

STS de 27 de mayo de 1961

En la villa de Madrid a 27 de mayo de 1961; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Bilbao, y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos por don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Ramón, don Joaquín y don Jesús de Olano y López de Letona, mayores de edad, casados los tres primeros y solteros los últimos y vecinos, respectivamente, los dos primeros de Burgos, el tercero de Santander, y el cuarto, quinto y sexto, de Madrid, con don Isidoro Escagües Javierre, mayor de edad, viudo, Catedrático y vecino de Bilbao, habiendo sido también parte el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de donaciones y otros extremos; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado, representado por el Procurador don Antonio Górriz Marco, y posteriormente por su fallecimiento, por el también Procurador don Eduardo Muñoz Cuéllar, y dirigido por el Letrado don Nicolás Pérez Serrano, y en el acto de la vista por don Felipe Ruiz de Velasco; habiendo comparecido en el presente recurso la parte actora y recurrida, representada por el Procurador don Santos de Gandarillas Calderón y dirigida por el letrado don Pedro Alfaro:

Resultando que por el Procurador don Amancio González Arnaiz, en nombre de don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Ramón, don Joaquín y don Jesús de Olano y López de Letona, y mediante escrito de fecha 15 de diciembre de 1953, que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Bilbao, se dedujo demanda contra don Isidoro Escagües Javierre y el Ministerio Fiscal sobre nulidad de donaciones y otros extremos y cuya demanda basó en los siguientes hechos:

Primero.— Que don Francisco Paula de Olano y Zugasti, hijo de don José Domingo y de doña Dominga, natural y vecino de la Anteiglesia de Echano, y doña María Asunción de Abaitúa y Solaegui, hija de don Serafín y de doña Josefa, contrajeron matrimonio canónico en la Iglesia Parroquial de Nuestra Señora de Begoña el día 13 de junio de 1870. De dicho matrimonio nacieron en la anteiglesia de Echano tres hijos, llamados don Ramón, doña María Asunción y doña María del Pilar de Olano y Abaitúa.

Segundo.— Que don Francisco de Olano Zugasti, que conservaba su constante vecindad en la anteiglesia de Echano, falleció en Bilbao el día 13 de octubre de 1927 en estado de casado en únicas nupcias con dicha Asunción de Abaitúa y Solaegui, dejando como única sucesión a los tres mencionados hijos. La certificación del Registro General de Actos de Últimas Voluntades, que se presenta, señala como última disposición del finado don Francisco de Olano el poder comisario otorgado en Bilbao ante don Celestino María del Arenal el 5 de octubre de 1927, presentando también copia del poder testatario aludido que entre otras cosas disponía lo siguiente: Declara hallarse casado con doña Asunción Abaitúa Solaegui, del cual matrimonio tiene tres hijos,

llamados don Ramón, doña María y doña Pilar de Olano y Abaitúa, y que se halla sometido el matrimonio al Fuero de Vizcaya, conforme a las disposiciones del cual va a ordenar el testamento. En uso del derecho reconocido en el Fuero de Vizcaya, da o confiere a su esposa, doña Asunción Abaitúa y Solaegui, poder testatario o comisario tan cumplido como en derecho y Fuero sea necesario para que ocurrida la defunción del testador disponga en su nombre y representación de todos sus bienes, entre los expresados hijos o sus descendientes, ya por testamento, ya por donación, bien a partes iguales o con las aportaciones, exclusiones o pensiones que a bien tenga y le proroga por ello el plazo legal por todos los días que le sobreviva su esposa y apoderada, facultándola para legarse asimismo el quinto de su herencia en bienes muebles. La viuda y comisaria doña Asunción Abaitúa y Solaegui en fecha 30 de julio de 1928 y ante el Notario de Amorebieta don Luis de Zubiaga otorgó testamento por sí y en nombre propio y a la vez en nombre como comisaria foral de su finado esposo, don Francisco de Olano y Zugasti, en uso del poder testatario que le confirió en el testamento bajo el cual falleció y que fue otorgado ante el Notario de Bilbao don Celestino María del Arenal en la misma villa a 5 de octubre de 1952; disponiendo en dicho testamento, entre otros extremos, los siguientes: a) Declara ser viuda de únicas y legítimas nupcias con don Francisco de Olano, teniendo de este matrimonio tres hijos, llamados Ramón, María y Pilar. b) Declara que su hijo don Ramón tiene recibidas de sus padres y adeuda a la sociedad conyugal y foral de los mismos cantidades que le fueron entregadas en diferentes ocasiones y para distintos objetos, ascendiendo en total y con deducción de las diez mil pesetas que tiene satisfechas, a ciento dieciocho mil quinientas pesetas, sin incluir otros diversos anticipos de menor importancia. c) Lega al mismo su hijo don Ramón de Olano y Abitua cincuenta acciones del Banco de Vizcaya, y de la serie A, remitiendo y condenándolo en igual concepto de legado las cantidades que adeuda y antes referidas. d) Lega a su nieta María Asunción Alzaga y Olano diez acciones del Banco de Vizcaya y serie A. e) Lega a su nieto don Francisco Olano el reloj de oro de su abuelo paterno y a sus también nietos Ramón y José Antonio Olano los gemelos de oro de su abuelo. f) En el remanente de sus bienes, derechos y acciones y de los de su finado esposo y comitente instituye y nombra por únicos y universales herederos de ambos a sus dos hijas, doña María y doña Pilar de Olano y Abaitúa, por iguales partes, apartando a su otro hijo y demás descendientes y excluyéndoles de esta institución, como excluye y aparta también de los legados precedentes a los mismos, a los no llamados a los mismos, con la legítima foral, de un real de vellón y un palmo de tierra, una teja y un árbol más remoto e infructífero. g) Y finalmente revoca, anula y da por de ningún valor ni efecto toda otra disposición testamentaria que haya podido otorgar anteriormente, ordenando valga tan sólo la presente, que quiere que guarde, cumpla y ejecute en todas sus partes y sin intervención judicial por ningún concepto, pues que la prohíba en absoluto. Que en 3 de marzo de 1933 y ante el Notario de Villaro don Mario de Zubiaga, doña Asunción Abaitúa y Solaegui formalizó con su hija doña Pilar Olano y Abaitúa escritura por la que relacionando el fallecimiento y poder comisario de su finado marido, don Francisco Olano, y aludiendo a la comunicación de bienes, operada entre ambos cónyuges por razón de la legislación vizcaína, a la que el consorcio estaba

sometido por sí y en nombre propio y como comisario foral de su referido esposo don Francisco de Olano y Zugasti, en virtud y uso del poder testatorio referido, hizo donación intervivos pura, perfecta e irrevocablemente a favor de la hija de ambos doña Pilar, que aceptó la donación y con apartamiento de los demás hijos y descendientes de las siguientes fincas sujetas a comunicación foral, a saber:

1.º Un trozo de terreno jaral llamado "Larrabasca", radicante en el sitio de su nombre, jurisdicción de la anteiglesia de Echano, destinado hoy en día a manzanal y huertas de cabida de cincuenta y seis mil ochocientos cuarenta y nueve metros cuadrados. La atraviesa una carretera de propiedad particular perteneciente a la casa palacio de Larrea, de doscientos ochenta y cinco metros de largo por un promedio de cinco metros veinte centímetros de ancho. Tiene derecho de paso de carros, ganados y demás servicios por dicha carretera. Fue adquirida por el finado don Francisco de Olano por compra a doña Dolores Armendia y Sigler en escritura otorgada en Bilbao y ante el Notario que fue de dicha capital don Ildfonso de Urizar con fecha 9 de octubre de 1912, e inscrita en el Registro de la Propiedad de Bilbao.

2.º Casa nombrada Echezuri, radicante en la plaza de villa de Larrabezúa, señalada con el número cinco; consta de piso bajo en cuadras, principal y desván.

3.º Herederas denominada Echeondoa, radicante también en jurisdicción de villa de Larrabezúa; adquirió estas dos fincas el propio don Francisco de Olano por herencia de su madre doña Casilda de Zugasti y Zabalduru, habiéndolas inscrito en el Registro de la Propiedad de Bilbao mediante certificación posesoria, autorizada por el Alcalde, Regidor Síndico y el Secretario del Ayuntamiento de Larrabezúa con fecha 18 de octubre de 1966 (Sic).

4.º Que en la finca descrita en primer lugar fue construida durante su aludido matrimonio un edificio de nueva planta cuya inscripción solicita formando una sola y misma finca con dicho terreno en que se halla enclavado y con la descripción siguiente: Casa a que se da el nombre de Ategorrieta, sin número, construida de mampostería en sus paredes exteriores, divisiones interiores de ladrillo entramados y suelos de madera y cubierta de taja plana; consta de planta baja distribuída en cocina, alcoba y cuadra; piso primero destinado a habitaciones y desván o camarote. En escritura de 12 de abril de 1943, y ante el Notario de Bilbao don Joaquín de Antuña, doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, viuda de don Francisco de Olano, y haciendo constar que a la disolución del matrimonio referido conservando ambos consortes la vecindad civil del infanzonado y la consiguiente condición legal de aforados vizcaínos, hubo de realizar la comunicación de bienes que determina el Fuero de Vizcaya, correspondiendo, en su virtud y de lo expresado anteriormente, todos los bienes del consorcio y de cada uno de los consortes en una mitad indivisa a la cónyuge sobreviviente, y en la otra mitad constitutiva de la herencia del difunto al hijo o hijos de ambos que tenga a bien designar la primera, en uso del poder testamentario referido del segundo y declarando que a la muerte del citado causante quedaron como bienes sujetos a la comunicación foral ochenta y seis fincas

que describe y relaciona: Que la herencia de su marido don Francisco de Olano y Zugasti está constituida por las ochenta y seis fincas antes referidas. Que se adjudica la mitad indivisa de todos y cada uno de los bienes inventariados, reservándose el derecho de disponer de la otra mitad entre los hijos o descendientes legítimos del causante, ya por testamento, ya por donación, bien en partes iguales o con las aportaciones, exclusiones o pensiones que a bien tenga, de acuerdo con la cláusula del testamento tercera que sirve de base a la indicada escritura. A continuación se describen las ochenta y seis fincas a que antes hace referencia; que por escritura de 17 de junio de 1943, ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, la propia viuda doña Asunción Abaitúa Solaegui, tras de relacionar el fallecimiento, sucesión y consabido poder testatario de su marido don Francisco Olano e invocar también la comunicación de bienes, operada conforme a la legislación vizcaína que regía el consorcio, manifestó que a la muerte de don Francisco y sujetos a dicha comunicación, además de los bienes reseñados anteriormente, quedó la finca caserío manzanal conocida en el nombre de Olanona, radicante con sus heredades, prados y manzanales en término municipal de Lezama, cuya descripción se detallaba en referida escritura de 12 de abril de 1943; en otra escritura que en fecha 20 de octubre de 1943 otorgó la propia doña Asunción Abaitúa y Solaegui, actuando como comisaria de don Francisco de Olano y Zugasti, en virtud del poder testamentario, a la vez que como tutora de su nieta María Asunción Alzaga Olano, y poder testamentario que por la ya aludida escritura de 12 de abril de 1943 dejó formalizada la herencia del mismo, con reseña de los bienes que la integraban y recordar la adjudicación de su mitad para sí con reserva del derecho de disponer de la otra mitad entre los hijos o descendientes legítimos, expresar que los bienes de dicha herencia figuran descritos en la aludida escritura y manifestar su propósito del poder de referencia, otorgó que en uso del poder testatario que le confirió su marido en el testamento otorgado el 5 de octubre de 1927, ante el Notario de Bilbao señor Arenal, dona pura y simplemente a su nieta doña María Asunción Alzaga y Olano la mitad indivisa correspondiente a dicho causante en todas y cada una de las fincas descritas en relación que bajo la firma de doña Asunción Abaitúa y Solaegui quedó incorporado la matriz de la mencionada escritura de octubre de 1943, apartando a los demás hijos y descendientes legítimos de los bienes donados con un real de vellón, con un palmo de tierra y una teja y a mayor abundamiento, con arreglo al Fuero de Vizcaya, y que como tutora de su nieta María Asunción Alzaga y Olano aceptaba la donación y solicitaba la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

Tercero.– Que doña María Olano Abaitúa, hija de los mencionados cónyuges don Francisco y doña Asunción, natural y vecindada en la anteiglesia de Echano, falleció en ella el día 29 de octubre de 1934, en estado de casada en nupcias únicas con don Juan Alzaga e Iturriaza, dejando de dicho matrimonio a su fallecimiento como descendiente única la hija llamada Asunción Alzaga y Olano. La correspondiente certificación del Registro General de Actas de Últimas Voluntades acredita que no aparece testamento de la finada, sin que tampoco se conozca disposición alguna de dicha índole presentando a la vez certificaciones del Registro Civil de Echano que acreditan las, circunstancias

familiares antes expresadas.

Cuarto.– Doña Pilar Olano Abaitúa, hija de los mencionados cónyuges don Francisco y doña Asunción, natural y vecina que fue de la anteiglesia de Echano, falleció el día 9 de septiembre de 1936, en estado de soltera, sin dejar descendientes, ni más ascendientes que su madre doña Asunción Abaitúa Solaegui, así como su hermano legítimo de doble vínculo don Ramón Olano Abaitúa. Según expresa la correspondiente certificación del Registro General de Actos de Últimas Voluntades que presentó al igual que la certificación de fallecimiento de la referida causante, no aparece testamento de la finada, sin que tampoco se conozca otra alguna disposición de dicha índole, por lo que la sucesión hereditaria habrá de regirse por las correspondientes normas de la herencia intestada.

Quinto.– Que don Ramón Olano Abaitúa, hijo también de los expresados cónyuges don Francisco y doña Asunción, natural de la anteiglesia de Echano y vecino constante que fue de la misma, falleció en Madrid el día 22 de abril de 1939, en estado de casado en nupcias únicas con doña María López de Letona y Gómez Rueda, de cuyo matrimonio nacieron y a la muerte de aquél quedaron como descendientes únicos seis hijos, sus actuales representados, llamados don Ramón, don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Joaquín y don Jesús Olano y López de Letona. La correspondiente y adjunta certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad señala como postrera disposición de tal índole el testamento de fecha 14 de diciembre de 1934 ante el Notario de Bilbao don Celestino María del Arenal por virtud del cual instituye y nombra herederos de todos sus bienes, derechos y acciones por partes iguales a sus referidos hijos.

Sexto.– Que doña Asunción Abaitúa Solaegui, hija de don Serafín y doña Josefa, nacida en Bilbao y avecindada constantemente desde su expresado matrimonio en la iglesia de Echano, falleció en Bilbao el día 15 de abril de 1945, en estado de viuda de sus únicas nupcias con don Francisco Olano y Zugasti, sin dejar a su fallecimiento hijo alguno, aunque sí nietos. La correspondiente certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad expresa como postrera disposición de dicha índole de la doña Asunción Abaitúa el testamento que en fecha 20 de octubre de 1943 otorgó ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, en el que se contemplan, aparte de otras que no interesan al caso, las siguientes declaraciones:

2ª Manifiesta ser hija legítima de los finados don Serafín y doña Josefa y hallarse viuda de su único matrimonio con don Francisco Olano y Zugasti, de cuya unión le sobreviven seis nietos, hijos de su difunto hijo Ramón, llamados Ramón, Francisco, José Antonio, Serafín, Joaquín y Jesús Olano y López de Letona, y una nieta, hija de su difunta hija María, llamada María Asunción Alzaga Olano.

3ª Hace constar la señora compareciente que por su matrimonio con el citado don Francisco de Olano y Zugasti, que era natural y vecino de Echano, Vizcaya, perdió la

ciudadanía común, adquiriendo la foral, en la cual permanece con casa solariega en el citado Echano y la que tiene derecho a invocar en el otorgamiento de su última voluntad, que lo hace, desde luego, con arreglo a las disposiciones del Fuero de esta provincia...

5.^a En el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones instituye y nombra universal heredera a su nieta María Asunción Alzaga y Olano, apartando a los demás herederos forzosos con los bienes que anteriormente les lega y por añadidura con lo que dispone el Fuero de Vizcaya. Caso de fallecer la heredera sin sucesión legítima pasarán los bienes de esta herencia a los demás nietos de la testora, por cabezas...

7.^a Prohíbe la intervención judicial en su testamentaría, aunque intervengan menores, ausente o incapacitados, y nombra albaceas universales a don Jaime Arroyo y don Francisco Imaz, los cuales quedan facultados solidariamente para practicar todos los actos y gestiones propios del albaceazgo y además los de incautarse de la herencia, administrarla durante la indivisión, cobrar créditos, pagar deudas, cancelar hipotecas y disponer de efectivo de herencia, así como para pagar legados, pudiendo al efecto vender bienes suficientes y representar a la testamentaría en juicio y fuera de él. Todas o parte de estas facultades podrán delegarlas en terceras personas y confiriéndoles los oportunos poderes notariales. Para contador-partidor designa al citado don Jaime Arroyo y Barrio, con las facultades previstas en los artículos mil cincuenta y siete del Código Civil, rogándole que, una vez practicada la división de herencia y fijados los bienes que corresponden a la herencia, los coloque y administre como tutor en la forma más conveniente a los intereses de la misma. En 6 de julio de 1945, y ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuna, don Jaime Arroyo, como contador-partidor de la finada doña Asunción Abaitúa Solaegui, y doña Asunción Alzaga Olano, como heredera de la misma, formalizaron escritura pública-en la que, relatando su fallecimiento, sus circunstancias personales y familiares y su testamento, manifestaba que los bienes relictos integrantes de su herencia se consignaban y detallaban en un anexo a la propia escritura, y otorgaban lo siguiente:

a) Don Jaime Arroyo y Barrio, que deja formalizada la distribución de la herencia de doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, compuesta de los bienes descritos en el anexo incorporado a la referida escritura, de cuyos bienes hace formal entrega mediante la presente escritura a la heredera doña María Asunción Alzaga y Olano, imponiendo a la misma la obligación de pagar las partidas que integran el pasivo hereditario y en particular los legados hechos por la testadora.

b) Doña María Asunción Alzaga y Olano acepta la herencia de su abuela doña Asunción Abaitúa y Solaegui, pura y simplemente, y se obliga al pago del pasivo hereditario, lo que justifica documentalmente a efectos registrales y en armonía con lo dispuesto en el artículo cuarenta y cinco de la Ley Hipotecaria. La relación de bienes hereditarios de referencia comprendía en cuenta corriente con el Banco de Vizcaya por importe de catorce mil quinientas cuarenta y cinco pesetas diecinueve céntimos;

doscientas treinta y tres acciones serie A del Banco de Vizcaya, de quinientas pesetas nominales cada una; setenta acciones, serie B, del propio Banco de Vizcaya, de ciento veinticinco pesetas nominales cada una; sesenta y cinco acciones preferentes de la Sociedad Minera de Sierra Menera, de quinientas pesetas nominales cada una. La mitad dividida de ochenta y seis fincas que por detallado se describen.

d) En 7 de abril de 1942 y ante el Notario de Bilbao señor Antuña la mencionada nieta heredera doña Asunción Alzaga Olano, asistida y con licencia de su marido don Isidoro Escagües, otorgó escritura en la que adicionaba la indicada precedente de 6 de julio de 1945, reiterando que en la herencia de doña Asunción Abaitúa Solaegui recaían como bienes probativos de esta causante once acciones serie A del Banco de Vizcaya, así como cuatro acciones de la serie B del propio Banco y manifestando que además existían las siguientes, no mencionadas en dicha anterior escritura, a saber: Dos acciones de la serie B del Banco de Vizcaya; y otorgado que declaraba dichos valores como omitidos en la anterior y que se los adjudica, aceptando tal herencia.

Séptimo.— En la propia escritura de 7 de abril de 1952, reseñada en el párrafo D) del precedente hecho sexto de este escrito, la doña Asunción Alzaga Olano, relatando el fallecimiento de su abuelo don Francisco Olano Zugasti, y sus circunstancias personales y familiares, así como el poder testatorio del mismo y el otorgamiento por la viuda doña Asunción Abaitúa Solaegui de las escrituras de 12 de abril y 20 de octubre de 1943 relacionadas en los párrafos E) y G) del hecho segundo de este escrito y también el fallecimiento y testamento de su mencionada abuela doña Asunción Abaitúa, así como la escritura de 6 de julio de 1945, relacionados en los párrafos A) y B) y C) del precedente hecho sexto de este escrito, manifestó que por olvido involuntario se omitieron en la testamentaría de doña Asunción Abaitúa diversos bienes, unos de procedencia del marido y otros de la hija del matrimonio, doña Pilar, detallando en tal concepto: Como procedente del don Francisco Olano Zugasti, la finca Olanona, descrita en el párrafo F) del hecho segundo de este escrito, y como procedentes de la hija doña Pilar Abaitúa, las fincas, casa Echezuria, terrenos Larrabastos, con la casa Ategorrieta erigida en ellos y heredad Echeondoa, cuyas descripciones se corresponden con las que han quedado expuestas en el párrafo D) del hecho segundo de este escrito; fincas todas ellas que la doña Asunción Alzaga, como heredera de su abuela doña Asunción Abaitúa Solaegui, se adjudicó aceptando la herencia de la misma.

8.º En la misma fecha de 7 de abril de 1952 y ante también el Notario de Bilbao señor Antuña, la propia doña Asunción Alzaga Olano, con igual asistencia de su marido don Isidoro Escagües, formalizó escritura en la que con análoga reiteración de los antecedentes antes aludidos manifestó lo siguiente:

"5.º Por olvido involuntario, sin duda, se omitió incluir en la testamentaría de don Francisco de Olano y Zugasti, y después en la de doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, la siguiente finca: El caserío denominado Olarreta, que se compone de tres partes: viña heredad de pan sembrar y baldío radicante en jurisdicción de la villa de Larrabezúa...

6.º La finca anteriormente descrita debe comunicarse perteneciente a las herencias de don Francisco de Olano y Zugasti y doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, teniendo en cuenta que a esta última se le adjudicó la mitad indivisa de dicha finca a título de comunicación foral, pasando la otra mitad a su nieta María Asunción Alzaga, como heredera de don Francisco de Olano y Zugasti, y siendo dicha doña María Asunción Alzaga Olano heredera, a su vez, de su abuela doña Asunción de Abaitúa Solaegui, procede se le adjudique también la otra mitad de finca que en su día esta última se adjudicará por comunicación adjudicada a doña Asunción de Abaitúa Solaegui, pasa también a su nieta doña María Asunción Alzaga Olano, a título de herencia de aquélla. Y con tales antecedentes otorgó:

"I. Que adiciona las herencias a don Francisco Olano y Zugasti y doña Asunción de Abaitúa Solaegui, en la finca descrita en el párrafo quinto de esta escritura.

II. Doña María Asunción Alzaga Olano se adjudica la finca mencionada, por herencia de sus abuelos don Francisco de Olano Zugasti y doña Asunción de Abaitúa y Solaegui."

