

STS de 17 de junio de 1957

En la villa de Madrid a 17 de junio de 1957; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Guernica, y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, por don José Goicoechea Zarandona y su esposa doña Justina Romana Laucirica Jayo, chófer el primero, ambos mayores de edad, la segunda dedicada a sus labores y vecinos de Guernica, contra don Eustaquio Barrena Lequerica, mayor de edad, panadero, y su esposa doña Eugenia Jayo Pinaga, vecinos también de Guernica y contra don Florencio y don Enrique Laucirica Jayo, mayores de edad, panaderos, vecino el primero de San Miguel de Basauri y el último de Guernica, sobre nulidad de testamento y otros extremos; pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por los demandados, representados por el Procurador don Juan Francisco Díaz Garrido y defendidos por el Letrado don Antonio Díaz Garrido, habiendo comparecido los demandantes y recurridos ante este Tribunal Supremo, representados y defendidos, respectivamente por el Procurador don Francisco Brualla Entenza, y el Letrado don Estanislao Pinacho.

Resultando que mediante escrito de fecha 28 de marzo de 1949, el Procurador don Rodrigo Luengo, en nombre y representación de los consortes don José Goicoechea Zarandona y doña Justina Romana Laucirica Jayo, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Guernica, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra los cónyuges don Eustaquio Barrena Lequerica y doña Eugenia Jayo Pinaga y contra don Enrique y don Francisco Laucirica Jayo alegando sustancialmente como hechos los siguientes: Preliminar: Que como antecedentes relacionados con los extremos fundamentales del presente juicio era de tener en cuenta especialmente un sumario que se siguió ante el Juzgado de Guernica por el delito de falsedad, en virtud de querrela de los cónyuges en este declarativo demandados, contra los consortes demandantes, en cuyo sumario se dictó por la Audiencia Provincial de Bilbao sentencia con fecha 23 de diciembre de 1914 absolviendo libremente a los procesados, y un juicio declarativo de mayor cuantía seguido a instancia de los repetidos cónyuges don Eustaquio Barrena Lequerica y doña Eugenia Jayo Pinaga, contra don José Goicoechea Zarandona, sobre reclamación de cantidad, cuyos autos terminaron por sentencia dictada con fecha 24 de enero de 1946 por el mismo Juzgado de primera instancia, desestimando la demanda y absolviendo al demandado, contra cuya sentencia se interpuso por los demandantes recurso de apelación, que fue resuelto por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos en sentencia de 23 de junio de 1947, confirmando la sentencia recurrida; que contra la sentencia dictada por la Audiencia y al objeto de prolongar indefinidamente la cuestión se interpuso por los apelantes recurso de casación; que hace constar que el presente litigio ha de contraerse exclusivamente a la defensa de los derechos de la esposa del actor doña Justina Romana Laucirica Jayo, derivados de su condición de

heredera de su difunto padre don Jerónimo Laucirica Echevarría, previa declaración de la nulidad de testamento por comisario otorgado por doña Eugenia Jayo Pinaga el 21 de marzo de 1945, juntamente con la declaración emanada de la renuncia a la herencia paterna por don Florencio Laucirica Jayo, además de los concordantes con las situaciones respectivas de ambos hijos del matrimonio Laucirica Jayo en el seno de la comunidad societaria familiar, pronunciamientos contenidos en el acto conciliatorio celebrado en Guernica el 13 de marzo de 1948, cuya certificación se acompaña; que por las razones limitativas derivadas del asunto a que se ha hecho referencia se prescinde en la súplica de esta demanda de la declaración contenida en el extremo letra A) de las peticiones de dicha demanda conciliatoria; y a continuación se consignan los hechos de la demanda en la forma siguiente: Primero. Que según se patentiza con la unida certificación de matrimonio, el día 24 de diciembre de 1903, se casaron la doña Eugenia Jayo Pinaga y el don Jerónimo Laucirica Echevarría en la Anteiglesia de Múgica, otorgándose en la propia fecha las capitulaciones del caso en fedación del Notario que fue de Guernica don Pedro Pascual Areitio, cuya copia autorizada, se acompaña: que en el número noveno de dicho contrato matrimonial, se hace referencia al poder mutuo testatorio otorgado por los contrayentes con las palabras "Los mismos jóvenes novios don Jerónimo Laucirica y doña Eugenia Jayo, con el fin de evitar las fatales consecuencias de un abintestato, se dan y confieren mutua y recíprocamente el poder testatorio más amplio y en derecho bastante, para que el sobreviviente de entre ellos, disuelto que sea el matrimonio con hijos, disponga entre los mismos y sus descendientes legítimos con entera libertad, de todos los bienes, créditos, derechos y acciones bien sea por testamento y contrato intervivos haciendo las mejoras, mandas, donaciones, institución de heredero o herederos, y desheredamiento que a bien tuviere dentro del término legal, o fuera de él, pues lo prorrogan indefinidamente conforme previene la legislación foral de este "Señorío de Vizcaya". Segundo. Que el citado matrimonio de la doña Eugenia Jayo con don Jerónimo Laucirica, vivió, en un principio, en sociedad familiar con los padres de la primera don Domingo Jayo y doña Dominga Pinaga en la precitada Anteiglesia de Múgica, según se infiere en la condición segunda del número 4 del expresado capítulo matrimonial; que más tarde hacia el año 1913, hubo de trasladarse el referido consorcio de Guernica y Luno, dedicándose a labores industriales, con motivo de haber adquirido en traspaso el mencionado negocio de panadería de la persona que la explotaba anteriormente, es decir del marido de doña Antolina Astoreca, quien muchos años después, vendió el inmueble en el cual se hallaba emplazada la panadería en cuestión, al actor don José Goicoechea Zarandona, que por la circunstancia apuntada, del traslado del consorcio de la doña Eugenia y don Jerónimo, motivado por la adquisición del expresado negocio dicho matrimonio, estableció su morada en uno de los pisos del relacionado inmueble del causante de la indicada doña Antolina Astoreca, sito en la calle de San Juan número 39 y en territorio de la extinguida Anteiglesia de Luno, donde rige el Fuero de Vizcaya. Tercero. Que como se deduce de la única partida de defunción, don Jerónimo Laucirica falleció en su domicilio relacionado el 26 de octubre de 1916, dejando a su óbito según reza la aludida certificación, cuatro hijos llamados don Florencio, doña Justina Romana, doña Visitación y don Enrique Laucirica

