

STS de 11 de febrero de 1929

En la villa y Corte de Madrid, a 1 de febrero de 1929, en los juicios declarativos de mayor cuantía, acumulados, seguidos ante el Juzgado de primera instancia de Valmaseda, y la Sala de lo Civil de la Audiencia, territorial de Burgos, uno por doña Petra Sagazola Palacio, sin profesión especial, y vecina de aquella villa, contra D. Pedro Ruiz Peña, y por su defunción y la de la que fue también su heredera, doña Matea Ruiz Peña los herederos de ambos D. Enrique y doña Felisa Ruiz Peña, aquél industrial, y ésta sin profesión especial, representada por su marido D. Isidro Sáez Ruiz, vecino aquél de Trespaderne, y éstos de Extramiana. D. Juan Ruiz Cantera, labrador, vecino de Santotis, por sí, y como representante legal de sus hijos menores, Marcos, Ernesto, Elisa, Eduardo y Juan Antonio Ruiz y Ruiz Peña, doña Elvira, doña Eloisa Esperanza y D. Antonio Ruiz y Ruiz Peña, este también en concepto de albacea de doña Matea, en unión del otro testamentario D. Manuel Pedro Villa Amézaga, cuyas profesiones y domicilios no constan, doña Elvira Ruiz y Ruiz Peña, sin profesión y vecina de Gordejuela, el Hospital civil de este pueblo, D. Patricio Elósegui, y Ruiz de Eguiluz, Párroco y representante de la Iglesia de San Juan de Molinar de la misma población, D. Victoriano Sáez Riaño, Notario de Redondela, doña María de los Dolores, doña Filomena, y doña Adelaida Epaiza Lagurburu, sin profesión especial, y vecinos de Orozco, doña Leonor Azcona Yturribarria, sin profesión y vecinas de Villaverde, y doña María Piedad Arana Turríbarria, Marquesa de Unzá del Valle, vecina de Oquendo; y el otro juicio seguido por D. Cirilo, D. Pedro, D. José y D. Serapio Santa Coloma Palacio, el primero labrador, vecino de Gordejuela, el segundo, dependiente, y vecino de Bilbao, y los otros dos agricultores, residentes en Méjico, D. Eugenio Sagazola Palacio, comerciante, domiciliado en Buenos Aires, y doña María Sagazola Ortiz, cuya profesión no consta y de igual domicilio, contra los mismos demandados del otro pleito, a excepción de los cinco últimos, sobre nulidad de un testamento, y subsidiariamente, de una de sus cláusulas; pendiente ante Nos en virtud de los recursos de casación por infracción de ley, interpuestos, uno por el Procurador D. Fidel Pérez Mínguez, bajo la dirección del Letrado D. Felipe Sánchez Román, a nombre de doña Petra Sagazola Palacios, y el otro por el procurador D. Eduardo Morales, bajo la dirección del Letrado don Juan Migoya, en representación de doña Elvira Ruiz; habiendo comparecido ante este Supremo Tribunal D. Victoriano Sáez Riaño, representados por el Procurador D. Eduardo Morales y dirigido por el Letrado D. Juan Migoya, y no los demás litigantes:

Resultando que en el protocolo del Notario de Valmaseda, D. Victoriano Sáez Riaño, obra el testamento del tenor literal siguiente: Número 173. En el barrio de Molinar y Valle de Gordejuela, siendo las ocho de la tarde de hoy, día 2 de Septiembre de 1922, ante mí, D. Victoriano Sáez y Riaño, Abogado y Notario del Colegio de Burgos, con residencia en la villa de Valmaseda, comparece: doña Cayetana Arechavala Palacio, hija de D. Justo y de doña Dolores, mayor de edad, ocupada en las labores propias de su sexo, casada, natural y vecina de Gordejuela, donde el corriente año se ha

expedido cédula personal de onceava clase señala con el número 139. Y hallándose gravemente enferma, pero en el libre uso de sus facultades intelectuales y habla expedita para poder testar, como así aseguramos los testigos y yo, el Notario, los cuales conocemos a la señora testadora, previa invocación de Dios Todopoderoso y protesta de profesar la Religión Católica, Romana, ordena su testamento en la forma siguiente:

Primero.- El entierro, funeral y demás relativo al bien de su alma, lo deja a disposición de su esposo D. Pedro Ruiz Peña, en primer lugar, y en su defecto, a la de su sobrina, a fin doña Elvira Ruiz y Ruiz Peña.

Segundo.- Declara que está casada en único y legítimo matrimonio con D. Pedro Ruiz Peña, del cual no tienen descendencia alguna, que también carece de ascendientes, por lo cual, puede disponer libremente de sus bienes, excepto de los bienes aforados.

Tercero.- Lega a esta Iglesia Parroquial de San Juan de Molinar, la cantidad de 40.000 pesetas, y al Santo Hospital de este Valle de Gordejuela, otras 40.000 pesetas.

Cuarto.- Manda a su repetido esposo D. Pedro Ruiz, todos los bienes, muebles e inmuebles que correspondan a la testadora y estén sitos en Madrid.

Quinto.- En el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye y nombra por sus únicos y universales herederos a su repetido esposo D. Pedro Ruiz Peña y doña Elvira Ruiz y Ruiz Peña.

Sexto.- En los bienes sujetos al Fuero de Vizcaya, instituyo como herederos a los que les correspondan, con arreglo al mismo, siendo su deseo y así lo ordena la testadora, que los bienes troncales a que se refiere esta cláusula sean, usufructuados mientras viva, por el D. Pedro Ruiz Peña, y doña Elvira Ruiz y Ruiz Peña.

Séptimo.- Prohíbe que en su testamentaria intervenga la autoridad judicial, aunque interese menores ausentes o incapacitados, pues quiere que todas sus operaciones se practiquen extrajudicialmente, y la partición de los bienes la ejecute el Excmo. Sr. conde de Aresti. D. Enrique Aresti y D. Martín Asúa y Mendia, a quienes nombra albaceas contadores-partidores comisarios, con el carácter de solidarios, y con todas las facultades en derecho necesarias, a quienes faculta expresamente para exigir que los herederos tronqueros justifiquen ante ellos sus derechos. Así lo dice y otorga, siendo testigos D. Luis Solaun Vivanco, D. Matías Mendieta Gortázar y D. Ricardo Palacio Armáiz, mayores de edad, de esta vecindad, y sin excepción para serlo. Y enterados del derecho que la ley les concede para leer por su este testamento, precedió por su acuerdo a la lectura íntegra del mismo, en cuyo contenido se ratifica, firmando todos, menos la testadora, aunque manifiesta saber no lo hace por impedírselo su enfermedad. De todo lo cual del conocimiento, profesión y vecindad de la testadora, así como de haberse verificado este testamento en un solo acto, doy fe. Matías Mendieta, Luis Solaun, R. Palacio.— Signado, Victoriano Sáez.

Resultando que ante el Juzgado de primera instancia de Valmaseda, en 16 de

agosto de 1924; el procurador D. Alejandro Pisón, a nombre de doña Petra Sagazola Palacio, declara pobre, interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra D. Pedro Ruiz Peña, doña Elvira Ruiz y Ruiz Peña, la representación legal de la Iglesia parroquial de San Juan de Molinar, de Gordejuela representación legal del Santo Hospital del Valle de Gordejuela, doña María de los Dolores, doña Filomena y doña Adelaida Epalza Legorburu, doña Leonor de Arana y Turribarria y doña María Piedad Arana y Turribarria, en la que expuso los siguientes hechos:

Primero.- Doña Cayetana Arechavala Palacio, esposa legítima que fue de D. Pedro Ruiz Peña, falleció en el valle de Gordejuela el 2 de septiembre de 1922, según aparece del testimonio del acta de defunción que acompaña, en el que se hace constar que el fallecimiento tuvo lugar a las veintitrés horas treinta minutos; pero niega que tal hora fuera la exacta, y por el contrario, afirma que la muerte tuvo lugar a las diez de la noche.

Segundo.- A las seis, próximamente, de la tarde de ese mismo día se dio aviso por teléfono desde Gordejuela al hijo de doña Petra Sagazola, demandante, llamado Gerardo Ibarra, ordenanza de la Estación telefónica de Valmaseda, a fin de que rogase al Notario D. Victoriano Sáez que acudiese a Gordejuela para que, ante él, otorgase testamento doña Cayetana Arechavala; y dicho Gerardo, dada la intimidad y parentesco que éste tenía con su madre, fue personalmente a hacer ese ruego al Notario, quien prometió acudir adonde se le llamaba.

Tercero.- Según aparece del testamento que en el testimonio que presenta se inserta, el Notario Sr. Sáez se personó en Gordejuela, y casa de la doña Cayetana, a las ocho de la noche del expresado 2 de septiembre de 1922 para que pudiera llevarse a efecto el otorgamiento del testamento antes citado.

Cuarto.- En ese testamento no resulta que doña Cayetana tuviese deliberada su voluntad de testar, ni que antes de aquel acto hubiera facilitado al Notario minuta alguna para que redactase o llevara redactada su última disposición; sólo se hace constar que la testadora comparece ante dicho Notario, siendo así que fue éste quien se constituyó en la casa de aquélla, a virtud del aviso dado por los familiares de la misma, quien según se hace constar, ordena su testamento en la forma que se consigna en las siete cláusulas que aparecen del mismo. ¿Estas siete cláusulas, las redactó de viva voz la testadora ante el Notario, tal cual aparecen redactadas, o estaban ya escritas por alguien para cuando llegó dicho Notario? ¿Quién las había escrito y quién las había redactado? Nada de eso consta del testamento y debía constar, o sea, si quien redactó las cláusulas fue de viva e inteligible voz la testadora a presencia del Notario y testigos, o si se entregó a dicho funcionario y por quién, la nota comprensiva de esas cláusulas, ya que aquél ni la llevó, ni cree la demandante, se hubiese visto nunca con dicha testadora; lo que se hizo indudablemente fue copiar lo que ya en la casa estaba escrito y con la premura del tiempo, pues la vida de la enferma estaba terminando, el Notario ninguna rectificación hizo, y estampó la cláusula sexta, tal como se la entregaron, sancionando con ello una

legalidad al ordenarse que el usufructo de los bienes troncales le disfrutarían vitaliciamente el esposo y sobrina afín de la testadora, siendo así que con arreglo a fuero, son personas extrañas a los efectos de la troncalidad de los bienes aforados, razón por la cual, los separaron de la institución de los bienes libres; esos bienes aforados proceden de las ramas de Palacio, de Arechavala y de Unda, y a éstos o alguno de ellos, pertenecen de derecho propio esos bienes, con testamento o sin él; es decir, que el o los que sean declarados tronqueros de esas ramas, son herederos forzosos de los bienes troncales, y no se les puede imponer el gravamen de usufructo se contrae, puesto que ni D. Pedro, ni doña Elvira pretenderán ser herederos tronqueros de los bienes que estén sujetos al fuero de Vizcaya.

