

## STS de 19 de mayo de 1960

En la villa de Madrid a 19 de mayo de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Durango y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, por don Pedro José Erdoiza Zubía, mayor de edad, soltero y vecino de Durango, con don Luis Erdoiza Zubía, mayor de edad, Sacerdote de la Diócesis de Vizcaya, vecino y domiciliado en Bilbao, sobre caducidad de poder testatorio y otros extremos; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la parte demandada, representada por el Procurador don Francisco de Guinea y Gauna y dirigida por el Letrado don José Madrigal, habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la parte actora y recurrida, representada por el Procurador don Juan Corujo y López-Villamil y dirigida por el Letrado don Felicísimo Larrinaga:

Resultando que la representación en turno de oficio de don Pedro José Erdoiza Zubía, formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre caducidad de poder testatorio y otros extremos, contra don Luis Erdoiza Zubía por medio de su escrito de 22 de septiembre de 1953, presentado al Juzgado de Primera Instancia de Durango, alegando concretamente como hechos:

**Primero.-** Que don Pedro León Erdoiza Irazábal estuvo casado en únicas nupcias con doña Eusebia Zubía Barruetabeña, de cuyo matrimonio nacieron y vivían dos hijos: el actor y el demandado.

**Segundo.-** Que el día 14 de junio de 1897 y en escritura pública de capitulaciones matrimoniales, los esposos don Pedro León Erdoiza y doña Eusebia Zubía se otorgaron mutuo y recíproco poder testatorio en los siguientes términos: "Los precitados don Pedro León y doña Eusebia, en el supuesto de que matrimonio se realizara con el fin de evitar funestas consecuencias, que las muertes intestadas ocasionan en las familias, se confieren recíproco poder amplio y general, tan bastante como se quiera, para que el que sobreviva, por sí y en nombre del que premuera, sin otra disposición, haga como y cuanto considerase conveniente, entre los hijos que Dios Nuestro Señor les concediese del mismo, la distribución, reparto y donación de cuantos bienes, derechos y acciones fueren dueños en cualquier concepto, por contratos intervivos, última voluntad u otro cualquier instrumento o instrumentos, en uno solo por el de todos ellos, o en distintos por parcialidades, ya atemperados a las Leyes generales con las mejoras o beneficios permitidos, o bien a uno y otras a la vez, pues desde luego aprueban lo que a su virtud se discutiere, como si por ambos fuese determinado, prorrogándose el término a la voluntad del apoderado sobreviviente, con la circunstancia de que lo que dispusiere por testamento podrá ser revocable según su naturaleza, quedando subsistente el que últimamente se formalizare"; que por no poder el actor sufragar los gastos para la adquisición de una copia o testimonio de la aludida escritura de capitulaciones

matrimoniales, señalaba y se remitía al protocolo de la Notaría.

**Tercero.-** Que don Pedro León Erdoiza Irazábal falleció en Ispáster (Vizcaya) el día 1 de mayo de 1928, sin haber otorgado otra disposición de última voluntad que el poder testatorio que en capitulaciones matrimoniales había concedido a su esposa, acompañando como documentos certificación de defunción y de actos de última voluntad del mismo.

**Cuarto.-** Que doña Eusebia Zubía Barruetabeña, en fecha 14 de mayo de 1934, o sea a los seis años de haber fallecido su esposo y cuando sus dos hijos, don Pedro José y don Luis, tenían, respectivamente, treinta y cinco y treinta y cuatro años de edad, compareció ante el Notario de Durango y otorgó testamento no sólo por sí, sino como comisario y apoderado de su finado marido, haciéndolo, entre otros términos, en los que se consignaban a continuación: "... En nombre propio lega a su hijo don Pedro José las dos heredades del término de "Achicantueta", números del Registro de la Propiedad 835 y 813, y ptra heredad del término de "Miqueldi", número 246, todas en jurisdicción de Durango; y con este legado y con la legítima foral en la que instituyó a don Pedro José, la excluye la testadora de la herencia y de la de su difunto marido, don Pedro León Erdoiza Irazábal; el precedente legado queda sujeto a las siguientes condiciones:

A) El legatario don Pedro José Erdoiza, para entrar en posesión de los bienes legados, deberá entregar a su hermano don Luis 5.000 pesetas; el incumplimiento de esta obligación determinará la nulidad del legado.

