

STS de 30 de abril de 1957

En la villa de Madrid, a 30 de abril de 1957, en el juicio declarativo de mayor cuantía seguido en el Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao, y en la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, por don Carlos Gregorio Imaz San Cristóbal, empleado y vecino de Bilbao, contra don Luis, don Adolfo, doña Blanca y don Arturo Imaz San Cristóbal, los varones empleados y doña Blanca sin profesión especial, casada y asistida de su esposo don Ramón Maguregui y Goicoechea y contra don Javier Imaz Garay, menor de edad y representado por su madre doña Rosario Garay Vidaurrezaga, todos ellos vecinos de Guecho, excepto don Arturo, que lo es de Santurce, sobre caducidad de poder testatorio y otros extremos, pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la demandada doña Blanca Imaz San Cristóbal, representada por el Procurador don Antonio Zorrilla Odavilla y defendida por el Letrado don Julián de Arrien; habiendo comparecido el demandante y recurrido don Carlos Gregorio Imaz, bajo la representación del Procurador don Juan Corujo López-Villamil, con dirección del Letrado don Joaquín Díaz.

Resultando que la representación de don Carlos Gregorio Imaz San Cristóbal, formuló demanda por medio de su escrito de 17 de abril de 1951, presentado el día 21 del mismo mes y año y que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número tres, de Bilbao, contra don Luis, don Adolfo, doña Blanca, ésta asistida de su esposo don Ramón Maguregui y Goicoechea y don Arturo Imaz San Cristóbal y contra don Javier Imaz Garay, menor de edad, y representado por su madre doña Rosario Garay Vidaurrezaga, sobre caducidad de poder, testatorio y otros extremos; alegando concretamente como hechos:

Primero.- Que don Casimiro Imaz y Galaza, padre que fue de su representada, contrajo matrimonio en Castro Urdiales (Santander) el día 30 de noviembre de 1901, domiciliándose después en Algorta anteiglesia de Guecho (Vizcaya) donde residieron sin interrupción hasta el día de su respectivo fallecimiento.

Segundo.- Que dichos cónyuges no otorgaron capitulaciones matrimoniales, y para evitar las consecuencias de una muerte intestada, resolvieron acogerse al Fuero de Vizcaya, como vecinos que eran a la sazón de la tierra llana e infanzonado vizcaíno, y, a tal efecto, el día 28 de julio de 1931, se confirieron mutua y recíprocamente el más amplio poder testatorio a medio de escritura pública otorgada en Algorta (barrio de Guecho), en cuya virtud el cónyuge supérstite queda facultado plenamente para poder disponer de los bienes del premuerto en la forma que tuviera por conveniente, sin limitación ninguna de tiempo, pues en el mismo constaba que el comisario podría hacer uso de sus facultades aun fuera del término legal que expresamente prorrogaban por tiempo indefinido.

Tercero.- Que el don Casimiro Imaz Galarza falleció en Guecho, en 31 de agosto de 1931, en estado de casado en únicas nupcias con doña María San Cristóbal Zaballa, de cuyo matrimonio dejó seis hijos llamados Carlos Gregorio (el demandante), Luis Francisco, Adolfo, Julián Blanca y Aruto Imaz San Cristóbal, de los cuales eran mayores de edad los tres primeros y menores los otros tres.

Cuarto.- Que el último los hijos, o sea Arturo, alcanzó la mayoría de edad el 12 de febrero de 1937, fecha en que por haber cumplido veintitrés años dejó de estar sometido a la potestad de su madre viuda doña María San Cristóbal.

Quinto.- Que el otro hijo Julián sufrió un accidente en acto de servicio, a consecuencia del cual falleció en Castellón, el 8 de febrero de 1939, a los veintiocho años de edad, en estado de casado con doña Rosario Garay Vidaurrázaga dejando un hijo llamado Javier Imaz Garay, actualmente menor de edad.

Sexto.- Que doña María San Cristóbal ni hizo uso del poder testatorio aludido hasta el 16 de agosto de 1946, en cuyo día otorgó testamento como comisada del finado consorte, ante el Notario de Portugalete legando a su hija doña Blanca Imaz la mitad indivisa perteneciente a la herencia de su esposo don Casimiro Imaz, en los siguientes bienes: casa denominada de Imaz, radicante en la anteiglesia de Guecho, barrio de Algorta, señalada con el número 22, de la calle del Capitán Murga, con el terreno que ha rodeado de todas las ropas, enseres y mobiliario que constituían el ajuar y se hallaban dentro de la casa y del panteón que les pertenecía en el cementerio, si bien le imponía la condición de que en él recibieran sepultura los hijos y nietos de la testadora (cláusula segunda). En el remanente de todos los demás bienes, derechos y acciones de la herencia de su finado esposo, instituyó herederos a sus otros cuatro hijos y su nieto Javier Imaz, hijo de su finado hijo de su finado hijo don Julián, por iguales partes, y en defecto de alguno de ellos a su legítima representación, separando y apartando de esta herencia a su hija Blanca con un palmo de tierra una teja y un real de vellón y lo legado anteriormente y ordenando que sus herederos no trajeran colación lo que hubiesen recibido anteriormente de la herencia de su padre (cláusula tercera). Nombró albaceas testamentarios con el carácter de contadores partidores y comisarios solidariamente, a don Antonio Inchausti Saitúa y a don Deogracias Inchausti Saitúa, con las facultades que se expresaban, prorrogándoles el plazo del albaceazgo por un año a contar del fallecimiento de la testadora (cláusula cuarta).

Séptimo.- Que la referida comisada murió en su domicilio en Algorta (Guecho) el día 3 de mayo de 1950, en el mismo estado de viuda del aludido don Casimiro Imaz Galaza, sobreviviéndole los cinco hijos y el nieto antes nombres, en cuyo favor había dispuesto de la herencia del comitente, como se había dicho.

Octavo.- Que mediante escritura pública otorgada en Las Arenas, el día 5 de agosto del indicado año, ante el Notario de Guecho don Antonio Inchausti Saitúa, como contador, partidador solitario de la comisada, practicó las operaciones divisorias del caudal relicto al fallecimiento de don Casimiro Imaz Galarza y. en su virtud, hizo aquél

adjudicación y entrega a la legataria doña Blanca Imaz San Cristóbal del caudal íntegro partible de que no había dispuesto anteriormente la testadora, el cual estaba integrado por los siguientes bienes: Primero. La mitad indivisa del edificio chalet denominado casa Imaz, señalado hoy al número 22 de la calle de Capitán Murga, en la anteiglesia de Guecho, barrio de Algorta, con la distribución y cabida que se detallaban, así como sus linderos valorada dicha mitad en la suma de 18.750 pesetas. Segundo. La mitad indivisa del panteón familiar del cementerio de Guecho, valorado en 500 pesetas. Tercero. La mitad de las ropas, enseres y mobiliario que constituían el ajuar de la casa del finado, valorado en 500 pesetas. Que el mismo albacea contador partidador adjudicó en la propia escritura nominalmente a los herederos don Carlos, don Luis, don Adolfo y don Arturo Imaz San Cristóbal y a Javier Imaz San Cristóbal por quintas e iguales partes, cualesquiera otros bienes que pudieran aparecer en lo sucesivo como de la pertenencia del causante don Casimiro Imaz, quedando así terminada su testamentaria.