Noveno.— A) La mencionada nieta doña Asunción Alzaga Olano, hija de don Juan y de doña María, nacida en Bilbao, pero vecindada en Echano, como menor de edad, en compañía de su abuela doña Asunción hasta después del fallecimiento de ésta en 1945, falleció en Bilbao el día 21 de marzo de 1953, en estado de casada en nupcias únicas con don Isidoro Escagües Javierre, y sin dejar descendientes ni ascendientes, ni colaterales más próximos por línea materna que sus seis primos carnales, parientes en cuarto grado civil, don Ramón, don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Joaquín y don Jesús Olano y López de Letona.

B) La correspondiente certificación del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, expresa que no aparece testamento de dicha finada doña Asunción Alzaga, de la que los actores tampoco conocen otra alguna disposición de tal índole.

C) Basándose en el indicado fallecimiento intestado, el viudo don Isidoro Escagües Javierre instó en el Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao, expediente de declaración de herederos abintestato que culminó en auto de fecha 5 de mayo de 1953, por el que fue él declarado tal heredero universal de la finada.

Décimo.— De todas las transmisiones de inmuebles que quedan reseñadas en los hechos precedentes, no hay noticias de que en los correspondientes Registro de la Propiedad se hayan efectuado otras inscripciones que las que se relacionen con la donación por doña Asunción Abaitúa Solaegui, por sí y como comisaria de su finado marido don Francisco Olano Zugasti, a favor de su hija común doña Pilar Olano Abaitúa en la escritura de fecha 3 de marzo de 1933, ante el Notario de Villaro don Mario Zubiaga, relacionada en el párrafo D) del hecho segundo de este escrito, de las tres fincas que en las propias escrituras y lugar se describen por detallado, las cuales inscripciones se efectuaron, en cuanto a los terrenos Larrabosos y casa Ategorrieta en el

Registro de la Propiedad de Durango, al folio ciento tres del tomo cuarto de Echano, finca número ciento cincuenta y tres, inscripción tercera: en cuanto a la casa Echazuria en el Registro de la Propiedad de Bilbao, al folio setenta y nueve vuelto, del libro tercero de Larrabezúa, finca número ciento sesenta y nueve, inscripción segunda; en cuanto a la heredad Echeondo, al folio ciento veintisiete vuelto del mismo libro tercero de Larrabezúa, finca número ciento ochenta y uno, inscripción segunda.

Undécimo.— Los finados cónyuges don Francisco Olano Zugasti y doña Asunción Abaitúa Solaegui, además de las fincas de que en precedentes hechos se hace circunstancia de referencia, poseían como dueños mobiliario y ajuar amplio y valioso, que subsistía en las fechas de sus respectivos fallecimientos y que, por tanto, recaía y se integraba en su sociedad conyugal y respectivas herencias; que por falta de datos concretos no es posible a los actores detallar en este momento cuáles fueron los muebles y ajuar que se aluden; pero cabrá acaso hacerlo durante el curso de este litigio y en todo caso podrá efectuarse en el período de ejecución de sentencia, bastando por ahora con aducir que todo dicho mobiliario y ajuar quedado en poder primero de la viuda doña Asunción Abaitúa y luego del la nieta doña Asunción Alzaga Olano, de quienes salvo en aquellas piezas que se sospecha y en su día cabrá acreditar que dichas señoras las hubieron enajenado, ha pasado a su viudo y heredero aquí demandado don Isidoro Escagües, quien lo conserva y retiene. Excepción de esto lo constituye el mobiliario y ajuar de pertenencia de la doña Asunción Abaitúa que existía en la casa llamada de Nafarroa, en Echano, y que, habiendo sido legado por ella al nieto don Ramón Olano se le hizo entrega formalizada en escritura de fecha 13 de octubre de 1952, ante el Notario de Amorebieta-Echano don José Salamero.

Duodécimo.— Otro tanto ha de decirse de numerosas y valiosas joyas igualmente poseídas por los cónyuges don Francisco Olano y doña Asunción Abaitúa, quedadas a sus respectivos fallecimientos y recayentes integrantes en su sociedad conyugal y respectivas herencias. En este respecto parece ser que buen número de joyas estuvieron depositadas en la caja de seguridad del Banco de Vizcaya en Bilbao a nombre de doña Asunción Abaitúa y Solaegui y que ocurrido el fallecimiento de ésta fue formulada por su nieta doña Asunción Alzaga Olano relación de las mismas, que a efectos de liquidación del precedente impuesto de Derechos Reales, fue presentada en la Abogacía del Estado. Convendrá aducir que también a nombre de la nieta Asunción Alzaga, ha habido en la caja de seguridad del propio Banco de Vizcaya, en Bilbao, análogo depósito de joyas, que ya en su totalidad y en muy buena parte debe presumirse que tuvieran su procedencia en la herencia de la abuela doña Asunción Abaitúa Solaegui, y añadir que tales joyas han sido extraídas de dicha caja por el viudo y heredero de la titular don Isidoro Escagües, sin intervención de los actores, no obstante la insistencia de éstos para que se les diera conocimiento y vista de aquéllas a los efectos procedentes y hasta intervención en su custodia y conservación por el interés que ofrecía su notoria participación legal en las mismas.

Decimotercero.— Las cartas que respondiendo a pregunta de uno de los actores le dirigió el representante legal de la Empresa muestra que doña Pilar Olano Abaitúa poseía y entran en su herencia veintiuna acciones de la Sociedad Central Azucarera de La Carlota, Elizalde y Co. Inc. Gen. Mgrs. de Manila.

Decimocuarto.— Los valores de pertenencia de doña Asunción Abaitúa Solaegui y recayentes en su herencia que en precedentes números han sido mencionados, al igual que cualquier otro de igual condición que pudiera existir, han producido después del fallecimiento de aquélla frutos, ya por intereses o dividendos llamados activos, ya por derechos de ampliación de capital. Concretamente conocen los actores, por ahora, los siguientes: cincuenta y cinco acciones serie A del Banco de Vizcaya, de quinientas pesetas de valor nominal cada una. Treinta y tres acciones serie B del Banco de Vizcaya, de ciento veintiocho pesetas de valor nominal cada una. Los títulos o valores que se dejan reseñados como de ampliación o nueva adquisición con cupones de los anteriores, fueron suscritos y adquiridos por doña Asunción Alzaga Olano.

Decimoquinto.— En el presentado testamento de doña Asunción Abaitúa Solaegui puede verse que, además de la institución hereditaria ya relacionada en el párrafo B) del hecho sexto de este escrito, dispuso varios legados, y, entre ellos, a favor de su nieto don Ramón Olano, el de especie consistente en "la casa llamada Nafarroa con su huerta y jardín, formando todo un solo perímetro, rodeado de tapia de mampostería y atravesando en toda su extensión por el cauce del arroyo que surte de aguas al molino", comprendiéndose en el legado "todos los enseres, ropas, muebles, etc., que se encuentra en el inmueble de referencia el día del fallecimiento de la testadora y que sean propiedad de la misma". Cual se ha insinuado ya en el hecho once de este escrito, de todo este legado y, por tanto, la casa aludida, se hizo oportuna entrega al legatario, formalizándola en la citada escritura de 13 de octubre de 1952, ante el Notario de Amorebieta-Echano, don José Salamero.

Decimosexto.— Doña Asunción Alzaga Olano ha venido percibiendo las rentas y frutos de todo género producidos desde la fecha del fallecimiento de su abuela doña Asunción Abaitúa Solaegui, tanto por los consabidos valores de éste como de las fincas que pertenecieron a la misma y al abuelo don Francisco Olano Zugasti y recaían en la sociedad conyugal y herencia de ambos, con la natural excepción de las correspondientes a la casa Nafarroa, afectada por el legado mencionado en el precedente hechos quince.

Decimoséptimo.— Por contra, la propia doña Asunción Alzaga Olano satisfizo desde el fallecimiento de la abuela doña Asunción Abaitúa Solaegui los gastos que por todos conceptos originaban las aludidas fincas y ha satisfecho también los dividendos pasivos o cuotas de suscripción de los valores de ampliación que se aluden en el hecho quinto y satisfizo, asimismo, los gastos que originó la testamentaría de dicha su abuela. Natural y legalmente obligado es que los actores reintegren a la herencia de dicha doña Asunción Alzaga Olano la parte de todos dichos gastos que corresponda a la

participación de aquéllos en los bienes y actos que los han originado.

Decimoctavo.– Se ha celebrado sin aveniencia con el aquí demandado, don Isidoro Escagües, acto conciliatorio en reclamación de la más fundamental de las reclamaciones que se concretan en la súplica de esta demanda. Adujo los fundamentos de derecho que estimó eran de aplicación al caso y terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declarase:

1.º Se declarase nula y sin valor ni efecto en la mitad que se corresponde con la condición de comisaría de su finado marido don Francisco Olano la donación hecha por doña Asunción Abaitúa Solaegui a favor de su hija doña Pilar en la escritura de 3 de marzo de 1933, ante el Notario de Villaro don Mario Zubiaga, relacionada en el párrafo D) del hecho segundo de este escrito, de las tres fincas Larrabaso con Ategorrieta, Echezuría y Echeondoa, que en los propios escritura y hecho se relacionan.

2.º Se declaren también nulas y sin ningún valor ni efecto las inscripciones de la donación indicada en el número precedente que se efectuaron en los Registros de la Propiedad de Durango y Bilbao en los términos y circunstancias que se detallan en el hecho décimo del presente escrito, en cuanto tales inscripciones afectan a la mitad de la donación cuya nulidad se pide precedentemente.

3.º Declarar asimismo nula en su totalidad la donación que en concepto de cocsaria de su finado marido don Francisco de Olano Zugasti hizo la propia viuda de éste, doña Asunción Abaitúa Solaegui, a favor de su nieta doña Asunción Alzaga Olano en escritura de 20 de octubre de 1943 ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, de la mitad de las ochenta y seis fincas que se relacionan en la propia escritura y en el apartado E) del hecho segundo del presente escrito.

4.º Declarar igualmente nula y sin ningún valor ni efecto la declaración de herederos abintestato de la finada doña Asunción Alzaga Olano, que a su favor instó su viudo don Isidoro Escagües Javierre y causó el Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao, según se relaciona en el hecho noveno del presente escrito, apartado C).

5.º Causar las declaraciones de herederos abintestato de los causantes muertos intestados que se relacionan en los diversos párrafos del segundo apartado de los fundamentos de derecho de la presente demanda, a favor de las respectivas personas y en los términos que allí se indican.

6.º Declarar que las herencias testadas e intestadas de los diversos causantes que se mencionan en los diversos párrafos del expresado apartado segundo de los fundamentos legales de la presente demanda corresponden y han derivado las transmisiones que allí se indican a favor de las personas que respectivamente se mencionan y en las porciones y proporciones que se expresan, ya que dichas herencias abarcan, respectivamente, los bienes que se detallan en los diversos párrafos del tercer apartado de los fundamentos legales de la presente demanda.

7.º Declarar la nulidad e ineficacia de cualquiera inscripción que además de las aludidas en el número segundo de la presente súplica se hubiere efectuado y hoy se desconoce por los actores en los libros de cualquier Registro de la Propiedad.

8.º Declarar que el demandado don Isidoro Escagües Javierre, como pretendido heredero de su finada mujer doña Asunción Alzaga Olano, está obligado a hacer entrega a los actores de los bienes que como transmitidos a éstos y de su pertenencia por razón de los títulos y derechos hereditarios que se mencionan en dichos apartados segundo y tercero de los fundamentos legales de este escrito les corresponde, así como a rendir cuentas y hacer entrega del saldo correspondiente de los frutos producidos por dichos bienes a partir de la fecha 21 de marzo de 1953, de fallecimiento de aquélla.

9.º Condenar al propio demandado don Isidoro Escagües Javierre a estar y pasar por todas las declaraciones precedentes y a cumplirlas en la parte que le correspondan.

10.º Condenar al propio demandado al pago de todas las costas del juicio.

Resultando que admitida la demanda y emplazada la parte demandada, compareció en los autos el Procurador don Mariano Escolar Martínez, representando a don Isidoro Escagües Javierre, quien, mediante escrito contestó a la referida demanda, oponiéndose a la misma, en base a los siguientes hechos:

Primero.- Ciertamente lo expuesto de contrario en el correlativo del escrito de demanda.

Segundo.- Asimismo cierto que don Francisco de Olano y Zugasti falleció en Bilbao el 13 de octubre de 1927, en estado de casado en únicas nupcias con la mencionada doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, y dejando como únicos hijos a los antes referidos, don Ramón, doña María y doña Pilar de Olano y López de Letona.

Igualmente cierto que la última disposición de don Francisco de Olano y Zugasti fue el testamento otorgado con fecha 5 de octubre de 1927, ante el Notario de Bilbao, don Celestino María del Arenal y por virtud del cual se confería poder testatorio o comisario a su esposa doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, para que ocurrida su defunción pudiera disponer en su nombre y representación de todos los bienes, entre sus hijos o descendientes, ya por testamento, ya por donación, bien a partes iguales o con las aportaciones, exclusiones o pensiones, que a bien tuviere, y prorrogándola para ello el plazo legal, reconociendo como cierto y auténtico el testimonio de dicho testamento acompañado con el escrito de demanda. Igualmente cierto que la viuda y comisaria doña Asunción de Abaitúa y Solaegui otorgó ante el Notario de Amorebieta, don Luis de Zubiaga, con fecha 30 de julio de 1928, testamento por sí y en nombre propio y a la vez en nombre como comisaria foral de su finado esposo, en uso del poder testario que confirió en 5 de octubre de 1952 ante el Notario don Celestino María del Arenal. Pero mostrando conformidad con el contenido de dicho testamento, del que resulta que doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, como comisaria de su finado esposo, don Francisco de

Olano y Zugasti, instituyó herederos de éste, a partes iguales, a sus hijas doña María y doña Pilar de Olano y Abaitúa, apartando a su otro hijo, don Ramón, y demás descendientes con la legítima foral estricta, con la salvedad de los legados instituidos que en dicho documento se expresa. Igualmente cierto que con fecha 3 de marzo de 1933, y ante el Notario de Villaro, don Mario de Zubiaga, la mencionada doña Asunción de Abaitúa y Solaegui formalizó con su hija doña Pilar de Olano y Abaitúa escritura por la que relacionando el fallecimiento y consabido poder comisario de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti y aludiendo a la comunicación de bienes operada entre ambos cónyuges por razón de la legislación vizcaína a la que estaban sometidos, hizo donación intervivos, perfecta e irrevocable a favor de la hija de ambos, doña Pilar, que aceptó la donación y con apartamiento de los demás hijos y descendientes, de las fincas sujetas, a la aludida comunicación foral, un trozo de terreno jaral, llamado Larrabaso, sito en la localidad de Echano de la casa nombrada Echezuría, radicante en la villa de Larrabezúa, la heredad denominada Echeandoa, sita también en Larrabezúa, y la casa nombrada Ategorrieta, construida sobre la citada finca Larrabaso, cuya superficie, pertenecidos, linderos y demás características se describen en la escritura de donación referida. Pero no se crea que el testamento de 30 de julio de 1928 y la mencionada donación de 3 de marzo de 1933, además de la donación de 20 de octubre de 1943, cuya nulidad se interesa en la demanda que se contesta, han sido las únicas disposiciones otorgadas por doña Asunción de Abaitúa y Solaegui en relación con los bienes de su herencia y de los de la de su esposo don Francisco de Olano y Zugasti, sino que, en total y siguiendo un orden cronológico de otorgamiento han sido los siguientes:

Primero.- El testamento otorgado ante el Notario de Amorebieta don Luis de Zubiaga y Arana el día 31 de julio de 1928; testamento otorgado ante el Notario de Amorebieta, don Luis de Zubiaga y Arana el día 5 de septiembre de 1929 en nombre propio y como comisaria de su fallecido esposo don Francisco de Olano y Zugasti; donación en escritura otorgada ante el Notario de Villaro don Mario de Zubiaga y Ozamiz, en 3 de marzo de 1933, en nombre propio y como comisaria de su finado esposo a favor de su hija doña Pilar; donación en escritura otorgada ante el Notario de Villaro don Mario de Zubiaga y Ozamiz el 3 de marzo de 1933 también en nombre propio y como comisaria de su finado esposo don Francisco de Olano y Zugasti a favor de su hija doña Pilar y con apartamiento de los demás hijos y descendientes de las fincas casa llamada "Astobiza-Aurrecoa", "Astobiza-Ostecoa"; heredades llamadas "Astobizar" pertenecientes a la casa Astobiza-Aurrecoa, heredades llamadas también Astobiza-Astecoa; heredad llamada Arcocheco-Soroa, monte llamado Acheondecoa, un jaro llamado Archa, otro llamado Echeostecoa, sitas todas en el término municipal de Lezama, cuya superficie, situación, linderos y demás características se expresan en la mencionada escritura; donación en escritura otorgada ante el Notario de Villaro don Mario de Zubiaga y Ozamiz, con fecha 21 de junio de 1935, en nombre propio como comisaria de su finado esposo don Francisco de Olano y Zugasti a favor de su hija doña Pilar, con apartamiento de sus demás hijos y descendientes de la mitad indivisa

correspondiente a la herencia de su repetido finado esposo de la finca denominada "Porción Oeste" de la vega de Nafarroa, sita en el término de Echano que se describen en referida escritura; testamento otorgado ante el Notario de Villaro don Mario de Zubiaga y Ozamiz el día 23 de julio de 1937, en nombre propio y como comisaria de su finado esposo don Francisco de Olano y Zugasti, en el que tras diversos legados instituye como única y universal heredera de sus bienes, y única y universal heredera de los bienes de su finado esposo, a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, esposa que fue del demandado don Isidoro Escagües Javierre con apartamiento de sus hijos y descendientes con los legados expresados y la legítima estricta foral: testamento otorgado ante el Notario de Villaro don Mario de Zubiaga y Ozamiz el día 6 de septiembre de 1939 en nombre propio y como comisaria de su mencionado esposo, en el que tras diversos legados instituyó como única y universal heredera de su bienes, y única y universal heredera de los bienes de su referido esposo, a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, esposa que fue del demandado don Isidoro Escagües Javierre, con apartamiento de sus otros nietos y parientes con la legítima estricta foral. Donación en escritura otorgada ante el Notario de Bilbao, don Joaquín Antuña, con fecha 19 de mayo de 1941, como comisaria de su finado esposo expresado don Francisco de Olano y Zugasti a favor de su nieto, y ahora demandante, don Ramón de Olano y López de Letona, con apartamiento de los demás nietos con la legítima estricta foral, de la mitad indivisa correspondiente a la herencia de su finado esposo en la casa denominada "Echechiquerre" y sus pertenecidos señalado con el número 15 del barrio de Zurbarán de Begoña-Bilbao, cuya superficie, linderos, situación y demás características se expresan en la referida escritura; testamento otorgado ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, el día 8 de mayo de 1942, en nombre propio solamente, y en el que tras diversos legados instituye como única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, esposa que fue del demanado señor Escagües, con apartamiento de los demás herederos forzosos con los legados señalados y con la legítima estricta foral; donación en escritura otorgada ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, el día 20 de octubre de 1943, cuya nulidad se interesa en la demanda que se contesta, actuando como comisaria de su finado esposo don Francisco de Olano y Zugasti, a favor de su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, esposa que fue del demandado señor Escagües de la mitad indivisa perteneciente a dicho causante de todas y cada una de las fincas que en ellas se describe, y asimismo en la demanda, con apartamiento de los demás hijos y descendientes con la legítima foral estricta. Y testamento otorgado ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, con fecha 20 de octubre de 1943, en nombre propio solamente y en el que tras de diversos legados, instituyó única y universal heredera de sus bienes a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, apartando a los demás herederos forzosos con la legítima foral estricta. De todas las referidas disposiciones se infiere como indudables e incuestionables las conclusiones siguientes:

a) Que doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, entendió en todo momento, y así lo estimaron también los Notarios que en él intervinieron, que era totalmente válida y

eficaz la prórroga que sobre el plazo legal le concedió su finado esposo don Francisco de Olano y Zugasti para el uso y ejercicio del poder testatario que le confirió, así como que su uso o ejercicio, en testamento, ni agota ni consume dicho poder testatario; que ha sido constante deseo e intención de doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, designar como sus herederas y como herederas de su finado esposo, primeramente a sus hijas doña María y doña Pilar, y después de fallecidas dichas hijas a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, hija de doña María y esposa que fue del demandado señor Escagües Javierre, con apartamiento de los otros nietos, los ahora actores hermanos Olano y López de Letona; apartamiento que no fueron causados por móviles caprichosos o injustificados, sino por el contrario, fundados en razones justas, equitativas y morales. Cierta también, como se dice de contrario en el correlativo de la demanda, que, en escritura de 12 de abril de 1943 y ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña y Solaegui, expresando los indicados matrimonio, fallecimiento, sucesión y poder comisario de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti, y haciendo constar que a la disolución del matrimonio referido, conservando ambos consortes la vecindad civil del infanzonado y la consiguiente condición legal de aforados vizcaínos, hubo de realizarse la comunicación de bienes que determina la Ley del Fuero de Vizcaya, correspondiente en su virtud y de lo consignado precedentemente, todos los bienes del consorcio a cada uno de los consortes, en una mitad indivisa a la cónyuge sobreviviente, y en la otra mitad constitutiva de la herencia del difunto, al hijo o hijos de ambos que tenga a bien designar la primera en uso del poder comisario que el segundo le confirió y tras declarar que a la muerte de don Francisco de Olano y Zugasti quedaron como bienes sujetos a la comunicación foral expresadas las ochenta y seis fincas que en dicha escritura se describían, otorgó:

a) Que declaraba la herencia de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti, la que estaba constituida por todos los bienes descritos en dicha escritura.