B) El legatario don Pedro José está actualmente ausente; se cree que en América. Si falleciere la testadora antes de su regreso, tendrá la administración de las fincas legadas el heredero don Luis hasta que regrese y se haga cargo de ellas, previo pago de las 5.000 pesetas, el legatario don Pedro José. Si transcurrieren cinco años desde el fallecimiento de la testadora sin que hubiere regresado el legatario y se hubiera hecho cargo de los bienes legados previo el pago dicho, quedará sin efecto el legado y pasarán a pertenecer al heredero don Luis en pleno dominio de las fincas legadas y sus frutos.

C) No podrá el legatario don Pedro José gravar ni enajenar las fincas legadas, sino en favor de sus hijos o descendientes legítimos. Si falleciera sin sucesión legítima, aun después de entrar en posesión de los bienes legados, pasarán éstos al heredero don Luis. Pasados cinco años desde el fallecimiento de la testadora sin que el legatario se hubiese hecho cargo del legado, no podrán sus descendientes reclamar su entrega, pues se entenderá caducado el legado, según se indicó. En todos estos casos de nulidad del legado, don Pedro José se entenderá excluido de la herencia de la testadora y de la de su difunto marido con una cama y dos mudas, que le lega además de las fincas dichas y con la legítima foral".

Por la cuarta de las disposiciones del testamento citado doña Eusebia Zubía dispuso que instituya su heredero universal y heredero universal asimismo de su difunto

esposo, don Pedro León Erdoiza Irazábal, al hijo de ambos, don Luis Erdoiza Zubía.

**Quinto.-** Que doña Eusebia Zubía falleció en Durango el día 15 de diciembre de 1937, en tanto el actor permanecía ausente en América, ignorando lo que acontecía, y los términos de las disposiciones testamentarias de su madre; que don Luis no sólo no participó a su hermano don Pedro José la muerte de sus padres ni cuáles habían sido sus últimas voluntades, sino que incluso tuvo el mayor cuidado en que el actor no se enterase de nada para servir así a sus propias finalidades.

**Sexto.-** Que al cumplirse los cinco años después del fallecimiento de la testadora y continuando el actor ausente en América, don Luis Erdoiza puso en ejecución, no el espíritu, sino la letra del testamento materno, y después de haber logrado que don Pedro José no se enterara de nada, le consideró decaído en sus derechos a las sucesiones paterna y materna, apoderándose de todos los bienes de esas sucesiones, haciéndolos suyos y disponiendo de ellos.

**Séptimo.-** Que tan pronto como con Pedro José Erdoiza conoció el fallecimiento de su madre regresó de América, y después de infructuosas tentativas para ponerse en comunicación con su hermano Luis, logró al fin, abordándole por sorpresa para evitar que, como en ocasiones anteriores, rehuyera de toda conversación, entrevistarse con él; que no pudo obtener ninguna explicación satisfactoria y lo único que manifestó su hermano don Luis, en tono desabrido y desdeñoso, era que toda cuestión que quisiera plantearle en relación con sus derechos sucesorios tendría que ser tratada y debatida ante los Tribunales de Justicia; que fue entonces cuando el actor conoció lo relatado en los hechos precedentes, comprobando que su único hermano fue quien se apoderó de todos cuantos bienes pertenecieron a sus padres.

**Octavo.-** Que como trámite previo a la interposición de esta demanda, el actor solicitó del Obispo la autorización para demanda en juicio a su hermano. Invocó los fundamentos de derecho que estimó aplicables, y terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos:

a) Terminado y carente de todo valor y efecto el poder testatorio o comisario conferido por don Pedro León Erdoiza e Irazábal a favor de su esposa, doña Eusebia Barruetabeña, en escritura pública de capitulaciones matrimoniales autorizada, con fecha 14 de junio de 1897, por el entonces Notario de Durango don Tomás Areitio, desde el día 3 de mayo del año 1929, luego de cumplido el año y día de haber llegado a la mayor edad del demandado don Luis Erdoiza Zubía, hijo menor del matrimonio Erdoiza-Zubía, y, consiguientemente, declarar nulas las disposiciones testamentarias de la citada doña Eusebia Zubía en lo que afectasen a los bienes pertenecientes a la herencia causada por don Pedro León Erdoiza Irazábal.