Noveno.- Que su representado en modo alguno había dado su aprobación al testamento que otorgó su fallecida madre como comisada de su finado esposo y padre del demandante, ni prestado tampoco consentimiento a la partición del caudal hereditario de dicho causante, cuyos actos consideraba inválidos y sin trascendencia legal ninguna. Y que habían sido inútiles las gestiones realizadas cerca de doña Blanca para que se aviniese a hacer la partición conforme a las disposiciones que regulaban la sucesión legítima, y el mismo resultado había dado el acto de conciliación celebrado antes de iniciar este pleito. Que en jurisdicción de lo expuesto se unían diecisiete documentos que se relacionaban y que correspondían a los hechos expuestos, significando que en período de prueba se unirían copias fehacientes de poder testatorio y del testamento abierto otorgado por la viuda como comisaria de su esposo.

Décimo.- Que a los efectos arancelarios hacía constar que el valor de la demanda era el de 50.000 pesetas. Alegó los fundamentos de derecho que estimó aplicables y terminó con la súplica de que se dictara sentencia declarando: Primero. Caducado y carente de todo valor y efecto legal con posterioridad al 13 de febrero de 1988 y, por tanto, a partir del día siguiente el poder testatorio a comisario conferido por don Casimiro Imaz Galarza a su mujer doña María San Cristóbal Zaballa en escritura pública otorgada ante el Notario de la anteiglesia de Guecho el 28 de julio de 1931 y que en aquel momento había transcurrido el año y día de haber llegado a la mayor edad el menor de los hijos de dicho matrimonio don Arturo Imaz San Cristóbal. Segundo. Nulo y carente de todo valor y efecto el testamento abierto otorgado por doña María San Cristóbal Zaballa, como comisaria de su finado esposo por Casimiro Imaz Galarza, con fecha 16 de agosto de 1946, ante el Notario de la villa de Portugaleta, en cuya virtud la testadora comisaria legó a su hija los bienes relacionados en el hecho sexto de la demanda. Tercero. Nula y asimismo carente de todo valor y efecto jurídico legal, la partición del caudal hereditario dejado a su fallecimiento por el causante don Casimiro Imaz Galarza, practicada por el albacea contador partidador don Antonio Inchausti Saitúa, designado por la viuda y comisada en su relacionado testamento, en la escritura autorizada en Las Arenas, por el Notario de la anteiglesia de Guecho, el 5 de agosto de

1950 y en virtud de la cual fueron adjudicados todos los bienes inventariados en aquella testamentaria a la hija y legataria doña Blanca Imaz San Cristóbal. Cuarto. Nulas y sin valor legal ni efecto alguno la inscripción o inscripciones que hubieran podido practicarse en el Registro de la Propiedad de Bilbao de los bienes inmuebles adjudicados a la referida legataria por consecuencia de la partición de la herencia relacionada en el inciso anterior. Quinto. Que, en su consecuencia, procedía abrir la sucesión legítima del causante don Casimiro Imaz Galarza, con objeto de que los bienes recayentes en su herencia, fuesen distribuidos por quintas e iguales partes entre los cinco hijos y herederos de aquél, don Carlos, don Luis, don Adolfo, doña Blanca y don Arturo Imaz San Cristóbal, con exclusión del nieto don Javier Imaz Garay, a cuyo efecto la legataria doña Blanca Imaz San Cristóbal debería reintegrar a la masa hereditaria los bienes que le fueron adjudicados en pago de legado dispuesto por la comisaria en su totalidad descritos en el hecho octavo de la demanda, por ser los únicos conocidos como de la pertenencia del causante don Casimiro Imaz Galarza. Sexto. Condenar a los demandados don Luis, don Adolfo, doña Blanca y don Arturo Imaz San Cristóbal y a don Javier Imaz Garay, a estar y pasar por las precedentes declaraciones en cuanto respectivamente le afectase y al pago de las costas a quién de ellos se opusiere a esta pretensión. Por un otrosí interesó la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad.

Resultando que con el anterior escrito de demanda se presentaron los documentos aludidos en los hechos, entre los cuales se hallan, señalado con el número 13, copia del poder testatorio otorgado por los cónyuges don Casimiro Imaz Galarza y doña María San Cristóbal y Zaballa, ante el Notario de Algorta (Guecho) el 28 de julio de 1931 y señalado con el número 14, copia simple del testamento abierto otorgado por doña María San Cristóbal Zaballa el 16 de agosto de 1946, ante el Notario de Portugalete, en cuyos documentos se consignan los datos que aparecen de los hechos de la demanda referida.

Resultando que admitida la demanda y emplazados los demandados, comparecieron los mismos en forma en los autos bajo la misma representación y defensa, por medio de su escrito de 15 de junio de 1941, contestaron el escrito inicial, haciendo constar en síntesis como hechos:

Primero.- Que estaban de acuerdo con todos los de la demanda en cuanto se limitaban a la relación de los que servían de base al pleito, ya que aparecían documentalmete acreditados pero se rechazaba por inexacta la afirmación del hecho noveno sobre que el actor no hubiese aprobado el testamento que otorgó su finada madre como comisaria de su esposo, pues por el contrario lo cierto era que, en una reunión familiar celebrada en la Casa Imaz, en el mes de julio de 1950, se dio por todos ellos, e incluso el actor, la plena aprobación a las disposiciones testamentarias citadas o incluso don Carlos Imaz, solicitó de los reunidos que le permitieron disponer del testamento de su madre para consultar con su Abogado la manera más fácil y económica posible para llevar a efecto tal disposición testamentaria; como tampoco podría negar

dicho señor que todos, de acuerdo, convinieron en vender sus participaciones en la finca Imaz a doña Blanca, a cuyo fin se valoró el inmueble en 550.000 pesetas. Que más tarde él, don Carlos, varió de opinión, y al ser llamado como todos los herederos por el albacea testamentario a la Notaria para examinar las operaciones divisorias de la herencia y dar su aprobación, no se personó en dicha Notaria y fue el único heredero que no aprobó las citadas operaciones, designando a fines de prueba el protocolo correspondiente.

Segundo.- Que el demandante no solamente mantenía su proceder díscolo frente a las disposiciones testamentarias de su madre, las cuales por ser de ella le debían merecer respeto, sino que por otra parte se negaba a satisfacer la parte proporcional de los gastos comunes correspondientes a la Casa Imaz, que, en proindivisión con sus hermanos le pertenecía. Y así, su hermana doña Blanca tuvo que sufragar los gastos de contribución territorial de los trimestres tercero y cuarto de 1950 y primero y segundo del corriente año de 1951 (documentos 1 al 4) por un importe total de 528,90 pesetas, las facturas de consumo de agua de los meses de noviembre y diciembre de 1950 y enero a abril de 1951 (documentos 5 al 10) por un total de 33 pesetas, las facturas del Ayuntamiento por el alcantarillado, por pesetas 45 (documentos 11 y 12), las facturas del propio Ayuntamiento por la recogida de basuras, por pesetas 42 (documento 13) el Seguro de Incendios por pesetas 132, 15 pesetas (documento 14), de la Cámara de la Propiedad Urbana de Guecho por pesetas 60 (documentos 15 y 16), los recibos girados por Iberduero (documentos 17 y 18) por pesetas 10,90 y la factura del industrial de Algorta don Ambrosio Igual (documento 19); por trabajos de pintura, por pesetas 365, de todos cuyos gastos y de otros que no se reclamaban pero que se haría oportunamente, correspondía abonar al demandante su parte con arreglo a su participación en la propiedad de la casa; y como a pesar de ser mínimos estos gastos y la parte a él correspondiente se negaba a satisfacerlos, se veía esta parte en la necesidad de formular la correspondiente reconvencción en el suplico de este escrito. Que igualmente por doña Blanca Imaz San Cristóbal había satisfecho al industrial don Luis Mugancelaya, de Guecho, el importe de la lápida de mármol blanca para la tumba de su finada madre, por un importe de 161 pesetas (documento 20) y cuya parte proporcional se negaba a pagar el demandante don Carlos Imaz San Cristóbal, por lo que también se formulaba la oportuna reconvencción.

