telesfora está pendiente de la entrega del dinero depositado en la Casa Achabal, de Bilbao, y esta afirmación que se discute en el 8.º motivo de casación, atribuyendo a la Sala error evidente de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, por entender el recurrente que se trata de una obligación pura, no puede ser estimada, tanto porque no existe acto o documento auténtico que patentice el error, cuanto porque la apreciación de la testifical es de la exclusiva competencia de la Sala y claro es que tratándose de la efectividad de una obligación condicionada, la resolución de la condición suspende su cumplimiento hasta que se realice el hecho de que dependa, por lo que tampoco es de estimar el motivo 9.º.

Considerando que reconociendo la parte recurrente en el motivo 10 de casación que la demandante venía obligada a sufragar los gastos de alimentación y vestido a cambio del usufructo que Doña Catalina le cedió, no existe el error de derecho que se le atribuye al absolver a la demandada de la obligación de devolver las 2.500 pesetas que le reclama por alimentos, esto aparte de que el error de derecho, para ser estimado, exige que se cite concretamente la ley referente a la prueba que se haya violado en la sentencia, lo que no ha ocurrido en el presente caso, siendo ocioso ocuparse del motivo 12, por haber sido retirado por la representación de la recurrente en el acto de la vista;

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Josefa Elortegui Mardaraz, a la que condenamos al pago de las costas; y líbrese a la Audiencia territorial de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que remitió.

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, mandamos y firmamos.= Eduardo Ruiz García Hita.= Antonio Gullón.= El Conde de Lerena.= Manuel del Valle.= Álvaro Pareja.= Pedro Higuera.= Jacinto Jaráiz.

Publicación.= Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Pedro Higuera, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, en el día de hoy, ante mí, de que certifico como Secretario de la misma.

Madrid, 28 de febrero de 1920.= Juan de Leyva.