Quinto.- Afirma que a la hora en que el testamento aparece otorgado, doña Cayetana Arechavala no estaba ya en condiciones para exponer al Notario los antecedentes que aparecen en el testamento, y mucho menos para poder disponer lo que se consigna en las siete cláusulas que aparecen en el mismo; y si esto es así, si la testadora no dio verbalmente al Notario en aquel acto las instrucciones necesarias ni tampoco se las había dado al mismo en otra conferencia anterior, lo cual se hubiera hecho constar, es evidente la ineficacia del testamento de que se trata, pues si en la casa se le entregaron notas para redactar el testamento y éste se extendió, ateniéndose el Notario a ellas, no basta que luego se lea, ni tampoco el que la testadora la apruebe con o sin capacidad legal necesaria para ello, pues se hace preciso que sea aquélla quien con voz inteligible manifieste su deliberada voluntad de testar y quien exponga al Notario lo que quiera disponer, a fin de que dicho Notario tome sus notas y redacte después el testamento.

Sexto.- Niega que doña Cayetana Arechavala falleciese a las veintitrés horas, treinta minutos, del 2 de septiembre, pues según sus noticias, para las diez de la noche había fallecido ya, y se estaba rezando a presencia de su cadáver al Rosario, que es costumbre en la localidad y si el Notario se constituyó en la casa a las ocho de la noche, no hay términos hábiles para que aquella diese los antecedentes necesarios, se tomasen las notas precisas, y se llegase al otorgamiento, lectura y aprobación del testamento con la lucidez que la testadora debía tener para que fuese válida tal disposición.

Séptimo.- En apoyo de los anteriores hechos consigna que, según aparece de la certificación facultativa que se cita en el acta de defunción de doña Cayetana Arechavala, falleció a consecuencia de oclusión intestinal, cuya enfermedad es comúnmente conocida por cólico miserere, que origina agudos dolores, razón por la cual, se le aplicaban sin cesar cataplasmas y ladrillos calientes; esos dolores perturban generalmente las facultades intelectuales, máximo estando la muerte tan próxima como lo estaba a la doña Cayetana Arechavala cuando llegó el Notario, y mucho más aún cuando después de ya redactado el testamento, pudo leerse éste, pues necesariamente tuvo que hallarse en período agónico sin facultades ni para aprobar lo escrito, ni para manifestar que sabía y no podía firmar.

Octavo.- La demandante tiene otra razón de orden moral para sostener que el testamento de que se trata no lo otorgó doña Cayetana Arechavala con la capacidad legal necesaria; pues dicha testadora no se trataba con más parientes que con su prima carnal doña Petra Sagazola Palacio, la demandante, a quien quería entrañablemente y a quien hacía constantes regalos, la pagaba la renta de la casa y la sentaba a su mesa siempre que iba a visitarla; en esas frecuentes visitas, la ofreció dejarla en su testamento un buen recuerdo, teniendo para ello en cuenta que se trataba de una viuda pobre con muchos hijos; y como se ve por el que aparece otorgado, no sólo no la menciona, sino que deja una gran parte de la herencia a una sobrina de su marido después de instituir a éste como heredero del resto de su buena fortuna y de hacer importantes legados a la Iglesia y al Hospital, cosa que extrañaron todos los que conocían las excelentes relaciones que mediaban entre la testadora y la hoy demandante, y que ésta era la más próxima pariente de aquélla; así es que concurriendo además las circunstancias que se dejan expuestas en los hechos anteriores, a nadie puede extrañar que doña Petra Sagazola tache de ineficaz el testamento de que se trata, como redactado sin la deliberada y consciente voluntad de la que aparece como testadora.

Noveno.- Pero aun prescindiendo por un momento de los hechos precedentes, concurre otra circunstancia, que por sí sola es bastante para declarar la nulidad total del testamento impugnado. Dice ese instrumento, después de consignar que se ha leído, aunque no en alta voz, y de hacer constar que se ratifica sin manifestar por quien, lo siguiente: "firmando todos menos la testadora, que aunque manifiesta saber, no lo hace por impedírsele su enfermedad. De todo lo cual, del reconocimiento, profesión y vecindad de la testadora, así como de haberse verificado este testamento en un solo acto, doy fe.– Matias Mendieta, Luis de Solaun, R. Palacio, Victoriano Sáez.– Está signado". Como se ve, se ha infringido el párrafo segundo del artículo 695 del Código Civil, y esta infracción está sancionada con la nulidad total del testamento de que se trata por el artículo 687 de una manera clara y terminante y que no deja lugar a dudas de ninguna clase, pues cuando el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos instrumentales, dando fe de ello el Notario. No se ha hecho así, nadie ha firmado por la testadora, falta la fe del Notario de que esa testadora haya rogado a nadie que firme por ella, y por sólo estos defectos tan esenciales en todo testamento, es nulo en su totalidad el de que aquí se trata, aunque no lo fuese por las demás cosas citadas anteriormente.

Décimo.- No se conoce que doña Cayetana Arechavala otorgase ningún otro testamento más que el que se impugna, y declarado éste nulo, es de rigor que se proceda a la declaración de herederos abintestato.

Undécimo.- Doña Petra Sagazola Palacio tiene personalidad para promover este litigio, por ser prima carnal, o sea pariente en cuarto grado de la testadora doña Cayetana Arechavala Palacio, y con derecho a sucederla abintestato, ya que dicha finada no dejó pariente alguno en más próximo grado. En el testimonio presentado, y con el árbol genealógico que se acompaña, aparece demostrado el parentesco indicado. Citó

como fundamentos de derecho los artículos 695, 696 y 699 del Código civil, y pidió que se declarara:

Primero. Que es nulo y de ningún valor ni efecto el testamento que aparece otorgado en Gordejuela por doña Cayetana Arechavala Palacio el 2 de Septiembre de 1922 ante el Notario de Valmaseda D. Victoriano Sáez, y que en su virtud falleció dicha señora abintestato por no constar que otorgase otra disposición testamentaria.

Segundo. En el inesperado caso de no haber lugar a lo que se solicita en el número anterior, declarar nula la cláusula sexta del citado testamento, en cuanto por ella se instituye como herederos usufructuarios de los bienes sujetos al derecho foral de Vizcaya a D. Pedro Ruiz y a doña Elvira Ruiz, por no ser parientes tronqueros; y

Tercero. Que se condene en las costas al que se oponga a la demanda:

Resultando que el Procurador D. Fernando Sobrado, a nombre de D. Pedro Ruiz Peña y de doña Elvira Ruiz y Ruiz Peña, con testó a la demanda exponiendo los siguientes hechos:

Primero.- Don Manuel Palacio Vitórica, abuelo de la causante doña Cayetana Arechavala, estuvo casado en primeras nupcias con doña Bernarda Llaguno, y de ellas nació doña María Dolores Palacio. Hija del matrimonio de ésta con D. Justo Arechavala Unda, era la finada doña Cayetana Arechavala, cuyo testamento se discute. El mencionado abuelo de dicha causante, D. Justo Arechavala Unda, era la finada doña Cayetana Arechavala, cuyo testamento se discute. El mencionado abuelo de dicha causante, D. Manuel Palacio Vitórica, se unió en segundas nupcias con doña Josefa Ubieta, y de ese posterior consorcio proceden doña Francisca Nicolasa y doña Leonarda María Palacio. Eran, pues, doña Petra Sagazola y la causante doña Cayetana Arechavala parientes en cuarto grado por la línea materna, ya que, según se ha visto, sus madres respectivas fueron medio hermanas, como hijas de D. Manuel Palacio Vitórica, habidas cada una de distinto matrimonio, de los dos que éste contrajo; así está comprobado documentalmente.

Segundo.- Debido a la desmembración originada por el segundo casamiento de D. Manuel Palacio, la rama que provenía del primero, a la que pertenecía doña Cayetana, no mostró intimidad ni estrecho afecto al otro linaje, manteniéndose entre ambas descendencias relaciones de cortesía, sin llegar a tratarse con verdadera familiaridad, cual corresponde al grado de parentesco. Si a esto se añade el distinto medio en que su relación estuvo muy lejos de ser la expresada en la demanda. Ciertamente que doña Cayetana, durante los últimos años de su vida, en consideración a que doña Petra se hallaba necesitada, le atendía en ocasiones, movida de sus caritativos sentimientos, facilitándole algunos socorros de ropas y de pequeñas cantidades, para pagar la renta de la casa, algunas veces que la demandante iba de visita y le exponía su apurada situación. Pero de ahí no pasó la asistencia, ni puede decirse con propiedad que se comunicaban en todo de amigas, ni aún con llaneza de parientes, pues en las visitas de doña Petra a doña

Cayetana, nunca ésta la sentó a la mesa, como es corriente entre personas de la misma familia, cuando existe verdadera relación de parentesco cordial y trato frecuente. Si algún día por indicación de doña Cayetana, se quedó a comer en su casa la demandante, siempre lo hizo con la servidumbre o en lugar aparte. Y únicamente el año último, con ocasión del aniversario de la muerte de doña Cayetana, el viudo D. Pedro Ruiz y su sobrina doña Elvira, invitaron a doña Petra a que les acompañara en la mesa.

Tercero.- Doña Cayetana Arechavala, casado con el hoy demandado D. Pedro Ruiz Peña no tuvo descendencia. Desde muy niña. Hace veintidós años vivía con el matrimonio una sobrina de don Pedro Ruiz Peña, a la que dichos cónyuges guardaban las consideraciones propias de una hija, educándola y colocándola en el mismo rango social de ellos, lo mismo cuando han vivido en Gordejuela que cuando vivían en Madrid. A falta de sucesión, doña Cayetana profesaba cariño maternal a la joven Elvira, por el buen comportamiento de ésta, y por su completa identificación de sentimientos, hasta el punto de haber manifestado aquella a varias personas el propósito de favorecería en su testamento para asegurarle su porvenir, procurando así que después de la muerte de la causante, libre de las privaciones a que se vería expuesta en caso contrario, por carecer Elvira en absoluto de bienes y de toda clase de medios económicos si le faltara la protección de sus tíos, con quienes siempre había vivido. Acompaña certificaciones que acreditan la continuada residencia de Elvira.