Tercero.- Que la obstinación del actor no se limitaba a la negativa del pago de lo expresado, sino que también se proveía de géneros en el establecimiento de ultramarinos de su hermano don Adolfo Imaz, negándose a pagar la factura correspondiente, que ascendía en la actualidad a la suma de 3.722,35 pesetas (documento número 21). Y por ello, en ejercicio de un legítimo derecho que asistía al también demandado, su representado, don Adolfo Imaz San Cristóbal de exigir a su hermano el demandante don Carlos Imaz San Cristóbal el pago de esta cantidad, se formularía en el lugar correspondiente la petición reconvenccional. Invocó en derecho los fundamentos legales que estimó pertinentes y terminó con la súplica de que se dictara sentencia declarando: a) No haber lugar a admitir la demanda y en consecuencia

desestimada, por ser totalmente lícito y por tanto válido y eficaz el ejercicio por doña María San Cristóbal Zaballa en escritura otorgada ante el Notario de Portugalete el 16 de agosto de 1946, del poder testatorio que le fue conferido por su esposo don Casimiro Imaz Galarza, y siendo también por ello válido y eficaz la escritura de división de los bienes de la herencia otorgada por el albacea el 5 de agosto de 1950 ante el Notario de Guecho y la inscripción o inscripciones que como consecuencia de dicha escritura se hubieran causado en el Registro de la Propiedad de Bilbao. b) Que en el improbable supuesto de que el Juzgado estimara como caducado y, por tanto, nulo e ineficaz el poder testatorio aludido en el transcurso del plazo señalado en el fuero de Vizcaya, que la sucesión intestada del causante del causante habría de diferirse por los preceptos del Código Civil y no por los del Fuero de Vizcaya. c) Que el demandante don Carlos Imaz San Cristóbal estaba obligado a reembolsar a su hermana doña Blanca el importe por ésta satisfecho de la parte correspondiente a dicho demandante en los gastos comunes de la Casa Imaz y en la lápida colocada en la tumba de su madre doña María San Cristóbal estaba obligado a abonar a su hermano, el demandado don Arturo, la suma de 3.722,35 pesetas, como importe de los géneros comprados en el establecimiento de ultramarinos de la propiedad del referido demandado y condenando al referido demandante don Carlos Imaz San Cristóbal: A) A estar y pasar por las anteriores declaraciones y a cumplir y ejecutar cuanto en ellas se comprendiera. Y B) Al pago de las costas de este juicio.

Resultando que con el anterior escrito de demanda se presentaron los 21 documentos aludidos en los hechos, o sea, las facturas y recibos objeto de la reconvención.

Resultando que conferido traslado para réplica, la representación del demandante lo evacuó insistiendo en los hechos y fundamentos de derecho de su demanda y contestando sucintamente a los hechos de la reconvención expuso: Que era incierto que doña Blanca Imaz hubiese jamás pretendido de su hermano don Carlos Gregorio que éste le pagase cantidad alguna ni por ningún concepto de los gastos comunes de la casa Imaz, y no por amor a su hermano precisamente, sino porque este último tenía a su favor créditos de valor muy superiores a los que se reclamaban derivados de la propia copropiedad, así como también de la herencia de la madre de ambos, contra la intitulada acreedora. Que para refrescar la memoria de ésta se hacía constar que al fallecer doña María San Cristóbal había en la cuenta corriente de la difunta en un Banco que se cita un saldo a favor de pesetas 3.771, suma que extrajo de la cuenta con un talón firmado por la titular, antes de su muerte, las cuales se quedó doña Blanca para gastos urgentes de la testamentaria. El hecho de que este metálico no figurase en el inventario de los bienes era la prueba de que la hija dispuso que tal efectivo; limitándose por ahora a señalar los archivos del Banco a fines de prueba. Que por ello doña Blanca es deudora a su representado de la quinta parte del citado caudal, o sea, de 674,21 pesetas que doña Blanca se había olvidado también de incluir en la cuenta la renta correspondiente a los meses de mayo a septiembre de 1950 por el disfrute pleno y exclusivo de la totalidad del chalet llamado casa Imaz, en el que doña Blanca residió guapamente esos cinco

meses, hasta que determinó mudarse a una casa de su esposo y los productos obtenidos por tal condueña con la explotación de la huerta de la casa, de los cuales don Carlos Imaz no había participado. Que atendiendo al valor en venta del chalet se estimaba su renta mensual de 1.500 pesetas, y, por tanto, los alquileres citados ascendían a la suma de 7.500 pesetas, a las que había que añadir otras 2.000 pesetas más por los frutos de la huerta en el pasado año y en el corriente, de suerte que ambos descubiertos alcanzaban la total suma de 9.500 pesetas, y de esta suma correspondía percibir a su representado. sin perjuicio de la sentencia que se dictase, una décima parte como heredero que era de su madre, o sea, 950 pesetas, a cuyo cobro no había renunciado tampoco su representado. Que las tres partidas sumadas importaban 1.624,21 pesetas, y como quiera que el haber de doña Blanca Imaz era el señalado de 167 pesetas, era neto que todavía estaba debiendo a su hermano don Carlos las restantes 1.467,21 pesetas, cuya suma se veía precisado a reclamar a la misma en este trámite por vía de ampliación de demanda. Que era una frescura que para hacer el juego a doña Blanca, y de paso soslayar la cuestión de derecho actual, don Adolfo Imaz estimase lógico y natural y como el caso no mereciera réplica se limitaba a negar que su mandante presentara una cuenta de artículos alimenticios de naturaleza desconocida hubiese recibido los géneros que se decían, ni que adeudase nada a su hermano por tales conceptos. Por último, esta parte terminó suplicando se dictara sentencia en los términos contenidos en la demanda y teniendo por ampliadas las peticiones contenidas en la misma, se condenase además a doña Blanca Imaz San Cristóbal a que pagase a su mandante la cantidad de 1.457,05 pesetas, o, en su defecto, la que resultase de la prueba que se practicaría; desestimando la reconvencción y absolviendo de la misma a su representado, con imposición de costas a los demandados. La representación de los demandados, al evacuar el traslado de dúplica que les fue conferido reprodujo íntegramente su contestación y en torno a la ampliación de los hechos de la demanda, expuso: Que no causaba asombro a sus mandantes el desparpajo del actor pidiendo cuentas de la cantidad de 3.371,05 pesetas extraídas de la cuenta corriente de doña María San Cristóbal y pretender el cobro de cantidades en conceptos de rentas del chalet, ya sus hermanos, pues a todos les tenía acostumbrados; pero bueno sería decir a don Carlos, que fue precisamente quien cobró del Banco la suma citada, luego él mismo era quien debía dar cuenta de ella a sus hermanos; y en cuanto a la pretensión de que doña Blanca pagase rentas, era tan absurdo que no merecía la pena rebatirla. Y, por último, que negaba todas las demás afirmaciones de contrario. Reprodujo los fundamentos legales aducidos en su contestación a la demanda y suplicó sentencia por la que se estimasen las pretensiones de su mentado escrito de contestación y desestimando, asimismo, las pretensiones deducidas de contrario en su escrito de réplica, en orden al pago al demandante de las cantidades que expresaba con todo lo demás procedente.

