

## STS de 3 de junio de 1950

En la villa de Madrid, a 3 de junio de 1950; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera instancia número 2 de los de Bilbao y ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos por doña Feliciana Máxima y don Tomás Francisco Menchaca Arruebarrena, la primera por medio de su esposo don Francisco Zugazaga y Madariaga, labradores y vecinos de Urdaliz y de Plencia respectivamente, con doña Elisa, don Antonio y doña María Menchaca Otanúa, sin profesión, vecinos de Urdaliz, sobre validez y eficacia de partición de herencia y otros extremos, pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación, por infracción de ley interpuesto por los demandantes doña Feliciana Máxima y don Tomás Francisco Menchaca Arruebarrena y por fallecimiento de este último continuado por la primera y por sí y como única y universal heredera de su hermano el referido don Tomás bajo la representación del Procurador don Julián Zapata Díez y la dirección del Letrado don Domingo Arrese; habiendo comparecido en este Supremo Tribunal los demandados y recurridos, a quienes representa el Procurador don Antonio Zorrilla Ondavilla, con la dirección del Letrado don Leandro G. de Cadiñanos Núñez.

Resultando que el Procurador don Antonio Valdivieso, en representación de doña Feliciana Máxima y don Tomás Francisco Menchaca y Arruebarrena, dedujo demanda ante el Juzgado de Primera instancia número 2 de los de Bilbao, contra doña Elisa, don Antonio y doña María Menchaca Otazúa, estableciendo como hechos:

**Primero.-** Que los demandantes y sus hermanos don Juan Antonio, ya fallecido, padre de los demandados, y don Francisco, también finado, fueron los únicos herederos de todos los bienes quedados al fallecimiento de sus padres don José María Menchaca Uribaso y doña Josefa Arruebarrena, y de sus abuelos paternos don José Antonio Menchaca Larrazabal y doña Dominica Uribaso, siendo los bienes comprendidos en esas sucesiones los que al efecto describe.

**Segundo.-** Que estos cuatro hermanos no se preocuparon de formalizar las testamentarias de sus padres y abuelos conservando los bienes en común y proindiviso, en cuya situación de hecho falleció don Francisco en 30 de septiembre de 1941, soltero y sin haber otorgado testamento, y por auto judicial de 26 de septiembre del mismo año fueron declarados sus herederos abintestato sus dichos tres hermanos, en quienes por esta razón vinieron a refundirse en diversas participaciones. Los derechos todos de que se viene tratando, habiéndose decidido los tres herederos a liquidar las expresadas herencias y proceder a la división y reparto de los bienes que los integraban.

**Tercero.-** Que al efecto don José Antonio Menchaca confirió en escritura de 31 de octubre de 1941 poder amplísimo a favor de don Bernardo Gorordo Aresti para que le representara y defendiera en sus herencias, y pudiera, entre otras cosas, "celebrar convenios y transacciones, con renuncia inclusive de derechos, con los demás partícipes

en la herencia o en los bienes hereditarios, por cualquier título, sin omitir las diligencias precisas y otorgamiento de los documentos necesarios"; para cumplir esta misión, el señor Gorordo convino primero con los demandados fijar la cuantía de los derechos hereditarios de cada uno de los interesados, acordando distribuir todos los bienes en la proporción de cuatro novenas partes para don Tomás y una novena parte para don José Antonio, y al llegar a la división de la masa común convinieron asimismo encomendarla, como persona perita e imparcial, al topógrafo don José Bilbao Maruri, obligándose a pasar por lo que éste decidiera; el señor Bilbao cumplió su encargo, formando tres lotes, cuyo valor representaba cuatro novenas partes los dos primeros y una noventa parte al tercero del total, valor de los bienes a repartir que fijó, como perito, en 100.546 pesetas; relaciona en este lugar las fincas adjudicadas en cada lote, con el valor de cada cual, importando los dos primeros 44.688 pesetas cada uno, y el tercero 11.172 pesetas; carece esta parte del ejemplar original que facilitó a los herederos el perito señor Bilbao, que acaso obre en poder de los demandados, y presenta una copia literal de ese trabajo firmada también por el señor Bilbao, así como por el señor Gorordo, para acreditar que esa división se hizo por encargo de todos los herederos y que todos la aprobaron con la aclaración de que si bien la firma del señor Gorordo se refiere a la fecha 25 de febrero de 1942, ha sido estampada a principios de 1945; y