b) Que por disolución, con descendencia, del matrimonio de don Pedro León Erdoiza Irazábal, con doña Eusebia Zubía Barruetabeña, por defunción del primero en 1 de mayo de 1928, y habiéndose operado la comunicación foral prescrita en la Ley

primera del título XX del Fuero de Vizcaya en todos y cada uno de los bienes relictos al fallecimiento de don Pedro León, digo, Pedro José Erdoiza participación indivisa y en plena propiedad en la forma y proporción que se señalaba en el siguiente pedimento.

c) Que la sucesión de don Pedro León Erdoiza Irazábal debía regularse por las reglas del abintestato, y que, por tanto, a don Pedro José Erdoiza y Zubía correspondió y corresponde una mitad de todos los bienes que constituyen la sucesión de su padre, y, por tanto, una cuarta parte de todos y cada uno de los bienes que integraban la comunidad de todos los bienes del matrimonio Erdoiza-Zubía a su disolución. Condenando al demandado a estar y pasar por las precedentes declaraciones de derecho y en su consecuencia a la entrega al actor don Pedro José Erdoiza de la cuarta parte de todos y cada uno de los bienes relictos a la disolución del matrimonio de sus padres, o el equivalente metálico de aquellos de que indebidamente hubiera dispuesto, con sus rentas, frutos, accesiones, productos, intereses, etc., desde el día 15 de diciembre de 1937, fecha del fallecimiento de doña Eusebia Zubía; con imposición de todas las costas al demandado:

Resultando que admitida la demanda y emplazado el demandado, compareció el mismo en forma en los autos, y su representación la contestó por medio de su escrito de 2 de diciembre de 1953, donde expuso en síntesis como hechos:

**Primero.-** Conforme con el correlativo de la demanda.

**Segundo.-** Que también lo estaba con el de este número, haciendo resaltar que en la citada escritura de capitulaciones se confirieron los otorgantes recíproco, amplio y general poder testatorio, con la particularidad de la concesión de facultad al sobreviviente de la prórroga del término para disponer de los bienes del premuerto entre los hijos que tuviese.

**Tercero.-** Que es cierto que el padre de los litigantes, don Pedro León Erdoiza Irazábal, falleció en la localidad de Ispáster el día 1 de mayo de 1928, sin haber otorgado otra disposición testamentaria que el poder testatorio conferido a favor de su esposa en escritura de capitulaciones matrimoniales; que era necesario aclarar que el padre de los litigantes, como consecuencia de los disgustos habidos de su hijo don Pedro José, fue reducido en un sanatorio psiquiátrico, del que salió en el año 1926, recogiénole, así como a su esposa, el hijo de ambos don Luis.

**Cuarto.-** Que doña Eusebia Zubía Barruetabeña, madre de los contendientes, otorgó el testamento que se citaba en el correlativo de la demanda que al transcurrir el término conferido a don Pedro José para que se hiciera cargo del legado, es decir, después de los cinco años del fallecimiento de la testadora, pasaron todos los bienes dejados a su fallecimiento a su otro hijo don Luis, quien en definitiva, se quedó como único y absoluto heredero de sus difuntos padres, don Pedro León y doña Eusebia, quedando excluido el actor de las herencias de sus padres con una cama con dos mudas

y con la legítima foral; que doña Eusebia Zubía, haciendo uso de la facultad conferida a la misma en la precitada escritura de capitulaciones matrimoniales, prorrogó el término de año y día para disponer de los bienes en nombre de su difunto esposo.

**Quinto.-** Conformes en el fallecimiento de doña Eusebia Zubía; que desde el día 21 de abril de 1920, en que, por no poder sujetarse a un trabajo y originar hondas preocupaciones a sus padres por su irregular comportamiento marchó a Estados Unidos el demandante.

**Sexto.-** Que al haberse nombrado a don Luis por su madre, actuando por sí y como comisaria foral de su difunto marido, único y universal heredero, apartando a su otro hijo don Pedro José con la legítima foral y una cama con dos mudas, instituyó también un legado a favor de este último, sujeto a la condición de que se hiciera cargo del mismo dentro de los cinco años, contados a partir del fallecimiento de la madre testadora, que al no saber nada de don Pedro José se le consideró decaído en sus derechos, pasando a ser todos los bienes dejados por los padres de la exclusiva propiedad de don Luis.

