

STS de 29 de abril de 1964

En la villa de Madrid, a 29 de abril de 1964; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, sobre nulidad de poder testamentario y otros extremos, promovidos por doña Gloria Achalandabaso Camiruaga, mayor de edad, viuda, vecina de Erandio, por sí y como representante legal de su hija menor de edad María Gloria Líbano Achalandabaso, contra doña Lucía Líbano Ayo, mayor de edad, casada con don Agustín Ayo Echevarría, vecinos de Asua-Erandio; doña Casimira Líbano Ayo, sin profesión especial, casada con don Tomás Zárate Lotina, vecino de Las Arenas, por sí y como heredera de don Silvestre Líbano Camiruaga, que falleció durante la tramitación del pleito, y don Dionisio Líbano Ayo, mayor de edad, residente en los Estados Unidos de América y declarado en situación de rebeldía; que fueron vistos en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos y hoy penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la demandada doña Casimira Líbano Ayo, asistida de su marido don Tomás Zárate Lotina, representada por el Procurador don Adolfo Morales Vilanova, bajo la dirección del Letrado don Pedro Rodríguez Sahagún; habiendo comparecido en este Supremo Tribunal, como recurrida, la actora, representada y defendida respectivamente, por el procurador don Julián Zapata Díaz y el Abogado don Pedro Alfaro; no verificándolo los otros demandados.

Resultando que por el Procurador don Germán Pérez Salazar, en representación de doña Gloria Achalandabaso Camiruaga, por sí y en representación de su hija menor doña María Gloria Líbano Achalandabaso, se promovió demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número uno de Bilbao, contra doña Lucía Ayo, casada con don Agustín Ayo Echevarría, don Dionisio Líbano Ayo, doña Casimira Líbano Ayo, casada con don Tomás Zárate Lotina, y contra don Silvestre Líbano Camiruaga, estableciendo los siguientes hechos:

Primero.- Don Silvestre Líbano Camiruaga y su esposa doña Eulalia Ayo Mota, vecinos de Erandio, hoy de Bilbao, se confirieron en 5 de marzo de 1936 y ante el Notario entonces de Baracaldo don Ignacio María de Beristain y Unsueta, un poder testatorio mutuo y otorgaron un testamento mancomunado, según lo denomina el Notario en escritura número 72 del protocolo de aquel año, cuya copia simple acompañaba con el número uno. En ese instrumento y acogiéndose al Fuero de Vizcaya, que en razón a su naturaleza y vecindad les alcanzaba se otorgaron ambos cónyuges recíprocamente "poder para testar y para disponer con entera libertad por donación en nombre del premuerto de todo o parte de los bienes de la herencia de éste en favor de cualquiera de los hijos de ambos o de los descendientes de éstos, haciendo las mejoras que a bien tengan y con las condiciones y reservas que estimen convenientes para entre los mimos hijos, prorrogándose este poder por todo el tiempo de vida del sobreviviente de los otorgantes". Previnieron también los otorgantes el caso de que uno y otro cónyuge fallecieran sin otorgar testamento y para esta eventualidad, hicieron "la

distribución de sus bienes en la forma siguiente: a) Legan y mandan a su hijo Juan la mitad de la casería denominada Echevarri y todos sus pertenecientes radicantes una y otros en el término municipal de Erandio; b) Y en el remanente de todos sus demás bienes y derechos los mismos otorgantes instituyeron herederos de ambos a sus cuatro hijos citados por iguales partes y en sustitución de cualquiera de éstos a sus respectivos descendientes. Mas en el caso de que el hijo de Dionisio no regresara de América, su parte de herencia que se le adjudicará en metálico quedará a disposición de los otros herederos".

Segundo.- El 15 de mayo de 1950, falleció en Erandio doña Eulalia Ayo Mota, dejando de su matrimonio con don Silvestre Líbano Camiruaga, cuatro hijos llamados Lucía, Dionisio, Juan y Casimiro Líbano Ayo, estos cuatro hijos eran mayores de edad; Lucía, casada ya, residía en Asúa; Dionisio, en América, donde marchó antes de otorgarse el poder testatorio, como en el mismo poder testatorio se dice (hoy ha regresado y está en casa de su padre); Juan, estaba casado con la actora doña Gloria Achalandabaso, viviendo el matrimonio en la misma casería de sus padres, juntamente con una hija de este matrimonio, joven, llamada María Gloria Líbano Achalandabaso, que en la actualidad cuenta once años de edad; y finalmente, Casimira, casada con don Tomás Zárate Lotina, marino, vivía en Las Arenas, Guecho. Que estos cuatro hijos eran mayores de edad el día del fallecimiento de su madre.

Tercero.- El 17 de febrero de 1953, o sea, dos años, ocho meses y dos días después de fallecer su madre doña Eulalia, murió a su vez el hijo Juan, dejando viuda a doña Gloria Achalandabaso Camiruaga y huérfana de su única hija María Gloria Líbano Achalandabaso. Así lo demuestra la certificación de defunción que acompañaba con el número tres:

Cuarto.- En 7 de abril de 1953, después del fallecimiento de doña Eulalia, comparecieron ante el Notario don Celestino María del Arenal, el viudo don Silvestre Líbano Camiruaga y su hija doña Casimira Líbano Ayo, acompañando ésta de su marido, don Tomás Zárate Letina, y sin la concurrencia de testigos otorgaron la escritura número 1.294 del protocolo de aquel año, de la que presentaba también copia simple. En esta escritura don Silvestre Líbano, comparece por sí y como comisario de la que su esposa doña Eulalia Ayo Mata, que falleció en Erandio el 15 de mayo de 1959, con poder comisario y testamentario que recíprocamente se confirieron los cónyuges el 5 de marzo de 1936, ante don Ignacio María de Beristain Notario entonces de Baracaldo, y la escritura es del tenor literal siguiente: "I. Don Silvestre Líbano adquirió por títulos que se dirán, a saber: la mitad de la casería Echevarri en jurisdicción como sus pertenecidos de la Anteiglesia de Erandio hoy Bilbao, que tiene de largo cincuenta y tres y medio pies y veinticuatro y medio de ancho, 1.308,66 metros de superficie y confina por E. y S. por heredad de la misma casería. Por O. con heredad de don Andrés Abreu y por N. con la otra media casa. La mitad de sus pertenecidos son a saber: a) Mitad de la heredad llamada "aldapa" con 1.195 estados, 4.545,78 metros cuadrados, con inclusión de la campa y linda por Este con heredad de don Simón Bárcena, con Sur,

con camino carretil, que conduce al camino de Las Arenas, por Oeste con la otra mitad de la misma heredad y por Norte con heredad del caserío llamado Lasieta; b) La mitad de la heredad nombrada "Ordupa" con una cabida de 696 y medio estados, 2.649,48 metros cuadrados, confinante por Este, con la otra mitad, por Sur con la heredad de don Vicente Aguirre, por Oeste con heredad del caserío titulado "Beascoechea" y por Norte con la otra media casa; c) La heredad viña llamada "Imisolo" que en su totalidad contiene 920 estados, 3.499,68 metros cuadrados se incluye su mitad que son 460 estados en esta donación, pero por ahora quedan proindiviso y por consiguiente su totalidad tiene linderos siguientes: por Este con heredad de caserío llamado "Beascoechea" por Sur y Oeste con heredades del mismo caserío y por Norte con heredad del caserío Gocoleche; d) La mitad de la heredad llamada "Luberri" con 465 y medio estados, 1.808,80 y linda por Este con la otra mitad; por Sur y Oeste con heredades de dicho Bárcena y por Norte con herederos de don Pedro Ageo; e) La mitad de la heredad "Pernerici", con 989 estados, 3.762,15 metros cuadrados y confina por Este con heredad de Juan Antonio de Ugarte, por Sur con camino carretil de Alzaga y Arriaga, por Oeste con campa de Gabriel Azcona y por Norte con la otra mitad; f) Otra mitad de heredad y campa titulada "Tartangaondo" con 991 estados, 3.769,76 metros cuadrados, confinante por Este con heredad y campa de Agustín Obieta; por Sur con camino carretil que dirige a Las Arenas y por Oeste con la otra mitad y por Norte con campa de Gabriel Azcona; g) La mitad de la heredad y argomal nombrados "Javotaondo" con 1.438 estados, 5.478,15 metros, lindante por Este con calzada y camino carretil que se dirige a la Parroquia de Erandio, por Sur con el argomal de la otra mitad de heredad, por Oeste con manja cortante de la vega y por Norte con heredad de dicho Bárcena y argomal de la representación de don Luis Sagarduy; h) Y la mitad de la heredad denominada "Aransolo", que contiene 450 estados, o 1.711,90 metros cuadrados y linda por Este con camino servidumbre y diferentes heredades; por Sur con camino carretil que se dirige de Astrabudas y Aniega, por Oeste con heredad del caserío Laneta y por Norte con la otra mitad; i) Y la mitad de la heredad denominada "Alzagaaldagoices" cuya mitad mide 403 estados igual a 1.533 metros cuadrados y confina por Este con heredades de don Manuel Andrés de Aranaga, por Sur con la de don Gabriel de Azcona por Norte con la de don Agustín Ubieta; hoy de su representación y por Oeste con la otra mitad de la misma heredad". Que fallecida doña Eulalia Ayo Mota, al existir hijos del matrimonio y sometido éste al Fuero de Vizcaya, la participación en las fincas descritas, como todo bien perteneciente al matrimonio, se hizo a medias correspondiendo una mitad al viudo y la otra mitad es lo que forma la herencia de la causante y de esta mitad a virtud del susodicho poder testamentario a los hijos entre los cuales puede disponer el compareciente don Silvestre Líbano. Que se satisfizo el impuesto de Derechos Reales, correspondiente, causado por defunción de doña Eulalia Ayo, cartas de pago números 9.091 y siguientes. El compareciente don Silvestre Líbano por sí y como comisario de la que fue su esposa doña Eulalia Ayo, dona pura, perfecta e irrevocablemente a su hija doña Casimira Líbano Ayo, en la casería de Echevarri y sus pertenecidos todo precedentemente descrito, en todo lo cual queda subrogada por entero la hija doña Casimira Líbano, reservándose el donante don

Silvestre Líbano para sí el usufructo vitalicio de la mitad que a él corresponde de la donación. Vale lo donado 25.000 pesetas. Segunda. Don Silvestre Líbano aparte, respecto de lo donado a sus demás hijos y descendientes con un palmo de tierra, un real, un árbol, y una teja según fórmula foral. Tercera. Doña Casimira Líbano acepta y agradece la donación que le otorga su señor padre. Hasta aquí la escritura en la cual, en conclusión don Silvestre en nombre propio en cuanto a la parte de la casa casería Echevarri y de sus pertenecidos que es propiedad le correspondían por comunicación foral, a ella le correspondía hizo donación a su hija doña Casimira Líbano Ayo de cuanto en dicha casería y sus pertenecidos correspondía al matrimonio Líbano-Ayo, reservándose el usufructo vitalicio de la mitad que en nombre propio correspondía al donante, casería que no era otra que la que en el poder testamentario de 5 de marzo de 1936 se había previsto heredara el hijo don Juan en el caso de que ambos cónyuges fallecieran sin otorgar otro testamento. Esta donación causó inscripción en el Registro de la Propiedad de Bilbao en el tomo 439 libro 25 de Erandio, folio 31, finca número 194, inscripción quinta fechada el 12 de agosto de 1953.