Jayo, y a los pocos días de ocurrir dicha defunción, la doña Eugenia dio a luz al hijo póstumo Jesús Laucirica Jayo, cuyo nacimiento tuvo lugar el 10 de noviembre del referido año de 1916. Cuarto. Que la también unida certificación de casamiento acredita, que la viuda doña Eugenia Jayo Pinaga contrajo segundas nupcias con don Eustaquio Barrena Lequerica; el día 12 de diciembre de 1918, y a la realización del referido matrimonio, vivían cuatro de los cinco hijos habidos del consorcio primero de la doña Eugenia, ya que la doña Visitación Laucirica Jayo había muerto el 24 de agosto de 1916, como consta en la certificación que se acompaña. Quinto. Que del meritado segundo matrimonio de doña Eugenia Jayo, nació como lo acredita la partida unida don Esteban Barrena Jayo, que vino al mundo el 25 de diciembre de 1919. Sexto. Que don Eustaquio Barrena hubo de emigrar a los Estados Unidos de América hacia el año 1920, época, en que el negocio de panadería se encontraba en situación precaria, emprendiendo el regreso hacia el año 1931; que durante dicha ausencia del don Eustaquio, la doña Eugenia Jayo pudo defender la industria, gracias principalmente a la ayuda prestada por el demandante, que en aquel entonces prestaba los servicios de obrero panadero en el negocio de referencia, que los particulares que anteceden, aparecen en la resolución dictada por este Juzgado, a la que se ha aludido preliminarmente. Séptimo. Que el hijo del primer matrimonio de la doña Eugenia don Florencio Laucirica Jayo, exteriorizó desde su minoría de edad sus propósitos de actuar independientemente, abandonando el domicilio familiar para dedicarse a marino, primero, y más tarde entrar a formar parte del personal de una panadería establecida en el pueblo de San Miguel de Basauri, donde fijó su residencia definitiva, y en donde vive actualmente; que por dicha circunstancia relativa a la separación virtual del negocio de panadería familiar del aludido don Florencio, la doña Eugenia Jayo, poco antes de contraer matrimonio, el mismo, quiso legalizar su situación, concertándose con este motivo un convenio entre ambos, por el que a cambio de la recepción por el don Florencio de 2.000 pesetas renunciaría a este a sus derechos a la herencia paterna, comprometiéndose además a no reclamar, en su día, los correspondientes a la expresada madre doña Eugenia. Octavo. Que la formalización de la repudiación onerosa de la herencia paterna mencionada, exigía a su vez, como condición indispensable, la renuncia también por parte de la madre contratante a la facultad de hacer uso del poder testatorio conferido en las referidas capitulaciones matrimoniales de 24 de septiembre de 1903, considerando al finado don Jerónimo Laucirica Echevarría como fallecido sin el otorgamiento de disposiciones testamentarias; que en consecuencia, en el contrato del caso llevado a término en fedación del Notario que fue de Guernica señor Álvarez Irigais el 29 de octubre de 1932, se consigna, en primer término, en calidad de manifestaciones de los comparecientes doña Eugenia Jayo y su hijo don Florencio Laucirica: "Que la compareciente doña Eugenia Jayo, estuvo casada en primeras nupcias con don Jerónimo Laucirica y Echevarría que falleció hace catorce años, sin otorgar disposición alguna testamentaria, dejando cinco hijos, de los cuales viven hoy cuatro, siendo uno de ellos el compareciente don Florencio Laucirica Jayo. Y que habiendo convenido doña Eugenia Jayo con su nombrado hijo en la entrega del mismo, de la cantidad de 2.000 pesetas, en pago de cuantos derechos pudieran corresponder a

este en las herencias de sus padres, para hacerlo constar debidamente, otorgan de conformidad esta escritura siguiendo a las expresadas manifestaciones previas, las cláusulas que se reproducen: "Primera. Doña Eugenia Jayo y Pinaga entrega en este acto a su hijo don Florencio Laucirica y Jayo la cantidad de 2.000 pesetas, en billetes del Banco de España, cuya entrega tiene lugar a mi presencia y la de los testigos, formalizando don Florencio Laucirica a favor de su madre compareciente, la más firme y eficaz carta de pago que a esta señora pueda convertirle. Segunda. La entrega de las expresadas 2.000 pesetas se efectúa en equivalencia o compensación de cuanto derechos y acciones pudieran corresponder a don Florencio Laucirica en las herencias de sus padres, a cuyo fin renuncia a tales derechos en favor de su madre y se compromete y obliga fin renuncia a tales derechos en favor de su madre y se compromete y obliga a no hacer ulterior reclamación por tales conceptos"; que este contrato resulta ser por demás interesante en el caso particular de autos, en cuanto que de su otorgamiento, se deducen los principales argumentos que apoyan la necesidad de efectuar la declaración de ineficacia y nulidad del testamento por comisario, de 21 de marzo de 1945. Noveno. Que algún tiempo después del otorgamiento de la escritura últimamente relacionada, y en el curso del año de 1933, se verificó el matrimonio de los demandantes, y se omite la presentación del correspondiente certificado de la realización del indicado consorcio por haberse traspapelado a última hora, por lo que en su defecto se practica la designación procesal de las oficinas del Registro Civil de esta Villa. Décimo. Que en la destrucción de Guernica, ocurrida en primavera del año 1937, quedó reducida a escombros la casa donde radicaba la panadería familiar de la razón comercial "Eugenia Jayo", o sea, el inmueble introducido en su consorcio por el actor don José Goicoechea, ya que hubo de ser adquirido, como queda dicho algunos años antes, por compra a la doña Antolina Astoreca: que estos particulares, y otros coetáneos, intrascendentes en la presente ocasión, se señalan en la resolución aludida del Juzgado de Guernica de 24 de enero de 1946, siendo únicamente digno de ser destacado entre los mismos, en extremo referente al extraordinario nuevo resurgimiento del mejorado negocio familiar, tras la reinstalación de la industria en el solar que ocupa la destruida casa de referencia, merced a la gestión del demandante señor Goicoechea; gestión a la que igualmente se hace alusión en la sentencia mencionada, a cuya glosa se contrae preferentemente el hecho preliminar. Undécimo. Que surgieron, como es también sabido, en el curso del año 1942, las divergencias entre el actor y la doña Eugenia, que ocasionaron las intervenciones coactivas de éste en unión de su esposo don Eustaquio y del don Florencio Laucirica Jayo, culminando en las repudiables querellas criminales, relacionadas también al principio de este escrito. Duodécimo. Que frustrada con la resolución de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 23 de diciembre de 1944, la primera arremetida contra los demandantes, a los efectos de preparar el subsiguiente juicio civil consabido, fraguóse la nueva malévola maniobra consistente en la desheredación de la doña Justina Romana Laucirica, creyendo, sin duda, sus autores, que ésta y su marido ignorarían el otorgamiento de la meritada escritura de 29 de octubre de 1932, irreconciliable, a todas luces, con el uso posterior del poder testatorio, al que necesariamente había de recurrir, la doña Eugenia para privar a su mencionada hija de la