**Séptimo.-** Que prueba patente de que el actor no tenía ningún sentimiento familiar era el hecho expuesto por la actora en el correlativo. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, y suplicó se dictara sentencia en su día, desestimando por completo la demanda, absolviendo de la misma al demandando, con costas al actor:

Resultando que conferido traslado para réplica, la representación del actor le evacuó insistiendo en los hechos y fundamentos de derecho de su demanda y solicitando se dictase sentencia de conformidad con la misma; y la representación del demandado, al evacuar el traslado de réplica, reprodujo su contestación solicitando la sentencia absolutoria que tenía pretendida:

Resultando que recibido el pleito a prueba, se practicaron a instancia de la parte actora las de confesión judicial, documental y testifical; y a instancia del demandado la de confesión judicial del actor y la documental:

Resultando que unidas a los autos las pruebas practicadas y seguido el pleito por sus restantes trámites, en 1 de julio de 1954, el Juez de Primera Instancia de Durango dictó sentencia por la que estimando la demanda inicial formulada por la representación del actor declaró:

**Primero.-** Caducado y sin valor el poder testatorio conferido por don Pedro León Erdoiza Irazábal en favor de su esposa, doña Eusebia Zubía Barruetabeña, en escritura pública de capitulaciones matrimoniales de 14 de junio de 1897, a partir del año y día de la mayoría de edad del demandado.

**Segundo.-** Nulas las disposiciones testamentarias de doña Eusebia Zubía Barruetabeña, otorgadas ante Notario en 14 de mayo de 1934, en lo que afectaban a los

bienes de la herencia de su esposo.

**Tercero.-** Que al actor corresponde participación indivisa y en plena propiedad, en su mitad, de los bienes de la herencia de su padre, y por tanto, la cuarta parte de los que integraban la comunidad del matrimonio de sus padres, referida al momento de su disolución. Asimismo condenó al demandado don Luis Erdoiza Zubía a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a entregar al actor don Pedro José Erdoiza la referida cuarta parte de los bienes expresados o el equivalente en dinero de los que hubiere dispuesto, con abono de frutos, rentas e intereses legales a partir de la fecha del fallecimiento de su madre:

Resultando que apelada dicha sentencia por la representación de la parte demandada y tramitada en forma la alzada, en 27 de enero de 1955, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia por la que, confirmando íntegramente la apelada, desestimando la excepción de prescripción alegada y estimando la demanda, hizo las mismas declaraciones del fallo de la apelada; todo sin hacer especial declaración en cuanto a las costas en ninguna de las instancias:

Resultando que previa constitución de depósito por cuantía de 3.000 pesetas, el Procurador don Francisco de Guinea Gausa, a nombre del demandado don Luis Erdoiza Zubía, ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley como comprendido en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando sustancialmente en su apoyo los siguientes motivos:

**Primero.-** Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 12, en relación con el 6 y 5, todos del Código Civil; la Ley tercera del título del Fuero de Vizcaya, en relación con la Ley 33 de Toro y el antiguo Derecho de Castilla, que confirma esta última Ley en la Nueva y Novísima Recopilación y la costumbre "propter legen inmemorial", vigentes en esta materia y de aplicación preceptiva, puesto que no se ha dictado ninguna Ley posterior que derogue el derecho escrito o consuetudinario, sino que por el contrario queda respetado en el artículo 12 del Código Civil. Que el problema reside en estudiar la eficacia o ineficacia de la prórroga concedida al comisario en las capitulaciones matrimoniales, expresada en los siguientes términos: prorrogándose el término (para testar) cuando considere conveniente a voluntad del apoderado sobreviviente", en relación con el texto de la Ley tercera del título XXI del Fuero de Vizcaya; que se afirma que tal cláusula es válida en mérito de las siguientes razones: I. Finalidad del testamento por comisario. Es una manifestación más, dentro del Derecho vizcaíno, de lo que idea es informante en casi todos los Derechos Forales: la conservación del caserío en base a que la conservación del patrimonio, lo que se liga a un sistema prácticamente inexistente de legítimas. La libertad testamentaria, casi omnímoda, se conjuga con la figura del comisario que permite después de muerto uno de los cónyuges elegir el heredero más apto para continuar al frente del caserío; en base de la finalidad, se deja subsistente esta forma de