Quinto.- Apoyándose en la donación expresada una vez inscrita en el Registro, doña Casimira Líbano y su padre don Silvestre Líbano Camiruaga, promovieron ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de aquella ciudad, un expediente que se tramitó conforme al artículo 41 de la Ley Hipotecaria en ejercicio de acción real reivindicatoria para que se condenara a doña Gloria Achalandabaso a hacer entrega y restituir a la donataria la mitad lado Sur de la casería Echevarri y sus pertenecidos, siguiéndose demanda de contradicción que terminó con una sentencia favorable para los actores dictada el 29 de enero entonces último, y hoy recurrida en apelación, ante la Audiencia de Burgos.

Sexto.- Para acreditar la legitimación activa de doña Gloria bien con el número seis testimonio auténtico del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de aquella ciudad el día 13 de abril de aquel año, por el que se declaró heredera abintestato del finado don Juan Líbano Ayo a su hija doña María Gloria Líbano Achalandabaso y a la viuda doña María Gloria Achalandabaso Camiruaga en los derechos que por comunicación foral o eventualmente por las disposiciones del Código Civil puedan corresponderle.

Séptimo.- Estimando doña Gloria Achalandabaso que la donación de 7 de agosto de 1953 es nula, cuando menos en cuanto a la parte que por comunicación foral pertenece a doña Eulalia Ayo Mota, ha decidido acudir a los Tribunales solicitando tal declaración de nulidad y los pronunciamientos de la misma derivados, como lo hace con la presente demanda en preparación de la cual instó acto de conciliación que tuvo lugar sin avenencia según acreditaban las certificaciones que acompañaba con los números siete y ocho. Alegó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y suplicó se dictara sentencia declarando: a) Que el poder testatorio concedido por doña Eulalia Ayo Mota, a su marido don Silvestre Líbano Camiruaga, en escritura autorizada en Baracaldo el 5 de marzo de 1936, por el Notario don Ignacio María de Beristain, caducó

una vez transcurrido el término de año y día a constar desde el fallecimiento de la poderdante, que tuvo lugar el 15 de mayo de 1950; b) Que por consecuencia es nula la donación de la mitad de la casería Echevarri y sus pertenecidos que se describen en el hecho cuarto de la demanda, realizada por don Silvestre Líbano en escritura autorizada por el Notario que fue de Bilbao don Celestino María del Arenal, en 7 de abril de 1953, en favor de su hija doña Casimira Líbano Ayo, utilizando el mencionado poder caducado o sea en cuanto a la mitad de los bienes donados que por comunicación foral pertenecía a la finada doña Eulalia Ayo Mota; c) Que desde el momento en que se produjo la caducidad del poder referido la sucesión de doña Eulalia adquirió la calidad de intestada, produciéndose entre el viudo y los cuatro hijos del matrimonio la comunidad a medias en hermandad y compañía de todos los bienes de ambos marido y mujer, muebles raíces en posesión y propiedad, y que por consiguiente, la mitad de la propiedad de la casería Echevarri y pertenecidos correspondía por comunicación foral a doña Eulalia Ayo Mota pasó a ser del dominio proindiviso en porciones iguales de los cuatro hijos del matrimonio doña Lucía, don Dionisio, don Juan y doña Casimira Líbano Ayo, así como la porción correspondiente a don Juan por su fallecimiento y desde el momento mismo en que se produjo, pertenece en plena propiedad a su hija doña María Gloria Líbano Achalandabaso y Camiruaga, unidas a su vez en la hermandad y compañía derivada del fallecimiento de dicho don Juan; d) Que la propia escritura, autorizada por el Notario señor Arenal es nula en la parte referente a la donación nula que contiene; e) Que la inscripción de la escritura referida en el Registro de la Propiedad debe ser parcialmente cancelada en cuanto se refiere a la donación cuya nulidad se declare en la sentencia. Condenando a los demandados: a) A estar y pasar por las precedentes declaraciones; b) A ejecutar cuanto de las mismas se derive y por tanto a practicar juntamente con la hija y con la viuda de don Juan Líbano Ayo, las operaciones propias del abintestato de doña Eulalia Ayo Mota, mediante la formación del inventario de todos los bienes pertenecientes al matrimonio de dicha señora y don Silvestre Líbano constituyendo la hermandad y compañía de todos ellos, como dispone el Fuero de Vizcaya, en la que corresponderá una mitad al cónyuge viudo y la otra mitad en cuartas e iguales partes a los tres hijos sobrevivientes y a doña María Gloria Líbano y a doña Gloria Achalandabaso, a éstas en la cuarta parte que perteneció el finado don Juan Líbano, incluyéndose en dicha hermandad singularmente la casería Echevarri y sus pertenecidos sin perjuicio, como es natural de la donación hecha por don Silvestre a doña Casimira de la parte que por comunicación foral a él le correspondiera en la parte que por comunicación foral a él le correspondiera en la tal casería negocio jurídico que no es tema objeto de este litigio; c) A satisfacer las costas del pleito por aquellos de los demandados que se opusieran a la demanda, y finalmente se ordena se tome razón en el protocolo del Notario que fue de Bilbao, don Celestino del Arenal y en la matriz de la escritura otorgada el 7 de abril de 1943, con el número 1.294 de la sentencia dictada en este pleito, y que se mande al Registrador de la Propiedad de Bilbao que cancele parcialmente la inscripción producida como consecuencia de tal escritura en cuanto demanda los documentos de que en la misma se hace mérito.