herencia paterna: que ha sido puesto de relieve suficiente en el preliminar expresado, el culpable proceder de la doña Eugenia Jayo al causar la desheredación de su relacionada hija para lesionar indiscutibles legítimos derechos, juntamente con los de su marido don José Goicoechea, en beneficio principalmente de la propia comisaria y de su hijo don Florencio, renunciante de la herencia paterna en el repetido contrato de 1932, cuyo principal protagonista, la comisaria doña Eugenia, con un dolo sin precedentes, ocultó la formalización del indicado convenio al Notario autorizante del testamento de 21 de marzo de 1945, y tan es así, que dicha comisaría otorgante, para mayor paradoja, instituye al aludido don Florencio heredero de su finado padre don Jerónimo Laucirica, que se acompañaba copia fehaciente del repetido testamento, en el que intervino el Notario don Manuel Crespo Álvarez, haciendo constar previamente en el mismo, que la doña Eugenia Jayo, obraba exclusivamente en calidad de comisaria de su difunto marido don Jerónimo Laucirica Echevarría; que a continuación se transcriben las dos cláusulas fundamentales: "Segundo. En el concepto en que concurre, instituye únicos y universales herederos de su finado primer marido don Jerónimo Laucirica y Echevarría; a sus dos hijos don Florencio y don Enrique Laucirica y Jayo, por iguales partes entre sí": "Tercera. La señora compareciente en el concepto en que concurre, excluye y aparta de la herencia de don Jerónimo Laucirica Echevarría, a su hija doña Justina Romana Laucirica Jayo, y a todos sus demás descendientes, no llamados expresamente a dicha herencia, con el mínimum que consiente el Fuero de Vizcaya"; que de la extremada vulnerabilidad de las dos cláusulas esenciales transcritas anteriormente habla, con toda elocuencia, la prodigalidad de argumentos que provoca un somero examen a la luz de los antecedentes del caso actual de los que se deduce, a fin de cuentas, la ineficacia y nulidad de tan doloso como odioso testamento por comisario. Décimo-tercero. Que durante la pasada guerra civil, falleció el don Jesús Laucirica Jayo hijo de los consabidos don Jerónimo y doña Eugenia, en un hospital, que a la sazón funcionaba, en el pueblo de Viana del Cega (provincia de Valladolid). Décimo-cuarto. Que parece ser, que desde que cesó en la gestión administrativa del tantas veces indicado negocio de panadería el demandante don José Goicoechea, realiza dichas funciones rectoras la demandada doña Eugenia Jayo Pinaga; y después de invocar los fundamentos legales que estimó de aplicación, terminó suplicando, se dictara sentencia declarando: Primero. Nulo y sin ningún valor ni efecto el testamento abierto otorgado por doña Eugenia Jayo Pinaga ante el Notario don Manuel Crespo Álvarez el 21 de marzo de 1945 en cuanto a todas las disposiciones efectuadas por dicha señora en el referido testamento en su condición de comisaria del finado primer marido de la misma don Jerónimo Laucirica Echevarría, y concreta y especialmente en cuanto a la desheredación y postergación de la demandante doña Justina Romana Laucirica Jayo y a la designación de heredero a favor de Florencio Laucirica Echevarría. Segundo. Que la herencia intestada del indicado difunto don Jerónimo Laucirica Echevarría correspondía a sus cinco hijos don Florencio, doña Justina Romana, doña Visitación, don Enrique, y don Jesús. Tercero. Que al referido Florencio Laucirica Jayo no le asiste en la actualidad ningún derecho a la herencia de su padre don Jerónimo Laucirica en méritos de su renuncia causada en el contrato otorgado en 29 de octubre de 1932 en fedación del Notario don Severo

Francisco Álvarez Irigaray. Cuarto, que doña Justina Romana Laucirica Jayo, en la indicada calidad de heredera de su padre don Jerónimo Laucirica, es copartícipe en el negocio de panadería, que funcionaba en Guernica bajo razón y denominación "Eugenia Jayo", y por tanto, como propietaria de los bienes destinados al mismo y de sus productos o rendimiento a partir del óbito de su relacionado padre causante. Quinto, que a don Florencio Laucirica Jayo, no le asiste ningún derecho en la referida calidad de heredero de su padre, don Jerónimo Laucirica, en el negocio industrial precitado, y finalmente, se sirva condenar a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones; y a la doña Eugenia Jayo Pinaga o en todo caso a todos ellos, a efectuar la rendición de cuentas de todas las operaciones comerciales realizadas con motivo de la gestación del memorado negocio industrial y derivados desde la fecha en que cesó la intervención en el mismo del actor don José Goicoechea Zarandona; condenando igualmente a los demandados a la satisfacción de todas las costas del pleito.

Resultando que admitida a trámite la demanda, y emplazados los demandados don Eustaquio Barrena Lequerica y su esposa doña Eugenia Jayo Pinaga y don Florencio y don Enrique Laucirica Jayo, se personaron en los autos representados por el Procurador don Jerónimo Rodríguez, el cual por medio del escrito oportuno, contestó y se opuso a la demanda, alegando sustancialmente como hechos: Preliminar, que si bien acepta los procedimientos, tanto de índole criminal como de la civil a que se refiere la parte actora rechaza las conclusiones que la propia parte deduce y defiende la actitud y comportamiento de los demandados en relación con los demandantes. Primero, que del correlativo del contraescrito, solamente se ha de rectificar la fecha en que se dice fue celebrado el matrimonio de don Jerónimo Laucirica y doña Eugenia Jayo y otorgada la escritura de sus capitulaciones, puesto que se asegura –sin duda, por error– que tales acaecimientos tuvieron lugar el día 24 de diciembre cuando la verdad es, y sí resulta de los correspondientes testimonios que a la demanda se acompañaban que aquellos hechos ocurrieron el 24 de septiembre de 1903; que por lo demás se reconoce y acepta plenamente la versión o contenido transcrito del número 9 de la supradicha escritura de capitulaciones matrimoniales, según el cual los cónyuges expresados, se confirieron mutua y recíprocamente el poder testatorio más amplio y en derecho bastante, para que el sobreviviendo de entre ellos, disuelto que fuera el matrimonio con hijos, dispusiera entre los mismos y sus descendientes legítimos con entera libertad, de todos los bienes, créditos, derechos y acciones bien por testamento y contrato intervivos haciendo las mejoras, mandas, donaciones, institución de heredero o herederos y desheredamientos que a bien tuviere, dentro del término legal o fuera de él, "pues la prorrogan indefinidamente conforme previene la legislación foral de este Señorío de Vizcaya". Segundo, que es cierto que los cónyuges Laucirica-Jayo vivieron, aproximadamente, los 10 primeros años de su consorcio en sociedad familiar con los padres de la esposa, en la Anteiglesia de Múgica, y también es verdad que hacia el año 1913 trasladaron su residencia a la villa de Guernica donde montaron un negocio de panadería en un inmueble propiedad de doña Antonia o Antolina Astoreca, radicante en la calle de San Juan de la localidad precitada. Tercero, que conforme se expresa en este número de la