Resultando que recibido el pleito a prueba, se practicó, a instancia de la parte demandante, la confesión judicial; la documental, consistente en la documental aportada con la demanda y réplica; y la reclamada en período probatorio y la pericial; y por la

representación de los demandados la documental presentada, la confesión en juicio del demandante y la testifical.

Resultando que unidas a los autos las pruebas practicadas y seguido el pleito por sus restantes trámites, en 29 de marzo de 1952, el Juez de Primera Instancia número 3 de Bilbao dictó sentencia por la que, y estimando en parte la demanda formulada por don Carlos Imaz San Cristóbal contra don Luis, don Adolfo, doña Blanca –representada por su esposo don Ramón Maguregui– y don Arturo Imaz San Cristóbal y contra don Javier Imaz Garay, representado por su madre doña Rosario Garay Vidaurrezaga. declaró nulo y carente de todo valor el testamento abierto otorgado por doña María San Cristóbal Zaballa como comisaria de su difunto marido don Casimiro Imaz Galarza, con fecha 16 de agosto de 1946, ante el Notario de Portugalete, don Manuel Lugarreta, y en el que legaba a su hija doña Blanca Imaz San Cristóbal la mitad indivisa perteneciente a dicho poderdante en la casa denominada Imaz, inscrita ésta en el Registro de la Propiedad de Bilbao, al tomo 762, libro 81, de Guecho, folio 124, finca 2.685; y que, en su consecuencia, procedía abrir la sucesión legítima del causante don Casimiro Imaz para la división del haber hereditario, entre sus hijos y herederos don Carlos, don Luis, don Adolfo, doña Blanca, don Arturo Imaz San Cristóbal, su nieto don Javier Imaz Gara, en su representación de su fallecido padre de Julio Imaz San Cristóbal, por sextas e iguales partes; declarando asimismo no haber lugar a la reconvención, sin hacer expresa condena de costas a ninguna de las partes.

Resultando que la representación de la parte demandante acudió al Juzgado solicitando la aclaración de la anterior sentencia sobre el extremo de que, declarándose que el poder testatorio otorgado por don Casimiro Imaz Galarza a su esposa doña María San Cristóbal Zaballa, había perdido su eficacia al momento de utilizarlo, sin embargo de lo cual no se hacía pronunciamiento alguno en el fallo que se refiriese a tal extremo, que constituía el primer punto de la demanda que además se omitía la declaración sobre la nulidad de la partición del caudal dejado por don Casimiro Imaz; dictándose por el propio Juzgado número 3 de Bilbao, su auto de 3 de abril del propio año 1952, en el sentido de aclarar la sentencia citada de 29 de marzo anterior, declarando también nula la partición del caudal dejado a su fallecimiento por don Casimiro Imaz Galarza, practica por el albacea contador-partidor don Antonio Inchausti Saitúa, en escritura autorizada en Las Arenas por el Notario de la anteiglesia de Guecho, don Ignacio María de Berestiain, el día 5 de agosto de 1950.

Resultando que apelada dicha sentencia por la representación de los demandados, se remitieron los autos originales a la Audiencia Territorial de Burgos, ante la cual comparecieron la representación de doña Blanca, don Luis, don Adolfo y don Arturo Imaz San Cristóbal, no verificándolo doña Rosario Garay en representación de su hijo menor don Javier Imaz; pero si la parte demandante y apelada.

Resultando que seguida la alzada con arreglo a derecho en 21 de septiembre de 1953, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia

confirmando en todas sus partes la apelada y el auto que la aclaraba, sin hacer condena de costas a ninguna de las partes en ambas instancias.

Resultando que previa consignación de depósito de 3.000 pesetas, el Procurador don Antonio Zorrilla Ondovilla, a nombre de la demandada doña Blanca Imaz San Cristóbal, asistida la misma de su esposo don Ramón Maguregui Igoicoechea, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley como comprendido en los números primero, segundo y tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando sustancialmente en su apoyo los siguientes motivos:

Primer motivo.- Comprendido en el número segundo del referido artículo 1.692 de la Ley, por no ser congruente la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes; así como en el tercero del mencionado artículo de la referida Ley, dado que no contiene declaración sobre alguno de aquellos pedimentos, pretensiones oportunamente deducidas en el pleito. Esto supone, a juicio del recurrente, la infracción del artículo 359 de la Ley Adjetiva Civil. Alude el recurso a los antecedentes del recurso, de los que deduce que la sentencia recurrida, que acepta íntegramente la del Juez de Instancia, no declara en ninguno de los términos de su fallo de nulidad y carencia de valor por caducidad del poder testatorio conferido por don Casimiro Imaz Galarza a su esposa doña María San Cristóbal. Esta falta dejando de decidir extremos tan fundamentales en el litigio es grande, puesto que deja de resolver un punto básico y esencial dentro del objeto y finalidad del mismo. No hay que esforzarse mucho para que resalte la condición de hecho esencial relativa al poder testatorio de referencia. El testamento por comisario, una de las cosas aceptadas por la legislación común o general por el Código Civil, no puede, al ser abordada como en el presente caso, trataría en los términos de una resolución en las razones que se pongan para ser considerada dentro de la obligada lógica jurídica como una tesis subalterna y como simple punto de referencia para determinar posiciones de propia virtualidad y efectos inatacables de principios que tocan la evidencia. Esto no puede ser así en la lógica con la que obligadamente hemos de discurrir en el caso que se estudia con lo que quiere decir que la sentencia recurrida olvida y deja sin decidir el punto básico sobre nulidad del poder testatorio conferido por el testador a su esposa. Y al pedirse aclaración acerca del silencio tan importante en relación con lo pedido en la demanda, se dijo como aclaración que al resolverse en aquella sentencia la nulidad del testamento otorgado en el ejercicio de aquel poder, se sobreentendía la relativa al "poder comisario", que por causa de aquel empleo y de su consecuencia, habría de estimarse inválido al serlo aquél y todos los efectos derivados del mismo. El Juzgado, cuyos términos todos acepta la Audiencia, añade que para lograr la previsión y claridad deseadas en el texto de toda resolución como ésta de que se recurre, se cortan aspectos y consideraciones como los que requería, dentro del cuerpo de la sentencia, el examen del poder testatorio. Por esto no es admisible. La claridad, la concisión y la precisión, son circunstancias y cualidades que, dentro de un mismo texto, cambian la presentación de lo que sea su objeto o sustancia. Pero no la descartan ni eliminan. Y esto es lo que ha sucedido aquí. No se trata de que el Juzgado ni la Audiencia hayan buscado y