b) Que se adjudicaba la mitad indivisa en todos y cada uno de los bienes inventariados, reservándose el derecho de disponer de la otra mitad entre los hijos y descendientes del causante, ya por testamento, ya por donación, bien a partes iguales o con las apartaciones, exclusiones o pensiones que a bien tengan, de acuerdo con la cláusula tercera del testamento que su finado marido otorgó. El contenido de dicha escritura es una muestra más, fehaciente y rotunda, de la decisión de doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, de estimar como subsistente en tal fecha, 12 de abril de 1943, el poder testatario que la confirió su finado esposo don Francisco de Olano y Zugasti, y de que dicho poder testatario no estaba en dicha fecha ni agotado ni consumido por las disposiciones testamentarias, que haciendo uso de él había otorgado anteriormente. Cierta también como se afirma de contrario, que en escritura de fecha 17 de junio de 1943, autorizada por el Notario de Bilbao señor Antuña, la propia doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, tras relacionar el fallecimiento, sucesión y consabido poder testatario de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti, e invocar también la comunicación de bienes operada conforme a la legislación vizcaína que regía el

consorte, manifestó que a la muerte de dicho don Francisco de Olano y sujeto a dicha comunicación, además de lo reseñado en el apartado e) de la escritura de 12 de abril anterior, quedó la finca caserío manzanal "Olanone" radicante con sus heredades prados y manzanales en el término municipal de Lezama, que se describe en dicha escritura. Nuevamente y en esta escritura, se encuentra otra manifestación de voluntad de doña Asunción de Abaitúa y Solaegui de estimar en tal fecha como válido y subsistente el poder testatorio que le confirió su finado esposo a pesar de haber transcurrido el plazo legal, aun cuando no la prórroga conferida, y de haber hecho uso o ejercicio de él anteriormente y en diversas ocasiones, en testamento. Igualmente cierto cuando se afirma de contrario en el hecho correlativo del escrito de demanda en orden a que en escritura de fecha 20 de octubre de 1943, y ante el Notario de Bilbao señor Antuña, otorgó la propia doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, actuando como comisaria de su esposo don Francisco de Olano y Zugasti, en virtud del poder testatorio conferido y a la vez como tutora de su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, tras de relacionar también el matrimonio, fallecimiento, sucesión y poder testatorio de su citado finado marido, hace contar que por la ya aludida escritura de 12 de abril de 1943 dejó formalizada la herencia del mismo con la reseña de los bienes que la integraban y recordar la adjudicación de su mitad para sí con reserva del derecho de disponer de la otra mitad entre los hijos o descendientes legítimos, expresar que los bienes de dicha herencia figuraban inscritos en la referida escritura de 12 de abril anterior y manifestar su propósito de usar del poder de referencia, otorgó en el testamento de 5 de noviembre de 1927, ante el Notario de Bilbao, señor Arenal, dona pura y simplemente a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, la mitad indivisa correspondiente a dicho causante en todas y cada una de las fincas descritas en relación que bajo la firma de doña Asunción de Abaitúa se incorporó a la matriz de la referida escritura, apartando a los demás hijos y descendientes legítimos de los bienes donados con un real de vellón, un palmo de tierra y una teja y a mayor abundamiento con arreglo al Fuero de Vizcaya y que como tutora de su nieta doña Asunción de Alzaga y Olano, aceptaba la donación y solicitaba la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, donación ésta en plena validez y eficacia. Otorgada por doña Asunción de Abaitúa y Solaegui la escritura de manifestación de herencia ante el Notario de Bilbao señor Antuña, de fecha 12 de abril de 1943, por la que se adjudicaba la mitad indivisa de todos y cada uno de los bienes conyugales y manifestaba que la otra mitad constituía la herencia del finado marido que correspondería al hijo o hijos de ambos que ella designará en uso del poder testatorio conferido por su finado esposo, fue presentada dicha escritura a la liquidación de derechos reales y se giró, entre otras, las liquidaciones número 8.199 por el concepto de herencia de dicho don Francisco de Olano y Zugasti por un importe de treinta y un mil sesenta y cuatro pesetas con sesenta céntimos a cargo de sus hijos don Ramón Olano y dos más. Al realizar doña Asunción de Abaitúa y Solaegui en la escritura de 20 de octubre de 1943, cuya nulidad se solicita en la presente demanda, ante el Notario señor Antuña, la donación pura y simple a favor de su nieta doña Asunción de Alzaga y Olano de todos los bienes que constituían la herencia de su finado marido y ser presentada dicha escritura a la liquidación de derechos reales, por la Abogacía del

Estado de Bilbao, se giró la correspondiente liquidación por un importe de treinta y seis mil seiscientos sesenta y siete pesetas con cincuenta y cinco céntimos, en concepto de herencia, fue ingresada el 30 de enero de 1945, según carta de pago número 1.762. Y como de ello resultaba que por el concepto de herencia de don Francisco de Olano y Zugasti se habían satisfecho dos liquidaciones por el importe, una de treinta y una mil sesenta y cuatro pesetas con cuarenta céntimos, como consecuencia de la escritura de manifestación de herencia de 12 de abril de 1943, y otra por el importe de treinta y seis mil seiscientos sesenta y siete pesetas con cincuenta y cinco céntimos, como consecuencia de la escritura de donación de 20 de octubre de 1943, o sea, que se había verificado una duplicidad de pago por el mismo concepto los ahora actores don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Ramón, don Joaquín y don Jesús de Olano y López de Letona, y doña María Asunción de Alzaga y Olano, formularon una reclamación ante la Delegación de Hacienda de la Provincia de Vizcaya, en 20 de febrero de 1948, solicitando la devolución del importe de dicha primera liquidación, la girada a Ramón Olano y dos más y en la cual reclamación se dictó resolución en 22 de diciembre de 1949, acordando la devolución del importe de dicha primera reclamación aun cuando en cuantía algo inferior a la reclamada por las razones que en dicha resolución se contienen y expresan de cuya cantidad se hicieron cargo los reclamantes. En dicho escrito formulario de tal reclamación se hicieron constar, entre otras, las siguientes manifestaciones. En virtud de poder comisario que le fue conferido en el apartado tercero del testamento abierto de 5 de octubre de 1927 por su esposo don Francisco de Olano y Zugasti, doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, mediante escritura de 12 de abril de 1943 ante el Notario de Bilbao señor Antuña, declaró la herencia de su marido, adjudicándose la mitad indivisa de todos y cada uno de los bienes inventariados, conforme a la Ley primera, título veinte del Fuero de Vizcaya, y reservándose el derecho de disponer de la otra mitad entre los hijos o descendientes legítimos del causante, ya por testamento, bien en partes iguales o con las aportaciones, exclusiones o pensiones que a bien tuviera, de acuerdo con la cláusula tercera del testamento de su citado esposo; y mediante otra escritura que ante el citado Notario señor Antuña otorgó doña Asunción de Abaitúa y Solaegui a 20 de octubre de 1943, dicha señora, después de hacer historia de la sucesión de su marido y de reproducir los principales párrafos de la escritura por la misma otorgada el 12 de abril de 1943, manifestó que era su propósito hacer uso del poder testatorio o comisario que su esposo le había conferido, disponiendo de los bienes pertenecientes a la herencia del mismo en favor de las personas que al efecto se dirían; y desde luego en la parte dispositiva del mencionado documento, doña Asunción Abaitúa donó pura y simplemente a su nieta doña María Asunción Alzaga y Olano, la mitad indivisa correspondiente a don Francisco de Olano y Zugasti, en todas y cada una de las fincas dejadas por el mismo, apartando a los demás hijos y descendientes legítimos de los bienes donados con un real de vellón, un palmo de tierra y una teja y a mayor abundamiento con arreglo al Fuero de Vizcaya. Como es visto y resulta paladinamente de los hechos expuestos, ha habido duplicación de pago de cuotas por el mismo concepto, toda vez, que habiendo sido liquidada la herencia de don Francisco de Olano y Zugasti al presentarse en la Abogacía

del Estado de Vizcaya, la escritura de 12 de abril de 1943, incluso por la mitad indivisa que de la misma se reservaba la viuda del causante, doña Asunción de Abaitúa para disponer conforme al poder testatorio que tenía de su marido, posteriormente fue liquidada dicha mitad indivisa a cargo de doña María Asunción Alzaga y Olano. Conforme a estos hechos, parece desprenderse que la liquidación improcedente y que produjo duplicación de pago, fue la girada al presentarse la escritura de 20 de octubre de 1943, con motivo de la donación otorgada por doña Asunción Abaitúa a favor de su nieta doña María Asunción Alzaga de la mitad indivisa de la herencia de su marido, pero teniendo en cuenta que dicha doña María Asunción Alzaga y Olano es propiamente la heredera de su abuelo don Francisco de Olano y Zugasti y, por tanto, a quien corresponde el pago del impuesto sucesorio, conforme al artículo 59 del Reglamento, la liquidación improcedente y que ha causado duplicación de pago, ha sido girada a cargo de Ramón Olano y dos más por pesetas treinta y un mil sesenta y cuatro con el número ocho mil ciento noventa y nueve, cantidad ingresada contra la carta de pago el día 8 de noviembre de 1943. No puede haber manifestación más tajante, rotunda y plena de la validez de la donación otorgada por doña Asunción de Abaitúa y Solaegui a favor de su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, de todos los bienes pertenecientes a la herencia de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti, en uso del poder testatorio conferido por éste, aceptación plena y expresada de quienes ahora, en la presente demanda, solicitan su nulidad, aun cuando en aquel momento expresaron otra declaración y obtuvieron de ello un lucro económico.

Tercero.- Cierto el correlativo.

Cuarto.- Asimismo cierto el del mismo número de la demanda.

Quinto.- Que nada consta a la parte demandada de lo que se afirma de contrario en el hecho correlativo del escrito de demanda, pero sí es necesario resaltada evidente contradicción entre lo que se afirma en la demanda de que don Ramón de Olano y Abaitúa, fuera vecino constante de la anteiglesia de Echano y lo que expresan los documentos aportados con el escrito de demanda, de los que se deduce que dicho señor fue sucesivamente vecino de diversas localidades repartidas por los más distintos lugares del orbe, y que incluso cuando falleció no era vecino de Echano, sino de Madrid.

Sexto.- Cierto el correlativo.

Séptimo.- Que es cierto el correlativo que contesta.

Octavo.- Cierto también lo que se afirma de contrario en el correlativo de la demanda, en orden al otorgamiento de la escritura pública que se menciona.

Noveno.- Que es cierto el del mismo número de la demanda y añade: Que don Isidoro Escagües nació en la población de Uncatillo de la provincia de Zaragoza, siendo, por tanto, de nacimiento aragonés; pero por Orden ministerial de 3 de julio de

1942 y en virtud de concurso de traslado fue destinado como Catedrático Numerario de "Geografía e Historia" al Instituto Nacional de Enseñanza Media de Vitoria, de cuyo cargo se posesionó el 1 de agosto de 1942, y en el cual permaneció hasta el día 9 de diciembre de 1952, fecha en la que cesó por Orden ministerial de 25 de noviembre de dicho año, donde resulta que el señor Escagües permaneció en dicho Centro como titular de la Cátedra mencionada y residió en la localidad o población de Vitoria un total de diez años, cuatro meses y nueve días. Durante el período que el demandado señor Escagües permaneció en Vitoria, no verificó ninguna manifestación ante el Juzgado Municipal de dicha población sobre adquisición, conservación o recuperación de vecindad civil, de donde resulta que en mérito a lo dispuesto en las leyes que regulan la materia y en virtud de dicha residencia, adquirió la vecindad de Vitoria, a todos los efectos; vecindad a la que quedó sujeta doña María Asunción de Alzaga y Olano, desde el momento mismo en que contrajo con él matrimonio, perdiendo la suya originaria y sin que posteriormente hubiera adquirido dicho matrimonio, con efectos legales, ninguna otra vecindad.

Décimo.- Ciertamente lo que se manifiesta de contrario en el correlativo de la demanda en orden a la situación registral de las transmisiones de inmuebles realizadas en la escritura o escrituras que han sido mencionadas en esta contestación.

Once.- Ciertamente que los cónyuges don Francisco Olano Zugasti y doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, poseyeron, como dueños, mobiliario y ajuar amplio y valioso instalado en la casa Nafarroa, sita en Echano, y que fue siempre el único domicilio conyugal de dicho matrimonio. Por otra parte al contraer matrimonio don Juan Alzaga Iturriaza y doña María de Olano Abaitúa instalaron su domicilio conyugal en el piso segundo de la casa número 2 de la calle de Somera, de Bilbao, vivienda espaciosa y que fue totalmente amueblada por dicho matrimonio, en la cual habitaron y en la que nació su única hija, doña María Asunción de Alzaga y Olano. Al quedar sola doña Asunción de Abaitúa y Solaegui y su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, después del fallecimiento de sus padres don Juan Alzaga Iturriaza y doña Pilar de Olano y Abaitúa, se trasladaron a vivir al repetido domicilio de Somera de Bilbao pero sin que de ello pudiera hacer ningún derecho dominical a favor de doña Asunción de Abaitúa Solaegui de los muebles y enseres que en ella hubieran, que eran de la sola exclusiva propiedad de su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano por el fallecimiento de sus padres y como herencia de los mismos. Más tarde, como consecuencia de verificarse obras de reparación y de habilitación de más viviendas en el piso segundo de la casa número dos de la calle de Somera, doña Asunción de Abaitúa y Solaegui y su nieta doña Asunción de Alzaga y Olano se trasladaron a vivir al piso segundo de la casa número uno de la calle de Viuda de Epalza de Bilbao, que le amueblaron con los muebles y enseres procedentes de la vivienda de la casa número dos de la calle de Somera, o sea, de la propiedad exclusiva de doña María Asunción de Alzaga y Olano. Y como en dicha vivienda no pudieron instalarse la totalidad de los muebles procedentes de la vivienda de la calle de Somera, por ser ésta de mayores proporciones que la de la Viuda de

Epalza, fueron varios de ellos trasladados a la casa Nafarroa, de Echano, donde deben de estar a no ser que el actor don Ramón de Olano haya dispuesto de ellos.

Doce.- Ninguna noticia concreta existe de las joyas que hubiera podido poseer los cónyuges don Francisco de Olano y doña Asunción Abaitúa, aunque sí que en gran parte de ellas pasaron a poder de los actores, o de sus familiares, por regalos verificados por doña Asunción, así como que también otra gran parte de ellas desaparecieron en el saqueo de la casa Nafarroa. Con relación a las joyas existentes en la caja fuerte del Banco de Vizcaya arrendada por doña María Asunción de Alzaga y Olano, se ha de afirmar que eran todas ellas de la propiedad exclusiva de repetida señora como procedentes de su madre doña María de Olano y de regalos que recibió con motivo de su matrimonio con don Isidoro Escagües, así como de su citado esposo que las depositó en ella con anterioridad a la fecha en que contrajo matrimonio, pudiendo afirmarse que no existía joya alguna correspondiente a la herencia de los cónyuges don Francisco de Olano y doña Asunción Abaitúa. Después de fallecida doña María Asunción de Alzaga y Olano, dicha caja fue abierta por primera vez, en presencia del Notario de Bilbao don José María Gómez y Rodríguez-Alcalde con fecha 4 de noviembre de 1953, quien levantó acta de su contenido al cual se remite esta parte.

Trece.- Se atiende la parte demandada al contenido de la carta mencionada en el correlativo de la demanda, en cuanto a lo que en ella se refiere, haciendo constar que el señor Escagües aún ni ha tomado posesión de los bienes, ni de los mismos percibió el menor beneficio.

Catorce.- Idéntica manifestación se ha de consignar en relación a lo que se afirma de contrario en el correlativo de la demanda.

Quince.- Cierta la institución del legado que se menciona en el correlativo de la demanda sobre la casa Nafarroa, sita en Echano, a favor del actor don Ramón de Olano y López de Letona, así como también de que con ello dio muestras doña María Asunción de Alzaga y Olano de lo que obliga moralmente la voluntad de su abuela y del respeto que a dicha voluntad se debe, como consecuencia del cual hizo entrega de dicho legado al legatario aun cuando coactivamente no hubiera podido ser compelida para ello. Quede, pues, en relación con dicha cuestión la realidad de las siguientes conclusiones:

a) Que doña María Asunción de Alzaga y Olano verificó la entrega a don Ramón de Olano y López de Letona del legado instituido a su favor por doña Asunción de Abaitúa y Solaegui de la casa Nafarroa, sita en Echano, en cumplimiento de un deseo o voluntad de dicha señora.

b) Que dicho don Ramón de Olano y López de Letona aceptó y se hizo cargo de tal legado, según consta en la escritura notarial que de contrario se refiere en el correlativo de la demanda.

Dieciséis.- Que aun cuando ello se oculte en el escrito de demanda, es cierto que han sido los actores hermanos Olano y López de Letona, quienes han percibido las rentas de los bienes que son objeto de discusión en la presente demanda, correspondiente al año 1952 por mediación del señor Zorroza, apoderado y mandatario de ellos, y de lo cual habrá de rendir cuentas al demandado señor Escagües.

Diecisiete.- Ciertamente que doña María Asunción de Alzaga y Olano, satisfizo de su peculio particular diversos gastos correspondientes a las herencias de los cónyuges don Francisco de Olano y doña Asunción Abaitúa, así como los legados que en los mismos se instituyeron, así como otros diversos cuyo pago se exigirá reconventionalmente.

Dieciocho.- Ciertamente la celebración del acto de conciliación que se menciona; adujo los fundamentos de derecho que estimó eran de aplicación al caso, formulando reconvencción al amparo de lo dispuesto por el artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exponiendo como hechos:

Primero.- Que doña Asunción de Abaitúa Solaegui otorgó su última disposición en relación con sus propios bienes, en el testamento de 20 de octubre de 1943, autorizado por el Notario de Bilbao, don Joaquín Antuña y en el que tras de establecer diversos legados, dispuso que en su cláusula quinta "en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye y nombra universal heredera a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano", apartando a los demás herederos forzosos con los bienes que anteriormente les lega y por añadidura con lo que dispone el Fuero de Vizcaya; y caso de fallecer la heredera sin sucesión legítima pasarán los bienes de ésta herencia a los demás nietos de la testadora, por cabeza. Y habiendo fallecido doña Asunción de Abaitúa y Solaegui en Bilbao el día 15 de abril de 1945 en mérito a lo dispuesto en el testamento, se otorgó por don Jaime Arroyo Barrio, como contador-partidor de la testadora y por doña María Asunción de Alzaga y Olano, como heredera, la escritura, de manifestación de bienes y aceptación de la herencia de dicha doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, con fecha 6 de julio de 1945 y ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, cuya copia se ha presentado de contrario con el escrito de demanda la cual se reconoce como auténtica. Fallecida doña María Asunción de Alzaga y Olano, sin descendientes legítimos, los actores hermanos Olano y López de Letona, acogidos a lo dispuesto en la cláusula quinta del testamento de doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, se abrogaron, sin el menor derecho para ello la condición de herederos de dicha doña Asunción de Abaitúa y Solaegui y según noticias de ellos recibidas sabe el señor Escagües que han otorgado una escritura de aceptación de dicha herencia ante el Notario de Amorebieta, don Juan José Salamero, y cuya nulidad se solicita en la presente reconvencción.

Segundo.- Viuda doña Asunción de Abaitúa y Solaegui y de muy avanzada edad, y por añadidura con la única compañía de su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, niña aún, fue fácil víctima de sujetos sin escrúpulos, quienes lograron de ella autorizaciones de venta del arbolado existente en las fincas de su pertenencia de la

herencia de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti resultando de ello que en el momento en que falleció todos tales montes se hallaban calvos, sin el menor arbolado. Ante ello, mejor aconsejada doña María Asunción de Alzaga y Olano, comenzó una labor intensa de repoblación de tales montes, labor en la que siguió a su fallecimiento su viudo y herederos don Isidoro Escagües Javierre, invirtiendo en ello muy elevadas sumas y produciendo una mejoras en relación con el valor de tales fincas, de las que debe ser reembolsado y pagado dicho don Isidoro Escagües Javierre.

Tercero.- Con motivo de las disposiciones testamentarias otorgadas por doña María Asunción de Abaitúa y Solaegui, se vio precisada su heredera doña María Asunción de Alzaga y Olano a verificar el pago de los legados instituidos por dicha testadora, y entre ellos la suma de treinta mil pesetas a cada uno de los ahora actores que fueron percibidas por éste como se justifica con las primeras copias de escritura de entrega de tales legados y se acompañan a este escrito y que fueron satisfechas del peculio particular de doña Asunción de Alzaga y Olano. Por ello en el supuesto de que en el presente litigio se declarara que los herederos legítimos de doña Asunción de Abaitúa y Solaegui son los actores hermanos Olano y López de Letona, deberán reembolsar a don Isidoro Escagües Javierre, como heredero de su esposa doña María Asunción de Alzaga y Olano el importe de todos los legados, ascendentes cada uno a la suma de treinta mil pesetas, porque dicha obligación habría de ser pagada por quienes fueran en definitiva los herederos de doña Asunción Abaitúa y Solaegui y solamente hubiera verificado dicha doña Asunción de Alzaga y Olano un anticipo del cual debería ser reembolsada.

Cuarto.- En virtud de lo dispuesto en el testamento otorgado en 20 de octubre de 1943, por doña Asunción de Abaitúa, instituyó el siguiente legado: "a su nieto don Ramón Olano, la casa llamada "Nafarroa", con su huerta y jardín, formando todo un solo perímetro rodeado de tapia y de mampostería, y atravesando en todas su extensión por el cauce del arroyo que surte de aguas al molino. En este legado se entenderán comprendidos todos los enseres, ropas, muebles, etcétera, que se encuentren en el inmueble de referencia, el día del fallecimiento de la testadora y que sean propiedad de la misma (toda vez que la casa está habitada por otra persona que tiene en ella sus propios bienes)"; en su virtud y atendiendo a la voluntad de la testadora, y aunque dicho legado excedía de lo que tal testadora podía disponer por pertenecer el cincuenta por ciento o mitad indivisa de dicha finca a la herencia de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti, que había sido donada a doña María Asunción de Alzaga y Olano en escritura de igual fecha y de número de protocolo anterior del mismo Notario, dicha doña María Asunción de Alzaga y Olano hizo entrega de la totalidad de tal legado al legatario don Ramón de Olano y López de Letona en escritura otorgada ante el Notario de Amorebieta don Juan José Salamero, el día 13 de octubre de 1952, y el cual legado fue aceptado por el legatario como se expresa en el escrito de demanda en su hecho décimo y lo reconoció el propio legatario en fecha 24 de noviembre de 1952, dirigida a doña María Asunción de Alzaga y Olano que como documento número 26 se acompaña

original.

Quinto.- Como se ha expresado al contestar al hecho once de la demanda, al trasladarse a vivir doña Asunción de Abaitúa y Solaegui y su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano a la vivienda del piso tercero de la casa número uno de la calle Viuda de Epalza, de Bilbao, siendo esta vivienda de más reducidas proporciones que la del piso segundo de la casa número dos de la calle de Somera de Bilbao, y no pudiendo instalar en ella todos los muebles procedentes de esta última vivienda, que eran de la exclusiva propiedad de doña María Asunción de Alzaga y Olano, por herencia de sus padres, fueron trasladados a la casa Nafarroa de Echano en donde deben de estar, a no ser que el actor don Ramón Olano y López de Letona a quien le fue legada dicha casa como se expresó anteriormente, haya dispuesto de ellos o los haya trasladado a otro lugar. Por ello se deduce también el pedimento de que se condene a dicho actor a la devolución de los expresados muebles a don Isidoro Escagües, que ha advenido propietario de los mismos por ser el heredero de doña María Asunción de Alzaga y Olano. Expuso igualmente los fundamentos de derecho que estimó eran de aplicación al caso a la reconvencción formulada, terminando con la súplica de que se dictara sentencia, condenando:

a) Que es totalmente legal, válido y eficaz en derecho la donación que como comisaria de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti, hizo doña Asunción de Abaitúa y Solaegui a favor de su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano en la escritura de 20 de octubre de 1943, autorizada por el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña Montoto, de las fincas que en dicha escritura se mencionan y describen.