demanda, don Jerónimo Laucirica falleció el 27 de octubre de 1916, dejando de su único matrimonio con doña Eugenia Jayo, 4 hijos llamados Florencio, Justina Romana, Visitación y Enrique; y unos días después de su óbito, nació el quinto hijo al que se puso el nombre de Jesús. Cuarto, que también resulta cierta la referencia de que el segundo matrimonio de doña Eugenia Jayo se hace en el correlativo del contra-escrito, puesto que, según allí se dice, dicha señora se casó con don Eustaquio Barrena Lequerica el día 12 de diciembre de 1918, según, en el mismo hecho se afirma, cuando tuvieron lugar las segundas nupcias de doña Eugenia Jayo, solamente quedaban de su primer matrimonio 4 hijos, puesto que Visitación había fallecido el 24 de agosto de 1916 como por error expresa la contraparte, sino de 1917 que es el año que resulta de la certificación que se acompaña a la demanda. Quinto, que exactamente del segundo consorcio de doña Eugenia Jayo, vino al mundo y vive en la actualidad, el hijo Esteban Barrena Jayo. Sexto, que es verdad que don Eustaquio Barrena marchó y estuvo unos años en América del Norte, pero contra lo manifestado de adverso en el correlativo de la demanda, se ha de proclamar aquí que la panadería de doña Eugenia se hallaba en precaria situación sin que pueda influir lo más mínimo en la decisión de este pleito el hecho, cierto o no, de que fuera el señor Goicoechea quien prestase principal ayuda en la defensa de la industria de doña Eugenia durante la ausencia de don Eustaquio, puesto que estando aquél, entonces a servicio del negocio en concepto de criado, nada más natural que tal hiciese, ya que para eso cobraba. Séptimo, que en la forma que se relaciona el hecho de este número de la demanda, cualquiera creería que don Florencio Laucirica, en cuanto tuvo uso de razón, se lanzó a la aventura y dejó para siempre el domicilio y el negocio de la panadería que rezaba y reza a nombre de su madre, sin haber puesto manos en él, y sin embargo no fue así, ni nadie que haga honor a la verdad, puede afirmarlo, dada la circunstancia de ser el mayor de los hijos del primer matrimonio de doña Eugenia, casi desde el fallecimiento de su padre tuvo que pechar no sólo con el más rudo trabajo de la industria panadera, sino con la misma responsabilidad de su dirección, y así continuó mucho tiempo después, siendo acaso en orden a la cuantía y calidad del esfuerzo realizado, a quien más debe la prosperidad del negocio de que tanto se habla en esta litis y se ha hablado en la que está pendiente del recurso de casación que se tramita ante el Tribunal Supremo, que lo que ocurrió, a este respecto de que se ocupa la contraparte y que ahora se analiza, fue, sencillamente, que don Florentino Laucirica, agobiado por el peso de tan ardua tarea, se dio perfecta cuenta de la repetición por parte del señor Goicoechea, de la hazaña del lego del convento y prefirió salir de la industria regentada por su madre, donde no hallaba un instante de paz y de sosiego, por trabajar a merced de un sueldo o jornal que le proporcionara un extraño, pero seguro de tener sus horas de descanso; que en dichas condiciones decidió contraer matrimonio y recibió de su madre para tal concepto, la cantidad de 2.000 pesetas a que se refiere la parte adversa en el segundo párrafo del correlativo; no en pago de la herencia paterna y con renuncia a ésta y a la de doña Eugenia, sino sencillamente como cantidad prestada o anticipo que a lo más, podría ser colacionable en el acto de partirse aquellas respectivas herencias. Octavo, que se otorgó en efecto, el documento a que se refiere la contraparte en el hecho de este número del escrito inicial

del pleito, y a cuya preparación tal vez, no fueron muy ajenos los demandantes; que el contenido que allí se transcribe corresponde, ciertamente, al del instrumento original que se cita, cuyo acto y su significación serán objeto de análisis al formular los fundamentos de derecho del presente escrito. Noveno, que se admite sin reserva el contenido de este número de la demanda, dando por sentado, en su consecuencia, que en el curso del año 1933, se verificó el matrimonio de los demandantes. Décimo, que es cierto que en la destrucción de Guernica durante la última guerra civil, quedó reducido a escombros el inmueble donde se hallaba instalada la panadería de doña Eugenia Jayo, si bien pudieron salvarse las máquinas, los hornos y algunos otros artefactos del negocio que, con los fondos de aquélla, volvieron a reconstruirse poniéndose nuevamente en marcha la industria. Décimo primero, que alude la parte actora en este número de la demanda, a divergencias surgidas entre el señor Goicoechea y su madre política en el año 1942; y divergencia hubo, en efecto, porque la señora Jayo, no podía estar conforme con la actuación y la conducta de su yerno, que, según ella "barría para su propia casa" en la administración del negocio de panadería; de ahí, las querellas, sin más calificativos, reconociéndose como cierto que doña Eugenia Jayo otorgó el testamento de 21 de marzo de 1945 ante el Notario de Guernica don Manuel Crespo Álvarez del que, es transcripción fiel y exacta la copia autorizada que presenta la parte actora con la demanda; que la testadora, al otorgar el instrumento aludido, ejerció una facultad de su incumbencia, está fuera de toda duda, sin que pueda enervar aquella la escritura de 29 de octubre de 1932 conocida, claro está; de los demandantes, porque de ellos nació la idea de que se otorgase, que inculcaron a su madre, en busca de los efectos que ahora persiguen. Décimo tercero, que es cierto cuanto se expresa en el hecho décimo tercero del escrito adverso, o sea, que don Jesús Laucirica, hijo de don Jerónimo y doña Eugenia, falleció durante la pasada guerra civil de España. Décimo cuarto, que en efecto, las funciones rectoras del negocio de panadería "Eugenia Jayo" las realiza ésta, pero con su marido y con sus hijos, puesto que a todos ellos pertenece; y después de citar los fundamentos legales que consideró de aplicación, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar a ninguno de los pedimentos a que se contrae la súplica de la parte actora en el escrito inicial del pleito, absolviendo a los demandados de aquellos, y condenando a los precitados actores a las costas que el procedimiento origine.

Resultando que conferido el oportuno traslado para réplica y dúplica, respectivamente, a las partes actora y demandada, lo evacuaron por medio de los correspondientes escritos, en los que insistieron y fijaron concretamente los puntos de hechos y de derecho objeto de debate, reproduciendo íntegramente los súplicos de sus respectivos escritos de demanda y contestación.