**Cuarto.-** Que esta división y consiguiente adjudicación ultimaba las testamentarias pendientes, y en consecuencia cada heredero tomó posesión del lote que se le había adjudicado, haciéndolo el señor Gorordo en nombre del ausente don José Antonio, y cuando éste falleció, sus hijos, que sobre la casa primera han venido ejerciendo actos de dominio y administración, como lo demuestra el recibo de renta firmado por la heredera y demandada doña Elisa; para la plena efectividad de la división faltaba únicamente formalizar la documentación pública necesaria para que las adjudicaciones tuvieran acceso al Registro de la Propiedad; los que demanda han requerido reiteradas veces a los demandados para que cooperen a dicha formalización, tropezando siempre con su resistencia sistemática, acto conciliatorio, sin resultado, y aun prosiguieron las gestiones privadas, de las que se dedujo la decisión de los demandados de negarse a formalizar, en documento público, la transmisión de fincas o porciones de fincas que quedaron concertadas por su causante a través de su apoderado señor Gorordo. Invocó los fundamentos de derechos que estimó pertinentes; y terminó con la súplica de que en su día se dictara sentencia, declarando: 1.º Que es legal, válida y eficaz la partición de herencias verificada entre doña Feliciano Máxima y don Tomás Menchaca Arruebarrena, y la representación de don José Antonio Menchaca Arruebarrena, ostentada por don Bernardo Gorordo Aresti, mediante la división de fincas realizada, por encargos de aquéllos, por don José Bilbao Maruri en 25 de febrero de 1942, en los términos que constan en el documento aportado con la demanda. 2.º Que en su virtud procede: A) Tener por segregada de la finca "Leceta Becoa", vulgo Rementeria, para formar finca independiente en el Registro de la Propiedad el pertenecido llamado "Hereditad Labarri", con la descripción que expresa. B) Tener por dividida la finca descrita en el número 5.º del hecho primero, bajo la denominación de

"Monte Mendicochu", en jurisdicción de Urdaliz, en dos nuevas fincas independientes, para el Registro de la Propiedad, con la descripción que detalla. C) Tener por dividida la finca descrita en el número 3.º del hecho primero, como terreno monte llamado Mendichu o Mendicohu, en jurisdicción de Plencia en tres nuevas fincas independientes (se describen en la súplica en términos análogos a los de los apartados procedentes). 3.º Y en su consecuencia procede asimismo tener por válida, legal y eficaz, y en lo que se refiere, que fuere necesario aprobar y ratificar la adjudicación de bienes hecha como consecuencia de la división de que se trata, elaborada por el señor Bilbao en los términos siguientes: A doña Feliciana Máxima Menchaca: a) Casa Laceta-Becoa, vulgo Rementeriana... b) Mitad lado norte del "Monte Mendicochu... e) Trozo de terreno monte conocido por Mendichu o Mendicochu. A don Tomás Francisco de Menchaca: a) Trozo de terreno monte conocido por Mendichu o Mendicochu... b) Heredad llamada Lubarri o Lugarti... e) Trozo de terreno conocido por Mendicochu... d) Heredad llamada Baugolizbura e) Mitad lado sur de Monte Mendicochu... Y a don José Antonio Menchaca: Casa denominada Quimera, con huerta contigua... 4.º Y mandar se inscriba en el Registro de la Propiedad de Bilbao el pleno dominio, libre de cargas de cada una de las fincas descritas en las anteriores adjudicaciones; y 5.º Condenar a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones, imponiéndoles las costas del juicio.

Resultando que conferido traslado de la demanda a los demandados, doña Elisa, don Antonio y doña María Menchaca Otazúa, su representación la contestó oponiéndose a ella, formulando reconvención y estableciendo como hechos de la continuación:

**Primero.-** Que es cierto que los demandados y sus hermanos don Francisco y don José Antonio, ya fallecidos, y el segundo padre de los demandados, fueron los únicos herederos de todos los bienes pertenecientes a sus padres y de sus abuelos paternos; acepta la descripción de las fincas precedentes de esas sucesiones; en la descripción de las fincas precedentes de esas sucesiones; en cuanto a su procedencia respecto a la finca Laceta-Becoa, la parte contraria silencia la circunstancia de que don José María Menchaca, desde los primeros años de su matrimonio vivió en la casa denominada "Nueva y Menchacaburri", edificada a sus expensas, que sitúa en la jurisdicción de Plencia, estableciendo allí su domicilio, y fue en esa casa donde falleció su esposa doña Josefa Arruebarrena; con esta salvedad reconoce que doña Josefa donó, como comisaria de su esposo, a sus hijos don Francisco, don Tomás y doña Feliciano, la mitad indivisa de la casa "Laceta-Becoa", por escritura de 13 de junio de 1932, en cuya fecha –y esto se silencia en la demanda– todos los hijos eran hacía muchos años mayores de edad, habían incluso llegado a ella cuando falleció el don José María; es decir, que esa escritura se otorgó por doña Josefa Arruebarrena, sin tener facultades para ello, por no poseer ya la condición de aforada y porque se hallaba fuera de plazo; la renuncia a los derechos a la sucesión del marido, hecha por don José Antonio Menchaca Arruebarrena, padre de los que contestan, es desconocida en sus términos exactos por esta parte, pero puede asegurar que se refería exclusivamente a la herencia de doña Josefa Arruebarrena, y como obligado complemento añade que ni don José Antonio Menchaca, ni sus hijos,

los demandados, han tenido conocimiento de la escritura de donación otorgada por doña Josefa hasta el año 1944, en que la demandada doña Elisa se personó en la Notaría de don Aurelio Ortiz para enterarse de los particulares de la escritura de aprobación de operaciones particionales que allí se pensaba otorgar; alude después a los distintos bienes hereditarios para expresar su disconformidad con los demandantes en punto a la participación que en dichos bienes corresponde a los litigantes.

**Segundo.-** Que ha de recoger aquí la afirmación de la adversa de que los cuatro hermanos no se preocuparon de formalizar las testamentarias de sus padres y abuelos "conservando los bienes en común y proindiviso", al efecto de que no puede deducirse ninguna errónea inclusión de que uno u otro de los interesados poseyera una cualquiera de las fincas, pues esta posesión accidental sólo supondría una mera tolerancia de los demás coherederos, mientras no se formalizaran las operaciones divisorias; nada más opone al correlativo, sino es repetir que en la declaración de bienes del fallecido don Francisco y demás diligencias no intervino para nada el padre de los demandados.

**Tercero.-** Que el don José Antonio Menchaca confirió, en efecto, poder a don Bernardo Gorordo Aresti, el 31 de octubre de 1941, para que el apoderado le representada y defendiera en la herencia de sus padres y de su hermano don Francisco; el don José Antonio ignoraba la escritura de donación otorgada por doña Josefa; esta parte desconoce en qué términos el señor Gorordo se comprometió a pasar por lo que hiciera el topógrafo señor Bilbao, pero sí le extraña que esa conformidad no se reflejara en ningún documento, así como tampoco el supuesto convenio entre el apoderado de don José Antonio y don Tomás y doña Feliciana acordando distribuir todos los bienes hereditarios en las proporciones que en la demanda se indican; en el documento redactado por el topógrafo, que la actora presenta, se indica, en su final, "que es cuanto puede decir en desempeño de cargo que se le ha conferido, y habiendo procedido conforme a su leal saber y entender, firmó la presente en Plencia, a 25 de febrero de 1942 en el ejemplar que se entregó a los demandados se lee lo mismo al final y viene sin firma alguna; ahora bien, en el aportado por la actora se le ha añadido una apostilla con la firma de los interesados, y en ella se dice que es copia del original, y hay que preguntar dónde se halla éste; a los que contestan no se les ha proporcionado más que el que se presenta; la contraria, haciendo honor a la verdad, aclara que, aunque la firma del señor Gorordo se refiere a la fecha de 25 de febrero de 1942, fue estampada a principios de 1945; es decir, transcurridos varios años desde el fallecimiento del poderdante, el 1.º de noviembre de 1942; niega la eficacia y validez de este documento, porque no se justifica el pretendido acuerdo entre el apoderado y los demandados, y cuando aquél dio su conformidad, lo hizo sin facultades para ello, por haber ya fallecido el poderdante.