Resultando que admitida la demanda y emplazados los demandados, se personaron en los autos a excepción de don Dionisio Líbano Ayo, que fue declarado en rebeldía y dado traslado de la demanda a los representantes de los demandados por el Procurador don Fernando Echevarría Aldecoa, en representación de doña Lucía Líbano, se presentó escrito con fecha 15 de julio de 1958, allanándose a la demanda y solicitando que en su día se dictase sentencia acogiendo todas las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda, con imposición de costas a los demandados que se opusieron a tales presunciones.

Resultando que el Procurador señor Vicente, en representación de doña Casimira Líbano Ayo, contestó la demanda por escrito en 28 de julio de 1958, oponiendo a la misma como hechos:

Primero a Séptimo.- Ciertos todos y cada uno de los correlativos de la demanda, con la sola especificación de que el acto contenido en el documento número seis de ella se declara heredera abintestato del finado don Juan Líbano Ayo a su hija María Gloria Líbano Achalandabaso y a la viuda María Gloria Achalandabaso Camiruaga, en los hechos que por comunicación foral o eventualmente por las disposiciones del Código Civil puede corresponderle. Como fundamentos de derecho alegó los que estimó pertinentes, y suplicó se dictara sentencia desestimando la demanda, sin entrar a conocer del fondo de la misma por no caber hacerlo al existir litis consorcio pasivo entre la demandada y doña María Gloria Líbano Achalandabaso que no lo es y debió serlo, lo que trae como consecuencia falta de legitimación pasiva y defectuosa constitución de la reclamación jurídico procesal, o subsidiariamente por las razones de fondo alegadas, y condenando al pago de las costas y gastos en cualquiera de ambos casos a la demandante.

Resultando que conferido traslado para réplica a la parte actora, evacuó dicho trámite reproduciendo un nuevo hecho, que no altera los términos del debate, se había producido después de la presentación de la demanda, que había sido el fallecimiento del demandado don Silvestre Líbano Camiruaga, autor de la donación impugnada en el pleito. Admitió como ciertos los tres documentos aportados de contrario a este respecto, que son el certificado de defunción de don Silvestre y el del Registro de Actos de Ultima Voluntad y el testamento otorgado por dicho señor en nombre propio exclusivamente ante el Notario de aquella capital don Carlos Belbontín el 16 de junio de 1954. En ese testamento don Silvestre nombra por su única y universal heredera a su hija doña Casimira Líbano Ayo apartando expresamente a los demás descendientes con la legítima foral. Siendo por tanto doña Casimira la única heredera, efectivamente de don Silvestre, puesto que los otros hijos y siete sólo son herederos con el simbolismo propio del apartamiento foral y hallándose en autos como demandada la propia doña Casimira admitía expresamente la resolución dictada por el Juzgado el 29 de julio al Procurador Vidarete por cesado en la representación del difunto, sin que fuera necesario hacer la citación que previene el número séptimo del artículo noveno de la Ley de enjuiciamiento Civil, a los herederos o causahabientes del difunto ya que su hija doña

Casimira Líbano Ayo, a la que constituye como única heredera, aparece también como demandada en el pleito representada por el Procurador don Isafías Vidarte. Fundamentó en derecho y suplicó se dictara sentencia en los términos interesados en la demanda, que daba por reproducidos.

Resultando que la representación de la demandada doña Casimira Líbano Ayo evacuó el traslado de súplica, manifestando que estando admitidos todos y cada uno de los hechos de la demanda no puede existir debate sobre los mismos; y tras alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, solicitó se dictase sentencia de acuerdo con la súplica de la contestación.

Resultando que recibido el juicio a prueba, a instancia de la parte demandante se practicó la de confesión de la demandada doña Casimira Líbano Ayo, la documental y la testifical; sin que por la parte demandada se propusiere alguna prueba.

Resultando que unidas a los autos las pruebas practicadas y no habiendo solicitado ninguna de las partes la celebración de vista, se les entregaron los autos, por su orden, para conclusiones, trámite que evacuaron solicitando se dictase sentencia en los términos que tenían, respectivamente, interesado en los autos.

Resultando que tras una suspensión de las actuaciones por estar las partes en vías de arreglo, levantada la misma, por el Juez se dictó providencia con fecha 19 de julio de 1959 acordando para mejor proveer y con suspensión del término para dictar sentencia, se cotejaron las copias de las escrituras otorgadas por don Silvestre Camiruaga y doña Eulalia Ayo Mota, en 5 de marzo de 1936, entre el Notario de Baracaldo don Ignacio María Beristain, y por don Silvestre Líbano Camiruaga a doña Casimira Líbano Ayo y don Tomás Zárate Letina, ante el Notario de Bilbao don Celestino María del Arenal, el 7 de abril de 1953, y del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número dos de dicha capital en expediente de declaración de herederos por fallecimiento de don Juan Líbano Ayo el día 13 de abril de 1959, con los correspondientes originales.

Resultando que alzada la suspensión mencionada, el Juez de Primera Instancia número uno de Bilbao dictó sentencia con fecha 2 de agosto de 1960, por la que estimando en parte la demanda formulada por doña Gloria Achalandabaso Camiruaga por sí y en representación de su hija menor de edad, María Gloria Líbano Achalandabaso, declaró: Primero. Que el poder testatorio concedido por doña Eulalia Ayo Mota, a su marido, don Silvestre Líbano Camiruaga, en escritura autorizada en Baracaldo el 5 de marzo de 1936, ante el Notario don Ignacio María de Beristain y Unzueta, caducó una vez transcurrido el término de un año y un día contado desde el fallecimiento de dicha doña Eulalia que ocurrió el 15 de mayo de 1950. Segundo. Que como consecuencia de la anterior declaración la donación que don Silvestre Líbano Camiruaga hizo en favor de su hija doña Casimira Líbano Ayo, en escritura autorizada por el Notario que fue de Bilbao don Celestino María del Arenal, en 7 de abril de 1953, es sola en cuanto a la mitad de los bienes descritos en la escritura que dona el don Silvestre a doña Casimira diciendo utilizar el poder testatorio que le confirió su finada