Resultando que recibido el pleito a prueba a instancia de la parte demandante se practicó la de confesión judicial de los demandados, documental y testifical; y a instancia de la parte demandada tuvo lugar la de confesión en juicio de los demandados, y unidas las pruebas a sus autos, y seguido el pleito por sus restantes trámites, el Juez de

primera instancia de Guernica dictó sentencia con fecha 21 de marzo de 1950 por la que declaró: Primero, nulo y sin ningún valor efectivo el testamento abierto otorgado por doña Eugenia Jayo Pinaga ante el Notario de Guernica don Manuel Crespo Álvarez el 21 de marzo de 1945, en cuanto a todas las disposiciones efectuadas por dicha señora en el referido testamento en su condición de comisaria de finado primer marido de la misma don Jerónimo Laucirica Echevarría, y concreta y especialmente en cuanto a la desheredación y postergación de la demandante doña Justina Romana Laucirica Jayo y a la designación de heredero de don Florencio Laucirica Jayo. Segundo, que la herencia intestada del indicado difunto don Jerónimo Laucirica correspondía a sus 5 hijos don Florencio, doña Justina Romana, doña Visitación, don Enrique y don Jesús Laucirica Jayo. Tercera, que doña Justina Laucirica Jayo en la indicada calidad de heredera de su padre don Jerónimo Laucirica es copartícipe en el negocio de panadería que funcionaba en Guernica el óbito del expresado don Jerónimo, y que pertenecía al consorcio matrimonial de don Jerónimo Laucirica y doña Eugenia Jayo, el que continúa funcionando bajo la razón social y denominación "Eugenia Jayo", y por tanto dicha doña Justina Romana Laucirica Jayo en la indicada calidad de heredera es copropietaria de los bienes destinados a dicho negocio y de sus productos o rendimientos a partir del óbito de su relacionado padre, y en la referida calidad de heredera; condenando a los demandados los cónyuges don Eustaquio Barrena Lequerica y doña Eugenia Jayo Pinaga, y don Enrique Laucirica Jayo y don Florencio Laucirica Jayo a estar y pasar por dichas declaraciones, y a la doña Eugenia Jayo Pinaga a efectuar la rendición de cuentas de todas las operaciones comerciales realizadas con motivo de la gestión del memorado negocio industrial y derivados, desde la fecha en que cesó la intervención en el mismo del actor don José Goicoechea Zarandona, absolviendo a todos los demandados de los restantes pedimentos formulados en el súplico del escrito de demanda, sin hacer especial declaración sobre imposición de costas.

Resultando que contra la anterior sentencia se interpuso por la representación de los demandados, don Eustaquio Barrena Lequerica y su esposa doña Eugenia Jayo Pinaga y don Florencio y don Enrique Laucirica Jayo, recurso de apelación, que fue admitido libremente y en ambos efectos, y sustanciada la alzada por sus trámites legales, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, dictó sentencia con fecha 5 de febrero de 1952, confirmando en todas sus partes la apelada, y no haciendo expresa imposición de las costas de la segunda instancia.

Resultando que mediante constitución del depósito de 1.000 pesetas, el Procurador don Juan Francisco Díaz Garrido, en nombre y representación de don Eustaquio Barrena Lequerica, doña Eugenia Jayo Pinaga, don Florencio y don Enrique Laucirica Jayo, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, denunciándose la violación, por interpretación errónea y aplicación indebida de la Ley tercera del Título XXI del Fuero de Vizcaya, en relación con la doctrina contenida en las sentencias de 11 de febrero de 1875 y primero de septiembre de 1897: alegando que en el primer

Considerando de la sentencia recurrida, y después de aceptarse los cinco primeros de la de primera instancia, se asegura, interpretado la Ley tercera del Título XXI del Fuero de Vizcaya, que dicho precepto legal prohíbe e impide la prórroga del poder testatorio, ya que niega validez a los que se usen fuera de los términos que el último señala; ahora bien, examinando la meritada Ley tercera del Título XXI del Fuero claramente se observa que no aparece en ella mención alguna referente a la prórroga del poder que regula, esto es, que si bien es cierto que no la autoriza, tampoco puede afirmarse que lo prohíba, y teniendo en cuenta los principios o aforismos jurídicos "Permissum videtur id omne, quod non prohibitum" y "Omnia mihi licent, nisi lege vel decreto vententur", éste último de la "Suma iuri" del insigne San Raimundo de Peñafort, y, el primero, recogido en las sentencias de este Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1875 y primero de septiembre de 1897, es indudable que, al no prohibir expresamente la prórroga, ha de estimarse autorizada, y por ello, la sentencia recurrida, al negar la validez a la prórroga y declarar la nulidad del testamento otorgado a su amparo, ha infringido la norma y doctrina legal citadas, a la cabeza de este motivo.

Segundo.- Igualmente amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose la violación de los artículos 12 y 6 del Código Civil y de la Ley tercera del Título XXXVI del Fuero de Vizcaya, esta última por interpretación errónea y aplicación indebida; alegando, que al declarar la sentencia recurrida la nulidad del testamento otorgado por doña Eugenia Jayo, como comisaria de su difunto marido don Jerónimo Laucirica, lo hace desconociendo en el Considerando segundo, la fuerza que la costumbre pueda tener, que el expresado artículo 12 declara de general aplicación en todas las provincias del Reino el título preliminar del Código Civil, dentro del cual se encuentra el artículo sexto, en cuyo segundo párrafo se establece que, "cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará lo costumbre del lugar", siendo de advertir, además, que el régimen consuetudinario de Vizcaya se conserva en toda su integridad por mandato del propio artículo 12 del expresado Cuerpo legal, y teniendo en cuenta que, conforme antes se ha dicho, la Ley tercera del Título XXI del Fuero, nada dice en cuanto a la prórroga del poder testatorio, para suplir su omisión debe acudir a la costumbre inmemorial, existente en Vizcaya de prorrogar dichos poderes y que admite su validez; que en cuanto a la referida costumbre está plenamente acreditada, ya que si bien es cierto que no se ha hecho prueba alguna sobre ella, fue debido al expreso reconocimiento que de la misma hizo la parte actora en el apartado E) del Fundamento de Derecho de su escrito de demanda, según lo acepta el Juez de Primera Instancia en el Considerando sexto de su sentencia al hablar de "uso constante" y la propia sentencia recurrida en el Considerando segundo al pretender calificarla de "costumbre contra legem"; que estos hechos están avalados, además, por la opinión unánime de todos los comentaristas del Fuero de Vizcaya de entre los que se cita a don Darío de Areitio, quien en la página 46 de la introducción de la obra "El Fuero, Privilegios, Franquezas y Libertades del M.N. y M.L. Señorío de Vizcaya", editada en el año 1951, por la Diputación de aquella Provincia, asegura: "Hemos examinado escrituras de capitulaciones matrimoniales y

testamentos desde el siglo XVI en donde se consigna la prórroga con una fórmula parecida a la usada en la actualidad. La prórroga es una facultad que posee el otorgante de delegar su derecho para designar o elegir heredero, mientras no haya una ley explícita que se lo prohíba" que la importancia de la costumbre además de en los citados preceptos del Código Civil, se establece en la Ley tercera del Título XXXVI del Fuero donde afirma que éste es "más de albedrío que de sutileza y rigor de derecho" y al no entenderlo así la sentencia recurrida, y no aplicar la expresada costumbre existente en Vizcaya infringe en la forma que en el epígrafe se manifiesta, los preceptos legales allí señalados.