**Cuarto.-** Que en el hecho cuarto se da a entender que los demandados han admitido tácitamente la adjudicación de bienes practicada por el señor Bilbao, realizando actos de dominio sobre la finca "Quintera", basándose para ello en un recibo firmado por uno de los demandados, doña Elisa, este recibo fue extendido el 31 de diciembre de 1944, o sea con anterioridad a la fecha en que el señor Gorordo aprobó

indebidamente aquella adjudicación cuando las fincas se hallaban todavía, por tanto, en proindiviso; a los demandados, que desconocían los términos exactos de las adjudicaciones, se les indicó que les pertenecía esa finca por la sucesión de don Francisco y no por el resto de las testamentarias pendientes; por otra parte, y no habiéndose practicado la participación, tanto derecho tenían ellos para percibir las rentas como cualquiera de los demás coherederos, quienes, además, habían disfrutado hasta la fecha de la totalidad de los bienes sin rendir cuenta alguna; los demandados, desde que tuvieron noticia real y exacta de los términos de la participación y el cómo se había practicado, se negaron a aprobarla; y

**Quinto.-** Que negaba todo lo aducido de contrario que no hubiera reconocido expresamente. Formuló reconvencción, basándola en los mismos hechos de la contestación a la demanda, que dio por reproducidos, invocando los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, y solicitó que se dictara sentencia absolviéndoles de la demanda y que estimase la reconvencción, declarando: Primero. Que don José María Menchaca y su esposa, doña Josefa Arruebarrena, perdieron su condición de aforados, por lo que su sucesión ha de regirse por las normas del derecho común. Segundo. Que, en su consecuencia, no se operó entre los mencionados cónyuges la comunicación foral. Tercero. Que es nula la escritura de donación otorgada, en 13 de junio de 1932, ante el Notario de Guecho, don Jesús de Otañer Aguirano, por doña Josefa Arruebarrena como comisaria de su esposo. Cuarto. Que son asimismo nulas las informaciones posesorias practicadas sobre los terrenos Mendichu y Beugolizburu, la primera por los mandantes y su fallecido hermano Francisco y la segunda por este último, y nulas también las inscripciones registrales de tales informaciones providentes, procediendo la cancelación de las mismas, y que dichas heredades deben ser consideradas como bienes pertenecientes a las sucesiones de don José María Menchaca y su esposa, doña Josefa Arruebarrena, y don Francisco Menchaca Arruebarrena. Quinto. Que actualmente son don Tomás Feliciano Menchaca Otañúa los únicos herederos de los bienes relictos al fallecimiento de los mencionados causantes, los dos primeros por su propio derecho y los tres últimos en representación de su padre, don José Antonio Menchaca Arruebarrena, heredando estos tres por stirpe. Sexto. Que deben ser los bienes que constituyen las sucesiones de los respectivos causantes que se relacionan y describen en el hecho primero de la demanda repartidos sobre las bases que detalla; y Séptimo. Condenar a los demandantes a estar y pasar por estas declaraciones y a realizar cuanto les incumba para su exacto cumplimiento, con imposición de costas por su temeridad.

Resultando que en trámite de réplica los demandantes insistieron en los hechos de la demanda, con algunas aclaraciones, y contestando a la reconvencción, reprodujeron los de la demanda, negando los de la parte contraria en cuanto los contradigan, y solicitaron que se dictara sentencia conforme a la pedida en la demanda, desestimando la reconvencción.

Resultando que los demandados en dúplica insistieron también en los hechos y pretensiones de la contestación.