testamento –al que equivocadamente fue hostil nuestro Código civil– en lo que coinciden casi todas las legislaciones forales con las más modernas tendencias actuales; que si la "ratio juris" es elegir bien un heredero, limitar tal elección en el tiempo siempre que se haya manifestado voluntad en contrario del testador, implica olvidar la finalidad del fuero, teniendo en cuenta que dicha elección puede convenir sea realizada cuando la madurez física y moral se hayan observado convenientemente, cosa que puede ocurrir –y suele ocurrir– transcurrido un tiempo muy superior al de un año después del logro de la mayoría legal de edad; que se insiste en este punto para dejar sentada la idea de que no se puede olvidar para lograr la interpretación de un precepto, el análisis de su "ratio furis". II. Carácter de "ius" dispositivo de la limitación de año y día; que la distinción entre reglas imperativas y las que han sido llamadas por los autores supletorias, dispositivas y concesivas, está hoy bastante en crisis; normalmente se quiere enfrentar con estos términos de las disposiciones que imponen sus preceptos y a aquellas otras que dejan a la autonomía de la voluntad. En lo que todavía tiene de aceptable la contraposición, la doctrina acepta ya como admitido que la diferencia está no en la naturaleza de la norma, sino en el principio que la informa; que si como se ha expuesto anteriormente la finalidad del precepto es la elección acertada y para ella la institución del comisario se admite, no puede entenderse limitada por el Fuero –que nada específica– la posibilidad de la prórroga; lo decisivo es poder delegar hacer testamento, y esto admitido, sería absurdo que quien tal puede no fuese apto para prorrogar el término señalado en la norma; quien puede lo más puede lo menos; que la Ley pone en marcha la institución, sin limitación alguna, "en tal poder o comisión valiese", y no puede menos de entenderse que la voluntad sea suficiente también para configurar la duración de tal facultad, en aras de la conveniencia que la institución persigue; que el titular del derecho lo ejercita y si extiende la vigencia del poder testamentario, es precisamente porque estima que el tiempo servirá para realizar con más acierto la elección del favorecido, que con lo expuesto, queda fundamentada la necesidad y por ende la admisibilidad de la prórroga tradicionalmente admitidas de interpretación así lo imponen; interesa al recurrente dejar esto sentado, porque todas las razones que después se expondrán y que abundan en favor de esta tesis –especialmente las que proceden del Derecho consuetudinario– no hacen más que confirmar en la práctica y en la realidad lo que ya institucionalmente y en pura teoría debe ser admitido; que abundando en lo dicho, se cita el artículo 36 del proyecto de apéndice al Código Civil, que comprende las disposiciones aplicables a Vizcaya y Álava de 10 de febrero de 1900, en el que se dice: "el marido y mujer que sean comisarios de sus respectivos cónyuges podrán nombrar a su vez comisario, no sólo para que cumpla su propia voluntad, sino también con relación a los bienes del cónyuge premuerto de que no hubiese dispuesto el viudo"; que en este caso que incluso puede implicar una subsistencia del poder del primer causante difunto en persona distinta del apoderado –cónyuge– por vía de una delegación que admite la Ley, para nada juega la idea de un plazo; una vez más se ve que lo que interesa es la finalidad de la institución: elegir y elegir bien; ni siquiera la muerte de ambos cónyuges se considera causa bastante para mermar la "ratio" que el testamento por comisario encierra. III. Inaplicabilidad como