esposa doña Eulalia del que en la anterior declaración se ha hecho mención, declarándolo caducado. Tercero. Que la escritura de 7 de abril de 1953, a que se acaba de hacer referencia, es nula en cuanto a la parte de la donación que en el anterior extremo se declara nulo. Y Cuarto. Que la inscripción de la escritura últimamente expresada en el Registro de la Propiedad debe ser parcialmente cancelada en cuanto se refiere a la nulidad de la donación que se ha declarado. Y en su consecuencia condenó a los expresados demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a ejecutar cuanto sea preciso para que tales declaraciones tengan efectividad, a cuyo fin se expedirán los oficios, despachos y mandamientos que sean precisos para los insertos necesarios. Absolviendo a los demandados, del resto de las peticiones de la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Resultando que interpuesto recurso de apelación por la representación de la demandada doña Casimira Líbano Ayo , contra la sentencia de primera instancia, y tramitado con arreglo al derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia con fecha 16 de febrero de 1961, por la que revocando en parte la apelada y estimando parcialmente la demanda formulada por doña Gloria Achalandabaso Camiruaga por sí y en representación de su hija menor de edad doña María Gloria Líbano Achalandabaso, declaró: A) Que el poder testatorio concedido por doña Eulalia Ayo Mota, a su marido don Silvestre Líbano Camiruaga, en escritura autorizada en Baracaldo el 5 de marzo de 1936, por el Notario don Ignacio María de Beristain, caducó una vez transcurridos el término de año y día a contar desde el fallecimiento de la poderdante que tuvo lugar el 15 de mayo de 1950. B) Que por consecuencia es nula la donación de la mitad de la casería Echevarri y sus pertenecidos que se describen en el hecho cuarto de la demanda, realizada por don Silvestre Líbano don Celestino María del Arenal, en 7 de abril de 1953, en favor de su hija doña Casimira Líbano Ayo, utilizando el mencionado poder caducado, o sea, en cuanto a la mitad de los bienes donados que por comunicación foral pertenecía a la finca, doña Eulalia Ayo Mota. C) Que desde el momento en que se produjo la caducidad del poder transitorio referido, la sucesión de doña Eulalia adquirió la calidad de intestada, produciéndose entre el viudo y los cuatro hijos del matrimonio la comodidad o medios, en hermandad y compañía de todos los bienes de ambos marido y mujer, muebles y raíces en posesión y propiedad; y que por consiguiente, la mitad de la propiedad que en la casería Echevarri y sus pertenecidos correspondía por comunicación foral a doña Eulalia Ayo Mota pasó a ser del dominio proindiviso en porciones iguales, de los cuatro hijos del matrimonio, doña Lucía, don Dionisio, don Juan y doña Casimira Líbano Ayo. D) Que dicha porción que pertenecía a don Juan por su fallecimiento desde el momento de su óbito corresponde a su hija doña María Gloria Líbano Achalandabaso y a su viudo. E) Que la propia escritura autorizada por el Notario señor Arenal es nula en la parte referente a la donación nula que mantiene; y F) Que la inscripción de la escritura referida en el Registro de la Propiedad debe ser parcialmente cancelada en cuanto se refiere a la donación cuya nulidad se declare en esta sentencia. Y condenó a los demandados doña Casimira, don Dionisio y doña Lucía Líbano Ayo, la primera de ellas

por sí y como sucesora de su padre don Silvestre Líbano Camiruaga, también demandado y fallecido durante la tramitación del juicio: a) estar y pasar por las anteriores declaraciones; b) a ejecutar cuanto de los mismos se deriva y, por tanto, a practicar juntamente con la hija y la viuda de don Juan Líbano Ayo, las operaciones propias, del abintestato de doña Eulalia Ayo Mota, mediante la formación del inventario de todos los bienes pertenecientes al matrimonio de dicha señora con don Silvestre Líbano Camiruaga, constituyendo la hermandad y compañía de todos ellos, como dispone el Fuero de Vizcaya en la que corresponderá una mitad al cónyuge viudo y la otra mitad es cuarta a iguales partes a sus cuatro hijos; doña Lucía, don Dionisio, doña Casimira y don Juan Líbano Ayo, y por el óbito de éste su cuarta parte, desde la fecha de su fallecimiento, a su hija doña María Gloria Líbano Achalandabaso y a su viuda, madre de la menor, doña Gloria Achalandabaso Camiruaga, incluyéndose en dicha hermandad singularmente la casería Echevarri, y sus pertenecientes, sin perjuicio de la donación hecha por don Silvestre a doña Casimira de la parte que por comunicación foral a él le correspondiera en la tal casería. Y a los efectos indicados se expedirán los oficios, despachos y mandamientos que sean precisos con los insertos necesarios. Y desestimando los restantes pedimentos formulados en el suplico del escrito de demanda, de los que absolvió a los indicados demandados, sin expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias, confirmó la sentencia apelada en cuanto está de acuerdo con los anteriores pronunciamientos, y la revocó en lo demás:

Resultando que con depósito de 3.000 pesetas, constituido "ad cautelam", el Procurador don Adolfo Morales Vilanova, en representación de doña Casimira Líbano Ayo, interpuso recurso de casación por infracción de Ley contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos, con apoyo en los siguientes motivos:

Primero.- Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegó infracción de Ley en que incurre la sentencia recurrida, por violación del artículo 175 del Código Civil y de la doctrina legal que proclama entre otras, las sentencias de 6 noviembre de 1941, 22 mayo y 30 septiembre de 1950 y 24 enero de 1956. Contempla un problema de orden público, o derecho necesario, relativo a la constitución de la relación procesal, esto es, a la intervención de las partes en el proceso. La demandante doña Gloria Achalandabaso Camiruaga manifiesta actuar por sí y en representación de su hija menor de edad doña María Gloria Líbano Achalandabaso, como si esta facultad la correspondiese por su calidad de madre y derivado de la patria potestad que sobre ella ejerce. Sin embargo, esta forma de actuar, que pudiéramos calificar de normal, cede en los casos en que existe contraposición de intereses entre el menor y sus padres, por expreso mandato del artículo 165 del Código Civil que ordena para tales supuestos el nombramiento de un defensor judicial. Que en el caso presente se da la contraposición de intereses, es algo tan evidente que incluso es aceptado implícitamente por el Tribunal "a quo", cuando para obviar la fuerza de esta excepción, recurre en el considerando segundo a dejar sin resolver esa de las cuestiones planteadas, desestimando por ello la demanda en ese punto concreto, con lo que se obligaría a la promoción de otro pleito, en el que se ventila cuál sea el derecho correspondiente a la

madre y cuál a la hija. Pero como para la resolución del presente litigio hay que atenerse a la forma en que la demanda fue planteada, y en ella se partía de esas bases que muestran claramente los intereses contrapuestos, la excepción de falta de legitimación pasiva desvió estimarse ya que, en otro caso, se infringe por violación el artículo 165 del Código Civil y la Jurisprudencia de esta Sala que consagra la doctrina del litis consorcio pasivo necesario.

Segundo.- Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando infracción de Ley en que incurre el fallo recurrido por violación al no aplicarlo, del artículo 19 de la Ley de 30 de julio de 1959, así como que la Ley Tercera del Título 21 del Fuero de Vizcaya, este último por aplicación indebida consecuente a interposición errónea. Se trata en esencia de determinar en el artículo 19 de la ley de 30 de julio de 1959, que aprobó la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya, es o no aplicable al problema debatido en el presente litigio; si lo fuera, como esta parte sostiene, habría resultado infringido por violación el desconocerse su mandato, al propio tiempo que, en consecuencia, se infringía por interpretación errónea la Ley tercera del título XXI del Fuero de Vizcaya. Y las razones para sostener esa aplicabilidad se puede resumir, brevemente, en las siguientes: a) Por el carácter de Ley meramente compiladora, ordenadora y aclaratoria del derecho foral anteriormente vigente, que la de 30 de julio de 1959 tiene según se deduce de simples razones técnicas de carácter general de razones deducidas de la progresiva codificación general, del Derecho Español y de la más particulares que se derivan de la propia Ley en su exposición de motivos; b) Por el carácter de Ley interpretativo que, como tal supondrá una interpretación auténtica del legislador respecto al derecho que antes se presentaba dudoso y oscuro y, por ello, tendría aparentes efectos retroactivos; c) Finalmente, por el real destino retroactivo que el legislador ha querido imponer a los preceptos de esta Ley, al señalar las características del derecho foral vizcaíno como modelo del estatuto agrario y para defensa de la intangibilidad del caserío como patrimonio familiar. Si como resultado de este análisis se llega a sostener la aplicación del artículo 19, habida cuenta de que este precepto faculta al testador para señalar plazo al comisario, y sólo cuando no lo ha señalado es cuando se puede hablar del legal de un año, en el caso presente, en que el plazo se otorgó por toda la vida del sobreviviente, forzoso será concluir que el poder testatorio subsistía con plena validez y por ello, don Silvestre Líbano usó legítimamente de él al otorgar la escritura 7 de abril de 1953. Y como este precepto, en definitiva, y por lo también expuesto, viene a aclarar el sentido de la Ley tercera del título XXI del antiguo Fuero de Vizcaya al sostener el fallo recurrido que esta Ley prohíbe el señalamiento por todo lo cual deberá casarse y sustituirse por otra ajustada a derecho.

Tercero.- Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando infracción de Ley en que incurre la sentencia recurrida por aplicación indebida de la Ley tercera del Título XXI del Fuero de Vizcaya y de la doctrina legal consagrada en las sentencias de 30 abril y 17 junio de 1957. Se formula este motivo con el carácter de "ad cautelam", porque en caso de que prevalezca el anterior, bastará para revocar la sentencia recurrida. Más aun cuando a efectos

puramente dialécticos se admitiera que son nulas las prórrogas otorgadas con carácter indefinido, no acontece así en el presente caso, en que doña Eulalia Ayo Mota confirió el poder por un plazo límite, cual es el de la vida de su esposo. Pero hay otro aspecto que conviene destacar aquí. El plazo de año y día se cuenta según la propia Ley III del Título XXI desde el fallecimiento del causante o desde que los hijos o descendientes o profincos alcancen la mayoría de edad. En el caso presente se ha partido de la base de que el fallecimiento de doña Eulalia Ayo, todos sus hijos eran mayores de edad, y por ello se ha considerado que el plazo sólo podrá ser de año y día a contar de dicho fallecimiento. Ahora bien; si el antiguo Fuero de Vizcaya pone junto a los hijos a los descendientes o profincos, es indudable que quiso extender esta posibilidad a los nietos y como en el caso actual la hija de la actora María Gloria Líbano Achalandabaso era menor de edad en el año 1953 y seguía siéndolo al interponerse la demanda, no puede sostenerse que el plazo legal hubiera caducado. Don Silvestre Líbano podía elegir entre sus hijos o nietos y como éstos no habían alcanzado aún la mayoría de edad, el poder seguía vigente para él y usó válidamente.