Resultando que seguido el juicio por sus restantes trámites, con fecha 4 de junio de 1946, el Juez de Primera instancia dictó sentencia absolviendo a los demandados de la demanda contra los mismos formulada por los demandantes, y con respecto a la reconvencción formulada por los demandados referidos, declaró: Primero. Que don José María Menchaca y su esposa, doña Josefa Arruebarrena Rentería, perdieron su condición de aforados al trasladar su residencia a Plencia, donde permanecieron más de diez años. Segundo. Que por consecuencia de la anterior declaración, al fallecimiento de dichos esposos no se operó entre ellos la comunicación foral. Tercero. Que es nula y carece de eficacia, por ser contraria a derecho, la donación otorgada el 13 de junio de 1932, ante el Notario de Guecho, don Jesús de Otañer Aguirano, por doña Josefa Arruebarrena, como comisaria de su esposo. Cuarto. Que son nulas las informaciones posesorias promovidas por doña Feliciana Máxima, don Tomás Francisco y don Francisco Menchaca Arruebarrena de los terrenos Mendichu Beugolisbura, y que dichos bienes pertenecen a don José María Menchaca Urribaso y doña Josefa Arruebarrena Rentería, y como se determina en los Considerandos sexto, séptimo y octavo, y por, consiguiente, se impone la cancelación de las inscripciones que han motivado en el Registro de la Propiedad. Quinto. Que al fallecimiento del don José María Menchaca Urribaso, doña Josefa Arruebarrena Rentería y don Francisco Menchaca Arruebarrena, sus bienes los heredaron los que se indican en el Considerando noveno. Sexto. Que la distribución de los bienes a que se refiere la petición sexta del suplico de la reconvencción ha de llevarse a efecto como se precisa en los Considerandos 10 y 11, condenando a las repetidas doña Feliciana Máxima y don Tomás Menchaca Arruebarrena a estar y pasar por las procedentes declaraciones y a realizar todo cuanto les incumbe para su exacto y fiel cumplimiento; sin hacer expresa imposición de costas.

Resultando que interpuesta apelación contra la sentencia del Juez por la parte demandante, la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos, con fecha 21 de junio de 1947, dictó sentencia confirmando en todas sus partes la apelada, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

Resultando que el Procurador don Julián Zapata Díaz, en representación de doña Feliciana y don Tomás Francisco Menchaca Arruebarrena, demandantes, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los motivos siguientes, fundados los seis primeros en el número séptimo y el último en el número primero del artículo 1.692 de la ley procesal:

**Primero.-** Error de hecho en la apreciación de la prueba. En efecto, como documento número 12 de los presentados con la demanda figura en los autos un escrito en el que aparecen dos firmas, la del señor Bilbao, perito encargado de medir y dividir las fincas, y la del señor Gorordo, apoderado del padre de los recurridos. Este escrito, según se hace constar expresa y literalmente antes de la firma del señor Bilbao, es "copia literal y auténtica y completa del original", y si esta copia (no el original), lo que está reconocido que fue firmado el 5 de diciembre de 1945, es decir, después de muerto

José Antonio de Menchaca, poderdante de Gorordo. Pues bien, la sentencia recurrida funda su fallo, anula-torio en las participaciones en el hecho de que está reconocido que la suscripción del original, no la de la copia, por el apoderado del padre de los demandados tuvo lugar después de haber fallecido el poderdante y caducado, por tanto, el poder. El documento dice, con la firma del señor Bilbao, en 5 de diciembre de 1945, que el señor Gorordo, como apoderado de José Antonio Menchaca, "Ha aprobado la división y adjudicación de lotes que preceden.- Plencia, 25 de febrero de 1942". Como se ve, el error de hecho no puede estar más claro. Gorordo, según este documento, aprobó la división y adjudicación, es decir, hizo justamente con los recurrentes la partición, "antes" de que muriera su poderdante, ocho meses y tres días antes; mientras que la sentencia afirma que Gorordo aprobó esta partición "después de muerto el poderdante, tres años, un mes y cinco días después". Es cierto que Gorordo firmó una copia literal, auténtica y completa del original en 1945, como la volvería a firmar ahora y siempre que para ello fuera requerido. Para ir siempre con la verdad, Gorordo no tuvo más remedio que decir en 1945, como volvería a decirlo ahora, que su acto de haber "aprobado la división y adjudicación de lotes que proceden" tuvo lugar precisamente en "Plencia, 25 de febrero de 1942". Resumiendo, el error de hecho que se alega como primer motivo de casación consiste en que la sentencia afirma que la partición "tuvo lugar después de haber fallecido el poderdante", mientras que el documento a que la Sala se acoge para señalar esa fecha "posterior" (5 de diciembre de 1945) afirma precisamente lo contrario, a saber, que la partición se hizo "antes" de haber fallecido el poderdante (25 de febrero de 1942). Y no se olvide que el poderdante falleció el 1.º de noviembre de 1942.