Tercero.- Asimismo autorizado por el número primero del propio artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose la violación de la Ley tercera del Título XXIX del Fuero de Vizcaya; alegando que dispone la Ley a que el epígrafe se refiere, que los Diputados dicten sus sentencias "con consejo y acuerdo de su Letrado asesor, que sea Letrado conocido, y de dentro del Condado (porque el Fuero de la tierra y costumbre y estilo de las audiencias de ellas, ellos lo pueden mejor saber, y estar en ello más experimentados); que la totalidad de los comentaristas del Fuero de Vizcaya se muestra favorable de la prórroga del poder testatorio, pudiendo citarse, además de don Darío Areitio en el lugar antes expresado, don Rodrigo Jaro en la página 271 de la segunda edición de su obra "Derecho Civil de Vizcaya", don Manuel R. Lezón en un artículo publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario de mayo de 1946 y, en general, todos cuantos de este problema se ocupan; y por consiguiente, aún cuando en el derecho común la opinión de los autores no tenga fuerza de obligar es indudable que en el Fuero de Vizcaya el Título XXIX y al prescindir de aquellas, e incluso ir en contra de la misma, la sentencia recurrida infringe, por violación, la norma legal de referencia.

Cuarto.- Amparado igualmente en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, denunciándose la violación del artículo 1.655 del Código Civil y de la doctrina contenida en sentencias de 2 de marzo de 1935 y 15 de diciembre de 1917, entre otras; alegando, que la sentencia recurrida, al declarar la nulidad del testamento por comisario objeto de litigio, se olvida que el mismo está otorgado al amparo de su poder testatorio que expresamente estableció la prórroga indefinida; que con arreglo al artículo 1.255 del Código Civil, aplicable como supletorio a Vizcaya, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público, y al amparo de este precepto, don Jerónimo Laucirica al conferir el poder testatorio a su esposa, lo hizo ampliándola el plazo que la ley concede para la designación de heredero, acto, pues, plenamente válido; que teniendo en cuenta, por otro lado, que las sentencias dictadas en el epígrafe disponen que la voluntad del causante es ley primordial de la sucesión, habrá de concederse validez a la prórroga establecida y, en su consecuencia al testamento dentro de ella otorgado; que así lo estimó este Supremo Tribunal, en la sentencia de 19 de septiembre de 1863, en la que se declaró "que los términos respectivamente señalados en la Ley tercera. Título 19, libro 10 de la Novísima Recopilación, o sea la 33

de Toro, al comisario para hacer testamento y declarar lo que haya hacerse de los bienes del que le dio el poder, fueron establecidos en beneficio de este con el fin de que no se dilatase arbitraria e indefinidamente el cumplimiento de su última disposición, pudiendo por lo tanto renunciarse por él y prorrogarlos por el tiempo que juzgue conveniente para el objeto que se propone, puesto que no se lo prohíbe la Ley"; que por todo ello, la sentencia recurrida infringe las normas y jurisprudencia que en el epígrafe del presente motivo se alude, ya que para declarar la nulidad del testamento habría sido necesario declarar, previamente, la de la cláusula a cuyo amparo aquel se otorgó.

Quinto.- También autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose a violación del artículo 12 del Código Civil en relación con la Ley sexta del Título II de la Partida primera y doctrina jurisprudencial aplicable al caso; alegando; que se ha sostenido en el segundo motivo de este recurso, que la sentencia recurrida desconocía el valor de la costumbre como fuente de derecho, ya que calificaba, sin serlo, como costumbre "contra legem" a la existente en Vizcaya de prorrogar el plazo para hacer uso de los poderes testatorios, y en este motivo se trata de demostrar la validez de tal costumbre aunque sea contraria a la Ley; que en efecto, la Ley sexta del Título II de la Partida sexta, que fue, indudablemente, derecho supletorio del Fuero de Vizcaya con anterioridad a la publicación del Código Civil, de acuerdo con la Ley tercera del Título XXXVI de dicho Fuero, reconocía a la costumbre fuerza bastante "de tirar todas las leyes antiguas que fueron hechas antes de ella", y como quiera que el artículo 12 del meritado Código Civil ordena conservar en Vizcaya el vigente régimen jurídico sin que sufra alteración por la publicación del Código "que regirá tan solo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales", es indudable que dicha costumbre contra Ley, tenía y tiene fuerza de obligar en el caso objeto del litigio; que la subsistencia de las costumbres contra Ley en las regiones forales está reconocida, en cuanto a Navarra, por jurisprudencia de este Tribunal Supremo establecida en sentencia de primero de abril de 1891 y 9 de abril de 1898, siendo ambas de indudable aplicación analógica a Vizcaya, de todo lo que se deduce la violación de los preceptos y doctrinas citados realizada por la sentencia contra la que se recurre, al no admitir el valor de la costumbre invocada por la parte recurrente y admitida por la parte actora.

Visto siendo Ponente el Magistrado don Joaquín Domínguez de Molina.

Considerando que el presente recurso tiene su principal fundamento en las diversas leyes del Fuero de Vizcaya que en lo que resulta pertinente disponen: a) La tercera del título XXI: que por cuanto muchos en su fin no pueden ordenar ni hacer sus testamentos... o no quieren declarar su postrimera voluntad; y dan poder a algunos... para que fallecido el que había de testar, hagan los tales comisarios el tal testamento e institución o instituciones de herederos; y puede ser que tal fallecido ha dejado hijos, o descendientes o profincos que le han de suceder, pupilos y pequeños, y de tal edad, y condición y calidad que los comisarios no pueden convenientemente elegir ni sustituir

entre los tales menores, cuál 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 hacerse las tales elecciones entre niños, y tan breve, a veces no sucede bien. Por ende que establecían que el tal poder y comisión valiese; con que los comisarios puedan hacer la elección... si los hijos o descendientes o profincos y tronquero del testador, fuesen al tiempo que el testador fallece de edad de poderse casar; y en tal caso, tengan los tales comisarios término de año y día para hacer la 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 los tales hijos y sucesores fueren menores de edad, y disposición de se poder casar, y dende un año cumplido y dentro de este término, en cualquier tiempo que ellos quisieren hagan la tal elección, o institución, etc."; b) La tercera del Título XXIX, que.. "el pleito concluso, los Diputados tomen el proceso y con consejo y acuerdo de su Letrado asesor, que sea Letrado conocido y de dentro del Condado (porque el Fuero de la tierra y costumbre y estilo de las audiencias de ellas, ellos lo pueden mejor saber y estar en ello más experimentados) ordenen su sentencia" y por último, la tercera del Título XXXVI, que después de declarar que todos sus pleitos (los de los vizcaínos) se pueden determinar por este su Fuero", añade: "el cual es más de albedrío que de sotileza y rigor de derecho" único particular a que se alude en el recurso, pero omitiendo que a continuación se dice: "y a los vizcaínos aprovecharía poco o nada si en Vizcaya o fuera de ella (así en el Consejo Real, como en la Corte y Chancillería de su Alteza) no se hubiese de guardar el dicho Fuero a los vizcaínos; y si los Jueces de Vizcaya, o fuera de ella, hubieren de sentenciar en los pleitos y causas de ella, contra el dicho Fuero, y no según el tenor de él, y se hubiesen de guiar en tales sentencias por otras Leyes del Reino o de derecho común, sí opiniones de doctores. Por ende, que ordenaban y ordenaron que ningún Juez que resida en Vizcaya, ni en la dicha Corte y Chancillería, ni en el Consejo Real de su Alteza, ni en otro cualquiera, en los pleitos que ante 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 (los que por ellas se puedan determinar) y los que por ellas no se pudieren determinar determinen por las Leyes del Reino y pragmáticas de su Alteza: con 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 y de ningún valor y efecto..."; habiéndose finalmente invocado en la sentencia recurrida y silenciado en los motivos del recurso, la Ley XIII del Título séptimo, según la cual: "la forma y orden luso declarada se haya y tenga y se guarde al pie de la letra en todo el dicho Condado y Señorío, así por el Corregidor como por los Alcaldes del Fuero y sus Tenientes, en cualesquiera de sus Audiencias, sobre todos y cualquier bienes, muebles y raíces y semovientes, sin embargo de cualquier Ley del Fuero y uso y costumbre y ceremonias que hasta aquí se hayan guardado, usado y acostumbrado: todo lo cual, en lo que es o puede ser contra esto lo revocaron y anularon, y dieron por ninguno y de ningún valor y efecto excepto en las demandas de 500 maravedís de abajo y de los daños hechos por ganados...".