conseguido en la redacción de sus sentencias guardando silencio sobre la validez del poder testatorio y proclamado la validez del testamento y de las consiguientes operaciones particulares. Son cosas además relacionadas, pero diferentes. Una cosa es el poder testador y otra el testamento otorgado con el ejercicio de aquél y las operaciones particionales realizadas como efecto último. Toda la precisión y claridad relativa al testamento y a estas operaciones pueden ser alcanzadas sin tocar para nada el poder testatorio. Y viceversa. Pero si se deja de declarar lo que procede sobre el poder testatorio, causa de un testamento, se habrá conseguido oscurecer la cuestión, lejos de aclararla, sea cual fuere el intento de precisar los conceptos y de simplificar el texto que los comprende. b) Por eso se pidió la aclaración de la sentencia, porque produjo los efectos contrarios a lo que se dice por el Juzgado; pero, a pesar de ello, no se ha incluido en el fallo de una ni otra instancia la aclaración de nulidad del poder testatorio. A pesar de que sus razones agravan la importancia de la omisión, porque declarar que al pronunciarse sobre los efectos –testamento y operaciones particionales– no había por qué hacer lo mismo sobre el poder testatorio, porque era su causa sacrificar lo más importante a lo que es menos y equivale tanto como a decir que habiéndose declarado la nulidad de unos asientos del Registro derivados de una escritura pública, no hay necesidad de hacer idéntico pronunciamiento sobre ellas, "porque es la causa de los mismos". Sobre todo, aquí estamos en la necesidad de cumplir la Ley y abandonar las consideraciones que emanan del propio criterio personal, sea cual fuese el valor que tuvieran. Y como el artículo 359 de la Ley ordena decidir todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, de aquí no lo han sido ni aun después de la aclaración solicitada, parece indudable la infracción que se denuncia.

Segundo motivo.- Por añadidura esta aclaración de la que se hace también eco el fallo de la sentencia recurrida, viene a encajar otro motivo de casación, en el primero de los números del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el concepto de violación de su artículo 363. Toda aclaración y toda subsanación de sentencia debe contener aquellos términos y conceptos de tal esclarecimiento. Dado que aquí no se trata de aclarar ni subsanar elementos o piezas de la redacción de la lógica de la resolución dictada; sino de incorporar a su composición aspectos y elementos nuevos de lógica y fundamentación jurídica que no estaban en el original. Y esto no es ni la aclaración ni la subsanación a que se refiere la Ley; porque ésta prohíbe toda aclaración y subsanación a que se refiere la Ley; porque ésta prohíbe toda aclaración y subsanación que modifique y altere los conceptos de la sentencia que, a través de la llevada a cabo en la ocasión de autos, ha quedado alterada en su estructura y en sus consecuencias. En efecto; no cabe dar en ningún orden de cosas un paso más decisivo que el de pasar, respecto de unos instrumentos públicos objeto de una disputa judicial, el aniquilamiento completo de los mismos: a su nulidad o invalidez absolutas. Se dirá que esta razón es inocente y que la subsanación de lo omitido no es otra cosa sino añadir lo olvidado a lo que carece de ello. Pero los términos de la Ley son claros, dado que la subsanación supone una doble operación, que consiste en dar existencia en el cuerpo de la sentencia –en el fallo– a lo que no la tenía y después distribuirlo bajo los efectos de su ineficacia o invalidez. La

obligación será ésta: huelga todo este razonamiento en cuanto al testamento y a las operaciones particionales de que la Audiencia sea pronunciado sobre ambos extremos – aunque innegablemente no sobre el poder testatorio–, pero no es menos cierto que aquélla confirma en todos sus extremos la sentencia de Primera Instancia, lo que supone la incongruencia de aceptar cosas contradictorias –la sentencia originaria y la aclarada– según criterio arriba mentado –por lo menos dos cosas bastante distintas–, lo que coloca el caso dentro del caso cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y quita todo valor a la resolución de la Audiencia.

Tercer motivo.- Otro motivo de casación está constituido por la violación de la ley y del derecho consuetudinario, a la vez que por la interpretación errónea de éste y la doctrina que le es de aplicación en el párrafo segundo del artículo 12 del Código Civil, el artículo 6.º del propio cuerpo legal y la jurisprudencia que los ha consagrado. Alude el recurso al texto del párrafo segundo del artículo 12 del Código Civil y a la doctrina de la sentencia de 9 de abril de 1898 y a la 1.º de abril de 1891, normas y decisiones con las cuales –continúa–, aunque en un aspecto muy inferior, se coordina el párrafo segundo del artículo 6.º del Código Civil, en cuanto a que ante la falta de la Ley al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar. Aunque está claro que al entrar ya a, considerar el derecho consuetudinario de Vizcaya, no se hará de la costumbre del lugar, precisamente dicha, sino de la costumbre de una provincia, que a su fuero de Derecho privado lo llama colección de usos y costumbres, se ha recordado en los hechos o antecedentes del recurso, que don Casimiro Imaz Galarza y su mujer doña María San Cristóbal, se confirieron mutua y recíprocamente poder el 28 de julio de 1931, en cuya virtud el cónyuge supérstite quedaba facultado para disponer plenamente de los bienes del fallecido en la forma que tuviera por conveniente, sin limitación de tiempo y aun fuera del término legal, que expresamente se prorrogó, por tiempo indefinido. Habiendo llegado a la mayoría de edad el menor de los hijos quedados al fallecimiento del poderdante don Casimiro Imaz, llamado don Arturo el 12 de febrero de 1937, y no habiendo, la comisaria de aquél, doña María San Cristóbal, hecho uso de aquel mandato hasta el 16 de agosto de 1946, el actor ataca la nulidad aquel poder testatorio desde el año y día de la mayoría de edad del referido don Arturo. O sea, que la cláusula de prórroga sin límite inserto en aquel poder, con relación a todo plazo y a todo tiempo, no confiere validez al uso del mismo hecho, después del año y día de la mayoría de edad del menor de los hijos del poderdante. Las sentencias, ya se ha dicho, no aluden para nada a este poder testatorio en sus fallos, pero en sus considerandos se ha desarrollado una teoría que, a pesar de la ausencia de pronunciamiento en la parte dispositiva, quiere presentarse como equivalente a su nulidad. A lo que sobre este extremo se ha dicho más arriba, se añade aquellos que vengan a acreditar la vibración del derecho consuetudinario de Vizcaya que constituye tal posición. Lo que proclaman las costumbres en este particular del derecho civil de Vizcaya, está dicho por este Alto Tribunal que constituye el derecho a aplicar en casos como el de autos. Y la realidad y existencia de estas normas consuetudinarias, nadie puede autenticar más que los libros,

cuya existencia está consagrada a su investigación y examen y el protocolo de los notarios, juntamente con la Jurisprudencia.