**Segundo.-** Nuevo error, consistente en que la sentencia funda también la anulación de las particiones en el hecho de que "ni se alega el momento ni circunstancias en que estas operaciones (particionales) hubieran tenido lugar"; pero el documento antes citado, al que constantemente alude también la sentencia recurrida, se deduce con total evidencia todo lo contrario, es decir, que el momento y las demás circunstancias en que las operaciones particionales tuvieron lugar no solamente "si se alegan", aunque la sentencia diga que no se alegan, sino, además, se alegan con todo lujo de detalles y con las firmas de los propios protagonistas. He aquí el momento y demás circunstancias de las operaciones particionales, tal como figuran en el documento al que se refiere reiteradamente la Sala: lugar, Plencia; día, 25; mes, febrero; año, 1942; contratantes, Feliciano y Tomás, como herederos, y Gorordo, como apoderado del otro heredero, don José Antonio; perito topógrafo, señor Bilbao; instrucciones dadas a éste y tenidas en cuenta por éste, cuatro novenas partes a Feliciano y Tomás y una novena parte a José Antonio. Claro es que, aunque ignoramos el momento y demás circunstancias de un contrato, el contrato es siempre válido, mientras conste de existencia por otros medios, como se verá, que consta plenamente la existencia del contrato particional. Bueno es que esta parte haga ver, con el documento a la vista, que sí se alegan aquel momento y circunstancias, con lo cual la sentencia ha incurrido nuevamente en el error de hecho invocado por esta parte como segundo motivo de

casación.

**Tercero.-** Tercer error de hecho, consistente en que en la sentencia se afirma que aparece que las operaciones que se dicen formadas lo fueron, no por el mandatario en unión de sus mandantes, sino por terceras personas, el señor Bilbao. Pues bien, lo que aparece en el documento auténtico, al que constantemente se refiere la Sala, es precisamente todo lo contrario, a saber: que con tercera persona, el señor Bilbao, no se hizo particiones, sino que únicamente, a petición de los tres interesados, sirvió de mero auxiliar técnico de Urdalíz y Plencia poseen, adjudicando cuatro novenas partes a los dos primeros y una novena parte a don José M. Menchaca". Hacer una partición es precisamente señalar la proporción de la herencia adjudicada a cada uno (cuatro novenas partes a los dos primeros y una novena parte al tercero), y hecha la medición y división técnica, con arreglo a estas instrucciones por el técnico, aprobar esta medición y división. La Sala dice que estas operaciones (señalar la proporción y aprobar la división), únicas constitutivas de la verdadera partición, fueron hechas "no por el mandatario en unión de los mandantes, sino por una tercera persona, el señor Bilbao". Pero el repetido documento auténtico afirma que este señor Bilbao se limitó a auxiliar técnicamente a los interesados para llevar a cabo una partición que ellos y sólo ellos habían señalado en la proporción antes indicada, y que ellos y sólo ellos han "aprobado la división y adjudicación de lotes que proceden".

**Cuarto.-** Cuarto error de hecho. En efecto, después de asegurar que las particiones fueron nulas por haberlas hecho, no los que debieron hacerlas, sino una tercera persona, el señor Bilbao, añade la sentencia que esto fue una "sustitución de mandato no autorizada", y lo cierto es que la escritura pública de poder, que obra en los autos como documento auténtico número 11, dice precisamente lo contrario de lo que la Sala afirma, es decir, que el apoderamiento se otorga "con facultad expresa de sustituir este poder". Ni valdría para rebatir el argumento del exponente, es decir, que la sustitución de poder estaba autorizada en el documento auténtico sólo para determinados casos, porque, aun en esta hipótesis discutible, siempre seguiría siendo verdad que la Sala había incurrido en error, si no de hecho, al menos de derecho, porque, según el artículo 1.721 del Código civil, "el mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido (error de derecho), y, consiguientemente, en cualquiera de las dos hipótesis, la Sala incurre de lleno en este cuarto motivo de casación. Si, como la Sala incurre de lleno en este cuarto motivo de casación. Si, como la Sala dice, "las operaciones que se dicen formuladas lo fueron... por una tercera persona, el señor Bilbao, sustitución del andato no autorizada", y los propios recurridos dicen textualmente que "presentamos con el escrito de contestación el ejemplar que quedó en poder de mis representados, escrito a máquina y en papel, que el señor Bilbao Maruri podrá fácilmente reconocer, y en el que no aparece otra firma que la de éste..."; es de todo punto evidente que el día 25 de febrero de 1942, fecha del escrito firmado por el señor Bilbao, y aportado a los autos por los propios recurridos, se habían perfeccionado las particiones en plena vigencia del mandato conferido al señor Gorordo.