Que alternativamente y para el supuesto de que se declara la nulidad de la donación mencionada en el apartado anterior la sucesión hereditaria de don Francisco de Olano y Zugasti debe diferirse de conformidad con las disposiciones contenidas en el testamento que su comisaria y esposa doña Asunción de Abaitúa y Solaegui otorgó, en tal condición el día 31 de julio de 1928 ante el Notario que fue de Amorebieta don Luis de Zubiaga y Arana, y que, en consecuencia, y con el respeto de los legados establecidos, fueron sus únicas y universales herederas sus dos hijas doña María y doña Pilar de Olano y Abaitúa.

c) Que la única y universal heredera de doña María de Olano y Abaitúa y su esposo don Juan de Alzaga e Iturriza lo fue la única hija de ambos doña María Asunción de Alzaga y Olano, siendo enteramente legal, válida y eficaz en derecho las declaraciones que en tal sentido dictaron, respectivamente, los Juzgados de Primera Instancia de Guernica, el día 8 de noviembre de 1935, y el de Primera Instancia número uno de Bilbao, el día dos de junio de 1939.

d) Que la única y universal heredera de doña Pilar de Olano y Abaitúa, fue su madre doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, siendo enteramente legal, válida y eficaz en derecho la declaración que en tal sentido dictó el Juzgado de Primera Instancia

número cuatro de Bilbao, con fecha 5 de febrero de 1943.

e) Que la única y universal heredera de doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, con respecto a los legados establecidos, fue su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, siendo enteramente legal, válida y eficaz en derecho la escritura que en aceptación de dicha herencia otorgó con fecha 6 de julio de 1945 ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña.

f) Que es totalmente nula e ineficaz y por lo tanto sin ningún valor ni efecto, la estipulación que doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, expresó en la cláusula quinta de su testamento de 20 de octubre de 1943, autorizado por el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña Montoto, y que disponía que "en cada de fallecer la heredera sin sucesión legítima pasarán los bienes de esta herencia a los demás nietos de la testadora, por cabezas", o –alternativamente y para el supuesto de que se declarara la validez de dicha estipulación– que doña María Asunción de Alzaga y Olano tuvo sucesión legítima, su viudo don Isidoro Escagües Javierre; y en ambos casos que los actores no tienen derecho a ser considerados como herederos de doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, siendo enteramente nula y sin ningún valor ni efecto la institución de herederos verificada a su favor en el mencionado testamento, como asimismo nula y sin ningún valor ni efecto cualquier escritura pública que hubieren otorgado en aceptación de dicha herencia, así como nulas y sin ningún valor ni efectos cuantas inscripciones o asiento se hubiera podido realizar, o se realizaren, en los Registros de la Propiedad de Durango y de Bilbao, o en cualquiera otro, como consecuencia de tal escritura.

g) Que el único y universal heredero de doña María Asunción de Alzaga y Olano es su viudo don Isidoro Escagües Javierre, siendo enteramente legal, válida y eficaz en derecho la declaración que en tal sentido dictó el Juzgado de Primera Instancia número tres de los de Bilbao, con fecha 5 de mayo de 1953.

h) Que los actores están obligados a devolver a don Isidoro Escagües Javierre cada uno de ellos la suma de treinta mil pesetas, importe de los legados que recibieron con fecha 28 de mayo de 1946, correspondientes a la herencia de doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, con los intereses legales de dicha cantidad a partir de la expresada fecha de 28 de mayo de 1946.

Que el actor, don Ramón de Olano y López de Letona, está obligado a devolver al demandado don Isidoro Escagües Javierre la mitad del legado que doña María Asunción de Alzaga y Olano le hizo entrega en la escritura autorizada por el Notario de Amorebieta don Juan José Salamero, con fecha 13 de octubre de 1952, o sea, la mitad indivisa de la casa Nafarroa, sita en Echano, y la mitad de los muebles y enseres que en ella se hallaren y fueren de la fecha en que falleció doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, el día 15 de abril de 1945.

j) Que los actores están obligados a entregar a don Isidoro Escagües Javierre cuantos frutos hubieren percibido de los producidos por los bienes que constituyeron las

herencias de don Francisco de Olano y Zugasti y de su esposa, doña Asunción de Abaitúa y Solaegui.

k) Que el actor don Ramón Olano y López de Letona está obligado a devolver al demandado don Isidoro Escagües Javierre los muebles que fueron de la propiedad de doña María Asunción de Alzaga, y que por no tener cabida en la vivienda del piso segundo de la casa número 1 de la calle Vda. de Epalza, de Bilbao, fueron transportados y depositados en la casa Nafarroa, en Echano.

l) Que alternativamente, y en el supuesto de que se declarara que los actores tienen derecho, en todo o en parte, a la propiedad de los bienes pertenecientes a las herencias de don Francisco de Olano y Zugasti y de doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, los actores están obligados a indemnizar al demandado don Isidoro Escagües Javierre el importe de las mejoras por éste y su esposa, doña María Asunción de Alzaga y Olano, realizadas en tales fincas, tales como sembrados plantaciones de árboles y demás, en la proporción correspondiente al de la propiedad que se les reconociere y que será concretado en período de ejecución de sentencia, condenando:

A) A los actores hermanos Olano y López de Letona a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a cumplirlas en la parte que les afectare y correspondiere.

B) A los actores hermanos Olano y López de Letona al pago de todas las costas, incluso los de la reconvención, de este juicio.

Resultando que dado traslado a la parte actora para evacuar el traslado de réplica lo llevó a efecto mediante escrito por el que mantuvo sus puntos de vista en cuanto a los hechos de la demanda, rebatiendo las afirmaciones de la contestación que no se ajustaren a aquéllos y adicionando el siguiente hecho: Que con posterioridad a la formulación de la demanda, con fecha 24 de mayo de 1947, y ante el Notario de Bilbao, señor Antuña, don Jaime Arroyo, albacea testamentario y contador partidario de doña Asunción Abaitúa y doña María Asunción Alzaga, otorgaron escritura adicional de la anterior de 6 de julio de 1945, manifestando que en ésta, por olvido involuntario, había omitido la mención en la herencia de dicha causante de los valores que a continuación describía, y en su respecto hace notar que si bien doña Asunción dice en ella en último término haber quedado recayendo en la herencia de doña Asunción Abaitúa "sesenta y cinco" acciones de la consabida Compañía "Minera Sierra Menera", y al individualizarlas les asigna la numeración "veintidós mil novecientos cuatro setenta y ocho" que se corresponde, no con las sesenta y cinco acciones, sino con setenta y cinco, lo que refleja un error, que desde luego lo atribuye a las cifras de la numeración, dando por cierto que las acciones fueran solamente sesenta y cinco, en al anterior escritura de fecha 6 de julio de 1945, para aceptación de la herencia de doña Asunción Abaitúa y manifestación de los bienes recayentes en ella, se mencionaban sesenta y cinco acciones preferentes de la Sociedad "Minera de Sierra Menera" números 22.904 al 22.968; y cree que estas acciones son las mismas que, con el apuntado error material de numeración,

volvió a declarar doña María Asunción Alzaga en esa nueva escritura de 24 de mayo de 1947, que se comenta aquí; en atención a ello entiende y establece que la manifestación de adición a la herencia de doña Asunción Abaitúa que la doña María Asunción Alzaga causó en esa nueva escritura de 24 de mayo de 1947, ante el Notario de Bilbao señor Antuña, ha de considerarse referida únicamente a las solas tres primeras partidas que en ella se mencionan, es decir, a las diez, veinticinco y treinta, o sea en total sesenta y cinco obligaciones de la Compañía "Minera Sierra Menera", 6 por 100 cuya respectiva numeración se expresa allí. Reiteró los propios fundamentos de Derecho que consignó en la demanda y aduciendo de nuevos los que estimó eran de aplicación para rebatir los expuestos de contrario, y en cuanto a la reconvención le contestó oponiéndose a ella en virtud de los hechos siguientes:

Primero.- Que era cierto que doña Asunción de Abaitúa otorgó en última disposición testamentaria en fecha 20 de octubre de 1943, ante el Notario de Bilbao señor Antuña, en los términos que reproduce el demandado reconviniendo, reconociendo como exacta la copia simple del aludido testamento presentado de contrario al propio tiempo que hace constar que análoga copia simple del mismo igualmente aceptada como exacta de adverso se había presentado con la demanda y obra en autos para justificación de lo alegado en el hecho sexto de la misma; y reproduciendo lo que en dicho sexto se manifestaba, añade que esos "demás nietos" que la testadora doña Asunción designaba como sustitutos de la doña María Asunción lo eran y lo son los seis aquí demandantes; expresó además que los bienes hereditarios de la causante doña Asunción Abaitúa no era solamente los enumerados y relacionados en la escritura ya referida, sino que además lo eran cuando menos los que asimismo se enumeraban y relacionaban en las posteriores escrituras de 7 de abril de 1952, ante el Notario señor Antuña, y ya reseñada en el propio hecho sexto de la demanda y justifica como copia simple hecho séptimo de la demanda, así como la de 7 de abril de 1952, también otorgada ante el propio Notario señor Antuña y reseñada en el octavo hecho de la demanda e incluso también en la escritura de 24 de mayo de 1947, otorgada igualmente ante el Notario señor Antuña y reseñada y justificada con la presentación de copia fehaciente que obra en autos. Ciertamente el otorgamiento por los actores reconvenidos de la escritura a que alude el demandado reconviniendo en que, a base del párrafo segundo de la indicada cláusula testamentaria se adjuntaron a aquéllos parte de los bienes recayentes en la herencia de doña Asunción Abaitúa; y aunque el señor Escagües no la reseña ni detalla, lo hace esta parte, manifestando que tal escritura fue otorgada en 25 de julio de 1953, ante el Notario de Amorebieta don Juan José Salamero, y para exacto conocimiento de litigantes y Juzgado presentaba copia simple de la misma por carecer de fehaciente.

Segundo.- Que desconocía en absoluto cuanto se afirmaba en el correlativo de la reconvención, por lo tanto a las justificaciones que a su respecto pueda aportarse a los autos. Ciertamente que doña María Asunción Alzaga hizo algunas plantaciones en los montes de las herencias de los cónyuges Olano-Abaitúa, pero ignora el detalle, así como la importancia y cuantía y que por lo tanto se remite a las justificaciones oportunas. Niega

en cambio en absoluto que se costeasen del peculio particular de doña María Asunción y asimismo que el señor Escagües haya realizado ni costeado en dichos montes plantación alguna, como no sea un millar corto puestas para cubrir faltas de plantaciones anteriores, reposición ésta de escasísima importancia y valón

Tercero.- Cierto que doña Asunción Alzaga hizo pago de los legados instituidos por doña Asunción Abaitúa a favor de los aquí actores y para ello reconoce como auténticas y exactas las copias de las correspondientes escrituras de tales legados que de adverso se han presentado; pero incierto en cambio que el pago de tales legados se efectuara del peculio particular de doña María Asunción Alzaga. Por el contrario, lo efectuó con dinero procedente de la venta de bienes hereditarios de su abuela doña Asunción, y entre ellos concretamente de las 163 acciones del Banco de Vizcaya, la serie A, números 11.010-89, 11.130-49, 11.150-9 y 11.183-210, y espera esta parte que así lo reconozca el demandado reconviniendo y que por lo tanto no ha lugar a reembolso alguno, cual se apunta de contrario, máxime recayendo, como es sabido, en los actores la total herencia de doña Asunción Abaitúa, en la que naturalmente sería baja el importe de los legados satisfechos con cargo a la masa hereditaria.

Cuarto.- Cierto que el testamento de 20 de octubre de 1943, por el cual doña Asunción Abaitúa instituyó heredero a su nieto, hoy actor aquí, don Ramón Olano en los términos que reproduce el escrito reconvencional del señor Escagües; y cierto igualmente también que entendiéndose cumplirlo fue otorgada la escritura de 13 de octubre de 1952 ante el Notario de Amorebieta señor Salamero, cuya escritura se acepta como exacta, así como la carta original de 24 de noviembre de 1952 como original de don Ramón, cuya carta se presenta de adverso. En relación a ella y para fijar posiciones con plena exactitud no estará de más hacer constar que a su otorgamiento no concurrió don Ramón Olano, expresándose en su cláusula undécima que aceptará el legado por escritura separada de la que nada dice la reconvención; y por otra parte la cláusula novena razona ampliamente el por qué de la entrega al legatario don Ramón de la totalidad de la porción de finca mencionada en el legado, ateniéndose por lo tanto a lo que se expresa en las aludidas cláusulas. Ahora bien, existen antecedentes que a efectos de la indicada fijación exacta de posiciones han de ser expuestos, y éstos son los siguientes: En escritura pública de 6 de julio de 1945, número 538, ante el Notario de Bilbao señor Antuña, y con presencia e intervención de don Ramón Olano, el albacea testamentario de la testadora, don Jaime Arroyo, había hecho a título de cumplimiento del legado de que se trata entrega formal y solemne de la mitad indivisa de la totalidad de la finca Nafarroa, siquiera fuera con mayor amplitud que la porción de la misma delimitada en el testamento. Y por otra escritura de igual fecha de 6 de julio de 1945, número 539, ante el propio Notario de Bilbao señor Antuña, la heredera María Asunción Alzaga vendió al propio don Ramón Olano en precio de pesetas 14.062,50 la otra mitad de la totalidad de dicha finca. La contemplación, lectura y análisis de dichas dos escrituras y su cotejo con la de 13 de octubre de 1952 permite e impone ver en esta última más propiamente que la formalización del cumplimiento de legados, dispuestos

por doña Asunción Abaitúa y entrega del mismo al legatario, una simple rectificación de error sufrido en las dos primeras, entregando y vendiendo al don Ramón la totalidad de la finca "Nafarroa" con todos los terrenos y edificios que la integraban, en lugar de sólo la porción delimitada de la misma que por voluntad de doña Asunción había de pasar al patrimonio de don Ramón y éste conserva. Prueba cumplida de ello es el hecho de que no obstante la excesiva amplitud asignada a la finca en las transmisiones formalizadas en dichas dos primeras escrituras, de hecho don Ramón no se posesionó ni conserva de más que la porción delimitada que expresaba el legado, es decir, la casa llamada "Nafarroa" con su huerta y jardín formado un sólo perímetro rodeado de tapia que con toda minuciosidad y concreción se cuida de describir y delimitar y concretar; la tal porción de finca pasada al patrimonio de don Ramón. Es sin duda en este sentido y con este solo alcance como cabe y debe ser entendida la conformidad manifestada por el don Ramón en su carta de 24 de noviembre de 1952, que se presenta con la contestación reconventional del demandado.

Quinto.- Incierto, o al menos desconocido por su representado, que a la casa "Nafarroa" de Echano, poseída por don Ramón Olano, se haya llevado mueble alguno de la propiedad de doña María Asunción Alzaga y Olano. Adujo los fundamentos de Derecho que estimó eran de aplicación a la demanda reconventional que contestaba y terminó suplicando se dictara sentencia desestimando la reconvenición y absolviendo a sus representados de todas y cada una de las peticiones que contiene, así como causando los pronunciamientos, declaraciones y condenas consiguientes en el suplico de la demanda y además las siguientes: Primero. Declarar que en la herencia de doña Asunción Abaitúa Solaegui, transmitida en primer término a su nieta doña Asunción Alzaga Olano, pero al fallecimiento de ésta sin sucesión legítima a los otros nietos aquí demandantes, don Ramón, don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Joaquín y don Jesús de Olano y López de Letona, por sextas e iguales partes indivisas, además de los bienes que se enumeran por detallado en el apartado E) del tercer fundamento legal de la demanda, están comprendidas también las sesenta y cinco obligaciones de la Sociedad o Compañía "Minera Sierra Menera", que se mencionan y detallan en el hecho diecinueve del presente escrito. Segundo. Declarar nula y sin ningún efecto la declaración de herederos "ab-intestato" de doña Pilar Olano Abaitúa, causada a favor de su madre doña Asunción Abaitúa Solaegui por auto del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Bilbao de fecha 5 de febrero de 1943 en los términos en que fue hecha tal declaración según manifiesta el demandado en el hecho cuarto de su contestación a la demanda y nula y consiguientemente sin ningún valor ni efecto la escritura pública de fecha 12 de abril de 1943 ante el Notario de Bilbao, señor Antuña, que en igual lugar reseña como hecha en aceptación de la herencia y manifestación de los bienes correspondientes a la sucesión de dicha causante doña Pilar y nulas asimismo por tanto las inscripciones que al amparo de tal escritura que hayan podido efectuar en los correspondientes Registros de la Propiedad. Tercero. Para el hipotético y por esta parte rechazado supuesto de que se entendiera que la sucesión hereditaria de doña Asunción Alzaga Olano está regida, no por el Fuero de Vizcaya, sino por la legislación común,

declarar que a tal sucesión alcanza la norma establecida en el párrafo tercero del artículo diez del Código Civil, y que en consecuencia con ello todos los bienes raíces sitos en territorio de Infanzón de Vizcaya y procedentes a ella de sus ascendientes por las líneas Olano y Abaitúa, que por cualquier título hubiera ingresado en su patrimonio y a su fallecimiento subsistiera recayendo en su herencia, corresponden y quedan transmitidos a sus parientes tronqueros de la línea Olano y Abaitúa, y como tales como más próximos en grado a sus primos los demandantes don Ramón, don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Joaquín y don Jesús Olano López de Letona. Cuarto. Condenar al demandado don Isidoro Escagües a estar y pasar por las precedentes declaraciones y a cumplirlas en la parte que le correspondan:

Resultando que dado traslado para dúplica a la parte demandada, lo llevó a efecto mediante escrito en el que, después de dar por reproducidos los hechos expuestos en el escrito de contestación a la demanda y a los de su demanda reconventional, así como de rebatir las manifestaciones expuestas por la parte actora en el escrito de réplica que no estuvieran de acuerdo con lo consignado por su parte y de rebatir así bien lo alegado por el actor al contestar la reconvección, terminó suplicando se dictara sentencia de conformidad con lo interesado en el referido escrito de contestación, causando los pronunciamientos, declaraciones y condenas que en el mismo se interesan y desestimando totalmente cuantas peticiones se formulan por la parte adversa en los escritos de demanda y réplica en cuanto contradigan a sus pedimentos, y con la aclaración de que habiendo tenido conocimiento con lo expresado en el escrito de réplica y con la copia de tal escritura otorgada con fecha 25 de julio de 1953 ante el Notario de Amorebieta señor Salamero, de manifestación de bienes y aceptación y adjudicación de la herencia de doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, se tenga por referida a dicha escritura la declaración de nulidad que se interesa en el escrito de contestación; y además, en su caso a), que son de la propiedad del demandado don Isidoro Escagües en todo caso los frutos que hubieren producido los bienes de la herencia de don Francisco de Olano y Zugasti a partir del 20 de octubre de 1943, y los que hubieran producido los de la herencia de doña Asunción de Abaitúa y Solaegui a partir del día 15 de abril de 1945; condenando a los actores hermanos Olano y López de Letona a estar y pasar por la anterior declaración y restituir a dicho demandado los frutos a que se refiere dicha declaración y que ellos hubieran recibido o percibido:

Resultando que recibido el pleito a prueba se practicaron, a instancia de la parte demandada, las de confesión judicial, documental y testifical:

Resultando que unidas a los autos las pruebas practicadas, el Juez de Primera Instancia del número 4 de los de Bilbao dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 1955, con la siguiente parte dispositiva: "Fallo que estimando en parte la presente demanda, interpuesta por el Procurador señor González Arnaiz, y hoy por su fallecimiento continuada por el Procurador señor Pérez Salazar, en nombre y representación de don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Ramón, don

Joaquín y don Jesús de Olano y López de Letona, contra don Isidoro Escagües Javierre, y estimando también en parte la reconvención formulada por dicho demandado, debo declarar y declaro:

Primero.- Que no ha lugar a declarar la nulidad de la donación que como comisaria foral de su finado esposo, don Francisco Olano Zugasti, hizo doña María Asunción Abaitúa a favor de su nieta doña María Asunción Alzaga Olano en escritura pública de fecha 20 de octubre de 1943, ante el Notario de Bilbao señor Antuña, y en consecuencia debo declarar y declaro válida y eficaz tal donación.

Segundo.- Que no ha lugar a declarar la nulidad de la donación otorgada por la misma señora y en igual concepto a favor de su hija doña Pilar Olano Abaitúa en escritura pública de fecha 3 de marzo de 1933, ante el Notario de Villaro señor Zubiaga, y en consecuencia, debo declarar y declaro válida y eficaz tal donación.

Tercero.- Que debo declarar y declaro válido y eficaz el auto de fecha 5 de mayo de 1953 dictado por el Juez de Primera Instancia número tres de Bilbao, por el que se declara único y universal heredero de doña María Asunción Alzaga Olano a su esposo don Isidoro Escagües Javierre, y que no ha lugar a declarar que a tal sucesión le alcance la excepción establecida en el último párrafo del artículo diez del Código Civil respecto a los bienes raíces sitos en territorio de Infanzón de Vizcaya, y en consecuencia, que dicho único y universal heredero señor Escagües lo es en todos los bienes de tal herencia, sin excepción alguna.

Cuarto.- Que es válido y eficaz el auto dictado en 8 de noviembre de 1935 por el Juez de Primera Instancia de Guernica por el que se declara única y universal heredera de doña María Olano Abaitúa a su hija doña María Asunción Olano.

Quinto.- Que igualmente es válido y eficaz el auto de fecha 2 de julio de 1939, dictado por el Juez de Primera Instancia número uno de Bilbao, por el que se declara única y universal heredera de don Juan Alzaga e Iturriaza a su única hija doña María Asunción Alzaga Olano.

Sexto.- Que debo declarar y declaro nulo el auto de declaración de herederos dictado por el Juez de Primera Instancia número cuatro de Bilbao en 5 de febrero de 1943, por el que se declaró única y universal heredera de doña Pilar Olano Abaitúa a su madre doña Asunción Abaitúa Solaegui, y en consecuencia nula la aceptación de tal herencia otorgada por ésta en escritura pública ante el Notario de Bilbao señor Antuña en 12 de abril de 1943, y nulas las inscripciones que al amparo de ella se hayan podido efectuar en los correspondientes Registros de la Propiedad.

Séptimo.- Que debo declarar y declaro heredera de dicha doña Pilar Olano Abaitúa a su madre doña Asunción Abaitúa Solaegui, en cuanto a todos los bienes de dicha causante, excepción hecha de los bienes raíces troncales, sitos en territorio foral de Vizcaya, que proceden de la línea paterna de tal causante, en cuyos bienes debo

declarar y declaro heredero de la misma a su hermano don Ramón Olano Abaitúa.

Octavo.- Que debo declarar y declaro válido y eficaz el contenido del párrafo segundo de la cláusula quinta del testamento de doña Asunción Abaitúa Solaegui, otorgado por la misma ante el Notario de Bilbao señor Antuña, en 20 de octubre de 1943, y cuyo párrafo dice: "Caso de fallecer la heredera sin sucesión legítima, pasarán los bienes de esta herencia a los demás nietos de la testadora, por cabezas", y en consecuencia que los bienes de tal herencia los adquirió al fallecer la testadora la heredera doña María Asunción Alzaga Olano, y fallecida ésta sin sucesión legítima pasan tales bienes a los otros nietos de la testadora, los demandantes.