Resultando que admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, se declararon los autos conclusos y se mandó traerlos a la vista con las debidas citaciones; practicándose a continuación la nota preceptuada en el artículo 1.740 de la Ley de enjuiciar civil.

Resultando que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de 8 de julio de 1963, en relación con el artículo quinto del Decreto de 22 de abril de 1955, se dio traslado a la parte recurrente para que formulara escrito de alegaciones, sin alterar ni cambiar los términos del recurso interpuesto, lo que verificó a medio de escrito fecha 6 de diciembre del pasado año, remitiéndose el de interposición de recurso y suplicando se dictara sentencia casando y anulando la recurrida, sustituyéndola por otra que revocando la del Juzgado de Bilbao, desestima íntegramente la demanda, con lo demás procedente.

Resultando que conferido traslado, para igual trámite, el Procurador don Julián Zapata Díaz, éste, en representación de doña Gloria Achalandabaso Camiruaga, accionando por sí y como madre y legal representante de doña Gloria Líbano Achalandabaso, impugnó el recurso en escrito de fecha 8 de enero del corriente año, suplicando se dictara sentencia declarando no haber lugar al recurso y confirmando en todas sus partes la de la Audiencia Territorial de Burgos, en 16 de febrero de 1961, con los oportunos pronunciamientos en cuanto a costas de ambas instancias y de este recurso.

Resultando que la Sala, en proveído de 14 de enero, acordó quedaran los autos para sentencia; y formulada acta adicional de los escritos de alegaciones, se señaló el día 14 del corriente mes de abril para la reunión de la Sala a fin de votar el presente fallo.

Visto siendo Ponente para este trámite, el Magistrado don Manuel Lojo Tato.

Considerando que en cuanto a la cuestión que en el motivo primero de este recurso se suscita, en el que, por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil se denuncia la violación del artículo 165 del Código Civil y de la doctrina legal contenida en las sentencias de este Tribunal que se mencionan, suponiéndose infringido un litis consorcio pasivo, necesario, por entender la parte recurrente que debía ser llamado a pleito, en calidad de demandada, la menor de edad María Gloria Líbano Achalandabaso, hija de la accionante doña Gloria Achalandabaso Camiruaga a quien ésta representa, es de notar primeramente que este defecto en la constitución de la relación procesal afectaría a la legitimación activa de la demandante, pero no a la pasiva y que aquélla no fue debidamente alegada como excepción en el juicio; pero, aun prescindiendo de este aspecto, debe señalarse que el nombramiento de un defensor judicial, al que se refiere el artículo 165 del Código Civil, sólo es procedente para un asunto determinado, o sea, para aquel en que el interés del menor sea opuesto al del padre o de la madre, siendo en cambio la regla general que el padre, y en su defecto la madre, representen a sus hijos no emancipados en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho, representación que la Ley les impone como un deber conforme el número primero del artículo 155 del mismo Código y, en el presente caso la sentencia recurrida no proclama en su fallo derechos de la madre que sean opuestos a los de la hija menor, sino que, por el contrario se declaran derechos que sin oposición entre sí, a ambas aprovechan y favorecen; y aunque al respecto se alega que, para obviar la oposición de intereses, se ha incurrido en notoria incongruencia por no resolver una pretensión concreta de la demanda o hacerlo de modo diferente a como el debate se planteó, ese supuesto vicio sólo podía ser combatido, en todo caso, al amparo de los ordinales segundo o tercero del mentado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciar, con la inexcusable cita, como precepto legal infringido, del artículo 359 de la propia Ley, de acuerdo con muy reiterada jurisprudencia de esta Sala, por lo que no cabe alegar la falta de congruencia indirecta o irregularmente, acogiéndose el número primero de dicho artículo 1.692; debiendo destacarse, finalmente, que la estimación de la excepción aludida, sería contraria a la economía procesal e innecesaria, máxime cuando dentro del fallo recurrido, los intereses de la madre y de la hija menor por aquélla representada, son armónicos y no contrapuestos, dados los derechos declarados y sólo el momento de practicarse la partición, sea judicial o extrajudicialmente, podría ser el adecuado para el nombramiento e intervención de un defensor, razones todas por las que el motivo Primero debe ser desestimado.

Considerando que en orden a los otros dos motivos en que el recurso se sustenta, debe tenerse presente que el pleito se inició antes de la vigencia de la "Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Álava", promulgada por Ley de 30 de julio de 1959, publicada en el "Boletín Oficial del Estado" de 30 de julio del mismo año, siendo presentado la demanda inicial el 30 de junio de 1954, por lo que, antes de entrar en la decisión de los motivos segundo y tercero, es procedente referirse a la doctrina jurisprudencial que con criterio uniforme, se contiene en las sentencias de esta Sala de 30 de abril de 1957, 17 de junio del mismo año y 18 de mayo de 1960, en cuanto en

ellas se interpreta y aplica la Ley III del Título XXI del Fuero de Vizcaya, según la que "habían de fuero y costumbre y establecían por ley que por cuanto muchos en su fin no pueden ordenar ni hacer sus testamentos y mandas o aunque puedan no quieren declarar su postrimera voluntad y dan poder a algunos, sus partes o amigos o mujer al marido o el marido a la mujer, para que fallecido el que había de testar, hagan los tales comisarios el tal testamento o institución o instituciones de herederos; y puede ser que el tal fallecido ha dejado hijos o descendientes o profincos, que le han de suceder, pupilos y pequeños y de tal edad y condición y calidad que los comisarios no pueden convenientemente elegir, ni instituir entre los tales menores, cuál es el más idóneo o hábil o suficiente o conveniente a la casa para heredar o regir toda la casa y casería; y a esta causa por hacerse las tales elecciones entre niños y tan breve, a veces no sucede bien. Por ende, que establecían, que el tal poder y comisión valiese con que los comisarios puedan hacer la elección, si los tales hijos o descendientes o profincos y tronquero fueren al tiempo que el testador fallece de edad de poderse casar, y en tal caso tengan los tales comisarios término de año y día para hacer la tal institución o instituciones; pero si los tales hijos o sucesores fueren de edad pupilar los comisarios tengan término para instituir todo el tiempo que los tales hijos o sucesores fueren menores de edad y disposición de poderse casar y desde un año cumplido y dentro de este término en cualquier tiempo que ellos quisieren hagan la tal elección e institución...".