Cuarto.- El día 29 de agosto de 1922 sobrevino la indisposición de doña Cayetana, en ocasión de hallarse ausente su esposo, por haber ido a visitar a una hermana suya residente en la provincia de Burgos, que sufría la fractura de una pierna. Por la noche de aquel día le asistió a doña Cayetana el Médico D. Pedro Aldámiz Echevarría, quien al principio no dio importancia a la enfermedad; pero el jueves siguiente, día 31, por la tarde, el mencionado facultativo creyó conveniente celebrar consulta y acudió a otro compañero, D. Pedro Hernando, que se hallaba en el pueblo. Mediante las prescripciones de ambos, pasó la enferma tranquila la noche y la mañana del día siguiente, primero de septiembre. A las siete de la tarde, regresó D. Pedro Aldámiz y D. Pedro Hernando, que estaban en la casa, y dispusieron traer de Bilbao, como así se hizo, un especialista en enfermedades del aparato gastro-intestinal. Acudió el designado, D. Luis Usebiaga, y le pareció observar algún síntoma inquietante en determinada región del vientre; recetó un medicamento y volvió a la mañana siguiente día, para practicar un lavado del estómago, como complemento diagnóstico. El resultado obtenido y la desaparición de aquel síntoma, produjeron manifiesta satisfacción al referido especialista, a pesar de lo cual cuatro horas más tarde, pareciéndole al esposo de la paciente don Pedro Ruiz, que el caso revestía caracteres de gravedad, se pensó en preparar a la enferma, quien mostró desde luego deseos de confesarse, y lo hizo con el señor Párroco del lugar, D. Patricio Elosegui, quien al terminar la confesión, manifestó que doña Cayetana quería además formalizar su testamento. Esto ocurrió sobre las dos de la tarde del día 2 de septiembre. Hallábase presente la joven Elvira, que se resistió a la idea de aumentar las preocupaciones de su tía con las solemnidades del testamento, e indicó que se prescindiera de hacerlo,

ateniendo únicamente al cuidado de doña Cayetana. Replicó el Párroco en apoyo de que se cumpliera la voluntad de la enferma, puesto que no había temor de alarmla, con ejecutar lo que ella misma pretendía. En vista del estado de la paciente se le administró después el Santo Viático por el citado Párroco, y no habiendo Notario en la localidad, se decidió extender el testamento, ante cinco testigos, mientras se pasaba aviso a aquel funcionario, ante el cual podría ratificarlo o hacerlo de nuevo, si se lograba que viniera de Valmaseda. El pensamiento de doña Cayetana Arechavala se recogió en una nota, en cuya extensión, de conformidad con lo expresado por la testadora, intervinieron don Carlos Maiz Nordhausen y otros hasta donde comienza "Mejora o manda", pues esto último lo agregó por iniciativa de la propia señora D. Matías Mendieta Gortázar. Reunidas, entre otras, varias personas, a las cuatro de la tarde, los cinco testigos necesarios, se escribió la nota de referencia, a saber: "Que dejaba herederos de todos sus bienes habidos por haber, a su esposo D. Pedro Ruiz Peña y su sobrina doña Elvira Ruiz y Ruiz Peña, y si por la cuestión de vínculos o derecho foral no pudieran heredar las fincas que posee, quiero que mientras viva, cualquiera de los dos, gocen el usufructo. Obligaciones: 8.000 duros para la Iglesia de San Juan de Molinar, y otros 8.000 duros para el Hospital de Gordejuela. Mejora o manda a su marido D. Pedro Ruiz Peña, todos los bienes inmuebles y muebles que posee en Madrid. Presenta el acta en que los testigos hicieron constar estos extremos. Esto lo oyeron de labios de la causante los cinco testigos, todos personas de calidad, cuyos nombres merecen el mayor respeto, y son: D. Luis Solaun Vivanco, Sacerdote de Gordejuela, pero que se ha ausentado a Cuba; don Ricardo Palacio Arnáiz, propietario Gerente de una Sociedad minera, y amigo también de la familia, y D. Carlos Maiz Nordhausen, propietario, residente en Bilbao, que pasa los veranos en Gordejuela. Igualmente presentó la extensión de dicho testamento D. Pedro Hernando. Médico retirado, padre del célebre Profesor de terapéutica D. Teófilo, que vive en Madrid y veranea en Gordejuela. Tales testimonios, de extraordinaria valía, permitirán acreditar con toda precisión las circunstancias de notoria publicidad, en que se recogió la última voluntad de la finada doña Cayetana Arechavala en la plenitud de sus facultades mentales.

Sexto.- No fue menester que aquellos cinco testigos dieran forma solemne al contenido de la nota copiada, ni que la autorizasen con sus firmas, porque quedó pendiente de la contestación que diera al aviso telefónico el Notario de Valmaseda, y se presentó este con un amanuense y procedió a redactar con arreglo a los deseos de la causante el testamento abierto, que se otorgó a los ocho de la noche del día 2 de septiembre de 1922. Como se ve, sus cláusulas corresponden exactamente al contenido de la nota repetida, salvo en lo relativo a los bienes troncales, porque preguntado el Notario acerca de lo que disponía de ellos la testadora, contestó escuetamente sin entrar en otros pormenores, que no podían transmitirse conforme a fuero, según deseaba dicha señora. Y de ahí que sólo por ese asesoramiento, sin más noticia y estudio, respecto al origen de los bienes, y al entronque de los demás parientes, se redactara la cláusula sexta del testamento en los términos en que aparece que doña Cayetana Arechavala conservó su lucidez y pleno conocimiento hasta pocos momentos antes de fallecer, aunque

su extrema gravedad aconsejaba no imponerse esfuerzo de incorporarse en la cama para firmar el documento. Ante este impedimento de su estado lo hicieron a su ruego el Notario y los testigos, como se colige naturalmente del mero acto de intervenir en la forma con que alude a este particular el testamento. Basta que así la reemplazaran sin necesidad de expresar puntualizadamente el carácter rogado de la sustitución que va implícito en ella y que por añadidura no se precisa hacer constar con palabras sacramentales, cuya falta entraña la existencia de un vicio esencial de nulidad.

Séptimo.- Y a la verdad, aunque parezca increíble este detalle baladí, desprovisto de trascendencia, es el único pretexto esgrimido por la demandante, sin duda, también demasiado nimio el alegarlo descaradamente, cual el otro reparo basado en la locución "comparece" que empleó el Notario refiriéndose a la testadora, postrada en cama, cuando dicho funcionario se personó en la estancia donde se encontraba la otorgante, ha disfrazado los hechos con cierto colorido de simulaciones y de amaños completamente falsos. Fácil es presumir, pues en todos los pueblos pequeños sucede lo propio, que los allegados y amigos de la familia del Sr. Ruiz Peña, desde que cundió la noticia de la gravedad de la enferma, y sobre todo desde que se le administraron los Santos Sacramentos, se trasladaron a la casa de doña Cayetana para acompañar a su esposo y a su sobrina. Había, por lo tanto, numerosas personas en la casa, muchas vieron a la paciente y hablaron con ella, y todas se enteraron de las diligencias practicadas para llamar al Notario, de la llegada de éste, del estado en que encontraba la testadora y de las circunstancias en que se otorgó el testamento. Y buena prueba de la lucidez mental de la enferma, es la cordura de juicio con que se explicó hasta poco antes de morir. Todavía después de marchar el Notario, se avisó nuevamente a Bilbao, en busca del renombrado Médico-Cirujano D. Vicente San Sebastián, que se trasladó en compañía del mismo Sr. Usobiaga a Gordejuela y visitó a doña Cayetana, si bien no se decidió a operarla por carecer de diagnóstico seguro y por no permitirlo además la debilidad de la enferma. Transcurrieron tres horas largas desde que se ausentó el Notario, sin señales manifiestas de agonía en la paciente, cuya depresión no nubló su inteligencia, y así lo recordarán cuantos presenciaron su muerte, que fueron muchos. La defunción acaeció a las once y media de la noche, no antes, contra lo que la demandante sostiene, prevaleándose de que sin el testamento ella sería la heredera.

Noveno.- Designados por la testadora el Conde de Aresti y don Martín de Asúa para ejercer el albaceazgo con facultades de contadores-partidores, cumplieron su encargo, realizando las operaciones testamentarias que se protocolizaron en la Notaria de D. Celestino María del Arenal en Bilbao, y conforme a ellas se pagaron los legados al Hospital y a la Iglesia de Gordejuela, y se hicieron las adjudicaciones, incluso de los bienes troncales; pero en cuanto a éstos, con la salvedad de aplicarlos a los tronqueros, si los hubiera mediante la obligación que les imponía de no enajenarlos ni gravarlos, puesto que habrían de entregarlos, y de rendir cuentas de su administración al pariente o a los parientes tronqueros a quienes el Juzgado de Valmaseda reconocería el derecho de percibirlos y si no, quedarían ellos dueños.

Décimo.- Dicha reserva la ocasionó la imposibilidad de resolver ese punto, por haber surgido discrepancias en el empeño de varios pretendidos parientes tronqueros, a participar de tales bienes. La lucha entre ellos se entabló durante el curso del juicio universal promovido ante el Juzgado de primera instancia de Valmaseda por la propia demandante doña Petra Sagazola Palacio, en diciembre de 1922, pretendiendo la adjudicación por el procedimiento que la ley señala para el caso de no designar el testador con sus nombres a los herederos. La promotora de ellos, hoy demandante, basó su acción en la existencia y eficacia del testamento que ahora impugna, sin más salvedad ni reparo que la insinuación de su derecho a discutir el usufructo establecido en la cláusula sexta del mismo; por eso, en la súplica del escrito inicial citado expediente pidió que se reclamara del Notario copia fehaciente del testamento de la causante y que en su día se le declarase a "doña Petra Sagazola y Palacio heredera de los bienes troncales procedentes de la línea de los Palacio, dejados a su fallecimiento por doña Cayetana Arechavala"; haciendo en su caso igual declaración en favor de los demás parientes que se personasen, en virtud de los llamamientos y que justifiquen hallarse en igual grado de troncalidad... Todo ello a reserva de reclamar en su día la nulidad de la carga de usufructo impuesta a tales bienes por la cláusula sexta del testamento de la causante. Y en escrito posterior, fecha 23 de julio de 1923, razonó sus pretensiones con estas palabras: "Tampoco puede alegarse de contrario que esta herencia deba estimarse como abintestado, puesto que existe testamento, y en él dispuso la testadora cuanto tuvo por conveniente, respecto a los bienes libres y a los aforados, dejando estos últimos para los que tuviesen menor derecho a ellos; y aunque no designó por sus nombres a los herederos, es absurdo sostener que se trata de abintestado, cuando hasta la tramitación que se sigue es completamente distinta de la que la ley determina para declarar herederos cuando no existe testamento, y porque si no designó nombres, sería seguramente por no estar bien enterada de las disposiciones del fuero, no tener en aquel momento el historial de los bienes, ni estar en condiciones de enterarse de ello, y por no exponerse a una legalidad; por eso no puede estimarse en manera alguna como fallecida la causante abintestado, pues dispuso de sus bienes en la forma que tuvo por conveniente, respecto a los bienes libres y a los aforados, dejando estos últimos para los que tuviesen mejor derecho a ellos; y aunque no designó por sus nombres a los herederos, es absurdo sostener que se trata de abintestato, cuando hasta la tramitación que se sigue es completamente distinta de la que la ley determina para declarar herederos cuando no existe testamento, y porque si no designó nombres, sería seguramente por no estar bien enterada de las disposiciones del fuero, no tener en aquel momento el historial de los bienes, ni estar en condiciones de enterarse de ello, y por no exponerse a una ilegalidad; por eso no puede estimarse en manera alguna como fallecida la causante abintestato, pues dispuso de sus bienes en la forma que tuvo por conveniente. Es decir, que en el curso de ese juicio ha hecho siempre hincapié doña Petra Sagazola en la virtualidad del testamento, y a su amparo se acogió para ejercitar las acciones que creyó oportunas. Y, por lo tanto, no le es lícito después de enredarse en cuestiones con otros parientes, que también invocaban su carácter tronquero, desconocer la fuerza de sus propios actos y provocar la suspensión del procedimiento para combatir

la validez del testamento que doña Petra esgrimió en defensa de sus peticiones.