Noveno.- Que debo declarar y declaro que los bienes que integran la herencia de doña Asunción Abaitúa Solaegui son los que figuran inventariados en las escritas públicas de aceptación de herencia y manifestación de bienes otorgados por doña María Asunción Alzaga Olano ante el Notario de Bilbao señor Antuña, en escrituras públicas de 6 de julio de 1945 y dos en 7 de abril de 1952, en las que se especifican también los que proceden de doña Pilar Olano Abaitúa, sin perjuicio de que en trámite de ejecución de esta sentencia pueda acreditarse la existencia de otros bienes de dicha causante, incluso mobiliario y alhajas.

Décimo.- Que en caso que el demandado don Isidoro Escagües Javierre hubiera continuado disfrutando después del 21 de marzo de 1953, fecha del fallecimiento de su esposa doña María Asunción Alzaga Olano, bienes procedentes de la herencia en trámite de ejecución de esta sentencia, está obligado a entregar a los actores tales bienes y el saldo de los frutos por ellos producidos, a partir de tal fecha, previa rendición de cuentas.

Once.- Que no ha lugar a declarar que los demandantes están obligados a devolver al demandado la cantidad de pesetas 30.000 cada uno, importe del legado instituido a favor de ellos por doña María Asunción Abaitúa.

Doce.- Que no ha lugar a declarar que el demandante don Ramón Olano y López de Letona esté obligado a devolver al demandado la mitad indivisa de la casa "Nafarroa", sita en Echano, y de los muebles y enseres que en ella se hallaren en la fecha del fallecimiento de doña Asunción Abaitúa Solaegui, que se solicita en el apartado i) del suplico de la reconvención.

Trece.- Que los actores están obligados a devolver al demandado los bienes de que se hubieren posesionado, de los comprendidos en la donación a favor de doña María Asunción Alzaga Olano, que constan en la escritura de donación de fecha 20 de octubre de 1943, otorgada a favor de ésta por doña Asunción Abaitúa Solaegui, como comisaria foral de su finado esposo don Francisco Olano Zugasti, ante el Notario de Bilbao señor Antuña con los frutos que hubieren producido, previa rendición de cuentas, lo que se concretará y determinará a trámite de esta sentencia.

Catorce.- Que asimismo el demandante don Ramón Olano y López de Letona está obligado a devolver al demandado los muebles que propiedad de doña María Asunción Alzaga Olano, fueron llevados desde Bilbao a la casa "Nafarroa", de Echano, y que se determinarán en trámites de ejecución de esta sentencia.

Quince.- Que los demandantes están obligados a abonar al demandado el importe de las mejoras que éste o su finada esposa doña María Asunción Alzaga Olano han realizado en los bienes de la herencia de doña Asunción Abaitúa Solaegui, propiedad ahora de dichos demandantes, cuya cuantía se fijará en trámite de ejecución de esta sentencia.

Dieciséis.- Que no ha lugar a hacer en los presentes autos otras declaraciones que las anteriormente expresadas, y, finalmente, que debo condenar y condeno a demandantes y demandados a estar, pasar y cumplir las anteriores declaraciones, en lo que a cada uno de ellos le correspondiere, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas de este procedimiento".

Resultando que apelada la anterior sentencia por la representación de ambas partes, y sustanciada la alzada con arreglo a Derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia con fecha 10 de julio de 1957, con la siguiente parte dispositiva: "Fallamos que debemos declarar y declaramos:

Primero.- Que no ha lugar a la nulidad de la donación que como comisaria foral de su finado esposo don Francisco Paula de Olano Zugasti hizo doña María Asunción Abaitúa a favor de su nieta doña María Asunción Alzaga Olano en escritura pública de fecha 20 de octubre de 1943, ante el Notario de Bilbao señor Antuña y en consecuencia, que es válida y eficaz tal donación.

Segundo.- Que no ha lugar a la donación, digo a la nulidad de la donación, otorgada por la misma señora y en igual concepto a favor de su hija doña Pilar Olano Abaitúa, en escritura pública de fecha 3 de marzo de 1933 ante el Notario de Villaro señor Zubiaga, y en consecuencia, que es válida y eficaz tal donación.

Tercero.- Que es válido y eficaz el auto dictado en 8 de noviembre de 1935 por el Juez de Primera Instancia de Guernica, por el que se declara única y universal heredera de doña María Olano Abaitúa a su hija doña María Asunción Alzaga Olano.

Cuarto.- Que igualmente es válido y eficaz el auto de fecha 2 de junio de 1939, dictado por el Juez de Primera Instancia número uno de Bilbao, por el que se declara única y universal heredera de don Juan de Alzaga e Iturriza a su única hija doña María Asunción Alzaga Olano.

Quinto.- Que es nulo el auto de declaración de herederos dictado por el Juez de Primera Instancia número cuatro de Bilbao en 5 de febrero de 1943, por el que se declaraba única y universal heredera de doña Pilar Olano Abaitúa a su madre, doña

Asunción Abaitúa Solaegui, y, en consecuencia, nula la aceptación de tal herencia, otorgada por ésta en escritura pública ante el Notario de Bilbao señor Antuña, en 12 de abril de 1943, y nulas las inscripciones que al amparo de ella se hayan podido efectuar en los correspondientes Registros de la Propiedad.

Sexto.- Que asimismo declaramos heredera de dicha doña Pilar Olano Abaitúa a su madre, doña Asunción Abaitúa Solaegui, en cuanto a todos los bienes de dicha causante, excepción hecha de los bienes raíces troncales sitos en territorio foral de Vizcaya, ya que procedan de la línea paterna de tal causante, en cuyos bienes se declara heredero de la misma a su hermano don Ramón Olano Abaitúa.

Séptimo.- Que es nulo e ineficaz el auto de fecha 5 de mayo de 1953, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao en cuanto se declara único y universal heredero de doña María Asunción Alzaga Olano a su esposo don Isidoro Escagües Javierre, y en su lugar declaramos que el último es heredero de aquélla en todos sus bienes, menos en los raíces sitos en territorio de Infanzón, de Vizcaya, y procedentes a la causante de sus ascendientes por las líneas Olano y Abaitúa y que por cualquier título hubieran ingresado en su patrimonio y a su fallecimiento subsistieran recayendo en su herencia, corresponden y quedan transmitidos a sus parientes tronqueros de la línea Olano y Abaitúa y como tales con más próximos en grado a sus primos los demandantes don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Ramón, don Joaquín y don Jesús de Olano y López de Letona.

Octavo.- Que es válido y eficaz el contenido del párrafo segundo de la cláusula quinta del testamento de doña Asunción Abaitúa Solaegui, otorgado por la misma ante el Notario de Bilbao señor Antuña en 20 de octubre de 1943, y cuyo párrafo dice: "Caso de fallecer la heredera sin sucesión legítima pasarán los bienes de esta herencia a los demás nietos de la testadora, por cabezas", y, en consecuencia, que los bienes de tal herencia los adquirió al fallecer la testadora la heredera doña María Asunción Alzaga Olano, y fallecida ésta sin sucesión legítima, pasan tales bienes a los otros nietos de la testadora, los demandantes.

Noveno.- Que los bienes que integran la herencia de doña Asunción Abaitúa Solaegui son los que figuran inventariados en las escrituras públicas de aceptación de herencia y manifestación de bienes otorgadas por doña María Asunción Alzaga Olano ante el Notario de Bilbao señor Antuña, en escrituras públicas de 6 de julio de 1945 y dos en 7 de abril de 1952, en las que se especifican también los que proceden de doña Pilar Olano Abaitúa, sin perjuicio de que en trámite de ejecución de esta sentencia pueda acreditarse la existencia de otros bienes de dicha causante, incluso mobiliario y alhajas.

Décimo.- Caso que el demandado don Isidoro Escagües Javierre hubiera continuado disfrutando después del 21 de marzo de 1953, fecha del fallecimiento de su esposa doña María Asunción Alzaga Olano, bienes procedentes de la herencia de doña

Asunción Abaitúa Solaegui, lo que se acreditará en trámite de ejecución de esta sentencia, está obligado a entregar a los actores tales bienes y el saldo de los frutos por ellos producidos, a partir de tal fecha, previa rendición de cuentas.

Once.- Que no ha lugar a declarar que los demandantes están obligados a devolver al demandado la cantidad de pesetas 30.000 cada uno, importe del legado instituido a favor de ellos por doña Asunción Abaitúa.

Doce.- Que no ha lugar a declarar que el demandante don Ramón Olano y López de Letona esté obligado a devolver al demandado la mitad indivisa de la casa "Nafarroa", sita en Echano, y de los muebles y enseres que en ella se hallaren en la fecha del fallecimiento de doña Asunción Abaitúa Solaegui, que se solicita en el apartado i) del suplico de la reconvención.

Trece.- Que los actores están obligados a devolver al demandado los bienes que no sean raíces, sitios en territorio de Infanzonado, de Vizcaya, a que se refiere el pronunciamiento séptimo de los precedentes, de que se hubieren posesionado, de los comprendidos en la donación a favor de doña María Asunción Alzaga Olano que constan en la escritura de donación de fecha 20 de octubre de 1943, otorgada a favor de ésta por doña Asunción Abaitúa Solaegui, como comisaria foral de su finado esposo don Francisco Olano Zugasti, ante el Notario de Bilbao señor Antuña, con los frutos que hubieren producido, previa rendición de cuentas, lo que se concretará y determinará en trámite de ejecución de esta sentencia.

Catorce.- Que asimismo el demandante don Ramón Olano y López de Letona está obligado a devolver al demandado los muebles que propiedad de doña María Asunción Alzaga Olano fueron llevados desde Bilbao a la casa "Nafarroa", de Echano, y que se determinará en trámites de ejecución de esta sentencia.

Quince.- Que los demandantes están obligados a abonar al demandado el importe de las mejoras que éste o su finada esposa doña María Asunción Alzaga Olano han realizado en los bienes de la herencia de doña Asunción Abaitúa Solaegui, propiedad ahora de dichos demandantes, cuya cuantía se fijará en trámite de ejecución de esta sentencia.

Mantenemos el fallo recurrido en cuanto esté conforme con los anteriores pronunciamientos y lo revocamos en lo demás, sin hacer imposición de las costas del presente recurso":

Resultando que por el Procurador don Antonio Górriz Marco, en nombre de don Isidoro Escagües Javierre, y sin constituir depósito, por no ser necesario, se ha interpuesto, contra la anterior sentencia, recurso de casación por infracción de ley, al amparo de los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del número primero, del artículo 1.692 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, alega infracción legal por no aplicación de los artículos 15, 946 y 952 del Código Civil, así como aplicación indebida del artículo 10 del propio texto legal en lo que respecta a su párrafo tercero y aplicación indebida de la Ley XV, título XX del Fuero de Vizcaya, con infracción igualmente de la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 1942, 30 de diciembre de 1942, 3 de abril de 1945, 24 de mayo de 1945, 31 de enero de 1950, y primero de febrero de 1958. Que forzoso resulta al iniciar el desarrollo del presente recurso de casación realizar un a modo de plan que sirva para centrar con el mayor orden posible la serie de cuestiones que las partes plantearon en sus escritos iniciales, cuestiones alguna de ellas muy complicadas, por encuadrar otros temas de menos trascendencia subordinados a la solución que hubiere de dictarse en cuanto a lo que pudiera considerarse como problema principal. La serie que antecede antes de hecho que sirven de base el recurso introducen una cierta confusión, que se propone aclarar para evitar que la congruencia pueda no respetarse en la articulación de los sucesivos motivos de casación. Realmente, con ese propósito de resumir son tres las cuestiones que destacan en el ámbito del litigio, cuestiones verdaderamente trascendentales, y alrededor de las cuales, la Territorialidad de Burgos se pronunció en sentido negativo a las pretensiones del señor Escagües. Prácticamente existiría una cuarta, cuestión tan importante como las anteriores, pero sobre ella hubo coincidencia total en las sentencias de instancia al resolver la misma en sentido favorable, en cambio, al actual recurrente se refiere al problema relacionado con la validez de las donaciones realizadas por doña Asunción a favor de su hija Pilar y a favor de su nieta María de la Asunción Alzaga. En consecuencia, respecto a estas donaciones nada cabe decir en el presente recurso de casación, toda vez que la Territorial de Burgos entendió que doña Asunción obraba en uso de las facultades que le había otorgado su marido, don Francisco de Paula Olano, y podía realizar esas donaciones, tanto en lo que se refiere a su hija Pilar –escritura pública de 3 de marzo de 1933–, como en lo que respecta a su nieta Asunción –escritura de 20 de octubre de 1943–. Que es importante, sin embargo, resaltar el pronunciamiento de la Territorial de Burgos con respecto a la validez de ambas donaciones, porque la pretensión fundamental de la demanda promovida por los hermanos Olano y López de Letona estribaba, precisamente, en tratar de conseguir la nulidad de aquellas donaciones que se podían considerar como los cimientos de todo el edificio posterior. Las donaciones son válidas por imperio de la doctrina de los actos propios, y sin entrar en el estudio profundo del argumento, no es posible hacer ahora otra cosa si no aceptar la tesis que favorece la posición del recurrente en cuanto aquella donación realizada por doña Asunción a favor de su nieta constituía uno de los motivos de combate de los actuales demandantes, empeñados en evitar que los bienes de doña Asunción pudieran transmitirse a su nieta preferida, y empeñados en olvidar que si realmente hay algo claro a lo largo del pleito, si algo resplandece en el mismo, es el propósito de doña Asunción de eliminar totalmente a la rama de su hijo Ramón. Precisamente la sentencia de la Territorial de Burgos constituye la interpretación más contraria al interés y voluntad de la testadora que cabe admitirse. Expuesto lo que antecede, aquellas tres cuestiones fundamentales resueltas en contra de los intereses del señor Escagües, cabe resumirlas

en la forma siguiente: a) La sucesión hereditaria de doña María Asunción de Alzaga, esposa que fue del actual recurrente don Isidoro Escagües. b) La sucesión hereditaria de doña Pilar de Olano Abaitúa, hija de doña María de la Asunción Abaitúa y tía carnal de doña María de la Asunción de Alzaga; y c) La validez o nulidad de la cláusula quinta del testamento otorgado por doña Asunción de Abaitúa y Solaegui, de fecha 20 de octubre de 1943. Que con independencia de esas tres cuestiones que ha recogido en síntesis concreta, existen, como antes indicaba, otros temas de menor interés, respecto de los cuales la Territorial de Burgos se ha pronunciado, con carácter general, en contra del recurrente, y que, en lo posible y con ese carácter independiente en motivos posteriores del presente recurso. Que por lo que atañe a este primer motivo de casación, su ámbito quedará reducido al problema que representa la extraña decisión adoptada por la Territorial de Burgos al decretar la nulidad del auto de declaración de herederos otorgado con fecha 5 de mayo de 1953, por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao, a favor de don Isidoro Escagües Javierre, declaración de herederos causada a la muerte de doña María Asunción Alzaga Olano, esposa del señor Escagües, de cuyo matrimonio no hubo descendientes. Que sobre este tema, el Juzgado de Primera Instancia adoptó una postura que estima impecable, porque partiendo del supuesto de que el matrimonio Escagües-Alzaga estaba sometido a la legislación del derecho común, el Juzgado entiende que las normas por las cuales se ha de regir la sucesión de doña Asunción no pueden ser otras que las contenidas en los preceptos del Código Civil que regulan la materia –artículos 946 y 952 del texto legal– sin que sea posible aplicar bajo ningún concepto a una mujer casada con persona sometida a derecho común, y con residencia en derecho común las normas que sobre sucesión establece el Fuero de Vizcaya. La Territorial de Burgos, partiendo del mismo supuesto, llega a diferente conclusión por imperio del párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil. Con una interpretación contraria a derecho, y lo que es peor, contraria a la lógica, la sentencia que combate entiende que el párrafo tercero del artículo 10 del Código se refiere, sin distinción alguna, a todas las personas que pueden tener bienes raíces en Vizcaya, y para apoyar esta tesis, totalmente contraria a las soluciones dadas por los tratadistas y por el Tribunal Supremo –cita la sentencia la doctrina del jurisconsulto don Manuel Alonso Martínez, que precisamente entendía todo lo contrario–. Que forzoso resulta partir de unos supuestos de hecho que han quedado indiscutidos en cuanto las partes y los Tribunales los han aceptado como base fáctica a los efectos del razonamiento jurídico posterior. Don Isidoro Escagües Javierre nació en la localidad de Uncastillo, provincia de Zaragoza, siendo, por tanto, de nacimiento aforado aragonés; pero por Orden ministerial de 3 de julio de 1942, y en virtud de concurso de traslado, fue destinado como Catedrático numeraria de Geografía e Historia del Instituto Nacional de Enseñanza Media "Ramiro de Maeztu", de Vitoria, de cuyo cargo se posesionó el día 1 de agosto de 1942, y en el cual permaneció ininterrumpidamente hasta el día 9 de diciembre de 1952, fecha en la que cesó por traslado y Orden ministerial de 25 de noviembre de dicho año, resultando por ello que dicho demandado señor Escagües permaneció en dicho centro, como titular de la cátedra mencionada, un total de diez años, cuatro meses y nueve días. Es de resaltar –como se ha justificado en autos con la

oportuna certificación— que durante su residencia en Vitoria el demandado señor Escagües no verificó manifestación alguna ante el Juzgado Municipal de dicha población sobre adquisición, conservación o recuperación de vecindad civil, resultando de ello que al transcurso de diez años perdió su primitiva condición civil de aforado aragonés, adquiriendo la de la legislación común, como consecuencia de la adquisición de la vecindad civil de aforado aragonés, adquiriendo la de la legislación común, como consecuencia de la adquisición de la vecindad civil de Vitoria. El día 23 de noviembre de 1951 contrajo matrimonio con doña María Asunción de Alzaga y Olano, que automáticamente adquirió la condición civil de su esposo, en mérito a la disposición contenida en el artículo 15 del Código Civil, que estatuye que "en todo caso, la mujer seguirá la condición del marido", siguiendo las vicisitudes de la de su marido, adquiriendo la vecindad de derecho común cuando su marido la adquirió al llevar residiendo interrumpidamente en Vitoria durante un período de diez años, en mérito a lo dispuesto en el mismo artículo 15 de dicho cuerpo legal; vecindad que conservaba al fallecer en Bilbao el día 21 de marzo de 1953, en donde residía con su esposo desde el mes de diciembre de 1952, por el traslado de éste al Instituto Nacional de Enseñanza Media de dicha capital, por no haber perdido por la residencia, cuatro meses, que en la misma llevaba, la adquirida vecindad civil de Vitoria. Que, por último, para finalizar la exposición de los hechos, le queda por referir que al fallecer doña María Asunción de Olano y resultar que no había otorgado disposición testamentaria alguna su sucesión, fue intestada. Que por todo ello resulta evidente que teniendo dicha doña María Asunción de Alzaga y Olano la condición civil o vecindad civil de la legislación común —con pérdida de su vizcaína originaria— en el momento de su fallecimiento, y habiendo fallecido además intestada, la única legislación aplicable a su sucesión plena y absoluta de la legislación foral vizcaína, tanto en relación con los bienes sitos en el Infanzonado vizcaíno como fuera de él. Ello por las siguientes razones: a) Por lo que dispone el artículo 10, párrafo segundo, del Código Civil. b) En mérito a lo estatuido en el artículo 14 del mismo Código Civil es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil, el precepto antes indicado. c) El artículo 15 del Código Civil dispone que las ordenaciones de dicho Código son aplicables a los que, procediendo de provincias o territorios forales hubiesen ganado vecindad en otro sujeto al Derecho común. Que las normas que acaba de recoger han sido totalmente infringidas por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, al entender que la declaración de herederos de doña María Asunción de Alzaga y Olano a favor de su marido, don Isidoro Escagües es nula, porque la sucesión de doña María de la Asunción de debía regularse por el Fuero de Vizcaya. La tesis es tanto más equivocada cuanto que, de acuerdo con los artículos a los que anteriormente se ha referido, resulta imprescindible el cumplimiento de una serie de requisitos que seguidamente analiza, para que se pudiera aplicar a la sucesión de doña María Asunción de Alzaga y Olano las disposiciones del Fuero de Vizcaya. Los requisitos serían los siguientes: a) Que tuviera la condición legal de vizcaína, o sea, la vecindad civil vizcaína en el momento de su fallecimiento. b) Que aun residiendo en villa, tuviera bienes raíces en tierra llana; y c) Que falleciera habiendo otorgado testamento. Que la primera de las

circunstancias que acaba de resaltar resulta totalmente esencial si se piensa que el artículo 10 del Código Civil consagra el principio del estatuto personal, ley nacional deusante como norma reguladora de la sucesión, disposición aplicable a todo el territorio nacional, toda vez que las disposiciones del título preliminar del Código Civil son aplicables a los territorios que pudiera denominar forales. La Ley nacional de doña María Asunción de Alzaga en el momento de su fallecimiento no podía ser otra si no la legislación común, y ello por las siguientes razones: a) Por su vecindad civil de derecho común adquirida por residencia de más de diez años en la ciudad de Vitoria. b) Por estar casada con un funcionario público con destino durante más de diez años consecutivos en la ciudad de Vitoria; y c) Porque el marido de doña Asunción, don Isidoro Escagües estaba acogido a la legislación común, sin que durante su estancia en Vitoria hiciera manifestación alguna ante los organismos competentes para acogerse a la legislación foral. Que sobre esta base resulta de indiscutible aplicación a la sucesión de doña María Asunción de Alzaga y Olano lo dispuesto en los artículos 946 y 952 del Código Civil. A falta de descendientes y ascendientes y a falta de hermanos de doble vínculo o sobrinos o hijos de éstos sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente. Es decir, como doña María de la Asunción Alzaga y Olano falleció sin descendientes ni ascendientes, ni hermanos de doble vínculo, ni sobrinos de éstos en la totalidad de sus bienes sin limitaciones de clase alguna, la sucede su cónyuge don Isidoro Escagües.

Que la infracción de estos dos artículos del Código Civil por la sentencia que se recurre resulta indiscutible en el momento en que se declara nulo el auto de declaración de herederos que dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, se limitaba a poner en práctica lo dispuesto por esos dos artículos del Código Civil. Que no sólo no se cumple ese requisito a que antes hacía mención de que doña María Asunción de Alzaga tuviera la condición legal de v caína, sino que además, y por si ello no fuera bastante, la citada señora murió sin testamento, lo que en todo caso imposibilitaría definitivamente la posibilidad de acudir al Fuero de Vizcaya para regular su sucesión. Que en esas condiciones se explica el gravísimo error legal de la Territorial de Burgos, porque la Territorial reconoce que doña María Asunción falleció intestada, reconoce que doña Mará Asunción falleció sin conservar la condición de aforada, pese a la cual la aplica las normas del Fuero de Vizcaya, incurriendo en la infracción que se acusa en el presente motivo de casación, que forzosamente entiende que habrá de prosperar.