supletorio del Código Civil. Dice el recurrente que va a partir, incluso, de admitir la más ortodoxa teoría del Derecho común que afirma que el orden jerárquico de fuentes en Vizcaya es, en primer lugar, el Fuero del señorío y como supletorio el Código Civil en sustitución del antiguo Derecho castellano. Aceptar esto implica no sólo olvidar el artículo 12 del Código Civil en cuanto habla "de un actual régimen escrito o constitucionario", sino, sobre todo, reducir el Derecho vizcaíno única y escuetamente al Fuero de Vizcaya, olvidando el carácter fundamental de recopilación de costumbres y usos que éste tiene. Pero si se acepta esta tesis, es para demostrar que incluso en el supuesto más rabiosamente contrario, la validez de la prórroga tiene que ser admitida: a) La no posibilidad de aplicar al Código Civil. Nuestro primer cuerpo legal tiene en materia testamentaria una base romanista, con su secuela de principios que consideran el testamento como un acto personalísimo cuya formación no puede dejarse en todo ni en parte al arbitrio de otra persona, ni hacerse por medio de mandamiento o comisario. Son los términos inconcusos del artículo 670 del Código Civil; por lo tanto, nuestro cuerpo legal rechaza la figura que tan debatidamente estudia; cree el recurrente que no se puede sostener con seriedad que este cuerpo de normas pueda actuar de supletorio precisamente en un campo que expresamente rechaza; que cualquier otra solución llevaría al absurdo de olvidar que el testamento por comisario tiene sus precedentes en el mundo jurídico germánico, antitético en estas como en otras muchas cosas al que Roma nos legó y sobre todo basado en distintos principios, surgidos para el logro de finalidades que en las regiones forales españolas forman parte de la misma esencia de su Derecho; que ante este hecho, sólo caben dos posiciones: o reconocer que deben aplicarse las normas del Derecho castellano anteriores al Código en su doble sentido, o de fuentes "informadoras" del Código Civil o de fuentes supletorias del Fuero de Vizcaya, cosa que parece al recurrente más aceptable, pues el artículo 12 respeta el Derecho supletorio escrito o consuetudinario de cada región foral, llamado sólo después del Código Civil, o, finalmente, dar paso a la costumbre según el artículo sexto del Código Civil. Costumbre que ha de ser la del lugar y que no ha de ser contra "legen", ya que está prohibida ésta en el artículo quinto, de aplicación general, como es sabido; que en ambos casos la solución es la misma: a) Derecho histórico castellano. Los tratadistas, al interpretar la Ley 33 de Toro, y precepto de la Novísima Recopilación que recogía la figura, son unánimemente partidarios de admitir la prórroga; no citándose más datos en este sentido porque la sentencia de 19 de septiembre de 1863 es lapidaria. b) La costumbre "secundum legen" o "propter legen" se entiende aquella "que se limita a interpretar de un modo determinado una disposición legal; es la que Paulo llama costumbre "óptima". Su interés reside en que casi no se trata de una verdadera costumbre, como ya decían los postglosadores, sino en un modo de aplicación de la Ley; que hay que reconocer que la validez de la prórroga encuadrada en este sentido resulta de una abrumadora mayoría de datos: Primero. De la práctica notarial y registral que se conoce como hechos, incluso en uno de los considerandos de la sentencia, si bien sin tenerse en cuenta. Segundo. De la doctrina científica de los tratadistas de Derecho Foral vizcaíno que el recurso cita y comenta. La costumbre en Vizcaya tiene una fuerza superior a la Ley escrita a que se antepone, y ello está sancionado por el mismo Código

Civil en el artículo 12. Tercero. La práctica judicial. Como dice un autor, "cuatro veces que sepamos se ha discutido ante los Tribunales, a partir de la promulgación del Código Civil, la legitimidad de la prórroga del plazo para usar del poder testatorio. En los dos primeros casos ventilados, la licitud de aquélla fue reconocida en primera instancia y la parte condenada desistió de la apelación. Criterio opuesto al de los aludidos fallos inspiró el del Juzgado número 4 de Bilbao de 22 de diciembre de 1947, confirmado por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos en 4 de febrero de 1949 continuando el recurso con la alusión a otros tratadistas".

**Cuarto.-** La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1863: "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 de hacerse de los bienes del que le dio el poder, fueron establecidos en beneficio de éste con el fin de que no se dilatase arbitrariamente, digo 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".

**Cuarto.-** La obsesión de aplicar las ideas del Código Civil. Es la que late en alguno de los considerandos de la sentencia recurrida; que esta obsesión que intenta completar con normas de arquitectura romanista, edificios jurídicos que como el Fuero de Vizcaya, descansan en otros cimientos, no sólo es errónea, sino que ha producido al interpretar muchas instituciones forales, que merecían tantos respetos como las castellanas; que no se olvide que aunque hoy trate del testamento por comisario, el hecho es que esta institución, como tantas otras, más que puramente sucesorias lo es de derecho familiar, pues es la conservación de este grupo humano a través de la perpetuación de los patrimonios realmente sentida. Tan lejos está este testamento de las normas del Código Civil como de las de cualquier legislación extraña. Acortarlo y dejarlo reducido a un mero residuo histórico, interpretándolo en bases de un articulado forastero cual es el del Código, implica agotarlo en lo que tiene de esencia más pura y considerarlo como una arcaica facultad que al parecer sólo merece subsistir por los avatares de nuestra codificación legislativa.