Cuarto motivo.- Otro motivo, aplicación indebida de la Ley tercera, título 11, del Fuero Civil de Vizcaya, que encaje en el caso primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma que la sentencia recurrida, al aceptar la del Juez de Instancia, hace aplicación indebida de dicha Ley tercera del título 11 del Fuero Civil de Vizcaya, en cuanto estatuye que el poder comisario que autoriza para testar, caduca al año y día de haberse llegado a la mayoría de edad el menor de los sucesores o herederos del causante. Porque en tanto esta Ley se refiere al poder comisario sin prórroga ni ampliación de plazo para su ejercicio, el documento notarial que se examina se refiere a un mandato prorrogado, sin limitación de tiempo para su empleo. Y así como su utilización nace del derecho consuetudinario de una costumbre inmemorial, aquella forma primera constituye el derecho escrito. A continuación copia el recurso frases de una conocida obra del derecho civil de Vizcaya; y después de ello (sigue afirmando) se comprende que según la autoridad máxima en el derecho civil de Vizcaya, la prórroga de plazo señalado por la Ley tercera del título 21 del Fuero, el poder comisario para su ejercicio es norma y práctica consagrada por la costumbre inmemorial; a lo que debe añadirse que el derecho supletorio más idóneo en relación con el fuero de Vizcaya en cuanto contiene el testamento por comisario que se haya desautorizado por el Código Civil, no puede ser éste, sino el derecho civil anterior, las Leyes de Toro a este respecto, siquiera dice aquél, considerado como derecho consuetudinario; Leyes de las que sus mejores comentaristas estiman que permiten al poderdante prorrogar el plazo que al comisario señala la Ley.

Quinto motivo.- Comprendido en el caso primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de esta costumbre inmemorial del derecho consuetudinario de Vizcaya, sobre la prórroga del poder testatorio o poder comisario. Insistiendo en lo dicho en el motivo anterior sostiene el recurrente que no existe modo más positivo de acreditar la existencia de una norma consuetudinaria, que la de los libros de los que han consagrado su vida a la investigación de su realidad vigente, así como en su práctica aplicación, cuando en la zona nacional a que se contrae se les tiene presente para tal efecto. Cuando quien los proclama con sus normas vivas y de constante aplicación les haya revestido de un prestigio unánime que data de muchos años; y este Tribunal Supremo conoce perfectamente la honestidad y el prestigio del jurisconsulto vizcaíno fallecido don Rodrigo Jado Ventades. Todos los demás jurisconsultos conocidos como de esta especialidad, que se citan, forman grupo con el citado respecto del particular que se examina, y confirman la realidad inmemorial de aquella costumbre de la prórroga del poder testatorio. Y si no se toma como abuso de argumentación, se alude también a los protocolos de los Notarios donde existen documentos públicos que han de ser buscados. Y ahí están el poder testatorio –en discusión– otorgado ante el Notario señor Herrán Torriente; el testamento subsiguiente conferido ante el Notario de Portugaleta y las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor y protocolizadas ante el Notario de Las Arenas-Guecho. Hay, pues,

tres Notarios que en ocasiones distintas autorizan bajo su fe tres instrumentos públicos que dan cuerpo a un poder testatorio con prórroga sin limitación de tiempo, para poner en ejercicio a aquel mandato; a un testamento que nace sobre esta prórroga del plazo concreto que establece el Fuero para su empleo cuando no existe esta prórroga y unas operaciones particionales confeccionadas sobre idénticas circunstancias. Con esto bien se puede admitir, sin riesgo, que se está ante una inscripción consuetudinaria, la costumbre inmemorial de la prórroga de aquel plazo para el ejercicio del poder testatorio. Esto nos llevará a la distinción entre los poderes para testar sin prórroga, que es a los que se refiere el texto escrito del Fuero de Vizcaya en la Ley tercera del título 21; y los poderes con prórroga del plazo que es el objeto de este recurso. Ya en el proyecto de apéndice del Código Civil elaborado el año 1900, estableció en su artículo 27 por el testamento por comisario: "El comisario se atenderá para designar heredero y otorgar las demás disposiciones testamentarias, a las facultades que el testador le hubiere conferido, de las cuales no podrá excederse".

Sexto motivo.- Comprendido en el número primero del mismo artículo 1.692 de la Ley por violación del caso octavo del artículo 52 del Reglamento de Derechos Reales. Aunque viene a reformar lo dicho sobre la realidad de la prórroga del poder testatorio como costumbre existente en el derecho consuetudinario de Vizcaya se presenta con separación para que se vea cómo la existencia de aquélla resulta tan cierta que, hasta en las leyes –Reglamento de Derechos Reales–, encuentra repercusión su práctica viva e indiscutible. La sentencia intenta restar importancia a este vigoroso comprobante, por la finalidad fiscal de aquel Reglamento y el carácter especial de las normas de Hacienda, que tienden a cerrar por todos los medios el camino a los defraudadores. Pero esto no debilita, a juicio del recurrente, la realidad de aquella institución consuetudinaria. En manera alguna sería ese texto legal de una práctica no existente, mucho menos si fuera viciosa ni habría de contribuir a su divulgación y conocimiento con innegable daño del interés público; porque sería tanto como promulgar la verdadera contraley, que es exactamente lo que no hace nunca ningún estado. Por eso se hace el Reglamento eco de esta práctica viva de la costumbre, en cuanto regla que para su complemento consiente y acepta la aplicación del Fuero de Vizcaya en la parte escrita y la que por no haber alcanzado esta forma se mantiene en la costumbre viva de las prácticas en los instrumentos notariales.

Séptimo motivo.- Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de la ley en los artículos 1.053 y 1.067 del Código Civil, y 1.092 de la Ley civil rituarial. En efecto, los herederos no tienen la titularidad de los bienes que les fueron adjudicados en las operaciones particionales, a tenor de aquellos preceptos, hasta que sean dueños quieta y pacíficamente de los bienes mencionados y a juicio del recurrente, entretanto, sólo el contador-partidor representa a la masa hereditaria y puede responder en su nombre a cuantas cuestiones se planteen, máxime si es ante los Tribunales, en relación con aquella masa de bienes y en cualquiera de las situaciones en que se pudieran encontrar. Esto es exactamente lo que se hace cuando se tramita ante un Tribunal cualquiera transmisión de bienes por

sucesión hereditaria en la que hubiese habido un contador-partidor. Nada se hace sin él sin oírlo para que exponga sus razones y dictámenes sobre cualquier pretensión que toque a los bienes partidos. Pero aquí no se ha hecho nada de eso. El contador-partidor ha estado ausente, lo que da lugar a que se estimen infringidos 22 de abril de 1955, se dio traslado a las partes, el que evacuaron haciendo las manifestaciones que estimaron oportunas.

Siendo ponente el Magistrado don Manrique Mariscal de Gante y de Gante.