La base del error se encuentra en la equivocada interpretación de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil. Que el Tribunal Supremo cuando se ha enfrentado con el problema de la aplicación en las regiones forales de los preceptos sobre sucesión intestada, ha mantenido una línea de doctrina cuya claridad es absoluta. Si inició el camino con la sentencia de 20 de marzo de 1893 y posteriormente ha continuado con las que se citan en el preámbulo del presente motivo de casación y, sobre todo, con esa última de 1 de febrero de 1958; que, por su fecha, indica que la tesis del Tribunal Supremo sigue siendo, en cuanto a este tema, la de que en las regiones forales, y, por lo tanto, en Vizcaya rigen con carácter preferente los preceptos del

Código Civil en materia de sucesión intestada. Renuncia el recurrente a citar textualmente los considerandos de algunas de estas sentencias, porque ello haría extremadamente difícil la concreción que se ha prometido, pero si algo queda claro en la materia, es el hecho de que las disposiciones del Código Civil tienen preferencia sobre cualquier otro precepto legal para regular la sucesión intestada.

Por vía de ejemplo, recuerda la sentencia de 31 de enero de 1950, que aplica las normas del Código Civil a la sucesión intestada de un vizcaíno vecino de la tierra llana y poseedor de bienes troncales. Que ello agranda el error cometido por la Territorial de Burgos, porque olvida todo lo que viene afirmando, olvida esos preceptos del Código Civil aplicables a la sucesión intestada; olvida la jurisprudencia que ha recogido para adoptar una postura que además está en contradicción con la mantenida por la propia Territorial en otros casos. Hace expresa mención a la sentencia de la propia Sala de la Territorial de Burgos de 15 de diciembre de 1953, y dice que ya sabe que no es posible invocar en este trance sentencias dictadas por las Audiencias, pero la coincidencia de que la misma Territorial sea la que adopte tan contradictorias posiciones, es el origen de la cita que acaba de realizar. Que el párrafo tercero, del artículo 10, constituye una excepción que obliga a cualquier persona que tenga bienes en Vizcaya, tenga que sujetarse a la Ley XV del título XX del Fuero vizcaíno, es una conclusión totalmente contraria al propio precepto y aún sentido de pura lógica, sin que ni siquiera el hecho de citar al señor Alonso Martínez sirva para mantener esta idea de la troncalidad e imponer el citado precepto a personas que no tienen la condición aforadas, es decir, que no tienen la condición de vizcaínos en el momento del fallecimiento.

Que como la Territorial, al estudiar el problema que analiza en el presente motivo discurre alrededor de la interpretación del precepto, se fija detenidamente en el mismo, sin perjuicio de que el motivo posterior analice hasta el menor detalle de las consecuencias derivadas de su aplicación. Esto lo hará al referirse a la sucesión de doña Pilar Olano, que murió sujeta al Fuero de Vizcaya, en cuanto que no había perdido la vecindad vizcaína porque al tratarse de doña Asunción, falta el elemento habilitante de que la misma fuera vizcaína, de tal manera que al faltar este requisito resulta innecesario toda argumentación posterior.

Gramaticalmente, el párrafo tercero del artículo 10 se refiere a los vizcaínos y únicamente a los vizcaínos, sin que sea lícito otro tipo de interpretación cuando la Ley no ofrece la más pequeña duda. El Fuero de Vizcaya se refiere exclusivamente a los vecinos de Vizcaya, y lo que no es posible es ampliar el concepto a las personas que no tienen esa condición, aunque sus bienes se encuentran en Vizcaya, como podrían estarlo en Aragón o en Extremadura.

Vizcaíno equivale a vecino civil de Vizcaya, por lo que el párrafo tercero se refiere exclusivamente a los que tienen esa condición, condición que, por lo demás, no tenía en el momento de fallecer doña María de la Asunción Alzaga y Olano. Ciertamente que algún tratadista, profundamente equivocado, quiso llegar a sostener un criterio parecido

al de la Territorial de Burgos; es decir, aplicar el Fuero a todos aquellos, sean vizcaínos o no, que tuvieran bienes en Vizcaya; pero tal criterio quedó totalmente rechazado cuando la doctrina fue desarrollándose, hasta llegar a las definitivas conclusiones adoptadas por el Tribunal Supremo a que antes se ha referido, Alonso Martínez, citado por la Territorial de Burgos en el considerando que dedica la materia, tampoco mantiene esa extraña doctrina; por Alonso Martínez deseaba a toda costa la unidad legislativa, y en una obra titulada "Fundamento del Código Civil de 1889" –el hoy vigente–, dice "que resulta la máxima tradicional en España que los inmuebles se rijan por la Ley del territorio en que están sitios y los muebles por el Estatuto personal, tradición posteriormente rota por la vía de la doctrina y de la jurisprudencia de los Tribunales. Es decir, que si en algún momento pudo pensarse en mantener a la ultranza una doctrina como la recogida en la sentencia de la Territorial de Burgos, se impuso posteriormente la lógica para establecer esa primera distinción de tipo elemental que es la que la preocupa en cuanto a este primer motivo de casación. La distinción a que se refiere se limita a excluir totalmente el párrafo tercero a las personas que no tuvieran la vecindad vizcaína. Dentro de este grupo figura incluida doña María Asunción de Alzaga y Olano. Antes ha indicado que en materia de sucesión intestada –el caso de doña Asunción– el Supremo impone el Código Civil sobre toda norma; pero si ello no fuera bastante, recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación que ha de darse al párrafo tercero. Que la sentencia de 9 de junio de 1874 sostiene el criterio de que sólo al disponer por actos intervivos o "mortis causa" de bienes raíces sitios en Vizcaya hay que someterse a las Leyes del país en que los bienes se encuentran. Que el Tribunal Supremo habla de disponer. En 1 de abril de 1891 –sic–, el Tribunal Supremo dice "que los derechos y deberes de familia, los relativos al Estado, condición y capacidad legal de las personas y los de la sucesión testada e intestada, no pueden aplicarse a personas nacidas en territorios de derecho foral si no hubiesen ganado vecindad en territorios regidos por Derecho común".

La sentencia de 11 de noviembre de 1902 contempla ya más concretamente el tema de un vizcaíno de villa con bienes en el Infanzonado, y al hacerlo explica el párrafo tercero del artículo 10, exclusivamente por el hecho de que la persona interesada era vizcaína. La resolución de la Dirección de los Registros de 4 de julio de 1911 afrenta de manera clara y contundente al ámbito del párrafo tercero del artículo 10, para afirmar resueltamente que no es aplicable al vizcaíno que pierde su condición por cambio de vecindad.

Con ello, la Dirección General no hizo otra cosa sino adaptarse a la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de noviembre de 1902, posteriormente, en 18 de marzo de 1925 y 26 de enero de 1928, el Tribunal Supremo vuelve a decir en forma incuestionable que el párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil sólo tiene aplicación cuando los causantes tengan la vecindad civil vizcaína, despenando toda posible duda de interpretación sobre la materia. Por último cita la sentencia de 31 de enero de 1950, en la cual se sostiene idéntico criterio de eliminar en la aplicación del

Fuero de Vizcaya a las personas que no tienen la condición de vizcaínos. Que doña María de la Asunción Alzaga y Olano no era vizcaína; murió sin testamento, casada con don Isidoro Escagües, y su sucesión sólo podía regularse por las normas del Código Civil, y entre ellas, por los artículos a que anteriormente se ha referido. Frente a esta tesis, la doctrina mantenida por la Territorial de Burgos implica un infracción total de los preceptos a que ha hecho referencia y que constituyen la base esencial de este primer motivo de casación.

Segundo.- Al amparo del número primero del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegada infracción legal por aplicación indebida del párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil, así como de la Ley XV, título XX del Fuero de Vizcaya e infracción por no aplicación de los artículos 938 del Código Civil, en relación con el artículo 912 del propio texto legal e infracción igualmente de la Ley VII del título XX del propio Fuero de Vizcaya, como en los casos anteriores por aplicación indebida.

El segundo de los problemas, verdaderamente graves que se plantean en el presente recurso de casación se refiere al tema de la sucesión de doña Pilar Olano Abaitúa. Si bien, cuando se trataba de doña María de la Asunción de Alzaga hubo discrepancia entre el Juzgado de Primera Instancia, que cogió la tesis desarrollada en el motivo de casación anterior, y la Territorial de Burgos con la extraña conclusión que ha combatido, es lo cierto que cuando los Tribunales se enfrentan con el auto de declaración de herederos de doña Pilar de fecha 5 de febrero de 1943, en el que se declara universal heredera de la misma a su madre doña Asunción de Abaitúa por imperio de lo dispuesto en el artículo 935 del Código Civil, llegan a una coincidencia absoluta, de tal manera, que anulan aquel auto de declaración de herederos y estiman que la sucesión de doña Pilar debe regirse por el Fuero de Vizcaya, porque en el momento de morir se encontraba acogida a la vecindad vizcaína. Que este segundo motivo de casación tiene por objeto demostrar que tampoco la sucesión de doña Pilar debe regirse por el Fuero de Vizcaya, que no es lícito decretar la nulidad del auto de 5 de febrero de 1943, y que en este caso como en el anterior, el párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil no tiene absolutamente nada que hacer. Copia el párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil y dice que el mandato encerrado en esa norma afecta a las personas que posean la condición civil de vizcaínas, bien sean de la tierra llana o bien hayan ganado la vecindad civil en alguna villa de Vizcaya mediante la residencia en ella de diez años, o de dos, haciendo manifestación expresa de tal deseo ante el Juez Municipal, conforme ordena el artículo 15 del Código Civil y el Real Decreto del 12 de junio de 1899. A esta opinión se ha objetado que como para los efectos de las Leyes civiles sólo son vizcaínos los que, según el artículo 15 del Código Civil están sujetos a la legislación especial vizcaína, resultaría la disposición del párrafo tercero, tomada literalmente, una redundancia inútil; pero quien así ha opinado se ha olvidado intencionadamente que en la provincia, y según el lugar de su residencia, existen, desde la vigencia del Código Civil, tres clases de moradores:

a) Los vizcaínos residentes en la tierra llana, sujetos a los preceptos del Fuero que se mantienen vigentes.

b) Los vizcaínos de villas, sometidos únicamente a la Ley XV del título XX, y ello en virtud de la disposición expresa del párrafo tercero del artículo 10; y

c) Los moradores no comprendidos ni en el primero ni en el segundo caso, y que son todas aquellas personas naturales de otras provincias españolas, que por no llevar residiendo diez años en villas vizcaínas, o en la tierra llana, se hallan sometidos al Código Civil, sin la excepción marcada en el párrafo tercero indicado.

Que no hay, pues, redundancia al emplearse en este párrafo la palabra "vizcaíno", pues, como acaba de señalar, existen en Vizcaya dos clases de personas a las que civilmente les cabe tal denominación, a pesar de que el imperio que sobre unas y otras ejerce el Fuero de Vizcaya es de muy distinta amplitud. La Ley XV del título XX, la única y exclusiva norma puesta en vigor especialmente por el párrafo tercero del artículo 10, que copia el recurrente. Que en esa Ley se expresa una faceta dispositiva por actos inter vivos o "mortis causa"; con ella el Fuero establece como principio que los raíces situados en el Infanzonado y poseídos por los vecinos de las villas se han de regir por ese precepto, y no por los mandatos de la Ley común, a la que están sometidas las villas de la provincia. Ni en el epígrafe ni en el texto de la Ley de la norma alguna para cuando el propietario no dispone de los bienes, que es precisamente lo que sucede si el causante fallece abintestato. La Ley XV habla repetidas veces de disponer: habla de vender y mandar, es decir, de actos dispositivos, y por ello no puede extenderse su sentido a aquellos actos en los que no se determina por la voluntad individual al destino de los bienes, no sólo porque en el mismo Fuero se ordena que sus preceptos se han de observar literalmente, sino porque hay en el propio Código Foral una norma que trata especialmente de las sucesiones intestadas, que es la VIII del título XXI. Que esta última Ley, la VIII del título XXI, es la única que en el Fuero trata de los abintestatos; rareza que se explica porque no es frecuente, sino por el contrario, muy raro, el caso en que se obra la sucesión intestada por fallecimiento de uno de los cónyuges en los matrimonios vizcaínos, pues aquellos procuran evitarlo y lo consiguen, concediéndose mutuamente poder para testar en capitulaciones matrimoniales. Y pregunta el recurrente a qué norma jurídica nos remite el párrafo tercero del artículo, y dice que la XV del título XX, pero no a la VIII del título XXI, que es la sola y exclusiva Ley que en Fuero vizcaíno regula la sucesión de los fallecidos sin testamento.

Que el párrafo tercero del artículo 10 establece como vigente esa Ley XV del título XX para los vecinos civiles de Vizcaya; llama, pues, el Código Civil al Derecho foral para que funcione pero sólo en el caso previsto por aquél. Si el legislador hubiera querido que en las sucesiones intestadas por los vizcaínos de las villas rigiera el Fuero de Vizcaya, hubiera remitido en los abintestatos la Ley VIII del título XXI, como dispuso la Ley XV del título XX para las sucesiones testamentarias. Que si ése hubiese

sido su deseo, en el párrafo tercero se diría: "Los vizcaínos seguirán sometidos en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana al Fuero de Vizcaya". O bien: "Los vizcaínos seguirán sometidos a las Leyes XV del título XX y VIII del título XXI del Fuero de Vizcaya"; pero no es esto lo que se declara, sino que en el párrafo se alude solamente a los actos dispositivos realizados por los causantes. Parezca o no suficiente la indicación del párrafo tercero, véngase o no a censurar la obra del legislador, lo que no sabe es achacarle gratuita e infundadamente una inspiración doctrinal cualquiera, cual sería regular la sucesión intestada vizcaína por las normas de la Ley XV; y esta interpretación no se razona con el solo hecho de expresarse en la Ley VIII del título XXI, lo que calle del párrafo tercero; hecho tal no autoriza para suplir el silencio del legislador, dando por incluido en el artículo 10 del Código Civil la declaración que contiene la Ley VIII del título XXI; ni tampoco para que el silencio de esta última valga como explícito reconocimiento en favor de su admisión en el párrafo tercero mentado. Y siendo pues el contenido del párrafo tercero el que ha indicado, no le queda más remedio que cumplirlo, pues de lo contrario quedaría infringida esa norma, que será buena o mala, pero que, al fin y al cabo, existe. Si ese párrafo tercero está mal, si es muy rigurosa la interpretación de la Ley, estúdiense su texto con detenimiento, y después se reforme; pero mientras que el legislador no lo altere, no hay más remedio que aplicarlo en su exacto contenido, puesto, siendo el texto de esa norma terminante, cualquiera que sea la razón en que quiera apoyarse otra interpretación nunca será bastante para motivar un fallo judicial, que ha de fundarse, necesariamente, en Ley o doctrina legal, citando aquélla o determinando ésta con precisión. Cuando los términos de una Ley, cual es el párrafo citado, son claros y precisos, no puede haber lugar a la interpretación; y si además esa Ley es excepcional, es imposible legalmente entrar a interpretarla en sentido restrictivo, considerando incluidas en ella preceptos distintos a los en ella comprendidos.

Que toda la doctrina que acaba de recoger facilita su conclusión de que tampoco la sucesión de doña Pilar Olano debe de regirse por las normas del Fuero de Vizcaya. La razón la encuentra en el importe hecho de que doña Pilar murió sin otorgar testamento, circunstancia no apreciada ni por el juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao, ni por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos. De perfecta aplicación a este segundo motivo de casación sería la doctrina desarrollada en el anterior acerca del imperio del Código Civil en las legislaciones forales en materia de sucesión intestada. Siempre cuando se trate de la transmisión de bienes de una persona que no otorgó testamento, las normas del Código Civil tienen preferencia sobre aquellas otras de las legislaciones forales. En el supuesto de doña Pilar es patente que tampoco es posible acogerse a las normas del Fuero de Vizcaya para regular la sucesión de la misma. Que el Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao –la Audiencia no hace otra cosa sino ratificar su doctrina– cuando se enfrenta con el problema se limita a sostener que visto el hecho de que doña Pilar muriera conservando la vecindad vizcaína, de tal manera que por esa sola circunstancia la transmisión de sus bienes debe realizarse con arreglo a las normas del Fuero de Vizcaya y no por las reglas del Código Civil y,

concretamente, de su artículo 935. En el fondo no hay más razón que la que acaba de indicar con una curiosa circunstancia. En el considerando noveno de la sentencia del Juzgado se dice que a la sucesión de doña Pilar Olano es aplicable el párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil, y siendo patente que la Ley XV, título XX, del Fuero de Vizcaya no tiene nada que ver con las sucesiones intestadas, ello no impide al Juzgado de Primera Instancia trasladar el problema a la Ley VIII del título XXI del propio Fuero; pregunta el recurrente, por qué ha de aplicarse una Ley y un título que no viene impuesto por el artículo 10 del Código Civil, y dice que no lo comprende. Que la tesis del Juzgado de Primera Instancia se atiene exclusivamente a la condición personal del fallecido. Si el fallecido perdió la vecindad vizcaína caso de doña Asunción Alzaga- no hay discusión y cabe aplicarse a su sucesión el Código Civil, si, por el contrario, se conserva en el momento de morir la vecindad vizcaína, entonces hay que aplicar la Ley VIII del título XXI del Fuero de Vizcaya, y aunque viva la madre en los bienes raíces que procedan de la línea paterna debe ser declarado heredero el pariente más cercano de aquella línea; en este caso, el hermano Ramón Olano, causante de los actuales demandantes y recurridos. Que esta tesis no resiste, a juicio del recurrente, una crítica sensata, y ello por la simple transcripción literal de la Ley XV del título XX del Fuero de Vizcaya. Ante esta Ley y la VIII del título XXI no cabe relación alguna, no es posible ampliar su interpretación a cuestiones distintas, sin olvidar que el tema –el del párrafo tercero del artículo 10– tiene carácter excepcional. Sostener que el párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil afecta a las sucesiones intestadas vizcaínas es no hacerse cargo del contenido de la Ley Foral, que se refiere únicamente a la disposición de bienes por actos intervivos o "mortis causa". Que es tan clara esta doctrina y tan evidente el contenido de la misma, que resulta forzoso concluir que en materia a la sucesión intestada rige en Vizcaya los preceptos del Código Civil, pues los términos en que parece redactado el precepto foral –Ley XV del título XX– no permiten extender su aplicación en el supuesto de la sucesión intestada.

Si se hubiera dispuesto por actos "mortis causa"; si lo hizo por actos internos; si dispuso, en una palabra, entonces no cabe discutirlo y es aplicable el Fuero de Vizcaya; si, por el contrario, doña Pilar no dispuso de los bienes y al morir lo hizo sin testamento, no cabe admitir que también sea aplicable el Fuero de Vizcaya, porque entonces surge con carácter preferente el Código Civil y los artículos que en el mismo regulan la sucesión intestada. Que todo ello le conduce como final de este segundo motivo de casación a poner de manifiesto la infracción legal cometida por la Territorial de Burgos cuando declara la nulidad de auto de declaración de heredero de doña Pilar por el hecho de que por dicho auto se declara única y universal heredera de la misma a su madre. El auto era totalmente correcto.

Tercero.- Al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción legal del artículo 359 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto el fallo otorga más de lo pedido. Que en el motivo anterior que acaba de desarrollar atacaba el pronunciamiento de la Territorial de Burgos,

referente a la declaración de nulidad del auto de declaración de herederos a favor de la madre de doña Pilar, doña Asunción Abaitúa, como consecuencia del fallecimiento de la hija sin descendientes. La sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos no se limita a declarar la nulidad de aquel auto, sino que regula la sucesión de doña Pilar y expresamente declara en el apartado sexto del fallo lo siguiente:

"Que asimismo declaramos heredero de doña Pilar Olano Abaitúa a su madre, doña Asunción Abaitúa Solaegui en cuanto a todos los bienes de dicha causante, excepción hecha de los bienes raíces troncales sitios en territorio foral de Vizcaya que proceden de la línea paterna de tal causante, en cuyos bienes se declara heredero a su hermano don Ramón Olano Abaitúa".

Que parece inútil recordar una serie de temas que en materia de congruencia vienen perfilando las resoluciones de los Tribunales de Justicia. Es posible no resolver todas las cuestiones que en el pleito se debaten; es imposible no adaptarse a las peticiones de las partes litigantes; es imposible también otorgar más de lo pedido o hacer declaraciones sobre hechos o extremos no solicitados por los litigantes. Que, sin embargo, el supuesto que argumenta constituye uno de los casos de incongruencia más claros que ha conocido, porque no sólo se otorga más de lo pedido, sino que la incongruencia se produce en la parte dispositiva de la sentencia, es decir, donde el Tribunal Supremo tiene proclamado que, efectivamente, se comete. Cuando los demandantes promueven su procedimiento en la serie de peticiones que contiene la súplica de su demanda, aparece la siguiente: "Que se cursen las declaraciones de herederos de los causantes muertos intestados que se relacionan en los diversos párrafos del fundamento de derecho segundo de la demanda". La petición es bien inconcreta, bien, indeterminada, lo que sin duda motivó que en la súplica del escrito de réplica se concretase con más precisión cuál era la intención o el propósito de los demandantes. Entonces, en la réplica se dice expresamente lo que sigue: "Apartado segundo. Declarar nula y sin ningún efecto al declaración de herederos de doña Pilar Olano, causados a favor de su madre, doña Asunción Abaitúa, por auto del Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao, de fecha cinco de febrero de 1943, en los términos en que fue hecha tal declaración, según manifiesta el demandado, y nulo y sin efecto la escritura pública de fecha 12 de abril de 1943, hecha en aceptación de la herencia de doña Pilar". Esta es la petición de la demanda y de la réplica: la pretensión de los demandantes, la súplica de sus escritos de debate. Que no se pide que se declare heredero de doña Pilar a su hermano don Ramón. Y, sin embargo, el Juzgado primero, y la Audiencia después, no dudan en acompañar a la declaración de nulidad del auto de declaración de heredero pedido por los demandantes la declaración de heredero en la persona de don Ramón Olano, hermano de doña Pilar, lo que no pidió ninguno de los demandantes. Que se concede más de lo pedido, se otorga más de lo solicitado, se infringe el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prohíbe totalmente estas desviaciones en pro del principio procesal de la congruencia. Que sabe que aquella declaración de la Audiencia infringe preceptos sustantivos que se analizaron en el anterior motivo de casación, pero

ello no puede impedir que tenga que marcar este defecto grave de la parte dispositiva de la sentencia que combate, que formula la declaración que nadie hubo de solicitar. El Juzgado de Primera Instancia núm. tres de Bilbao se dio clara cuenta del defecto y, en el Considerando noveno de su sentencia trató de justificar el porqué de la necesidad de declarar heredero de don Ramón Olano. Sin embargo, su tesis no cabe admitirla, porque parte del supuesto de que la mera declaración de nulidad del auto de declaración de heredero de doña Pilar obligó a señalar cuáles deben ser sus verdaderos herederos, obligación que no adivina por ninguna parte cuando precisamente los que se pudieran beneficiar de tal declaración ni siquiera la solicitan en la súplica de sus escritos. En consecuencia, se da en forma indiscutible la incongruencia que solicita y que obligará, aunque sólo fuera por esta causa, a dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de la Territorial de Burgos referente a la declaración de herederos, que se realiza en favor del causante de los actuales recurridos. Es decir, que con absoluta independencia de que la Territorial de Burgos infringió los preceptos sustantivos antes analizados al declarar heredero de doña Pilar a su hermano don Ramón, es lo cierto que tal pronunciamiento constituye una verdadera incongruencia, porque ninguna de las partes litigantes lo pidió en sus escritos de debate.