Considerando que habiéndose declarado en el tercero de la sentencia recurrida que está producida la caducidad del llamado poder testatorio origen del pleito por el transcurso del plazo establecido en el Fuero según claramente se deduce de sus demás razonamientos al estimar ineficaz la prórroga de dicho plazo, y partiéndose en el recurso del supuesto contrario de que se hizo uso del poder en virtud de una prórroga válida, ha de reputarse éste, el tema único sometido a la decisión del Tribunal, teniendo en cuenta los textos legales anteriormente expuestos, en relación con sus concordantes y con la doctrina legal pertinente.

Considerando que el primer motivo del recurso, acogido, como todos los restantes, al número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede prosperar, porque los términos transcritos de la mencionada Ley tercera del Título XXI del Fuero de Vizcaya, que se considera infringida, no consienten, según se ha declarado ya por esta Sala en su reciente sentencia de 30 de abril último, la interpretación extensiva que le atribuyan los recurrentes, en cuanto pretenden limitar su alcance al caso en que en el poder testatorio no se conceda por el otorgante la prórroga del plazo legal pues aparte de que la expresión clara e imperativa que se emplea en el Fuero excluye la idea de la prórroga, el poder, o facultad de testar por otro constituye por su naturaleza una patente excepción del principio general de que las disposiciones testamentarias, en cuanto entrañan la manifestación de última voluntad del testador; sólo a éste corresponde ordenarlas; y por ello, el Fuero, por vía concesiva y en atención a los motivos que expresa, autoriza el poder a otro, que se aparta de aquella norma general, y declara su validez, con que el comisario cumpla su encargo dentro del tiempo que señala; y en su virtud, por ese carácter excepcional de la facultad que la Ley Foral otorga ha de ser objeto de interpretación estricta, y con mayor razón si se atiende el evidente quebranto que para los intereses de los herederos representaría una dilatada e indefinida prórroga en el ejercicio del poder; resultando en su consecuencia inaceptable en el caso presente la doctrina legal que se invoca, con la cita de las sentencias de 11 de febrero de 1875 y primero de septiembre de 1897, de que lo que no está prohibido ha de estimarse permitido.

Considerando que el segundo motivo al denunciar la infracción de la Ley tercera del Título XXXVI del repetido Fuero y de los artículos 6 y 12 del Código Civil, en cuanto parte del supuesto de que la Ley tercera del Título XXI de dicho Fuero nada dice sobre la prórroga del poder testatorio y que según la citada Ley tercera del Título XXXVI la interpretación del Fuero es "más de albedrío que de sotileza y rigor de derecho" tampoco puede prevalecer porque, como se establece en el Considerando precedente, y según ha reconocido acertadamente la Sala Sentenciadora, la expresión que en la del Título XI se emplea excluya la idea de prórroga, que implícitamente se entiende prohibida; y frente a disposiciones claras de la Ley, no puede invocarse con eficacia una costumbre supletoria, porque ello va contra su propio supuesto y precisamente contra uno de los preceptos que se citan el segundo párrafo del artículo sexto del Código Civil según el cual sólo en defecto de Ley exactamente aplicable al

punto controvertido se aplicará la costumbre del lugar, precepto de indudable aplicación, como en el motivo examinado se reconoce, y conforme al párrafo primero del artículo 12 del dicho Código, igualmente alegado, a todas las provincias del Reino; preceptos que por consiguiente no pueden considerarse infringidos en la sentencia recurrida; ni tampoco la Ley tercera del Título XXXVI del Fuero, porque el inciso que de la misma se invoca ha de armonizarse con otros particulares de la Ley misma, que aluden "al tenor de la Ley" y que "ningún Juez que resida en Vizcaya, ni en la dicha Corte, o Chancillería, etc., sentencien, determinen ni libren por otras Leyes, ni Ordenanzas algunas salvo por las Leyes de este Fuero de Vizcaya... y que todo lo que en contrario se sentenciare... sea en si ninguno y de ningún valor, y efecto..." así como con la Ley XIII del Título VII, según la cual "la forma y orden soso declarada se haya y tenga o se guarde al pie de la letra..." por lo cual aquella interpretación de albedrío, que nunca podría ser arbitraria ni artificiosa, tampoco sirve, como por los recurrentes se pretende, para ampliar la de la Ley tercera del Título XXI en sentido favorable a la prórroga que les interesa.

Considerando que el motivo tercero, que acusa la violación de la Ley tercera del Título, carece de consistencia, pues el número 10 del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara inadmisibile el recurso o el motivo respectivo cuando se citen como infringidas las opiniones de los jurisconsultos a que la legislación del país no da fuerza Ley, y es evidente que la Ley que se cita no reconoce, esa eficacia, sino que atribuye ciertos efectos al consejo de los Letrados Asesores en los precisos términos y circunstancias que en ella se señalan, incompatibles hoy con la Organización Judicial y el procedimiento en vigor; y por otra parte las opiniones que se invocan, sin que ello suponga merma alguna para el prestigio de sus autores, no vienen adornadas de las garantías indispensables que permitan afirmar que se hallan dentro de los supuestos del Fuero; sin que tampoco deba desconocerse que en la también Ley tercera del Título XXXVI se dice que poco o nada aprovecharía a los vizcaínos si los Jueces hubiesen de sentenciar contra el Fuero y no según el tenor de él y se hubiesen de guiar en las sentencias por otras levas del Reino, o de derecho común "u opiniones de doctores", y por todo ello indudablemente en el propio motivo que se examina se reconoce que sólo "en cierto sentido" otorga el Fuero fuerza de obligar a la opinión de los autores.