Considerando que sería suficiente para desestimar los motivos primero y segundo de este recurso el hecho de que en contra de lo prevenido en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se fundan; el primero de ellos en los números primero y tercero del artículo 1.692 de dicha Ley y el segundo en los números primero y cuarto del mismo artículo; cuando en el citado 1.720 se dispone para que exista la claridad debida en la impugnación de la sentencia que se combate que si fueren dos o más los fundamentos o motivos del recurso se expresarán en párrafos separados y numerados; estando reiteradamente declarado por este Tribunal Supremo que todos los requisitos de forma señalados en ese artículo son esenciales y su omisión o incumplimiento dan lugar a la inadmisión del recurso o de los motivos en que se haya incurrido en esa falta; pero si prescindiendo de este defecto procesal se entra en el examen de esos dos motivos, de igual modo procede rechazarlos, porque no se ha infringido por el Tribunal de instancia como se sostiene en su contra por la recurrente en el primero de ellos, lo ordenado en el artículo 359 de la Ley de Trámites referente a que en las sentencias deben decidirse todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate, pues como se tiene dicho numerosas veces por esta Sala, entre otras sentencias en las de 13 de febrero y 16 de diciembre de 1941, la congruencia que deben tener los pronunciamientos del fallo con lo solicitado por las partes se cumple siempre que sus declaraciones tengan la eficacia jurídica necesaria para que quedan resueltos en uno u otro sentido todos los pedimentos de los litigantes, lo que se ha verificado en este juicio toda vez que como se razona por el Juez de Primera Instancia en el auto aclaratorio de su sentencia, los pronunciamientos que contienen recogen todos y cada uno de los pedimentos de la parte actora, sin necesidad de que se haga en ellos una declaración expresa de la carencia de valor del poder testatorio conferido por don Casimiro Imaz Galarza a su mujer doña María San Cristóbal Zaballa; y en cuanto a la otra infracción que también se le atribuye en el motivo segundo del artículo 363 de la mencionada Ley que prohíbe variar ni modificar las sentencias después de firmadas, pero sí permite aclarar algún concepto obscuro o suplir cualquier omisión que contenga sobre punto discutido en el juicio basta tener presente, como viene a reconocer en su escrito la propia recurrente, que toda la impugnación que en este motivo hace, se refiere al fallo de la sentencia del Juzgado y a su aclaración que estima se encuentran en oposición; resoluciones que no son ni pueden ser las recurridas al no haber quedado firmes por su apelación, teniendo únicamente ese carácter lo resuelto por la Audiencia, la que además no se ha limitado a confirmar de un modo genérico lo resuelto en Primera Instancia, sino que procediendo debidamente ha

consignado en su fallo con toda claridad los pronunciamientos que en él se hacen entre los que no existe la menor contradicción.

Considerando que establecido en los Fueros, Franquezas y Libertades de Vizcaya, confirmados el 7 de junio de 1.527 por el Rey don Carlos I de España, que en los testamentos por comisario que regulan en la Ley III, Título 21 de este Cuerpo legal "la elección e institución y nombramiento de heredero o herederos, si los hijos o descendientes o profincos o tronqueros del testador fueren al tiempo que el testador fallece de edad de poderse casar, en tal caso tengan los tales comisarios término de año y día para hacer tal institución o instituciones; pero si los tales hijos o sucesores fueren de edad pupilar, los comisarios tengan término para instituir todo el tiempo que tales hijos o sucesores fueren menores de edad, y disposición de se poder casar; o dende un año cumplido y dentro de este término, en cualquier tiempo que ellos quisieren, hagan la tal elección o institución"; el Tribunal de instancia ha estimado aplicando esa Ley que no puede legalmente el testador ampliar esos plazos, llegando como se ha hecho en el testamento de que se trata en este juicio a conceder al comisario para cumplir su mandato todo el tiempo que tuviera por conveniente aun fuera y excediendo el término señalado en el citado artículo y que otorgado el testamento por la comisaria doña María San Cristóbal el 16 de agosto de 1946, cuando el más joven de los herederos había alcanzado la mayoría de edad el 12 de febrero de 1937, transcurrido por lo tanto más de nueve años desde que éste había dejado de ser menor debe declararse como se ha declarado en la sentencia, nulo y carente de todo valor ese testamento.

Considerando que la parte recurrente sosteniendo doctrina contraria impugna en los motivos tercero, cuarto y quinto de este recurso esa resolución alegando que se han infringido en ella por aplicación indebida la mencionada Ley III del Título 21 de los Fueros de Vizcaya, y por su no aplicación lo dispuesto: a) En el párrafo segundo del artículo 12 del Código Civil, en el que se ordena "que en las provincias y territorios en que subsiste Derecho Foral lo conservarán por ahora en toda su integridad sin que sufra alteración su actual régimen jurídico o escrito o consuetudinario, por la publicación de ese Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. b) En el párrafo segundo del artículo 6.º de dicho Código, en el que se establece "que cuando no haya Ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del Derecho"; y c) La doctrina sustentada por este Tribunal Supremo en sus sentencias de 19 de septiembre de 1863.

Considerando que al modificarse la recopilación del llamado Fuero antiguo de Vizcaya vigente desde el año 1452 ya se hizo constar en la Junta celebrada bajo el árbol de Guernica el 5 de abril de 1526 que el mencionado Fuero "fue antiguamente escrito e ordenado en tiempo en que no había tanto sosiego e justicia ni tanta copia de Letrados ni experiencia de causas en el dicho Señorío como el presente, escribiéndose en él cosas que no son necesarias, otras que son superfluas y que no se practican, dejando de consignarse otras que son necesarias para la paz y sosiego de la tierra y buena

administración de justicia, las que se practican por uso y costumbre, siendo muchas veces, difícil y costoso probar esos usos y costumbres y que hacía falta también clasificar las leyes del fuero quitando de ellas lo superfluo y no provechoso ni necesario, e añadiendo y escribiendo en dicho Fuero todo lo que se estaba sin escribir que por uso y costumbre se practica, para que así e reformado dicho Fuero en las leyes de él en todo lo necesario, sobre que el dicho Fuero estuviese escrito, no hay necesidad ninguna de las partes hacer probanza alguna sobre si el dicho Fuero, e las leyes de él son usadas, e guardadas o no, e que las partes sean relevadas de semejantes probanzas e costas"; y en la reunión de 21 de agosto del mismo año de la Junta reformadora del Fuero, ante el corregidor del Señorío de Vizcaya con asistencia de dos escribanos, se presentó ya por los nombrados para la reforma el nuevo Fuero escrito manifestando: que en él quitaron del viejo lo que era superfluo, añadiendo lo que por costumbre tenían y se usaba, como mejor les había parecido; acordándose después de leído con la conformidad de todos, que dicho Fuero estaba bien y conforme con los privilegios y libertades, Fueros y costumbres de Vizcaya, disponiéndose en la Ley 13 del Título séptimo de este Fuero, que los Jueces que han de aplicar sus leyes lo hagan al pie de la letra, en el condado y señorío, sin atenerse a cualquier ley del Fuero, uso, costumbre o ceremonia que anteriormente se haya guardado, si está en contra de lo confirmado entonces en los fueros, teniéndolo por revocado, anulado y sin ningún valor ni efecto, salvo en determinadas demandas que señala y que en modo afectan a lo discutido en este juicio; y ordenándose en la Ley III del Título 36 que ningún Juez que resida en Vizcaya, Corte o Chancillería, ni en el Consejo Real, ni en ningún otro "en los pleitos que entre ellos fueren de entre los vizcaínos, sentencien, determinen ni libren por otras leyes, ni ordenanzas algunas, salvo por las leyes de este Fuero de Vizcaya (lo que por ellas se pueden determinar) y los que por ellas no se pudieren determinar, determinen por las leyes del reino e pragmáticas de su alteza –El Rey–; que las leyes de este Fuero de Vizcaya en la decisión de los pleitos de Vizcaya y Encartaciones siempre se prefieran a todas las otras leyes y pragmáticas del reino y del derecho común y que todo lo que en contrario se sentenciare y determinare o se proveyere, sea en sí ninguno v de ningún valor y efecto".