Undécimo.- En las aludidas actuaciones obrantes, asimismo los árboles genealógicos oportunos y el historial de los bienes llamados troncales, consistentes en fincas numeradas del 1 al 43. Según propia manifestación de doña Petra, fundada en las certificaciones del Registrador de la Propiedad, los bienes números 1, 2, 3, 12 y del 13 al 43, proceden de D. Manuel Palacio, que es el tronco común entre doña Cayetana Arechavala Palacio y doña Petra Sagazola Palacio, habiendo sido vendidos después de heredarlos de aquel por su hija doña Dolores Palacio, constante matrimonio con don Justo Arechavala Unda, al hermano de éste y doble cuñado de doña Dolores, en usufructo, y al morir ésta, sus hijos D. Justo y doña Cayetana Arechavala Palacio, por mitades o iguales partes, viniendo después a heredar la doña Cayetana la mitad que perteneció a su hermano D. Justo. La finca número 4 la adquirieron los esposos D. Justo Arechavala y su esposa doña Dolores Palacio, sufriendo iguales transmisiones que los anteriores. Y las fincas números 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 proceden de D. Manuel Francisco Arechavala y Unda, y su madre doña Dolores Unda, sufriendo iguales transmisiones que los anteriores, excepto de la mitad de la finca número 9 y la cuarta parte de la número 10, que correspondieron a D. Justo Arechavala Palacio en la división que hizo con sus tios don Ángel y D. Enrique, y continuaron perteneciéndole hasta que por su fallecimiento las adquirió su hermana doña Cayetana. Recuerda que el parentesco de la causante doña Cayetana con doña Petra Sagazola proviene de su abuelo materno, y los bienes dejados por aquélla le pertenecieron, en virtud de transmisiones proceden de la familia de su padre Arechavala y Unda, respecto a cuya patrimonio no tiene la demandante el carácter de tronquera.

Décimotercero.- Niega los hechos de la demanda en todo lo que se aparten del precedente relato. Citó como fundamentos legales los artículos 999 del Código civil y las leyes 14, 16 y 18 del título XX del fuero de Vizcaya, y pidió que se declarara:

Primero. Que doña Petra Sagazola carece de acción para impugnar la validez del testamento abierto otorgado por doña Cayetana Arechavala el 2 de Septiembre de 1922 ante el Notario de Valmaseda.

Segundo. Que también carece de acción para impugnar la validez del usufructo constituido por la testadora en la cláusula sexta de dicho testamento en favor de D. Pedro Ruiz Peña y de doña Elvira Ruiz y Ruiz Peña, por no tener aquélla el carácter de pariente tronquero, dentro del cuarto grado, respecto de los bienes raíces de la herencia sometidos al fuero de Vizcaya.

Tercero. Que en todo caso, por no existir parentesco con el carácter de tronqueros dentro del cuarto grado, pudo válidamente imponer la testadora el expresado usufructo vitalicio, conforme al fuero de Vizcaya.

Cuarto. Que no adolece de vicios de nulidad y procede reputar como válido en todas sus partes el testamento de que se ha hecho mención; y

Quinto. Absolviendo a estos demandados en consonancia con los pronunciamientos que recaigan acerca de los anteriores extremos de la demanda promovida por doña Petra Sagazola, e imponiéndose a ésta las costas del pleito:

Resultando que el Procurador D. Fernando Sobrado, a nombre del Santo Hospital del Valle de Gordejuela, en su contestación a la demanda, estableció los siguientes hechos:

Primero.- Que doña Cayetana Arechavala Palacio, poseedora de pingüe patrimonio, residía en la época veraniega en el pueblo de Gordejuela, de donde era natural, y en él estaba ligada, por consiguiente, no sólo por el hecho de residir temporalmente, sino por el lazo más fuerte: de haber nacido en el mismo. no le eran, por tanto, ajenas su marcha y desenvolvimiento. Entre las instituciones a las que siempre profesó cariño grande y mostró preferencias marcadas, fueron precisamente las dos a las que favorece en su testamento: la iglesia y el Santo Hospital civil de su pueblo, a quienes instituyó en su testamento legatarios por la cantidad importante a cada uno de 40.000 pesetas. Ajeno en absoluto el Hospital de Gordejuela a las incidencias familiares habidas entre demandantes y demandados, ha de limitarse a la defensa del acto testatorio de doña Cayetana Arechavala.

Segundo.- Frente al relato parcial, inexacto y caprichoso de la demandante opone el siguiente: Persona de relativa avanzada edad, se sintió indispuesta doña Cayetana el día 29 de agosto de 1922, hallándose ausente su esposo. Aquel mismo día la asistió el Médico D. Pedro Aldámiz Echevarría, quien en principio no dio importancia a la enfermedad; pero dos días más tarde, el 31, ante ciertas anormalidades observadas, creyó el mencionado facultativo la celebración de consulta con otro compañero suyo, acudiendo al efecto a D. Pedro Hernando, que se encontraba en el pueblo. A las siete de la tarde del día 1 de septiembre regresó su esposo, y después de cambiar impresiones con los facultativos antes mencionados, se convino en llamar a un especialista de las enfermedades del aparato gastrointestinal, acudiendo D. Luis Usobiaga aquella tarde, quien después de su asistencia manifestó que le parecía observar algún síntoma alarmante, que creyó había desaparecido en el día siguiente, 2 de septiembre, en que repitió su visita. Más pasadas pocas horas desde la visita del citado Médico, al esposo de la enferma, Médico también, le pareció observar síntomas de gravedad, y tomó las precauciones pertinentes en estos casos, mostrando la paciente deseos de confesarse, lo que hizo con el señor Párroco don Patricio Elósegui, quien manifestó al terminar la confesión, que doña Cayetana quería, además, otorgar testamento. Todo esto ocurría sobre las dos de la tarde del expresado día 2 de septiembre, y hallándose presente la sobrina del marido, llamada Elvira Ruiz y Ruiz Peña, que vivía hacía muchos años con la testadora, se opuso por el temor de afligir a la enferma con mayores preocupaciones, pero ante la insistencia de ésta se hicieron los preparativos para el otorgamiento del testamento, y no habiendo Notario en la localidad, y ante el temor de que no pudiera llegar a tiempo, se convino extenderlo ante cinco testigos, sin perjuicio de llamar a aquel funcionario público, para que, si llegaba a tiempo, pudiera extenderse ante el

mismo. El pensamiento de doña Cayetana se recogió en una nota, en cuya extensión intervinieron de conformidad con lo expresado por la testadora D. Carlos Maiz Nordhausen y otros testigos de calidad conocida, cuyos nombres merecen el mayor respeto: D. Luis Solaun Vivanco. Sacerdote de Gordejuela; D. Matías Mendieta Gortázar, Secretario del Ayuntamiento; D. Tomás Pita Álvarez, Médico retirado; D. Ricardo Palacio, propietario y amigo de la familia, y el mencionado D. Carlos Maiz, de calidad notoria y respetable. • Presenció, además, estos actos D. Pedro Hernando, Médico retirado. No fue preciso que aquellos cinco testigos dieran forma solemne al contenido de la nota, ni que la autorizasen sus firmas, porque habiéndose presentado el Notario de Valmaseda, se redactó el testamento bajo su fe a las ocho de la noche del día 2 de septiembre de 1922 en la forma que aparece extendido, según copia del mismo presentada por la parte demandante. La testadora conservó su lucidez hasta los últimos momentos de su vida, aunque su gravedad aconsejaba no imponerla el esfuerzo de incorporarse en la cama para firmar el documento. Ante dicho impedimento, el Notario y los testigos firmaron a su ruego, como se deduce natural y lógicamente del mero acto de intervenir en la forma en que aluden a este particular en el testamento. El detalle insignificante de haber omitido el Notario la expresión de que por no poder firmar la testadora, lo hacía por ella y a su ruego uno de los testigos, quiere ser el pretexto para pedir la nulidad del testamento otorgado con todas las garantías posibles y con la concurrencia de todos los requisitos exigidos por la ley, y rodeado de todas las solemnidades que la ley prevé para dar por válidos los actos de última voluntad.

Tercero.- El reparo que quiere oponerse al testamento, fundado en deficiencias de expresión, en cuanto al sentido de la palabra "comparece" que empieza el Notario, queda totalmente destruido y no tiene trascendencia alguna, teniendo por presente la significación técnica de la palabra citada, según normalmente se entendía y empleaba por los Notarios. Comparece ante ellos quien a su presencia otorga un instrumento público, aunque para ello haya tenido necesidad de trasladarse de lugar, no significando, como quiere dar a entender, que el empleo de la palabra repetida quiera decir el otorgamiento del documento de que se trata en el mismo despacho del Notario autorizante. Ese es un argumento sin consistencia alguna que no merece reputación.

Cuarto.- No ha tenido la parte contraria el mismo concepto que ahora revela sobre la validez del testamento. Basta aludir para demostrarlo, al juicio universal promovido ante el Juzgado de primera instancia de Valmaseda por la propia demandante en Diciembre de 1922, pretendiendo la adjudicación de determinados bienes por el procedimiento que la ley señala para el caso de no designar el testador con sus nombres a los herederos. Se refiere a dichos autos a los efectos probatorios, haciendo resaltar ahora que la iniciadora de ellos, demandante en este pleito, su acción en la existencia y eficacia del testamento que ahora impugna, sin más salvedad que la reserva de su derecho a discutir el usufructo establecido en la cláusula sexta del testamento. De todas las peticiones causadas por la demandante en el juicio universal referido, se desprende que doña Petra Sarazola ha insistido siempre en la validez del testamento exsacia se ha apoyado para deducir las acciones que creyó procedentes. No

es lícito, por tanto, desconocer la fuerza de sus actos anteriores para venir ahora a solicitar la nulidad del documento público que anteriormente invocó y utilizó en apoyo de sus pretensiones. Como fundamentos de derecho, hizo suyos los de la contestación de D. Pedro y de doña Elvira Ruiz, añadiendo que, como la testadora no tenía otro heredero forzoso que su marido, al que nombró heredero en porción suficiente, pudo disponer de las 40.000 pesetas que llegó al Hospital, y pidió que se declarara:

Primero. Que doña Petra Sagazola Palacio carece de acción para impugnar la validez del testamento de doña Cayetana Arechavala.

Segundo. Que este testamento no adolece de vicio alguno de nulidad, y procede declararlo válido en todas sus partes; y

Tercero. Que se absuelva al Hospital de Gordejuela de la demanda de doña Petra Sagazola, imponiendo a ésta las costas:

Resultando que el Procurador D. Teodoro Herrero, a nombre de D. Victoriano Sáez Riaño, contestó a la demanda estableciendo los siguientes hechos:

Primero.- Reconoce ser cierto que doña Cayetana Arechavala Palacio, esposa legítima que fue de D. Pedro Ruiz Peña, falleció en el Valle de Gordejuela, el 2 de septiembre de 1922, y, por lo tanto, consigna que el Sr. Ruiz Peña, uno de los demandados, es cónyuge viudo de la señora Arechavala.