Cuarto.- Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción legal de los artículos 675 y 774 del Código Civil, ambos por no aplicación, e infracción legal de los artículos 791 y 1.113 del propio texto legal, en este caso por aplicación indebida de los mismos. Que hasta el momento ha estudiado dos de los problemas fundamentales que se ventilan en el presente recurso de casación; son los referentes al estudio de la sucesión de doña María Asunción Alzaga, de una parte, y al de la sucesión de doña Pilar Olano, de otra. Las dos interesadas fueron beneficiarias en su día de unas donaciones realizadas por doña María de la Asunción Abaitúa, que respectivamente era abuela de doña María Asunción y madre de doña Pilar. Aquellas donaciones han sido declaradas válidas y por lo tanto el patrimonio de las donatarias se incrementó con los bienes objeto de la donación. Al morir doña Asunción Alzaga estos bienes deben pasar a su marido por imperio de lo dispuesto en el Código Civil –primer motivo del recurso–; al morir doña Pilar los bienes debieron retornar a su madre –la donante– por imperio igualmente de lo dispuesto en el propio Código Civil –segundo motivo del recurso–. Ahora bien, con lo expuesto no se contempla el cuadro de problemas que en litigio se ventilaron, porque existe otro de enorme importancia que se resolvió en forma contraria a los intereses del señor Escagües, marido que fue de doña Asunción Alzaga, y actual recurrente en el presente procedimiento. Que en trámite de contestación de la demanda el señor Escagües planteó el problema de la validez o nulidad de una cláusula del testamento de doña Asunción Abaitúa, fecha 20 de octubre de 1943. Que de tener en cuenta a los efectos de todo el razonamiento que ha de servir de base a este cuarto motivo de casación lo siguiente:

a) Doña Asunción de Abaitúa y Solaegui falleció en Bilbao el día 15 de abril de 1945, en estado de viuda en únicas nupcias de don Francisco Olano, sin hijos pero con nietos.

b) Su última disposición de voluntad fue el testamento de 20 de octubre de 1943, otorgado ante el Notario señor Antuña.

c) En dicho testamento, al margen de diversos legados y mandas, dispone en su cláusula quinta lo siguiente: "en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye y nombra universal heredera a su nieta doña María Asunción Alzaga y Olano, apartando a los demás herederos forzosos con los bienes que anteriormente les lega y por añadidura con lo que dispone el Fuero de Vizcaya. Caso de fallecer la heredera sin sucesión legítima, pasarán los bienes de esta herencia a los demás nietos de la testadora, por cabezas"; y

d) En el momento de morir, doña Asunción de Abaitúa y Solaegui conservaba la vecindad vizcaína, y su sucesión es forzoso regularla por las normas del Fuero de Vizcaya. Es curioso esta circunstancia de que la sucesión de doña Asunción Abaitúa se regule por el Fuero de Vizcaya, respecto del cual ha dicho que no tiene aplicación en los casos de doña Asunción Alzaga y doña Pilar Olano. Pero la divergencia es patente: doña Asunción no tenía la condición de vizcaína en el momento de morir y además lo hizo sin testamento. Doña Pilar, aunque tenía la condición de vizcaína en el momento de morir, lo hizo también sin testamento. Doña Asunción abuela tenía en cambio la condición de vizcaína en el momento de morir y además murió con testamento. Que la diferencia se explica con toda perfección. Que sobre la base indicada surge el problema relativo a la validez por nulidad de esa cláusula quinta que ha transcrito en lo que respecta a su segunda parte; es decir, al extremo relativo al supuesto de que falleciera la heredera sin sucesión legítima, determinando entonces si los bienes de la herencia deben pasar o no a los otros nietos de la testadora por cabeza. Que el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos no dudaron un momento. Entendieron que la cláusula era perfectamente válida y habría de producir plenos efectos jurídicos. Que nada dice la sentencia de la Audiencia en pro de esta tesis por lo que resulta forzoso acudir al de los considerandos once, doce y trece de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que resuelven el problema sobre la base de entender que la cláusula es válida por dos razones fundamentales: a saber:

a) Porque encierra una institución de heredero sujeta a condición resolutoria, estando sujeta la adquisición de los bienes por la heredera doña María Asunción Alzaga a los efectos de la resolución; es decir, a los efectos de saber si la misma tendría o no hijos; y

b) Porque en todo caso la cláusula no va en contra de la legítima vizcaína –Ley XI, título XX, del Fuero de Vizcaya–.

Combate el recurrente ambas razones para demostrar en dos motivos de casación independientes que la institución de heredero no está sujeta a condición de tipo resolutorio como el Juzgado sostiene, y en todo caso –he aquí el argumento esencial–, la cláusula de que se trata va en contra de la intangibilidad de la legítima y constituye un gravamen o condición que no admite el Fuero de Vizcaya. Que las partes litigantes están de acuerdo en que la cláusula del testamento de doña Asunción de Abaitúa que anteriormente ha transcrito es válida y eficaz en cuanto encierra una institución de heredero a favor de doña María Asunción de Alzaga y Olano. Reúne cuantos requisitos son necesarios incluso en lo que respecta al apartamiento del resto de los descendientes. Una vez despejada esta primera duda cabe afirmar que la parte segunda de la citada cláusula constituye un supuesto de sustitución vulgar consistente en que al premorir la testadora a la primeramente instituida heredera, operaría la institución sin limitación alguna, y sólo en el supuesto de que la heredera falleciese antes aquellos bienes pasarían a los demás nietos de la misma. Sustitución vulgar, tal como se razona y estudia en el artículo 774 del Código Civil. "Puede el testador substituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él o no quieran o no puedan aceptar la herencia". Ha transcrito el texto del artículo 764 del Código Civil por ser la disposición que regula el tipo de sustitución que pretendió en su testamento doña María de la Asunción Abaitúa. Que el propio Juzgado de Primera Instancia afirma que no se está ante una sustitución fideicomisaria; afirma que tampoco se está ante una fideicomiso de residuo y niega la tesis de la sustitución vulgar y simplemente por entender que la intención de la testadora era la de que su nieta recibiese los bienes para sí, para sus descendientes, pero en el supuesto de que la nieta falleciera aquella intención de la testadora se desplaza al resto de sus descendientes para evitar que aquellos bienes vayan a parar a un extraño. El Juzgado interpreta la disposición de última voluntad sobre la base de creer que la testadora no pensó nunca en la premorienza de la heredera y al no pensar en este importante detalle es patente que la cláusula no podía encerrar un supuesto de sustitución vulgar. Sin embargo, tal interpretación la estima contraria a Derechos y por ello la invocación del artículo 675 del Código Civil, que se limita a mantener la correcta tesis de que toda disposición testamentaria debe entenderse en el sentido literal de sus palabras, salvo el supuesto de que aparezca con claridad que la voluntad del testador no coincide con la literalidad de la disposición. Que en el presente caso entiende el recurrente que hay coincidencia absoluta entre la literalidad de la cláusula y la intención de la testadora. No puede haber duda alguna de que con la citada cláusula doña Asunción de Abaitúa estableció una sustitución vulgar a favor, del resto de sus nietos para el supuesto único de que la instituida heredera falleciera sin sucesor legítima. Heredero sustituto o vulgar es un segundo o ulterior heredero instituido por el caso de que el instituido en primero o anterior lugar no llegue a serlo; el heredero sustituto vulgar entra en la posesión de la herencia cuando el sustituido no llegue a serlo, por premorir al testador, por renuncia de la herencia o por cualquier otra causa. Que en presente caso se está ante un tipo de sustitución de la naturaleza de la que viene analizando, y ello por las siguientes razones:

a) Porque en todo momento fue deseo y decisión de la testadora doña Asunción de Abaitúa el que su nieta, la primeramente instituida adquiriera los bienes de su herencia con plena y total facultad de disposición.

Porque al instituir heredera de sus bienes a su nieta, no le impuso obligación de conservarlos para ningún otro heredero de llamamiento posterior, ni le prohibió que dispusiera de ellos por disposición testamentaria.

c) Porque al disponer en la misma fecha –20 de octubre de 1943– de los bienes correspondientes a la herencia de su marido, en la escritura de donación que otorgó a favor de doña María Asunción Alzaga, le transmitió la propiedad de tales bienes con plena y total libertad de disposición; no le puso gravamen de ninguna clase sin duda porque entendió que no había razón ni motivo para ello. Que cabe alegar que sobra la cláusula que analiza en el supuesto de que efectivamente se tratase de una sustitución vulgar, pero realmente en el supuesto de que la heredera hubiera muerto antes que la testadora, entonces los actuales recurridos hubieran podido beneficiarse de aquella sustitución realizada a su favor. Que sin embargo, frente a la claridad que se desprende de cuanto viene afirmando, es lo cierto que el Juzgado de Primera Instancia entendió que se estaba ante una institución de heredero sujeta a condición resolutoria y aplicó el artículo 791 del Código Civil en relación con el 1.113 del propio texto legal. Que tal criterio, aceptado más tarde por la Audiencia entiende que es erróneo, porque en ningún caso se trataría de una condición resolutoria, ya que si el testador subordinó la institución de heredero al hecho de que su heredero falleciera con descendientes, más bien se está ante una condición de tipo suspensivo, de efectos análogos al de la prohibición de enajenar tal como además se estudia en algunas resoluciones del Tribunal Supremo que comentan situaciones análogas (sentencias de 30 de junio de 1866, 5 de junio de 1874 y 4 de mayo de 1911). Que en todo caso es forzoso resaltar que a los efectos de su afirmación de que la cláusula que comenta es nula y no produce efectos jurídicos, carece de trascendencia esta tesis mantenida por el Juzgado de Primera Instancia, ya que en todo caso la cláusula va en contra de la legítima vizcaína. Que en el presente basta con consignar su criterio de que la cláusula en cuestión no puede producir efectos porque tenía su origen en la intención de la testadora de que si la instituida muriera antes que ella, los bienes pasen al resto de sus nietos. Como no ocurrió así, sino por el contrario que la testadora murió y doña María Asunción Alzaga y Olano consolidó en su patrimonio la institución realizada por su abuela, es patente que aquella cláusula queda sin eficacia y no puede tener trascendencia práctica de ningún género.

Quinto.- Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, alegamos infracción legal de las leyes XIV y XVIII del título XX del Fuero de Vizcaya y de las leyes V y X del título XXI del propio fuero, ambas disposiciones legales por no aplicación de las mismas, vulneración que se produce al estimar como válida la cláusula del testamento de doña Asunción antes referida;

asimismo existe infracción de la Ley VII del título XXI del propio Fuero, como en los casos anteriores por no aplicación. Decía en el anterior motivo de casación que poco importaba a los efectos del recurso el hecho de que entendiera que la cláusula que estudia del testamento de doña Asunción pudiera tener la naturaleza de una institución de heredero sujeta a condición resolutoria. Aceptando el hecho –el motivo anterior demuestra que no está conforme con el criterio de la sentencia de instancia– es lo cierto que la cláusula tal como se encuentra redactada adolece de grave defecto motivador de nulidad porque va en contra de la intangibilidad de la legítima vizcaína, precepto que proclama la Ley VII del título XXI del Fuero de Vizcaya. Que ya dijo antes que no existía discusión en cuanto a la realidad de que la sucesión de doña Asunción Abaitúa y Solaegui debe regularse por las normas del Fuero de Vizcaya, con lo que este primer obstáculo que pudiera presentarse cabe eliminarlo en forma total y absoluta. Que esto expuesto la legítima en el derecho vizcaíno consiste "en todos los bienes troncales y en una parte de los bienes muebles con respecto a los herederos descendientes y ascendientes legítimos". Normas reguladoras del problema lo son las que sirven de cabeza a este motivo de casación, y así en la Ley XIV se indica que faltando descendientes y ascendientes, se puede disponer de los muebles a voluntad, reservando la raíz para los profincos tronqueros; en la Ley XVIII se señala que de la raíz puede disponerse hasta el quinto por el alma, aunque haya parientes. La Ley XIV reserva todos los bienes raíces para los profincos tronqueros y la XVIII vuelve para exceptuar un quinto de estos bienes para disponer por el alma del testador. Que en concreto, la herencia en el Fuero de Vizcaya es en su totalidad legítima de los descendientes y ascendientes, y ello cualquiera que sea la naturaleza de los bienes que la integran, sin embargo, cuando de colaterales se trata solamente tiene matiz legitimario los bienes inmuebles, por lo que si el testador guarda silencio, todos los bienes en el primer caso son legítimos, y en cambio, sólo los bienes inmuebles en el segundo tiene tal carácter. La facultad dispositiva del causante acerca de los bienes inmuebles solamente alcanza al quinto de aquellos, pero nunca a más, y ello aunque haya herederos forzosos según dispone expresamente la Ley XVIII, título XX. Curioso es observar que este quinto disponible sólo puede sacarse de los bienes raíces. En consecuencia, el testador no tiene facultad de dedicar los bienes raíces, sino aquella finalidad –en favor del alma–: los demás por ser legítima deberá entregarlos al pariente escogido. Que en estas condiciones cabe sentar una primera conclusión a través naturalmente del estudio de los preceptos a que acaba de referir. La herencia en el Fuero de Vizcaya es en totalidad legítima y en esas condiciones es patente que el propio Fuero faculta a designar la persona que ha de recibir inmediatamente que muera el testador la totalidad de los citados bienes. Se permite escoger entre el conjunto de parientes el heredero preferente cuya elección excluye a la siguiente; es decir, los descendientes excluyen a los ascendientes y éstos a los colaterales, pero dentro de cada grupo el elegido excluye a los demás. Ello es así porque lo impone la legislación foral de tal manera que los padres no están obligados a repartir la legítima por igual entre sus hijos, y pueden señalar uno de ellos con derecho preferente apartando a los demás en la forma que el Fuero establece. El causante ejerciendo esta libertad puede apartar a todos los individuos del grupo

preferente menos a uno, pues no tiene facultad de separar a todos con lo que su libertad no es total, ya que los bienes han de entregarse a un determinado pariente, y si resulta que en su disposición excluye a la totalidad de los herederos, infringe el precepto legal porque no designa heredero, y ello no es posible. Que sobre esta basé y continuando de momento con el análisis de los preceptos que ha señalado como infringidos la Ley VII del título XXI impone al testador que la entrega de la legítima ha de ser efectiva y real, cualitativa y cuantitativamente y además ha de ser ingravada e incondicionada. He aquí el motivo de la nulidad de la cláusula del testamento de doña Asunción, aunque dicha cláusula constituya una condición. Doña Asunción no tenía facultad para condicionar a su heredera la institución. Dice la Ley VII del título XXI con el epígrafe de "en qué caso se puede poner gravamen a los hijos" lo siguiente: "En la legítima no ha lugar a gravamen, que habían de Fuero y establecían por Ley, que los padres u otros cualesquiera disponientes en vida o en muerte no puedan poner en perjuicio de la legítima, y de lo que se debe a aquellos en quien la tal disposición se hace, gravamen alguno, vínculo, sumisión, ni restitución en aquella tierra raíz, con que hacen la dicha aportación, sucede en lugar de la legítima, y de los bienes debidos, y si lo pusiesen no valga, y sea como si no lo hubieran puesto".

Que la disposición es clara y terminante, no se puede imponer gravamen alguno, vínculo ni sumisión o restitución, con lo que al pensar en la condición que se impone a doña María Asunción Alzaga surge evidentemente la nulidad de la misma. En el testamento de 20 de octubre de 1943 doña Asunción de Abaitúa al fallecer con descendientes estaba obligada a disponer de los bienes en favor de uno de sus herederos; la legítima de su herencia la constituían la totalidad de los bienes raíces, y en su caso, los bienes muebles con excepción de la cantidad de cinco mil pesetas de la que dispuso para actos propios. El grupo preferente de parientes de la testadora lo constituían sus nietos; los demandantes –hermanos Olano y doña María Asunción de Alzaga– esposa que fue del actual recurrente–. Dentro del grupo, con apartamiento de los demás nietos –cumpliendo lo dispuesto en el Fuero– la testadora eligió como heredera principal a doña Asunción de Alzaga y Olano, y la instituyó como su universal heredera en el remanente de todos sus bienes y derechos y acciones. Aquella institución doña Asunción no podía ni gravarla ni condicionarla, pues la totalidad de los bienes que transmitía constituía la legítima, con lo que al surgir aquella cláusula que viene examinando, nace una limitación a la facultad de disposición de doña María de la Asunción Alzaga, que no es posible aceptar ni admitir, por lo que la cláusula resulta nula de pleno derecho. Ahora bien, frente a esta claridad de doctrina que dice la sentencia de la Audiencia para defender la validez de la cláusula, absolutamente nada por sí misma, toda vez que se apoya una vez más en la sentencia de Primera Instancia. El Juzgado entiende que es válida la cláusula por las siguientes razones:

a) Que el gravamen que la condición supone es muy relativo, porque la heredera podía disponer libremente de todos los bienes de la herencia durante su vida, aunque no pudiera hacerlo en trance de muerte.

Que en el Fuero de Vizcaya no se establece una legítima individual propiamente dicha, sino que más bien se establece una legítima que los tratadistas denominan generalmente colectiva en favor de un grupo determinado de personas y concretamente de los descendientes, por lo que no entra en juego la Ley VII del título XXI. Que la argumentación que ha recogido no puede ser más endeble ni más inconsistente, toda vez que infringe resueltamente las disposiciones legales que encabezan el presente motivo de casación. La nulidad o ineficacia de un gravamen sobre los derechos legitimarios no depende de la mayor o menor importancia del gravamen: lo que se prohíbe es precisamente la existencia de dicho gravamen, y lo que no cabe admitir es que porque se entienda que la limitación es pequeña la admita, porque lo importante es el hecho en sí y no su mayor o menor trascendencia. Por eso cuando el Juzgado dice que el gravamen es muy relativo y por tal razón lo considera válido, altera profundamente la disposición legal, porque, no importa la cuantía sino el concepto. El primer argumento carece totalmente de valor. En cuanto al segundo de los razonamientos que sirven de base al Juzgado de Primera Instancia la consecuencia será la misma. Es inexacto afirmar que la prohibición de gravar dispuesta por la Ley VII se refiere exclusivamente a la tierra de apartación, por cuanto que del contenido textual de la Ley claramente se acredita que lo que con ella se persigue es la finalidad de impedir que se grave la legítima. Ciertamente que la prohibición de la Ley se hace extensiva a la "tierra de apartación", que el Fuero equipara a la legítima al decir que "la tal tierra de apartación sucede en lugar de la legítima". Ahora bien, que la Ley haga extensiva a la tierra de "apartación" la prohibición de imponer gravamen alguno, no quiere decir que lo único que la Ley prohíbe es gravar la tierra de apartación, sino precisamente todo lo contrario, ya que la Ley consagra como principio primordial la prohibición de gravar la legítima, y sólo como mera consecuencia la prohibición de gravar "la tierra de apartación". Cuando el Juzgado entiende que lo único que el Fuero prohíbe es gravar la tierra de apartación incurre en flagrante infracción porque altera los términos de la Ley y olvida lo principal para fijarse en lo accesorio, además para salir del error el Juzgado dice que excluida la tierra de apartación –legítima propiamente dicha– todo lo demás –también legítima–, constituye una mejora que puede gravarse, introduciendo una gravísima confusión en la interpretación del precepto, nacida de que la mejora es institución que no existe en el derecho vizcaíno, ya que dentro de su actual sistema sucesorio no tiene cabida una disposición como la mejora castellana, puesto que la cuantía de la misma resultaría infijable y no cabe admitir disgregación alguna en la legítima, puesto que los bienes de la cuota de apartación son asimilables a la legítima y como ella absolutamente ingravables. Es decir, que todo es legítima y como el propio Juzgado reconoce. Por eso es anómala la sugerencia que la sentencia hace incluso a la palabra mejora. Por lo demás, el error es tanto más grave en cuanto se piense que dentro del Fuero de Vizcaya todo lo que recibió doña María de la Asunción de Alzaga y Olano tiene la condición de legítima, por lo que llámese como se llame, lo que no podía hacer doña Asunción de Abaitúa era imponer el más pequeño gravamen. Sin embargo, lejos de hacerlo así, aquel todo recibido por la heredera preferente, quedó condicionado en la forma que se deduce de la cláusula que estudia. Se sometieron los bienes a la condición relativa a la

existencia de descendientes y surtió una grave limitación que no admite el Fuero de Vizcaya ni los preceptos que expresamente analiza. Donde se encuentra el fallo principal es en el hecho de desconocer que lo recibido por doña Asunción de Alzaga fue la legítima de la herencia de su abuela, en virtud de su condición de heredera principal en representación del grupo preferente de parientes legitimarios. Esta legítima no podía ser gravada, no podía ser condicionada, y como sin embargo lo fue tal como entiende el Juzgado y la Audiencia, es patente que la cláusula ha de estipular la nula, ineficaz y siguiendo las palabras del propio Fuero cabría añadir que "si lo pusiere no valga y sea como si no lo hubiera puesto". Que la cláusula discutida resulta ineficaz en un doble sentido, porque constituiría siempre y en todo caso una sustitución vulgar, y porque además la misma iría en contra de las disposiciones legales que sirven de base a este motivo del recurso.