Considerando que para interpretar debidamente la citada Ley III del Título 21 del Fuero de Vizcaya, no puede olvidarse que en la tierra llana de dicha provincia en que tiene aplicación, las herencias se defieren en virtud del principio de troncalidad, especialmente a lo que se hace la debida referencia en dicha Ley cuando para expresar el principal motivo de la misma se dice textualmente: "que fallecido el que había de testar hagan los tales comisarios el tal testamento e institución o instituciones de herederos; y que puede ser que el tal fallecido haya dejado hijos o descendientes o propincuos que le han de suceder, pupilos y pequeños y de tal edad y condición y calidad que los comisarios no puedan convenientemente elegir ni instituir entre los tales menores, cual es el más idóneo o hábil o suficiente o conveniente a la casa para heredar o regir toda la casa y casería, y a esta causa por facerse las tales elecciones entre niños y tan breve y a veces no sucede bien; por ende que establecían, que el tal

poder y comisión valiese"; haciendo la elección de heredero o herederos el comisario en la forma que antes quede dicha; sin que pueda el testador ampliar los términos señalados en dicha Ley, en cuyo encabezamiento se hace constar que en ella se establecía lo que ya "habían por fuero, uso y costumbre"; Ley que había de ser aplicada al pie de la letra en obediencia a lo ordenado en la también citada Ley XIII del Título 7.º: siendo perfectamente lógico que en casos como éste así se disponga, teniendo presente: que los derechos a la sucesión de una persona por causa de herencias, es norma general se transmitan desde el momento del fallecimiento del que se va a heredar y, por lo tanto, todo retraso en el percibo de la herencia impuesto por el cumplimiento de disposiciones legales, ha de tener una interpretación restrictiva; y que como acertadamente se razona en uno de los considerandos de la sentencia recurrida, si el comisario pudiera realizar durante tiempo indefinido la designación de heredero o herederos que se le había confiado podría haber muchos casos en que falleciera sin haber cumplido su misión y sería forzoso en contra de lo querido por el testador que se abriera su sucesión intestada.

Considerando que respecto al orden de prelación de las fuentes legales que rigen el derecho en la parte de Vizcaya sujeta al Fuero, como ya se ha hecho constar establece la Ley III del Título 36, que sean en primer lugar las leyes de ese Fuero de Vizcaya, y lo que por ellas no se pudiera determinar que se haga por las leyes o pragmáticas del reino, por el derecho común como actualmente se le denomina, sin hacerse en dicho artículo la menor alusión al derecho consuetudinario; pero en el supuesto de que este derecho debiera aplicarse preferentemente después de las leyes del Fuero, no podría prosperar tampoco la pretensión de la parte recurrente, pues siendo un requisito esencial para que una costumbre pueda considerarse como norma jurídica, "que se manifieste una voluntad de ese orden en una colectividad determinada, que igual puede ser la de un lugar, que la de una región o nación a través de los hechos de la propia vida jurídica y principalmente de los usos uniformes duraderos", no está probado en autos que esas circunstancias concurrían en el término indefinido que concedió a doña María San Cristóbal y Zaballa su marido don Casimiro Imaz y Galarza para hacer como comisaria la designación de heredero o herederos de este último; pues el dictamen de un Letrado citado en la contestación de la demanda con ese fin, lejos de justificar que existe unanimidad en la creencia por comisario, lleva a la convicción de lo contrario, al expresarse en él que hay, distintas opiniones sobre esa validez de la prórroga que excede de los términos señalados en la tantas veces citada Ley III del Título 21 del Fuero de Vizcaya, y que él se inclina por dicha validez, por estimar que es la opinión más corriente y que cuenta con más probabilidades de ser cierta, lo que puede justificar su conducta pero que no revela la existencia de una costumbre jurídica y la controversia de las partes acerca de la legislación del reino, que es aplicable como supletoria, si la antigua que regía en Castilla cuando se estableció el Fuero de Vizcaya vigente o el actual Código Civil, está resuelta de una manera clara y terminante por este Tribunal Supremo en sus sentencias de 18 de junio de 1896 en favor del Código Civil; y si se creyera por el contrario que había de atenderse a la legislación castellana anterior, aplicándose por analogía las leyes de Toro, de igual manera habría de desestimar la

validez de la prórroga concedida por el testador, pues lo que se trata de aplicar por analogía, no es lo dispuesto en la Ley XXXIII de Toro, que obedece a motivos distintos de la III del Título 21 de los Fueros de Vizcaya, sino la interpretación dada a dicha Ley en una sentencia de esta Sala de 19 de septiembre de 1863, cuando aún no existía el vigente Código Civil, y regían, por lo tanto, en Castilla entre otras leyes las de Toro, cuya doctrina desde que cesó su vigencia no es aplicable al caso que se discute en este litigio; sin que en el Código Civil vigente pueda encontrar apoyo la pretensión de la recurrente al no admitirse por precepto expreso contenido en su artículo 670 esta clase de testamentos, deduciéndose de todo lo dicho que la Ley III del Título 21 del Fuero de Vizcaya tiene un carácter imperativo, es una norma legal que se impone a la voluntad particular del que, sujeto a esta legislación foral de Vizcaya, trate de hacer el testamento por comisario; sin que por ende pueda ser el tiempo que le conceda el testador para hacerlo distinto de lo autorizado y señalado en la expresada Ley; obligando todo lo expuesto a determinar los motivos de casación tercero, cuarto y quinto de este recurso.

Considerando que no pueden servir de fundamento para un recurso de esta clase las disposiciones de carácter meramente administrativo, como lo es el número ocho del artículo 62 del Reglamento para la aplicación del impuesto de Derechos Reales de 7 de noviembre de 1947, en el que se trata de la forma de satisfacer ese impuesto en las herencias diferidas en virtud del Fuero de Vizcaya, y por esta causa hay que rechazar el motivo sexto; así como el séptimo y último, en el que se alega como infracción de derecho el no haber demandado en este juicio al albacea contador-partidor don Antonio Inchausti y Saitúa, lo que sólo podría impugnarse en un recurso de casación por quebrantamiento de forma al amparo del número segundo del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la violación de los artículos 1.058, 1.067 y 1.902 del Código Civil, sin concretar ni razonar en qué ha consistido esa violación, artículos además, que no guardan relación alguna con las cuestiones discutidas.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos, no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por doña Blanca Díaz y San Cristóbal, a quien condenamos al pago de las costas causadas, y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino que previene la ley; y líbrese a la Audiencia Territorial de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la "Colección Legislativa", lo pronunciamos, mandamos y firmamos.— Saturnino López Peces.— Manrique Mariscal de Gante.— Juan Serada.— Pablo Murga.— Joaquín Domínguez.— Rubricados.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Manrique Mariscal de Gante y de Gante, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo y ponente que ha sido en estos autos, celebrando Audiencia

pública la misma en el día de su fecha, de que como Secretario certifico.– José Molina
Candelerero.– Rubricado.