Segundo. Para el caso improbable de que la sentencia siga el criterio de que el derecho supletorio del Fuero de Vizcaya ha de ser únicamente el vigente Código Civil, apartándose del derecho antiguo de Castilla y del Derecho consuetudinario "propter legen", es de alegar este número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil por violación del artículo 831 del Código Civil; que en este supuesto cabe afirmar que si bien el Código Civil vigente rechaza el testamento por comisario como norma general (artículo 670) lo admite como excepción pactado en capitulaciones matrimoniales (artículo 831) y precisamente sin limitación alguna de plazo para el comisario, acaso para confirmar con esa excepción el derecho real, digo Foral, escrito y el consuetudinario no escrito de tiempo inmemorial, para casos como el del pleito, dando

amplio margen de plazo al comisario, sin ninguna limitación si así está pactado en las capitulaciones matrimoniales y aceptada esta tesis en la sentencia impugnada viola precisamente el artículo invocado, con arreglo al cual el pacto de las capitulaciones es válido a estos fines, y en el caso presente, el comisario quedó facultado para hacer uso del poder testatorio cuando tuviese por conveniente, sin limitación alguna de tiempo, luego, el testamento es válido.

Visto, siendo Ponente el Magistrado don Juan Serrada Hernández:

Considerando que en el primero de los motivos del recurso, con la base procesal en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dice que la sentencia recurrida incurre en violación, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 12 en relación con el 6 y 5, del Código Civil; la Ley tercera del título XXI del Fuero de Vizcaya en relación con la Ley 33 del de Toro y el antiguo Derecho de Castilla que la confirma y la costumbre "propter legem" inmemorial, y basta este enunciado para la desestimación de este motivo, pues en el que se infringe lo prevenido en el artículo 1.720 de la Ley Procesal que exige imperativamente que en el escrito de formalización del recurso se expresa no solamente el precepto que se estima infringido, sino también el concepto de la infracción, requisito que en este caso se incumple, toda vez que en él se comprenden todos los supuestos que se expresan en el invocado número primero del artículo 1.692, sin precisar con claridad cuál sea el que se refiera a cada uno de los preceptos citados, lo que por ser causa de inadmisión, en este momento procesal, lo es de desestimación conforme a la reiterada doctrina de esta Sala:

Considerando con independencia del defecto procesal anotado, que en Vizcaya el derecho consuetudinario no tiene la prevalencia que en otras regiones forales, y no podrá ser invocado como texto vivo en que puedan fundarse las resoluciones judiciales, a lo que se oponen las mismas levas del Fuero, que en la trece del título VII dispone que los Jueces que han de aplicar sus levas lo hagan al pie de la letra, en el Condado y Señorío sin atenerse a cualquier Ley del Fuero, uso y costumbre y ceremonia que anteriormente se haya guardado, si están en contra de lo confirmado entonces en los fueros teniéndolo por revocado, anulado y sin ningún valor ni efecto; reiterando esta Ley la tercera del título XXXVI, que ordena que ningún Juez que resida en Vizca<sup>y</sup>a, Corte o Chancillería ni en Consejo Real, ni en ningún otro, en los pleitos que entre ellos fueren de entre los vizcaínos, sentencien, determinen ni libren por otras levas, ni ordenanzas algunas, salvo por las Leyes de este Fuero de Vizcaya (lo que por ellas se pueda determinar) y los que por ellas no se pudiere determinar determinen por las leyes del Reino o pragmáticas de su alteza –el Rey–; que las levas de este Fuero de Vizcaya en la decisión de los pleitos de Vizcaya y Encartaciones siempre se prefieren a todas las otras leyes y pragmáticas del reino y del derecho común; y que todo lo que en contrario se sentenciare o se proveyere, sea en sí ninguno y de ningún valor y efecto, estableciendo sanciones económicas contra el Letrado y Abogado que derechamente alegare contra Ley alguna de este Fuero; leyes que obedecen a las razones que moto,

digo motivaron, la modificación de la recopilación del Fuero antiguo de Vizcaya, vigente desde el año 1452, en la junta celebrada el 5 de abril de 1526, de suprimir cosas que no son necesarias, otras que son superfluas y que no se practican, y dejando en cambio de consignarse otras que son necesarias para la paz y sosiego de la tierra y buena administración de justicia, las que se practiquen, digo practican, por uso y costumbre, siendo muchas veces difícil y costoso probar esos usos y costumbres y que hacía falta también clasificar las leyes del Fuero, quitando de ellas lo superfluo y no provechoso ni necesario añadiendo y escribiendo en dicho Fuero todo lo que estaba sin escribir que por uso y costumbre se practica para que así reformado dicho Fuero estuviese escrito no haya necesidad ninguna de las partes hacer probanza sobre si el dicho Fuero, en las leyes de él son usadas, o guardadas o no, y, por tanto, de disposiciones tan claras y precisas no puede deducirse, ni la existencia de una costumbre, que la sentencia recurrida 170 admite, ni que ella fuera conforme a la ley, por lo que no puede prevalecer este motivo en cuanto acusa infracción del artículo 5.º y del 6.º del Código Civil:

Considerando que tampoco puede estimarse infringido el artículo 12 del Código Civil, pues su alegación parte del supuesto de la existencia del uso y costumbre en Vizcaya de prorrogar el poder testatorio excediendo de los términos fijados en la ley tercera del título XXI del Fuero, el que ya se ha rechazado, y de que el derecho común aplicable como supletorio a que se refiere el citado artículo 12, es el vigente con anterioridad a la vigencia del Código Civil, pero aparte de que esto no es acertado conforme a la doctrina de esta Sala en la sentencia de 18 de junio de 1896, que hace una declaración categórica, en la legislación general del reino, la forma de testar por comisario fue autorizada por el Fuero Real, pero no admitida por el Código de las Partidas y aunque confirmada por las leyes de Toro lo fue con trascendentales modificaciones, y aun dentro de su Ley XXXIII se establece un plazo para que el comisario pueda hacer testimonio, digo testamento, que varía según la distancia a que se encontrara del lugar en que se le dio el poder que no puede exceder de un año "y no más", añadiendo que pasados no pueda hacer uso alguno del poder y recaigan los bienes en los herederos abintestato del que había dado el poder, y que los referidos términos corran aunque el comisario diga y alegue que no tuvo noticia de que se le había dado el poder, por lo que mal puede entenderse que esta Ley haya sido infringida, dados sus términos en los que existe en cuanto al punto debatido una gran analogía con la Ley del Fuero, y tampoco el repetido artículo 12, que en su referencia al derecho supletorio no puede ser aplicable, al existir una ley que regula el caso del pleito, lo que no hace posible tener aquél en cuenta:

Considerando por último que la ley tercera del título XXI del Fuero de Vizcaya, manifestación del principio de troncalidad, que rige en su tierra llana, al instituir el testamento por comisario, dispone "que fallecido el que había de testar hagan los tales comisarios el tal testamento e institución o instituciones de heredero; y que puede ser que el tal fallecido haya 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 puedan convenientemente elegir ni instituir 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 valiere" haciendo la elección de heredero o herederos el comisario en la forma que antes quedó dicha; sin que pueda el testador ampliar los términos señalados en dicha Ley, de año y día después de haber llegado los hijos descendientes o profincos del testador a la edad de poderse casar, o si tuvieren esa edad al fallecimiento del testador dentro del mismo término señalado, a contar de éste, Ley que no puede tener una interpretación extensiva, que se apartaría de los principios que la inspiran y de las Leyes del Fuero, ya examinados que exigen sean aplicadas en su propia letra, y tenor literal, por todo lo que se ha de desestimar este motivo, de conformidad con la doctrina de las sentencias de este Tribunal Supremo de 30 de abril y 17 de junio de 1957:

Considerando que el motivo segundo, con el mismo fundamento procesal en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aduce la infracción por violación del artículo 831 del Código Civil, pero basta para desestimarle reiterar que como queda expresado no cabe la aplicación como derecho supletorio del Código Civil, ni del derecho anterior, cuando existe un régimen legal aplicable en la región foral, y con mayor razón cuando el mismo recurrente en el motivo anterior propugna la improcedencia de que puedan tenerse en cuenta los preceptos de este Cuerpo legal.

### **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto a nombre de don Luis Erdoiza y Zubía, contra la sentencia que con fecha 27 de enero de 1955, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida de la cantidad que por razón de depósito ha constituido, a la que se dará el destino que previene la ley; y líbrese al Presidente de 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.—Juan Serrada.— Joaquín Domínguez.— Obdulio Siboni Cuenca.— Antonio de Vicente Tutor. Publicación.— Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Juan Serrada Hernández, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de lo que como Secretario certifico.— Firmado.— Alejandro Rey-Stolle.— Rubricado.