Segundo.- Doña Petra Sagazola Palacio, valiéndose y fundándose en el testamento cuya nulidad pretende ahora, promovió ante el Juzgado de primera instancia de Valmaseda, juicio de "adjudicación" de bienes a que están llamadas varias personas sin designación de nombres "y en el que, por su escrito inicial, solicitó" se declarase a doña Petra Sagazola, heredera de los bienes troncales procedentes de la línea Palacio, dejados a su fallecimiento por doña Cayetana Arechavala, haciendo, en su caso, igual declaración en favor de los demás parientes que se personen en virtud del llamamiento y que justifiquen hallarse en igual grado de troncalidad. Todo ello a reserva de declarar, en su día, la nulidad de la carga del usufructo impuesto a tales bienes por la cláusula quinta del testamento de la causante"; y, en escrito posterior, fecha 23 de Junio de 1923, razonó sus pretensiones con estas palabras: "Tampoco procede alegarse de contrario que esta herencia deba estimarse como abintestado, puesto que existe testamento, y en él dispuso la testadora cuanto tuvo por conveniente respecto a los bienes libres, y a los aforados, dejando estos últimos para los que tuvieran mejor derecho a ellos, y aunque no designó por sus nombres a los herederos, es absurdo sostener que se trata de abintestado cuando hasta la tramitación que se sigue es completamente distinta de la que la ley determina para declarar heredero cuando no existe testamento, y porque si no designó nombres, sería seguramente por no estar bien enterada de las disposiciones del fuero, no tener en aquel momento el historial de los bienes ni estar en condiciones de enterarse de ello, por no exponerse a una ilegalidad, por eso no puede, en manera alguna, estimarse como fallecida a la causante abintestato, puesto que dispuso de sus

bienes en la forma que tuvo por conveniente". Es decir, que la doña Petra se fundaba en día no lejano en virtualidad y eficacia del testamento de doña Cayetana para ejercitar las acciones que creía lo asistían sobre la herencia de dicha señora, haciendo únicamente reserva de reclamar la nulidad de la carga de usufructo impuesta sobre los bienes troncales a favor del esposo y sobrina afín de la testadora, y hoy, en abierta oposición con actos propios, solicita la declaración de nulidad del testamento, que está por ella convalidado, sin que, además, le afecten las faltas de solemnidad que le atribuye.

Tercero.- Es un error deducir de la lectura del testamento, como lo hace la contraparte, que el Notario autorizante se personó en casa de la testadora a las ocho de la noche del 2 de septiembre de 1922: la hora en el testamento señalada, es, como la ley exige, la del otorgamiento; y el otorgamiento no tiene lugar hasta el momento solemne que se podría llamar de transubstanciación, del proyecto de testamento en testamento, es decir, cuando, congregados ante el Notario, como delegado o representante del Poder público, la otorgante y los testigos, y leída la escritura, aquélla manifiesta estar en ella contenida su voluntad, y siendo esto, así, cae por su base cuanto se dice en la demanda acerca de la oclusión intestinal, fuertes dolores, falta de capacidad por imposibilidad material de que en el término de dos horas que media entre las ocho de la noche, hora en que, según él se personó el Notario en casa de doña Cayetana, y las diez, en que, según también la actora, falleció aquella señora, pudiese disponer, con capacidad legal, su última voluntad, dado el influjo, también según la contraparte, que el cólico miserere tiene en las facultades intelectuales. Claro es que no responde a la realidad la relación que se hace en el segundo de los hechos de la demanda, que concurrieron de la siguiente manera: D. Gerardo Ibarra, hijo de la demandante y ordenanza de la Estación telegráfica de Valmaseda, avisó, en efecto, que desde Gordejuela se requería su intervención como Notario, y, sin que pueda precisar la hora exacta en que ésta tuvo lugar, asegura que fue con tiempo suficiente para salir de Valmaseda, avisó, en efecto, que desde Gordejuela se requería su intervención como Notario, y, sin que pueda precisar la hora exacta en que ésta tuvo lugar, asegura que fue con tiempo suficiente para salir de Valmaseda, en el tren que parte a las cinco menos minutos, de la tarde, y hacían cambio en Aranguen, llegó a Sodupe, donde le esperaba un automóvil ocupado por D. Martín Asúa y Mendía, además del mecánico que lo conducía, en el que se trasladaron a Gordejuela, llegando a casa de doña Cayetana, con tiempo suficiente para que a las ocho de la noche estuviese extendido y se otorgase el testamento que, con habla expedita, ordenó aquella señora, y después de autorizado, se trasladasen en automóvil a Sodupe, tomando el tren que llegaba a Valmaseda a las nueve y minutos de la noche.

Cuarto.- Dice que es manifiesto el deseo de la contraparte, de negar la evidencia, al afirmar que no resulta del testamento la deliberada voluntad de testar de la doña Cayetana, y ese no se puede decir leyendo una sola vez el testamento. Si doña Cayetana compareció (aunque a la actora le extrañe la palabra) ante el Notario y a presencia de este funcionario y tres testigos, que aseguran hallarse la testadora en el libre uso de sus facultades intelectuales y habla expedita para poder testar, además de hacer protestas de fe católica, ordena su testamento en la forma que se contiene en las siete cláusulas

siguientes, y de todo lo cual da fe el Notario autorizante, eso es una manifestación de su deliberada voluntad de testar. Además, compareció doña Cayetana ante el Notario autorizante, y no este funcionario ante aquella señora, porque, aparte de ser una palabra protocolaria sancionada por la práctica, comparecen siempre dos inferiores delante de los superiores, y, en aquel acto, por elevado que fuese, como en efecto lo era, el concepto que tenía formado de doña Cayetana, éste era inferior al Notario, que al obrar como delegado del Poder público y revestido de la investidura de la fe, no reconocía ni podía reconocer superioridad en nadie. Con palabra expedita dice la disposición testamentaria que otorgó su testamento, pero, aunque no lo dijese, no tenía la parte contraria que pedir ni exigir que contase porque no haya disposición legal que exigía al Notario haga constar esa circunstancia en el testamento. Este fue leído en alta voz por el Notario, según se desprende del mismo, y porque si, en virtud de su lectura, se ratificó la testadora, única persona que podía y debía hacerlo, y lo firmaron los testigos por sí, y a ruego de aquella señora, que, por hallarse enferma, no podía hacerlo en prueba de hallarse conforme con lo que había manifestado el autorizante y los testigos, es claro que fue lo que oyeron, y, si lo oyeron, la lectura fue, necesariamente, en alta voz, sin que sea preciso, para ello, se haga constar con palabras sacramentales.

Quinto.- Aparte de lo consignado en el hecho tercero sobre la hora en que otorgó testamento doña Cayetana y que, indudablemente, echa por la tierra todas las afirmaciones que sienta la contraparte, en orden a la negación de la capacidad de la testadora, se limita, en este número, a atenerse al valor del testamento discutido, del que claramente resulta que tres testigos y el Notario declararon que tenía capacidad para otorgarse, ya que tres testigos y el Notario son los que han de asegurarse de la capacidad de los testadores, y no doña Petra Sagazola, que pretende negarla empleando una pueril razón de orden moral, según la cual, si cualquier mortal sienta a su mesa por simpatía o caridad a una persona, y después fallece de oclusión intestinal, sin recordar a esa persona en el testamento, éste es nulo por falta de capacidad.

Sexto.- De la lectura de la demanda se desprende fácilmente que el único argumento de los que en ella se esgrimen, que la demandante considera de alguna fuerza, es el relativo a la falta de expresión en el testamento de la rogación y firma de un testigo por la testadora, que manifestó no poder. Este argumento es tan inconsistente como los otros, ya que esos requisitos fueron cumplidos en el testamento, porque de la asistencia al acto de los testigos hay que deducir necesariamente que fueron rogados, no sólo porque a todos los testigos que intervienen en cualquier documento se le invita para ello, sino porque, además, dada la circunstancia de hallarse en el lecho la señora testadora y tratarse de su disposición testamentaria, cuyo carácter reservado, como todas, no podían desconocer los testigos, personas todas ellas de cultura, educación y corrección a toda prueba, lógicamente hay que deducir que fueron previamente rogados, pues, de otro modo, no hubiesen concurrido con la sola finalidad de enterarse del contenido del testamento. Y, por lo que afecta a la firma de un testigo por la testadora, bien se comprende que, si ella no podía hacerlo por su enfermedad, de lo que da fe al Notario, así como también que, leído el testamento por el autorizante, de orden de la

testadora y testigos, aquella se ratificó, y éstos afirman, hay que inferir lógicamente que la testadora consistió implícitamente que la firma de los testigos supiese el defecto de la suya. La prueba demostrará, además, que tales requisitos fueron cumplidos.

Séptimo.- Nada consta a esta demanda de la hora en que falleció doña Cayetana Arechavala; sin embargo, como doña Petra niega sistemáticamente cuanto le conviene negar, como, por otra parte, le merece respeto cuanto en los documentos públicos se consigna, se atiende a lo que resulta de su partida de defunción, advirtiendo, además, que le tiene perfectamente sin cuidado que falleciese a las diez, como se dice en la demanda, o las once, o a las ocho y cuarto, y que padeciese esta o aquella enfermedad, porque a las ocho de la tarde, momento del otorgamiento de doña Cayetana, tenía plena capacidad para testar, como lo aseguran quienes tenían que asegurarlo, y no puede ser desmentido por nadie.

Octavo.- El Notario, que es el que firma el escrito que no cree haber sancionado una ilegalidad al consignar en el testamento cuya validez se discute, la cláusula sexta del mismo, antes, al contrario, se muestra satisfecho de haberla redactado, tal y como aparece en el testamento, teniendo en cuenta las circunstancias que lo motivaron: pero como la nulidad de esa cláusula en nada puede afectarle, por lo que omite discutir sobre este punto; únicamente hace observar que la redacción de esta cláusula, distinta de las demás del testamento y de las que formulariamente suelen emplear normalmente en la redacción de los instrumentos que autoriza, revela una voluntad tan firme y decidida de la testadora, que basta por sí sola para derribar toda la sofisticada argumentación que en contrario emplea la actora; y, por otra parte, a la representación contraria, que pretende sacar defectos a un testamento que no los tiene, justo será advertirle que la petición de nulidad de dicha cláusula no es legal ni conveniente. No es legal, porque teniendo doña Petra el carácter de heredera legitimaria testamentaria, no procede de la acción de nulidad de la cláusula, sino de la petición de complemento de legítima, y no es conveniente, porque, declarada la sucesión abintestato, los bienes irían a parar, no a doña Petra, sino al cónyuge viudo de la causante.

Noveno.- No basta para proponer la demanda que se impugna que a doña Petra no le conste la existencia de disposición testamentaria anterior; ha debido acreditar la inexistencia con la correspondiente certificación del Registro general de actos de última voluntad, porque en el supuesto de que doña Cayetana hubiese otorgado disposición testamentaria anterior no era ella quien para impugnarlo, aun admitiendo su carácter de heredera abintestato, que niega; y, por lo tanto, al no acompañar a su demanda el expresado documento, pudiendo hacerlo, y, en todo caso, no habiendo consignado la oficina donde se hallaba, no puede traerse ya a los autos, y por solo ese defecto, que es esencial, su demanda no puede prosperar.