Considerando que de las sentencias citadas con claridad se desprende la recta interpretación que deba darse a la Ley III del Título XXI¹ (1) del Fuero de Vizcaya, de acuerdo con lo que disponen la Ley XIII del Título VII y la Ley III del Título XXXVI del mismo Fuero y con sus antecedentes históricos, y los principios en que se inspire, por lo que no cabe dar a la Ley primeramente citada una interpretación extensiva, sino, por el contrario restrictiva y conforme a su texto literal, advirtiendo además que en el derecho foral vizcaíno el derecho consuetudinario no tiene la prevalencia que otras legislaciones forales le conceden, pues contra la Ley no puede imperar cualquier fuero anterior "y uso y costumbre y ceremonia que hasta aquí se hayan guardado, usado o acostumbrado", siendo desde luego inadmisibles la prórroga por tiempo indefinido dada al comisario en el poder testatorio, por lo que, dentro del derecho y doctrina vigentes y la norma legal específica que regía al iniciarse el litigio otorgado el poder para testar, "haciendo uso del derecho que el expresado Fuero de Vizcaya les concede", el 5 de marzo de 1936 y fallecida la poderdante doña Eulalia Ayo y Mota el 15 de mayo de 1950, dejando de su matrimonio con don Silvestre Líbano cuatro hijos vivos mayores de edad, es obvio que el 7 de abril de 1953, fecha en que el cónyuge supérstite otorgó escritura de donación en favor de su hija doña Casimira Líbano y Ayo, había transcurrido con exceso el término señalado por la Ley del Fuero aplicable y, en consecuencia, el poder testatorio había caducado siendo de advertir además, que

¹ Por error de transcripción la copia decía "III".

fallecido también don Juan Líbano Ayo el 17 de febrero de 1953, hijo de los doña Eulalia y don Silvestre, ya entonces había transcurrido el plazo de año y día que la Ley aplicable prescribe.

Considerando que en el motivo segundo, formulado, al igual que el tercero, por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se alega infracción de Ley, en lo que, en tesis de la impugnante, incurre el fallo recurrido por violación, al no aplicarlo, del artículo 19 de la Ley de 30 de julio de 1959, o sea, de la Compilación Civil Foral de Vizcaya de la misma fecha, así como de la Ley III del Título XXI del Fuero de Vizcaya, lo que con incorrección procesal, se dice infringido, por aplicación indebida consecuyente e interpretación errónea, con lo que, confusamente, se amalgaman dos conceptos de infracción diferentes; mas, con aparte ese defecto, debe decirse que, cual queda anticipado la Compilación no estaba vigente al tiempo en que el pleito se inició y que la norma específica del Fuero que regía la institución ha sido correctamente aplicada por el Tribunal "a quo", conforme a otras leyes del mismo Ordenamiento y a la doctrina de esta Sala; pero, aun dando a la citada Compilación un valor interpretativo por las razones que en el desenvolvimiento del motivo segundo se exponen, debe notarse que el artículo 19 de la citada Compilación, habida cuenta de lo antes expuesto, tampoco debe dársele un sentido extensivo y el señalamiento de plazo tiene que referirse a un término concretado en el tiempo; mas, prorrogándose el poder "por todo el tiempo de vida del sobreviviente de los otorgantes", prácticamente ello equivale a una inadmisibles prórroga indefinida, y por consiguiente, dentro del espíritu que inspira la legislación foral vizcaína y sus conocidos antecedentes el motivo segundo no puede prosperar, siendo asimismo desestimable el tercero, pues por las razones antes expresadas no existe aplicación indebida de la Ley III del Título XXI del Fuero de Vizcaya, ni de la doctrina legal contenida en las sentencias de este Tribunal que se mencionan, las cuales, por el contrario, han sido aplicadas correctamente por el Tribunal de instancia.

Considerando que desestimando los tres motivos en que el recurso de apoya, debe declararse, en consecuencia, no haber lugar a la casación por la parte recurrente interesada, con los demás pronunciamientos pertinentes, si bien por no ser plenamente conformes las sentencias de primera y segunda instancia puesto que ésta revoca parcialmente la del Juzgado, debe ordenarse la devolución del depósito innecesariamente constituido.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal interpuesto por el Procurador don Adolfo Morales Vilanova, en nombre de don Casimiro Líbano y Ayo, asistida de su marido don Tomás Zárate Lotina, contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, con fecha 16 de febrero de 1961, recaída en autos contra aquella y otros promovidos por doña Gloria Achalandabaso Camiruaga, por sí y como legal

representante de su hija menor de edad María Gloria Líbano Achalandabaso, sobre nulidad de poder testatorio y otros extremos; imponemos las costas ocasionadas en este Supremo Tribunal a la parte recurrente, a la que se devolverá el depósito que tiene constituido; y a su tiempo, líbrese a la indicada Audiencia certificación de esta resolución y remítasele el apuntamiento que tiene enviado.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.– Juan Serrada.– Francisco Bonet.– Tomás Ogáyar.– Manuel Lojo.– Federico Rodríguez Solano.–Rubricados.

Publicación.– Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente excelentísimo señor don Manuel Lojo Tato, celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de que certifico.– Ramón Morales.– Rubricado.