Sexto.- Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción legal por no aplicación de la Ley VII título XXI, Ley XI título XX y Ley VI título XX del Fuero de Vizcaya, así como infracción por aplicación indebida de la doctrina de los actos propios, e infracción por no aplicación de las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1896, 4 de mayo de 1897, 29 de octubre de 1913, 2 de enero de 1946. Que dentro todavía del tema relativo a la validez o nulidad de la cláusula del testamento de doña María Asunción Abaitúa y Solaegui le resulta obligado formalizar un tercer motivo de casación sobre el mismo tema que se apoya en la infracción de los preceptos a que se ha referido en cuanto la que pudiera considerarse como segunda institución –la que se hace a favor de los hijos de don Ramón adolece de vicio esencial en cuanto en el momento de hacerle falta el requisito o formalidad del apartamiento–. En efecto, dentro de los requisitos formales que el Fuero de Vizcaya exige para que las instituciones puedan ser consideradas como válidas y eficaces, recuerda la inexcusable necesidad del requisito denominado del "apartamiento". Es decir, para que una institución de heredero sea eficaz en el Derecho vizcaíno resulta imprescindible que el testador haga constar este requisito del apartamiento de los demás herederos que el Fuero exige en los preceptos que sirven de base a este motivo de casación. Por ello, aun en el supuesto de que aquella cláusula del testamento de doña Asunción Abaitúa pudiera ser considerada como válida, olvidando que en el fondo implica un gravamen a la legítima prohibición por el Fuero de Vizcaya, es lo cierto que esa cláusula, en su párrafo segundo, cuando se produce el llamamiento de los actuales recurridos no se inserta la formalidad del apartamiento. Comienza el recurrente por consignar que las sentencias de instancia reconocen la imperiosa necesidad de este requisito impuesto por el Fuero de Vizcaya, pero la razón que alega para entender que no es aplicable al supuesto planteado es la siguiente: Inexcusable la necesidad del requisito del apartamiento para que una institución de heredero en el Derecho vizcaíno sea válida y eficaz, pero cuando se trata de una segunda institución no es necesario hacer aquel apartamiento en cuanto a la primera heredera, que ya había recibido la totalidad de los bienes de la herencia, y tampoco resulta preciso para el resto de los parientes no instituidos en el primero ni en el segundo llamamiento, porque

habían sido apartados totalmente al hacer la primera institución, sin olvidar –tesis del Juzgado– que el contenido económico de los bienes de la apartación es nulo o casi nulo. Que la tesis que acaba de desarrollar, y que responde al criterio mantenido en la sentencia que se recurre, infringe resueltamente por aplicación indebida la Ley VII del título XXI del Fuero de Vizcaya. El requisito del apartamiento es imprescindible en todo llamamiento, tanto en lo que respecta al primer instituido como en lo que al segundo se refiere. Cuando doña Asunción de Abaitúa en la cláusula que comenta instituye a sus demás nietos, forzosamente debió hacer constar el apartamiento en cuanto a la primera heredera, toda vez que si bien ésta podía haber disfrutado en vida de los bienes de la herencia, al operar la segunda institución y cumplirse esa condición de que el Juzgado habla, resultaba patente que no recibía ninguna cuota o parte de herencia en pago de sus derechos legitimarios en plena disposición para poder transmitirla a sus legitimarios en plena disposición para poder transmitirla a sus legítimos herederos, que podían existir, como realmente han existido. Es decir, que instituida otra persona en la forma que se razona en las sentencias recurridas, si al hacer el segundo llamamiento no se incluye el requisito del apartamiento, se comete grave infracción del texto del Fuero y ello por la razón que puede ocurrir que el primer instituido no llegue a consolidar la facultad de disposición sobre los bienes recibidos, quedando prácticamente desheredado al tener eficacia el segundo llamamiento; con ello el primer instituido quedaría apartado de la herencia sin cumplirse aquella formalidad imprescindible de la declaración de apartamiento, formalidad tanto más necesaria cuanto que su falta provoca la nulidad e ineficacia de la institución. Por otra parte, es precisa también en la formalidad del apartamiento en la segunda institución en cuanto al resto de los posibles herederos o descendientes de la testadora, como asimismo de cuantos parientes colaterales pudieran existir, sin que tenga eficacia la argumentación contenida en la sentencia recurrida de que, por haberse hecho la apartación en la primera institución no es necesario repetirla en la segunda, ya que, en cada caso concreto de institución puede ser variable, por cuya razón el Fuero en los preceptos que ha reseñado obligaba al causante a fijar la extensión de esta cuota en cada caso individual y la omisión de tal formalidad en una segunda institución trae consigo la nulidad de la misma por faltar la expresión volitiva del testador, consistente en ese requisito formal. El criterio que desarrolla no solamente resulta de la recta interpretación de los preceptos del Fuero, sino que bien impuesto por el Tribunal Supremo en alguna sentencia, como la de 2 de enero de 1946, que dice "que el requisito de la apartación es inexcusable y en el supuesto de que no se consigne equivale a una verdadera desheredación. Por último, en cuanto al contenido económico de los bienes de la apartación –otro argumento de la sentencia del Juzgado–, es patente que no puede tener la trascendencia de que por la cuantía de la cuota se termine la validez o nulidad del requisito, toda vez que lo importante en este caso es el cumplimiento de la formalidad, y lo que resulta intrascendente es la cuantía mayor o menor de la cuota. Todo lo expuesto demuestra que la cláusula tan combatida en el presente recurso debe considerarse nula, aunque sólo fuera por el hecho de que en el momento de formalizar la segunda institución doña Asunción Abaitúa no hizo constar el requisito de apartamiento. Claro es que la nulidad tiene su origen en un motivo mucho

más grave, pero tampoco cabe olvidar este defecto tan esencial que provoca igualmente la ineficacia de aquella disposición. Por último, y con objeto de evitar que al impugnar el recurso se pudiera alegar por parte de don Isidoro Escagües y de la que fue su esposa doña Asunción Alzaga la doctrina de los actos propios, resulta forzoso salir al paso de un argumento exclusivo de la Territorial de Burgos que dice que el señor Escagües no puede impugnar la cláusula quinta del testamento de doña Asunción Abaitúa por el hecho de que aceptó pura y simplemente la herencia de dicho señor practicando incluso las operaciones testamentarias, adicionándola más tarde y en definitiva admitiendo en toda su extensión la eficacia de aquella disposición de última voluntad. Sin embargo, esta doctrina de los actos propios con la que se pretende avalar una disposición que infringe resueltamente preceptos legales sustantivos no cabe aplicarla con la extensión con que lo hace la Territorial de Burgos si se piensa que don Isidoro Escagües no dio nunca su consentimiento a la famosa cláusula quinta. En un principio tanto el citado señor como su causante doña María Asunción Alzaga entendieron que la cláusula implicaba una sustitución vulgar, con lo que no podía producir aquellos efectos que inesperadamente alcanza por la trascendencia que a dicha cláusula concede la sentencia de la Territorial de Burgos. Ello ya constituye una primera razón para poder desvirtuar la tesis de la Sala. Además, no se olvide que el Tribunal Supremo en esta cuestión, algo delicada, de los actos propios adopta una postura en la cual se distingue claramente el acto propio como manifestación de voluntad de una de las partes en relación con un determinado hecho objeto de discusión del acto propio que se enfrenta con un precepto legal que cualquiera que sea la voluntad de las partes no puede vulnerarse. El que actores y demandados aceptasen mutuamente la validez de la cláusula no puede convertirles inesperadamente en eficaz, y ello por la razón de que los Tribunales deben examinar la legalidad o ilegalidad de las estipulaciones, deben calificar las mismas, y sus resoluciones se imponen siempre sobre la voluntad de las parte litigantes. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1949. El acto propio equivale a que nadie puede ir contra un hecho que hubo de reconocer, lo cual no quiere decir, ni nadie ha dicho nunca que frente a una estipulación o a una disposición ineficaz de pleno derecho pueda un acto propio convertirla en plenamente eficaz, en totalmente válida y en productora de efectos jurídicos. Piénsese que se está ante un supuesto de intangibilidad de la legítima vizcaína, lo que naturalmente no puede paliarse por un aceptamiento más o menos expreso de la voluntad de la testadora por parte del señor Escagües. El ámbito de la ineficacia de la cláusula discutida es bastante mayor de lo que la Territorial entiende y es evidente que no puede en este caso un acto propio atribuirle a uno de los litigantes convertir en eficaz una cláusula o una disposición que es nula de pleno derecho. Por eso, la doctrina de los actos propios en el presente caso tampoco sirve para que la disposición de última voluntad de doña Asunción de Abaitúa en lo que respecta a la cláusula discutida pueda ser considerada como válida. La serie de motivos que justifican su criterio queda perfectamente explicada a lo largo de los argumentos contenidos en los tres motivos de casación que afectan a este importante problema.

Séptimo.- Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción legal por no aplicación de la ley XI del Título XX y de la Ley VI del Título XXI del Fuero de Vizcaya. Al iniciar el desarrollo del presente motivo de casación dijo que eran tres las cuestiones fundamentales que se ventilaban en el mismo, cuestiones que han sido ampliamente desarrolladas en los distintos motivos articulados hasta el momento. Entonces hubo que añadir que existían otras ternas de mínima importancia respecto de las cuales se pronunciará en su momento. Estos dos últimos motivos de casación habrá de articular tienen por finalidad poner de manifiesto la infracción cometida en la sentencia de la Territorial de Burgos en lo que respecta a estos problemas de menor importancia. Concretamente dos son las cuestiones que seguidamente plantea. La primera la que se refiere a la restitución de los legados que se hicieron a favor de los actuales recurridos por doña Asunción Abaitúa; la segunda la que se refiere a la omisión padecida por la sentencia de Burgos, que resulta imprescindible aclarar debidamente. El presente motivo queda referido únicamente al tema de los legados, comenzando por manifestar que en el apartado H) del suplico del escrito de contestación a la demanda se solicitó en trámite de reconvención se condenara a los demandantes a devolver cada uno de ellos la suma de treinta mil pesetas, que como importe de los legados instituidos en su testamento por doña Asunción de Abaitúa y Solaegui recibieron en las escrituras públicas, cuyo testimonio auténtico obra en los autos. Asimismo hubo de solicitar el señor Escagües en el propio escrito de contestación a la demanda la declaración de nulidad del legado de la casa "Nafarroa", legado que también realiza doña Asunción de Abaitúa a favor de su nieto don Ramón Olano y López de Letona, uno de los demandantes en el presente procedimiento. Dos eran las razones que se alegaban para sostener la procedencia de la restitución de los legados consistientes en las treinta mil pesetas en metálico; la primera, la de que si el pago de tales legados se hizo por el albacea testamentario doña Asunción de Abaitúa bajo la base de que el heredero de dicha señora era su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, en el supuesto de que prosperara la tesis mantenida por la sentencia de la Territorial de Burgos, el pago de los citados legados debe de hacerse con los bienes que los propios legatarios reciben, pero nunca con aquellos bienes de doña Asunción de Alzaga con los que realmente se pagaron; la segunda razón, estricta en el hecho de que en el momento de instituir los legados la testadora olvidó el tan repetido requisito del apartamiento, lo que implica una infracción de los preceptos que sirven de base a este séptimo motivo de casación. Las sentencias recurridas adoptan en este tema de la restitución de los legados de las treinta mil pesetas una tesis puramente negativa, toda vez que se limitan a decir que desde el momento en que no ha probado de una manera auténtica que el pago de los citados legados lo hiciera doña María de la Asunción Alzaga, mal se puede pedir la restitución de aquellas cantidades. Sin embargo, la Audiencia olvida al hacer este argumento que la prueba de tal entrega se encuentra demostrada por el hecho de que los legados se pagaron con los bienes de la herencia recibida por doña Asunción. Si más tarde, como consecuencia del pleito que ventila aquellos bienes van a parar a otras personas, es lógico que sea de su cargo el abono de los repetidos legados. En todo caso, tanto en lo que se refiere a estos legados en

metálico como en el que respecta al legado específico de la casa "Nafarroa", es la cierto que la testadora no hizo constar en el momento de hacer los legados el requisito del apartamiento, con lo que por imperio de lo dispuesto en el Fuero de Vizcaya, por cuantas razones se alegaron en el motivo de casación anterior y por resultar imprescindible la consignación de este requisito, aquellos legados resultan nulos de pleno derecho y así debe declararse en la sentencia que se dicte.

Octavo.— Al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto el fallo que se impugna otorga más de lo pedido por los demandantes. Que en el apartado quince de la parte dispositiva de la sentencia que impugna se dice lo que sigue: "Los demandantes están obligados a abonar al demandado el importe de las mejoras que éste o su finada esposa, doña María Asunción Alzaga han realizado en los bienes de la herencia de doña Asunción Abaitúa Solaegui, propiedad ahora de dichos demandantes, cuya cuantía se fijará en trámite de ejecución de sentencia: Que el Juzgado de Primera Instancia admitió que el señor Escagües era propietario a través de la declaración de herederos de su esposa de los bienes recibidos por aquélla por la donación de su abuela, bienes que procedían de la herencia de don Francisco Olano. La Territorial de Burgos no lo entendió así y al anular aquella declaración de herederos privó al señor Escagües de esos otros bienes que procedían del señor Olano. En estos bienes también se hicieron mejoras por doña María Asunción Alzaga y por el señor Escagües, y como el concepto es el mismo y la razón idéntica, será forzoso, salvo que la congruencia falle que se declare el derecho del señor Escagües a percibir el importe de las mejoras no sólo de los bienes de la herencia de doña Asunción Abaitúa, sino también en los bienes de la herencia o procedentes de don Francisco Olano. El hecho de que la Territorial de Burgos no hiciera esta declaración supone conceder a los demandantes más de lo que realmente pidieron, porque en el fondo les atribuye también las mejoras que doña Asunción Alzaga o su marido pudieran haber hecho en los bienes procedentes de la herencia de don Francisco Olano.

Visto, siendo Ponente el Magistrado don Francisco Eyré Varela:

Considerando que es preciso antes de entrar en el examen del presente recurso aclarar que este pleito y, en consecuencia, esta casación, se rige por la legislación anterior al régimen legal instaurado por la Compilación del Derecho civil de Vizcaya y Álava, Ley de 30 de junio de 1959, a tenor de sus disposiciones transitorias en relación con las del Código Civil, como también se reconoció en el acto de la vista:

Considerando que es básico para el examen de los dos primeros motivos del recurso esclarecer que, como consecuencia de la Ley de Mostrencos, de 1835, de aplicación a toda España, el Tribunal Supremo, a partir de la conocida sentencia de 1893, viene constantemente declarando excluida una sentencia de la época republicana de 1936, que la sucesión intestada se rige en todo el territorio nacional por el Código Civil, con lo que para ese supuesto quedaron sin efecto los distintos regímenes sucesorios abintestato en toda su integridad de los territorios forales, excepto el

aragonés desde la vigencia de su apéndice, sin que se excluya Vizcaya, porque para ese caso no es aplicable la Ley XV del Título XX de su Fuero, cuya vigencia se sanciona en el último párrafo del artículo 10 del Código Civil por no afectar a tal sucesión intestada, y así concretamente lo he reconocido también la jurisprudencia del indicado Tribunal:

Considerando que sin necesidad de otros argumentos, es indudable que habiendo fallecido abintestato doña Pilar de Olano y Abaitúa y su sobrina doña Asunción Alzaga, tanto que fueran vizcaínas como que no lo fueran, sus sucesiones se rigen ambas por el Código Civil, y al haberlo hecho así los Juzgados de Bilbao números 4 y 3 respectivamente en sus autos de 5 de febrero de 1943 y 5 de mayo de 1953, declarando heredera de aquélla a su madre y de ésta a su esposo como más próximos parientes conforme al Código Civil, hicieron recta aplicación de derecho y deben mantenerse dichas resoluciones y, en su virtud, estimar los dos motivos primeros del recurso, que denuncian las infracciones legales en ellos consignadas cometidas por la Sala de instancia al declarar la nulidad de tales declaraciones de herederos, lo que sustancialmente ya venía establecido en pleito semejante sobre esas herencias, en sentencia de esta misma Sala de 11 de octubre de 1960:

Considerando que es esencial para el estudio de los motivos de que luego se harán mención, destacar como hechos incontrovertibles que doña Asunción de Abaitúa y Solaegui falleció bajo su último testamento otorgado en Bilbao en 30 de octubre de 1943, en el cual reconoce, como así es, que no tiene más herederos forzosos que sus nietos los actores y la esposa del demandado, entonces soltera, doña Asunción Alzaga Olano, por lo que instituye a ésta como heredera universal, apartando con legados a los demás, pero insertando en la cláusula quinta después de hacer esa institución, literalmente, lo siguiente: "Caso de fallecer la heredera sin sucesión legítima pasarán los bienes de esta herencia a los demás nietos de la testadora por cabezas", cuya validez fue impugnada por don Isidoro Escagües, y rechazada en ambas instancias, viene a este recurso de casación por los motivos cuarto, quinto y sexto, en los cuales, al amparo del número primero del artículo 1.692, se impugna el fallo bajo los siguientes aspectos,- ordenados en cada uno de esos motivos respectivamente: errónea interpretación de la cláusula, implicar ésta un evidente gravamen de la legítima y falta del "apartamiento" necesario según el Fuero de Vizcaya; y examinándolos por el mismo orden resulta: a) En cuanto a la primera, indudablemente no encierra como se pretende una sustitución vulgar, pues aun cuando conforme al artículo 774 del Código Civil, que se cita como infringido, no se limita sólo a designar sustituto para cuando el primer instituido fallezca antes que el testador, sino también para cuando no quiera o no pueda aceptar la herencia, los términos en que se expresa no permiten aceptar esa interpretación formulada por el recurrente, antes bien permiten lo contrario, pues de ninguna de esas palabras se deduce que tuviera otro propósito que el de establecer una institución condicional para que los bienes no salieran de la familia, pero, aunque otro pudiera ser el criterio de la Sala, ante la duda, y ésta está al margen de toda discusión, debe prevalecer la interpretación de instancia, salvo el caso de palmario desvío de las normas

legales a que debe atenerse en su obligado cometido, de las que consta en estos términos no haberse separado. b) Por lo que respecta al gravamen de la legítima es un problema que no puede resolverse sin esclarecer el concepto y contenido de la legítima foral vizcaína, la cual está constituida en realidad, cuando se trata de casos como el que es objeto del pleito, por la integridad de la herencia, salvo el quinto de que puede disponer el testador en ciertas condiciones en favor de todos aquellos a quienes se la reconoce, pero con la facultad de designar heredero a uno o varios de los hijos o descendientes apartando a los demás; es decir, la legítima, que en último término, igual que en Código Civil, la constituyen aquellos bienes de que el testador no puede disponer libremente, en Vizcaya corresponde en potencia a todos los llamados a ella, es una expectativa colectiva de la que son privados por voluntad del testador en favor de uno o varios, reduciendo a los demás a una formal participación sin verdadero contenido económico, incluso un centímetro cuadrado, una obrada de tierra expresa algún foralista, y claro que esa porción o cuota del apartamiento no puede estar sujeta a ninguna limitación, a ningún gravamen y así lo establece taxativamente la Ley VII del Título XXI del Fuero, de aplicación al caso, pero sí admite, y esto es muy importante a los efectos que a continuación se asientan, que en lo que exceda incluso tratándose de "cualesquier" bien raíz, establece que "valga, y haya lugar cualquier vínculo..., restitución... u otro cualquier gravamen y disposición, que los tales padres o disponentes en vida o en muerte pusieren...", lo que sí permite para lo separados no puede estimarse negado en buenos principios lógicos e interpretativos respecto al heredero que se lleva la mayor parte de los bienes, cuando no la totalidad, mientras no aparezca lesionada la mínima parte de que el testador no pedía disponer y cuando el gravamen se impone en beneficio de los demás legitimarios, que aunque apartados los llama luego al testador a la herencia legitimaria, cuya expectativa de derecho puede satisfacerla aquel como mejor le plazca, sin que pueda sentirse gravada la heredera universal, cuando al carecer de herederos con derecho a legítima disfruta todos los días de su vida sin limitaciones la herencia, beneficio muy superior al que en derecho estricto, como a los demás legitimarios, le correspondía, y lo expuesto tiene un mayor relieve si se considera que la doña Asunción Alzaga, heredera instituida con condición resolutoria, es tan legitimaria de su abuela la testadora foral como sus primos los demandantes: "a priori" con las mismas esperanzas de derecho respecto a ésta, a los que pudo instituir igualmente herederos, como en último término así lo realizó por dicha cláusula, en la cual viene a instituirlos sujetos a una condición suspensiva, que la primera instituida falleciera sin sucesión legítima, como así sucedió; y c) En cuanto a que no se contiene declaración de apartamiento tiene, todavía, menos virtualidad que lo expuesto debido a que en el testamento que rige la sucesión de doña María Asunción de Abaitúa y Solaegui se contiene tal declaración en cuanto a los otros nietos sin tener que ocuparse de la heredera que adquiere y disfruta la herencia, beneficio muy superior al que por estricto derecho, independiente de la voluntad de la testadora, le correspondía, y en cuanto a la institución de los primos de aquélla, como lo son por cabezas y como herederos, no tiene entre ellos lugar tal apartación, y en cuanto a la doña Asunción Alzaga tampoco porque cuando aquéllos vienen llamados por su defunción, ya no había por qué apartarla por extinción de su

condición de heredera legitimaria en este caso y ocasión, con todo lo cual se pone de manifiesto la improcedencia de los tres motivos examinados, reforzada por una estimación jurídico familiar de la nota más característica de tal Derecho foral: la troncabilidad, que, en definitiva, persigue como meta culminante que los bienes no salgan del tronco familiar, sin duda lo querido por la testadora al establecer esa cláusula, quien expresamente se acogió al Fuero que invoca en su testamento y a su amparo dispuso el llamamiento de todos sus nietos en la forma en que lo hizo, pensando en no contradecirlo, sino en observarlo y cumplirlo, y lo expuesto sin perjuicio de la discutible legitimación del recurrente para la impugnación que sostiene:

Considerando que en el séptimo motivo se denuncia la infracción por no aplicación de la Ley XI del título XX, y la sexta, del XXI del Fuero, por cuanto la Sala de instancia no acordó la devolución o pago de los legados en metálico a que se refiere y no declaró la nulidad de los mismos y del legado de la casa de "Nafarroa", aquellos porque habían sido pagados indebidamente con cargo a la herencia de doña Asunción Alzaga, y todos por falta de "apartamiento" exigido por el Fuero, todo lo que debe ser rechazado, en el aspecto del pago por la herencia, porque la Sala niega que se pagara a tal cargo, faltando base para la infracción, la cual, además, no se ampara de precepto alguno a ese fin, y en el otro, porque sin entrar a examinar si los casos a que se refieren las leyes citadas alcanzan a esos legados, lo cierto es que todos los legatarios están expresamente declarados apartados en la cláusula quinta en toda la extensión que el Fuero requiera de la herencia de la testadora, con lo que está cumplida en todo caso tal exigencia formal, cuya apartación de la herencia de la testadora, como herederos forzosos que son los nietos, según en la propia cláusula se reconoce, al ser apartados de la herencia, lo son entre sí y con respecto a la heredera instituí-da, con lo que este motivo es insostenible.

Considerando que los motivos tercero y cuarto que alegan incongruencia de la sentencia, al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimados los dos primeros no cuentan a los efectos de esta resolución, pues prevalecen las declaraciones de herederos impugnadas lo que comporta que no hay que hacer nueva declaración de herederos ni nada se restituye por consecuencia de lo ahora resuelto, por lo que deben rechazarse.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto a nombre de don Isidoro Escagües y Javierre, contra la sentencia que con fecha 10 de julio de 1957, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, en cuanto a sus dos motivos primeros; no hacemos especial imposición en cuanto a las costas ocasionadas en este recurso, y líbrense al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que remitió.

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.

Publicación.— Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Francisco Eyré Varela, 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.

Por mi compañero señor Rey-Stolle.