Décimo.- Niega que los documentos presentados con la demanda resulte que doña Petra sea pariente, en relación de cuarto grado legítimo, de la línea colateral, o prima carnal de la doña Cayetana Arechavala; lo único que demuestra es parentesco natural,

no legítimo.

Undécimo.- No comprende como la actora, que dice hallarse en relación de cuarto grado de parentesco con la otorgante del testamento discutido, alega su carácter de heredera abintestato de dicha, señora, pues, con arreglo al Código civil, ese derecho corresponde al cónyuge viudo, y cree que no pretenderá aplicar el fuero de Vizcaya en material de sucesión abintestato porque desde el año 1835 se halla derogado, según jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que tratará en los fundamentos de derecho.

Duodécimo.- Niega los hechos de la demanda que no se conformen con los precedentemente expuestos. Citó como fundamentos de derecho las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Mayo de 1892, 17 de noviembre de 1898 y 26 de Junio de 1907, según las que sólo pueden impugnar un testamento los que tengan interés por otro anterior, o por ser herederos abintestato, no encontrándose en ninguno de estos casos la demandante, y pidió que se declarara:

Primero. Que ésta carece de acción para impugnar el testamento de doña Cayetana Arechavala, por no acreditar el carácter con que lo hace.

Segundo. Que también carece de esta acción por no ser heredera abintestato de aquélla y por haberlo convalidado; y

Tercero. Que el repetido testamento se halla extendido con arreglo a las formalidades legales; todo con las costas a la actora.

Resultando que doña Petra Sagazola, en su escrito de réplica, después de hacer varias consideraciones, relativas a lo alegado por los demandantes, reprodujo los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, adicionando los últimos con la cita de los artículos 682 y 752 del Código civil, y reprodujo también la súplica del expresado escrito:

Resultando que en este estado los autos, el Procurador D. Alejandro Pizon, a nombre de D. Cirilo, D. Pedro, D. José y D. Serapio Santa Coloma y Palacio, doña María Sagazola Ortiz y D. Enrique Sagazola Palacio, interpuso, ante el propio Juzgado, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra los mismos demandados, y en ella expuso los siguientes hechos:

Primero.- Doña Cayetana Arechavala Palacio era hija legítima de D. Justo Arechavala Unda y doña Dolores Palacio Llaguno, y nieta legítima, por línea materna, de D. Manuel Palacio Vitórica y doña Bernarda Llaguno. Estaba casada con D. Pedro Ruiz Peña, de quien no tuvo sucesión, y falleció sin dejar ascendientes, en el Valle de Gordejuela, del que eran vecinos los esposos desde hacía más de diez y nueve años, el 2 de septiembre de 1922. Los actores D. Serapio, D. Pedro, D. Cirilo y D. José Santa Coloma son hijos legítimos de D. Julián Santa Coloma y doña Francisca Nicolasa Palacio Ubieta; y doña María y D. Enrique Sagazola Palacio, son hijos legítimos de D. Pedro Sagazola y doña Leonarda María Palacio, y todos ellos nietos legítimos, por línea

materna, de D. Manuel Palacio Vitórica (abuelo ya mencionado de doña Cayetana), y de doña Josefa Ubieta. Los demandantes son, por tanto, parientes en cuarto grado civil legítimo de la finada doña Cayetana Arechavala Palacio. Acompaña, en justificación de estas afirmaciones, las oportunas certificaciones de las partidas de nacimiento y matrimonio. Respecto a la vecindad de la finada, se remite a la certificación de empadronamiento de doña Elvira Ruiz y Ruiz Peña, que obra en el juicio universal promovido por doña Petra Sagazola. Acompaña también, en croquis, el árbol genealógico derivado de los documentos que presenta para facilitar la apreciación del grado de parentesco.

Segundo.- Gravísimamente enferma doña Cayetana la tarde del 2 de septiembre de 1922, padeciendo los dolorosos trastornos derivados de la oclusión intestinal, que causó su fallecimiento pocas horas después, se avisó desde Gordejuela al ordenanza de la Estación telefónica de Valmaseda, D. Gerardo Ibarra, pariente de la enferma, por ser hijos de doña Petra Sagazola, para que rogase al Notario, D. Victoriano Sáez que acudiera al domicilio de aquélla en el barrio de Molinar. No sabe exactamente el tiempo que el Notario tardaría en presentarse en casa de doña Cayetana, pero si que cuando llegó a esta casa, todo en ella era pesadumbre en la familia por la extrema gravedad de la enferma, y los agudísimos dolores que sufría; reflejándose la agitación en el ir y venir de la servidumbre y personas allegadas, que entraban y salían precipitadamente del cuarto de la paciente, ya moribunda, para aplicarle ladrillos calientes, cataplasmas y otros lenitivos de su dolor. Algunas personas que en la casa estaban, presentaron al Notario, en cuanto llegó, una nota que se decía contener la última voluntad de doña Cayetana, y, conforme a ella, el Sr. Sáez Riaño redactó el testamento dándole forma protocolaria, introduciendo, por su cuenta, algunas cláusulas acostumbradas, tales como la declaración de la fe católica y la prohibición de la intervención judicial, y corrigiendo después de un cambio de impresiones con las aludidas personas, el sentido de la nota que le servía de base para la redacción, en armonía con los preceptos de; fuero de Vizcaya, que reserva determinados bienes a los parientes colaterales. Para toda esta labor de rápida consulta y rapidísima redacción, el Notario no oyó a la testadora ni recibió de ella instrucciones, ni él le dio explicaciones, para que pudiera comprender la legalidad y procedencia de las cláusulas contenidas en el testamento; únicamente se guió por las indicaciones de las personas que le presentaron la nota aludida, con lo cual, según se dice, se intentaba formalizar un testamento en peligro inminente de muerte, y cuyo contenido transcribió casi literalmente con el tiempo justo para llegar al final antes de que falleciera la doña Cayetana, y atento sólo a llenar las apariencias para que hubiera un documento en que apoyar determinados derechos hereditarios. Si se cumplió o no la solemnidad de la lectura del testamento en alto voz ante la testadora y los testigos, no lo saben a ciencia cierta, es posible que se tratara de cubrir el expediente, aunque, desde luego, sin eficacia real de ningún género, sin que esa lectura tuviera la virtualidad que exige la ley por el estado de postración de la enferma, aquejada de agudísimos dolores. Y, terminada la ceremonia, tampoco saben si en el acto firmaron el documento los testigos y el Notario; sólo saben, positivamente y con exactitud, que no

lo firmó la testadora ni lo hizo por ella, y a su riesgo, testigo alguno, y que el Notario no dio fe de estos extremos. Acompaña el testamento complejo, y de él transcriben el párrafo final, que dice así: "Y enterados del derecho que la ley les concede para leer por sí este testamento, procedió, por su acuerdo, a la lectura íntegra del mismo, en cuyo contenido se ratifica saber, no lo hace por impedírsele su enfermedad. De todo lo cual, del conocimiento, profesión y vecindad de la testadora, así como de haberse verificado este testamento en un solo acto, doy fe". Además transcribe también la cláusula sexta de ese testamento, que ha de ser impugnado también, y que ya consta en otros lugares de este testamento.

Tercero.- Aunque la certificación de defunción de doña Cayetana dice que falleció a las once y media de la noche del 2 de Septiembre, niega exactitud a esa hora y dice que tiene pruebas bastantes para sostener que doña Cayetana falleció aproximadamente a las nueve y media de ese mismo día, lo cual justificará en su día.

Cuarto.- No consta que doña Cayetana Arechavala haya otorgado ningún otro testamento anterior al impugnado; acompaña certificación del Registro general de actos de última voluntad. Citó como fundamentos de derecho las leyes que estimó aplicables del fuero de Vizcaya y los artículos 10, 13, 676, 679 y 695 del Código civil, y pidió que se declarara nulo en todas sus partes el testamento de doña Cayetana Arechavala, y, en su defecto, que debía tenerse por no puesto el derecho de usufructo establecido en la cláusula sexta del mismo testamento, condenado a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones, y en las costas:

Resultando que doña Matea, D. Enrique, doña Felisa y doña Elvira Ruiz Peña, como herederos de D. Pedro Ruiz Peña y el Santo Hospital civil de Gordejuela, contestaron esta segunda demanda en términos análogos a los de su contestación a la primera suplicando que se dictara sentencia declarando:

Primero.- Que los actores carecen de acción para impugnar la validez del testamento abierto, otorgado por doña Cayetana Arechavala.

Segundo.- Que también carecen de acción para impugnar la validez del usufructo constituido por la testadora en la cláusula sexta de dicho testamento, en favor de D. Pedro Ruiz Peña y doña Elvira Ruiz Peña, por no tener aquéllos el carácter de parientes tronqueros dentro del cuarto grado, respecto de los bienes raíces de la herencia, sometidos al Fuero de Vizcaya.

Tercero.- Que en todo caso, pudo válidamente imponer la testadora el expresado usufructo conforme al Fuero de Vizcaya.

Cuarto.- Que no adolece de vicios de nulidad y procede reputar como válido en todas sus partes el testamento de que se ha hecho mención; y

Quinto.- Absolviendo a estos demandados, en consonancia con los pronunciamientos que recaigan acerca de los anteriores extremos de la demanda e

imponiendo a los demandantes las costas del pleito:

Resultando que el Procurador D. Fernando Sobrado, a nombre del Notario D. Victoriano Sáez Riaño, después de reconocer en el hecho primero de su contestación, que los demandantes son parientes en cuarto grado de doña Cayetana Arechavala, estableció los siguientes: Segundo. El día 2 de septiembre de 1922, desde luego con tiempo suficiente para que al Notario le condujese el tren que sale de Valmaseda a las cuatro y media de la tarde, y llega a Sodupe a las seis y veinte, aproximadamente, después de hacer cambio en Aranguren, recibió dicho Notario aviso del ordenanza de la Estación telegráfica de Valmaseda comunicándole que, desde Gordejuela solicitaban su intervención como Notario; allí se encaminó su cumplimiento de su deber, y al llegar, próximamente a las seis y curara intentarlo. Intentó probar de nuevo, pero la fue imposible, y entonces dijo que firmase el señor Solaun por ella, como así lo hizo, y aún le parece al Notario, aunque no recuerda bien, que este señor intentó firmar dos veces, pero le avisó el Notario que bastaba con una firma, pues ya constaba en el testamento que lo hacía por él a ruego de la testadora. Esta es la relación minuciosa para que la contraparte no alegue que no se dice lo que, por otra parte, no tiene ninguna obligación de relatar, y lo que indicaba ya en la contestación a la demanda promovida por doña Petra, puesto que bien claro consta que a las ocho de la noche, estaba extendido y se otorgó el testamento que con habla expedita ordenó dicha señora. De todas maneras, sería lo mismo hacer que no hacer la presente relación, puesto que la única razón de la intervención de los actuales demandantes en el pleito, es porque creen que van a poder subsanar defectos en que incurrieron al presentar la demanda promovida por doña Petra, y únicamente presentan como pretexto el de que no se explica nada acerca de la entrevista. Es falso que el Notario, al redactar el testamento tuviera presente nota alguna, cosa que por otra parte nada tendría de particular, y no la hubiera rechazado si se la hubieran ofrecido, siempre que la testadora hubiera indicado que lo que en ella contenía, era la expresión de su voluntad. Lo único que dijeron al Notario, es que doña Cayetana había otorgado testamento ante cinco testigos. Y no es cierto tampoco que el testamento esté transcrito casi literalmente, porque ni siquiera en cuanto al fondo es lo mismo, ni ha de producir los mismos efectos lo que consta en el testamento por el Notario autorizado, y lo que aparece en el proyecto de testamento ante cinco testigos. Tercero. D. Alejandro Pisón Quintana, tomando por base el testamento cuya validez impugna ahora, promovió juicio universal de bienes, a que están llamadas varias personas sin designación de nombres; y nada menos que desde el mes de Diciembre de 1922, hasta el de Julio de 1924 todas las actuaciones que realizó fueron bajo la base de ser válido ese testamento y hasta en alguno de sus escritos llegó a justificar las deficiencias que a su juicio pudieron haberse cometido, preservándose únicamente el derecho de impugnar la cláusula sexta en cuanto a la carga del usufructo, y ahora, olvidándose de actos propios, precisamente el mismo Procurador y representando a los mismos interesados, solicita la nulidad de ese testamento. Cuarto. Aparte de que, para los efectos de la validez del testamento basta con que doña Cayetana haya vivido hasta después de haber estampado el Notario el signo de firma y rúbrica, mientras no

demuestre lo contrario la parte actora, seguirá creyendo que, en efecto, falleció a las once y media, fundándose para sostener esto, en el respeto que merece lo consignado en documento público, y en el poco reparo de los demandantes para faltar a la verdad, cuando les favorecen o creen que les favorece relatando los hechos de manera distinta a como han sucedido. Quinto. No han demostrado los demandantes como debían, que declarado nulo el testamento otorgado por doña Cayetana Arechavala Palacio, en 2 de septiembre de 1922, procedía la sucesión abintestato, y, en su consecuencia, no habiendo demostrado con una prueba documental complementaria del testamento exigía por la ley que tenían acción para pedir la nulidad del mismo, aun aplicándose el Fuero de Vizcaya, opinión que niega sin que valga que los ahora demandantes presenten la certificación del Registro general de actos de última voluntad, para subsanar defectos, que además niegan existen, pues que ni la ley es amparadora de confabulaciones dolosas, ni los Tribunales de Justicia las admitirán. Los vicios y defectos de la demanda promovida por doña Petra, con la que han estado de acuerdo desde un principio, les afecta a los actuales demandantes. Sexto. Son aplicables a esta sucesión, las disposiciones del Código civil, porque con criterio uniforme lo ha venido declarando el Tribunal Supremo, interpretando rectamente la legalidad vigente. Séptimo. Niega todos los hechos de la demanda que no se conformen en un todo con los precedentemente expuestos. Y por los fundamentos de derecho de su escrito anterior, pidió que se dictara sentencia declarando:

Primero.- Que todas las diligencias y actuaciones judiciales practicadas en este pleito, a contar desde la presentación de la demanda por doña Petra Sagazola Palacio, son nulas y de ningún valor, por faltarle requisito tan esencial como es la fecha.

Segundo.- Que carecen de personalidad, porque si bien han presentado la certificación del Registro general de actos de última voluntad, habiendo acumulado su demanda a la que promovió doña Petra Sagazola Palacio, les afecta a aquéllos los defectos de falta de presentación de documentos en que incurrió ésta, tanto más estando en confabulación.

Tercero.- Que carecen de acción para impugnar dicho testamento: A., por no ser herederos abintestato de doña Cayetana Arechavala, y B., por haber convalidado con sus actos dicho testamento.

Cuarto.- Y en su caso, que el testamento tantas veces mencionado, se halla extendido con arreglo a las formalidades legales, o que al menos, las deficiencias de que pueda adolecer, no son de las que anulan el testamento; todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora:

Resultando que durante el término de prueba a que se abrió el juicio, se practicó de confesión, documental y testifical; y unidas a los autos las practicadas, el Juzgado dictó sentencia en 4 de octubre de 1926, por la que desestimado las excepciones de falta de acción y personalidad opuestas a la demanda, declaró nulo y de ningún valor ni efecto el testamento de doña Cayetana Arechavala Palacio que aparece otorgado el 2 de

septiembre de 1922 ante el Notario D. Victoriano Sáez Riaño, y que en su virtud, falleció dicha señora abintestato, por no constar que otorgase otra disposición testamentaria, sin hacer especial imposición de costas; y tramitada la apelación que impusieron, el Hospital Civil de Gordejuela, doña Matea, D. Enrique y doña Felisa Ruiz Peña, doña Elvira Ruiz y Ruiz Peña y D. Victoriano Sáez Riaño, la Sala de lo Civil de la Audiencia territorial de Burgos la resolvió por su sentencia de 19 de enero de 1928, por la que desestimando las excepciones propuestas por los demandados, declaró válido el testamento litigioso, y sin aplicación práctica, la cláusula sexta del mismo, y absolvió a los demandados de la acción ejercitada, sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las instancias:

Resultando que el Procurador D. Fidel Pérez Mínguez, a nombre de doña Petra Sagazola, declara pobre, interpuso contra esta sentencia recurso de casación por infracción de ley, comprendido en los números 1, 2, 3, 4 y 7 del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, fundado en los motivos siguientes:

Primero.- Infracción del párrafo 2 del artículo 695 del Código civil, en relación con el 687 del mismo Cuerpo legal en cuanto reconociendo la sentencia que la testadora doña Cayetana, imposibilitada para firmar su testamento, no rogó a nadie que por ella firmase, y que asimismo, ninguno de los testigos suscribió el testamento por la testadora, y que, en su consecuencia, el Notario no da fe de ninguna de estas circunstancias, declaró, sin embargo, válido dicho testamento, a pesar de la evidente omisión de tan importantes solemnidades, y no obstante, que el primer artículo citado las establece y que el segundo precepto que se alega como infringido, declara nulo el testamento en que faltan, pues la voluntad del testador, expresada sin las formalidades de la ley, no constituye testamento, y estas formalidades por la ley establecidas, tienen todas carácter esencial y cualquiera que falte, produce la nulidad o no existencia de testamento. Ciertamente que el Tribunal de instancia ha pretendido suplir la falta afirmando que en la intención de los testigos instrumentales, estuvo firmar por la testadora, y que así lo dijeron en el acto, y con ello ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta evidenciado por el mismo testamento, documento auténtico, toda vez que en éste consta que los tres testigos firmaron una sola vez, y sólo como instrumentales; pero no por la testadora ni a sus ruegos; y si en sus afirmaciones se ha atendido a pruebas posteriores, entonces ha incurrido en error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción de los artículos 675 y 1.218 del Código civil, pues de un testamento no hay más prueba que el testamento mismo.

Segundo.- Infracción por aplicación indebida de la doctrina de las sentencias que la Sala invoca, porque no se refieren a casos en que faltara la firma del testador, y las solemnidades exigidas por la ley para suplirla, sino a otros distintos, y la de 1 de diciembre de 1898, que tiene el caso que resuelve alguna analogía, en el presente, porque se trataba en él, de la falta de firma en un testamento de hermandad, sometido a la legislación de Navarra, y además, otorgado antes de la publicación del Código civil.

Tercero.- Infringe el fallo recurrido por violación, el párrafo 1 del mismo artículo 695 del Código civil y la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Noviembre de 1915, incurriendo también en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, resultando el primero del testamento impugnado, y el segundo de la infracción del artículo 675 del mismo Cuerpo legal; infracciones que se realizan al establecer el Tribunal de instancia que la testadora manifestó, que el testamento que le fue leído era conforme con su voluntad, cuando lo cierto es que el otorgamiento no lo dice, y por consiguiente, que la Sala no debió dar por aprobada esta circunstancia, ni por válido el testamento que sin tal solemnidad adolece de vicio de nulidad.

Cuarto.- Incongruencia con infracción del artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento civil al declarar el fallo sin aplicación práctica la cláusula sexta del testamento, pues las partes pidieron su nulidad o su validez, pero ninguna el pronunciamiento dictado por la Sala; y

Quinto.- Infracción de las leyes 14 y 16 del Fuero de Vizcaya, por la interpretación errónea, y por aplicación indebida de la doctrina de las sentencias de 27 de diciembre de 1895, 10 de marzo de 1914, y 29 de noviembre de 1913, en cuanto absuelve a los demandados de la petición de nulidad de la cláusula sexta del testamento, no obstante haber establecido en ella la testadora un Bravamente usufructo sobre los bienes troncales, pues reconoció que los bienes de los números 1, 2, 3 y del 13 al 43, pertenecieron al ascendiente común D. Manuel Palacio, la circunstancia de que doña Dolores Palacio y sus hijos, los hubieran vendido a un extraño, no rompe la troncalidad, porque el Fuero, por respeto a este principio, ataca tanto a la libre disposición "inter vivos" como "mortis causa" según declara precisamente la sentencia de 10 de Marzo de 1914. Estos dos últimos motivos se alegan con carácter subsidiario.

Resultando que el Procurador D. Eduardo Morales, a nombre de doña Elvira Ruiz y Ruiz Peña, asistida de su esposo, D. Manuel Pedro Villa, interpuso también contra dicha sentencia, recurso de casación por infracción de ley, estimándolo comprendido en los números 1 y 4 del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, fundado en los motivos siguientes:

Primero.- Infracción del principio de derecho de que donde no hay interés, no hay acción, sancionado, entre otras muchas que cita, por las sentencias de este Alto Tribunal, de 20 de febrero de 1.908 y la doctrina legal de que sólo pueden ejercer la acción de nulidad de testamento, los parientes llamados a suceder abintestato a falta de disposición testamentaria; ambos infringidos por falta de aplicación al negar la solicitud de la recurrente establecida en los escritos de contestación a la demanda de los pleitos acumulados, sobre que se declarase que los demandantes carecían de acción para impugnar la validez del testamento de doña Cayetana Arechavala, y la validez de la cláusula sexta por no tener el carácter de herederos abintestato, ni de parientes tronqueros, dentro del cuarto grado, respecto a los bienes raíces sometidos al Fuero de Vizcaya.

Segundo.- Infracción de la doctrina legal de que en las regiones forales, rige el Código civil en materia de sucesión intestada doctrina establecida en multitud de sentencias, y entre otras, en las de 20 de marzo de 1.893, 10 y 13 de junio de 1.914, 24 de junio de 1.925, y 14 y 19 de Enero de 1.927, al no declarar la falta de acción de los demandados, ya que con arreglo a esta doctrina, los demandantes no son herederos abintestato de la causante, sino que lo era de su viudo, hoy difunto. Carecen, por tanto, del interés y de derecho para impugnar el testamento.