Considerando que el cuarto motivo debe seguir igual suerte que los anteriores, pues el artículo 1.255 del Código Civil, que se dice violado en la sentencia recurrida, no lo ha sido por ésta en ningún concepto, porque con sólo atenerse al texto del precepto que se dice infringido basta para negar esta infracción, ya que si con arreglo al mismo los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes siempre que no sean contrarios a las leyes, es evidente que estimándose la prórroga del poder testatorio contraria al Fuero de Vizcaya, la consecuencia ineludible es la que dedujo el Tribunal "a quo", o sea la ineficacia de la prórroga, no ya sin infracción del artículo 1.255, sino en acatamiento al mismo; sin que tampoco tenga eficacia en favor de la finalidad del recurso la doctrina legal de las sentencias de 15 de diciembre de

1917 y 2 de marzo de 1935, pues la primera no tiene transcendencia alguna con relación a este punto, y la segunda, lo que declara, no es sin más que la voluntad del causante sea ley primordial de la sucesión, sino que establece que no cualquiera voluntad puede tener resonancia en el mundo jurídico sino sólo aquélla que se contenga dentro de los moldes y de los límites que el ordenamiento jurídico establece a través del complejo de reglas que disciplinan las diversas instituciones sucesorias, y como en este caso se parte del supuesto de que la prórroga otorgada por el causante es contraria al Fuero, esta doctrina, lejos de ser violada, ha sido perfectamente aplicada en la sentencia recurrida; sin que la sentencia de 19 de septiembre de 1863 que también se cita aunque no entre las que constituyen la doctrina legal que se dice infringida, tenga relieve alguno para este pleito, porque en ella sólo se interpreta y aplica la ley tercera, Título 19, libro 10 de la Novísima Recopilación o sea la 33 de Toro, con absoluta eliminación de la Ley tercera del título XXI del Fuero de Vizcaya que para nada se menciona, y además, por ser anterior al Código Civil y por única.

Considerando que también ha de rechazarse el quinto y último motivo por la primordial razón de que la costumbre que se invoca no aparece debidamente justificada con los elementos que en el recurso se señalan, pues el reconocimiento expreso que de ella y según el motivo segundo del recurso se asegura haberse hecho en el apartado E) del segundo de los fundamentos de Derecho de la demanda no aparece en modo alguno, ni en él se hace la menor referencia a tal costumbre, si bien en el primer Considerando de la sentencia de primera instancia aceptado solamente "en lo esencial" por la de la Sala de Instancia se hace incidentalmente alusión a la tesis de los demandantes de que "el haberse facultado al comisario para hacer uso del poder testatorio" "dentro del plazo legal o fuera de él, prorrogándolo indefinidamente establecieron una prórroga ilimitada que va contra el Fuero, que no debe ser admitida por tratarse de una costumbre contra ley", ello no puede ser suficiente por los términos de su expresión para considerarlo un abierto reconocimiento de su existencia, máxime que por consistir en la vigencia de una norma jurídica excede de los límites del pleito, además de que aquella declaración meramente expositiva de la sentencia del Juez no ha sido señalada en el recurso a ningún efecto, como tampoco las que también incidentalmente se consignan en el primer Considerando de la sentencia recurrida de que la norma de que se trata es la elevación a Ley de una costumbre, y la alusión posterior "a la costumbre de referencia", pues son expresiones demasiado imprecisas para tomarlas como base de su existencia actual; destacándose en cambio, la manifestación relativa al "uso constante", que se emplea en el sexto Considerando de la sentencia de primera instancia, que precisamente no fue aceptado por la Audiencia, ni puede por sí ser eficaz para el recurso, y por último, no resulta exacto que el segundo Considerando de la sentencia recurrida contenga declaración afirmativa de la misma, porque en él se limita a polemizar o discurrir sobre los tres supuestos de la costumbre alegada; pero, además en el motivo que se examina, amparándose en el artículo 12 del Código Civil y en la Ley VI del Título II de la Partida Primera (aunque luego se refiere a la Partida Quinta), y que con las sentencias de este Tribunal de 1 de abril de 1891 y 9 de abril de 1898 se consideran

violados en la Sentencia recurrida, se propugna que la costumbre alegada de la prórroga del plazo para hacer uso de los poderes testatorios, cuyo carácter le asigna, sino también aun en el caso de que fuera contraria a la Ley; por entender que la citada Ley de Partidas, que constituía derecho supletorio en Vizcaya al promulgarse el Código Civil, reconocía a la costumbre fuera bastante "de tirar todas las leyes antiguas que fueron fechas antes de ella"; mas para llegar a tal conclusión en este caso y en el supuesto del recurso, sería preciso que hubiese sido reconocida e incorporada al Derecho Foral antes de la publicación del Código Civil de lo que en aquél no se señala absolutamente ninguna prueba, pues no pueden tener tal concepto las afirmaciones y pareceres que se indican en los motivos segundo y tercero, y, además, según se declaró en sentencia de 26 de diciembre de 1859, con relación al mismo Derecho de Vizcaya, la costumbre ha de reunir las circunstancias de las Leyes quinta y sexta, del Título II de la Partida Primera, o sea, el consentimiento o aprobación del señor de la tierra y haberse dado juicios por ella, requisitos que tampoco se mencionan en el recurso, y sin que la cita de la Sentencia de 19 de septiembre de 1863, por lo que antes se expuso, resulte útil para estos fines; así como tampoco la doctrina legal que se invoca sobre la admisión de la costumbre contra la Ley, porque la de 1 de abril de 1891 se refiere a la existente antes de la vigencia del Código Civil, y la de 9 de abril de 1898, porque claramente se contrae a una costumbre de carácter supletorio, aparte de que una y otra conciernen al Derecho de Navarra y para resolver este problema no basta con atender a lo que el Código Civil preceptúa, sino también a las propias especialidades del Derecho Foral de la provincia de que se trate; habiéndose declarado finalmente en la sentencia ya citada de 30 de abril último, teniendo en cuenta los términos de la Ley III, del Título XXXIV del Fuero de Vizcaya, que son primeramente sus Leyes las que se han de aplicar y en lo que por ellas no se pudiese determinar –y determinando está y en forma imperativa el plazo de ejercicio del poder testatorio– se haga por las leyes o pragmáticas del Reino, o sea por el derecho común como actualmente se denomina, pero sin alusión a la aplicación preferente del derecho consuetudinario.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por don Eustaquio Barrena Lequerica, doña Eugenia Jayo Pinaga, don Florencio y don Enrique Laucirica Jayo, contra la sentencia que con fecha 5 de febrero de 1952, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará la aplicación que la Ley previene; y líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo

pronunciamos, mandamos y firmamos.– Manuel de la Plaza.– Acacio Charrín y Martín-Veña.– Francisco Eyré Varela.– Joaquín Domínguez.–Francisco Bonet.– Rubricados.

Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excelentísimo señor don Joaquín Domínguez de Molina, 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.– Emilio Gómez Vela.