Tercero.- Infracción, por iguales razones, de los artículos 952 y 954 del repetido Cuerpo legal, que establecen la preferencia del cónyuge viudo en la sucesión intestada sobre los parientes colaterales del cuarto grado, al no estimar la falta de acción de los actores, oportunamente solicitada.

Cuarto.- Infracción de la doctrina legal de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, sancionada en las sentencias de 1 de diciembre de 1886, 11 de mayo de 1888, 9 y 14 de noviembre de 1907, 30 de marzo y 1 de abril de 1909, y de la doctrina legal de las sentencias de 28 de mayo de 1864, 9 y 16 de septiembre de 1867, 26 de noviembre de 1901, y 15 de mayo de 1916, al desestimar la solicitud de la declaración de falta de acción de los actores por haber aceptado todos la validez del testamento pidiendo a su amparo la adjudicación de determinados bienes de la testadora; en un juicio de adjudicación de bienes a los llamados por testamento, sin designación de nombres; y

Quinto.- Contradicción en los términos de la sentencia en cuanto por un lado declara sin aplicación práctica la cláusula sexta del testamento por no ser los demandados parientes tronqueros, respecto de los bienes, sitios en territorio foral, y por otro, desestima la solicitud deducida por la recurrente, respecto a que se declare la falta de acción de aquéllos para pedir la declaración de realidad de dicha cláusula.

Siendo Ponente el Magistrado D. José G. Valdecasas:

Considerando que para resolver el recurso interpuesto por doña Elvira Ruiz ha de partirse de la afirmación hecha por la Sala sentenciadora de que los demandantes, son parientes en cuarto grado de la línea de que proceden los bienes troncales, de que la testadora con tal carácter dispone sobre su sucesión, ya que no se combate en forma la apreciación de prueba que al efecto hace, pues ni siquiera se cita el número 7.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y esto sentado, no puede negarse que tengan interés, que les concede el derecho a deducir la acción ejercitada en este juicio, y por ello, improcedente la impugnación formulada en los motivos 1.º, 2.º, y 3.º de dicho recurso, porque al rechazarse en la sentencia recurrida la falta de acción en los actores, alegada como excepción al contestar la demanda, no ha podido infringirse el principio de derecho de que donde no hay interés no hay acción, ni la jurisprudencia que lo confirma en las sentencias al efecto citadas, ni tampoco las que suponen el recurrente que sostiene, no rige el Fuero de Vizcaya para la sucesión abintestato, sino el Código civil en los artículos que también cita, ni por tanto, estos artículos, toda vez que este

Tribunal Supremo en nada ha alterado ni desconocido el orden de suceder establecido, respecto a bienes troncales en dicho Fuero, que constantemente ha aplicado, ni menos podría sostenerse después de la vigencia del mencionado Código, que expresamente dispone en el último párrafo del artículo 10 que los vizcaínos seguirían sometidos en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana a la ley 15, título 20 del repetido Fuero, de todo lo que se desprende la necesidad de desestimar los tres referidos motivos:

Considerando que del propio modo es improcedente el cuarto motivo de este recurso, porque la impugnación de la sentencia hecha en el mismo, carece de fundamento, ya que por estimar el Tribunal sentenciador que el hecho de haber acudido los demandantes al juzgado promoviendo autos sobre adjudicación de bienes dejados por la testadora a los parientes tronqueros a quienes correspondieran sin designar sus nombres, no puede entenderse que por ello habían aceptado esta herencia, estimando válido el testamento, ni por tanto, debe apreciarse, cual pretende el que recurre que al no aceptarse en la sentencia la falta de acción excepcionada por dicho fundamento, se viola la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos, ni las sentencias de esta Sala que la confirman: ya que, al tratar de obtener el reconocimiento de su cualidad de parientes inmediatos tronqueros, no es posible admitir sea incompatible por la pretensión de la demanda sobre nulidad del testamento, a fin de obtener la herencia en la integridad del derecho de que se creen asistidos:

Considerando en cuanto al recurso interpuesto por doña Petra Sagazola Palacios que, si bien nuestro Código, reconociendo la importancia extraordinaria del acto jurídico que constituye el otorgamiento de disposición testamentaria, ha procurado revestirlo de múltiples y minuciosas formalidades, en garantía de su veracidad y eficacia, el ánimo del legislador, únicamente puede admitirse que se propuso conseguir, como ha sostenido repetidamente este Tribunal Supremo, que las formalidades consignadas en los preceptos del Código se cumplieran, imponiendo al efecto la sanción de nulidad, caso de así no verificarse, pero sin exigir que no pueda entenderse se realizó la observancia de tales preceptos, si para hacer constar los requisitos externos se hace expresión sin sujetarlo a la forma y vocablos usados en los mismos, debiendo en todo caso, cual en más de una sentencia de esta Sala se ha establecido, tener en cuenta la índole de las formalidades de que se trate, para apreciar, con relación a su trascendencia, el límite dentro del que pueden estimarse cumplidas, armonizando así la voluntad conocida del testador por los requisitos externos de su expresión:

Considerando que, con aplicación de la expuesta doctrina al presente caso, analizado detenidamente el párrafo final del testamento discutido que empieza: "así lo dice y otorga", y después de citar tres testigos, a cuya presencia se realiza, a continuación se consigna, y enterados del derecho que la ley les concede para leer por si este testamento, procedió por su acuerdo a la lectura íntegra del mismo, en cuyo contenido se ratifica, firmando todos menos la testadora, que aunque manifiesta saber, no lo hace por impedírselo su enfermedad", se observa que si bien no se expresó con las mismas palabras usadas en el artículo 695 del ya repetido código civil, y aún faltando

algunas, no puede por ello entenderse claramente incumplidas las formalidades preceptuadas en él, requiriendo para decidir acertadamente sobre tal extremo, proceder a una interpretación lógica y razonada, cual lo hace el Tribunal sentenciador:

Considerando que consignándose en el párrafo transcrito, que firmaron todos los presentes menos la testadora, quien, aunque manifestó saber, no lo hacía por impedírselo su enfermedad, al sostener el Tribunal "a quo", que los testigos firmaron por dicha testadora y a su ruego, no puede admitirse que incurrió en error de hecho porque así no resulte expresado, ya que, evidentemente, se desprende de lo manifestado por la misma al hacer constar que no podía firmar, que implícitamente rogaba lo hicieran por ella, y esto no podían verificarlo nada más que los testigos presentes, que hay necesidad de reconocer así lo entendieron y efectuaron, ya que no es dable admitir que la omisión de las palabras consiguientes, demuestre que tal formalidad, referente a la firma de quien testaba dejó de cumplirse cuando, con todo detalle, se expuso la imposibilidad de hacerlo en el momento oportuno y ante quienes por ella podían verificarlo, sin que de otra parte, la falta cometida por el Notario de dar fe de ello en el mismo párrafo en que lo expuesto se relató, permitía admitir que por sí implique la falta de la repetida formalidad, ni por tanto, que lleve con sígo la nulidad del testamento, toda vez que al final dio fe de todo lo ocurrido, y en último término, al funcionario sólo era imputable; de todo lo que se desprende que en la sentencia recurrida no se han infringido los artículos 687 y párrafo 2 del 695 del antes citado Cuerpo legal, cual se pretende en el primer motivo de este recurso, ni en su virtud la doctrina de la jurisprudencia a que se refiere el segundo, por lo que deben ser ambos desestimados:

Considerando que igualmente debe declararse la improcedencia del tercer motivo de este recurso, porque habiéndose hecho constar en el testamento que se dio lectura de su contenido, expresando en plural que se hizo saber el derecho que la ley les concede, evidentemente se refirió en cuanto a esto a la testadora y testigos que antes se designan por sus nombres, y al decir que después de leído se ratifica, esta referencia, tanto por su expresión en singular, como por no poder llevarlo a efecto, dado lo que significa el verbo empleado, nada más que la persona cuyo ordenamiento se había hecho constar, sólo podía hacer relación, sin duda alguna a la testadora, y significando dicha palabra, aprobar o confirmar una cosa que ha dicho o hecho, según el diccionario de la lengua, se impone reconocer que se cumplió lo prevenido en el párrafo 1.º del ya repetido artículo 695, puesto que con ello quedo manifestada la conformidad en él exigida, sin que, por tanto se haya infringido tal precepto ni el del artículo 675 del propio Cuerpo legal antes citado por el Tribunal sentenciador, cual se pretende en el indicado motivo del recurso:

Considerando que, interesado por la parte actora en la demanda, con carácter subsidiario para el caso de no accederse a la nulidad total del testamento, que se declarase nula la cláusula sexta del mismo, en cuanto por ella se instituye como herederos usufructuarios de los bienes sujetos al Derecho foral de Vizcaya al viudo de la testadora y a una sobrina de éste, por no ser parientes tronqueros, y habiendo el Tribunal "a quo" lejos de decidir sobre esta pretensión, a cuyo efecto fue requerido, y no obstante

haber sido objeto de discusión en el pleito, resuelto sólo que declaraba sin aplicación práctica dicha cláusula, a pesar de que por nadie se había pretendido tal declaración, necesario es reconocer que incurrió en la incongruencia aducida en los motivos 4.º del recurso, interpuesto por doña Petra Sagazola, y 5 de doña Elvira Ruiz, con infracción del artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, ya que en lugar de atenerse a lo en éste ordenado, de que las sentencias sean claras, precisas y congruentes con la demanda y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, decidió, haciendo declaración, que ninguna parte había pretendido y que no contribuye a resolver en nada la que con toda claridad se pretendió por la parte actora, resultando, por el contrario, extraña por completo a lo pedido, quedando sin decidir la cuestión sobre la nulidad de la cláusula, verdadero objeto del debate y punto litigioso de necesaria resolución, viniendo, además, a implicar contradicción con el acuerdo del fallo desestimando la excepción de falta de acción, porque el interés como parientes tronqueros de los actores al no tener aplicación práctica la referida cláusula en que la testadora llama a los que lo sean, no existía; por todo lo que son de estimar los dos citados motivos y casar en su virtud la sentencia recurrida, haciéndose con ello innecesario ocuparse del último motivo del recurso de doña Petra Sagazola;

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por doña Petra Sagazola Palacio por su motivo 4.º, y al de doña Elvira Ruiz y Ruiz Peña, por el motivo 5.º, y en su consecuencia, casamos y anulamos el pronunciamiento de la sentencia que en 19 de enero de 1928, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia territorial de Burgos, por el que declaró sin aplicación práctica la cláusula sexta del testamento de doña Cayetana Arechavala Palacio, y no damos lugar a la casación de dicha sentencia en cuanto a los restantes pronunciamientos, sin hacer expresa condena de costas del recurso; para su cumplimiento, librese rectificación a dicha Audiencia territorial, 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, pasándole al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Diego María Crehuet.– Mariano Avellón.– Luis Ibarguen.– José García Valdecasas.– Saturnino Bajo.

Publicación.– Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado-Ponente Excmo. Sr. D. José G. Valdecasas, celebrando Audiencia pública la Sala primera de este Tribunal, en el día de hoy.

Madrid, 11 de febrero de 1929.– Ante mí, Secretario Vicente Amat.