**Quinto.-** Ha incurrido la sentencia en error de derecho en la apreciación de la prueba, toda vez que al asegurar que no se ha probado "tanto la existencia de aquel documento original (de particiones) como la perfecta coincidencia, en manifiesta contradicción con lo que acerca de la valoración de las pruebas disponen los artículos 1.225, 1.228, 1.231 y 1.232 del Código civil. Conforme a lo que establece el 1.225, el documento suscrito por Gorordo y por Bilbao, asegurando que el 25 de febrero de 1942 quedaron aprobadas las particiones, tiene el mismo valor que una escritura pública para probar sin ningún género de duda que el firmante, Gorordo, hoy recurridos, reconocen plenamente la existencia de las particiones, existencia negada por la Sala con evidente error de derecho. En segundo lugar, conforme al artículo 1.228 del Código civil, la parte contraria, que no solamente ha querido aprovecharse de papel privado de particiones firmado por el señor Bilbao, sino, además, lo ha presentado en juicio, está obligada a aceptar este papel en la parte que lo perjudique, y como evidentemente le perjudica el hecho clarísimo de que este papel privado, presentado por los recurrentes, no solamente coinciden textualmente, sino que son copia ambos del mismo documento, sacadas simultáneamente con papel de calcar, resulta que la Sala ha incurrido en manifiesto error de de derecho al no dar su justo valor a esta exactísima coincidencia y afirmar, como erróneamente lo hace, contra el artículo 1.228, que no se ha probado la "perfecta coincidencia con aquéllas de las ahora presentadas". Las particiones se hicieron y fueron aprobadas por Feliciano, Tomás y Gorordo con el auxilio también del señor Bilbao, el 25 de febrero de 1942, en vida del poderdante, José Antonio. Una vez aprobadas por aquellos señores y en aquella fecha, como ellos mismos lo reconocen con su propia firma, envía una copia calcada del escrito particional (hecho y firmado por el señor Bilbao bajo las instrucciones y con la subsiguiente aprobación de los demás) al padre de los hoy recurridos. Estos presentan en juicio esa copia, y basta abrir los ojos para ver que la copia suya coincide literalmente con la copia de esta parte. En tercer lugar, y por aplicación del artículo 1.221, Gorordo confiesa extrajudicialmente, con su propia firma, corroborada por la del señor Bilbao en el documento tantas veces mencionado, que en 25 de febrero de 1942, y en la "Villa de Plencia", aprobó las particiones como apoderado de José Antonio. Esta confesión extrajudicial, consta en autos, la ha hecho Gorordo sobre hechos personales del confesante, y, además, éste tiene plena capacidad para hacerla; luego la consecuencia nos la da el artículo 1.232 del propio Código al deducir que en semejantes circunstancias la confesión hace prueba contra su autor, pero como el autor de esta confesión es precisamente el apoderado del José Antonio, hace prueba de que en 25 de febrero de 1942 aprobó las particiones, y, por tanto, desde esa fecha son éstas perfectamente válidas y obliga tanto a José Antonio entonces como a sus herederos, los recurridos ahora.

**Sexto.-** El consentimiento perfeccionador del contrato particional de 25 de febrero de 1942 está categóricamente reconocido por todos los que intervinieron en dicho contrato, y sólo dos años después de perfeccionado el contrato viene a negarse la existencia del consentimiento, no por Feliciano, Tomás o Gorordo, que son los únicos que saben si consintieron o dejaron de consentir, sino por los hoy recurridos, que ni

tuvieron arte ni parte en el contrato que ahora impugnan, ni siquiera eran poderdantes de Gorordo, sino hijos del poderdante del mismo, poderdante que, sabedor del contrato particional, cuya copia había recibido oportunamente (según lo confiesan sus hijos), vive todavía ocho meses, sin poner el menor reparo a las particiones, dándolas así por perfectamente válidas con su elocuente silencio, hasta que muere en cordialísimas relaciones con sus hermanos, hoy recurrentes, el 1.º de noviembre de 1942. Y al decir que el silencio de ocho meses del poderdante era un silencio elocuente no ha querido estampar una simple frase; se habla de una auténtica confirmación del contrato, tal como la exige el artículo 1.309 del Código civil, según el cual, la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente. En efecto, la jurisprudencia tiene declarado (entre otras concordantes, véase la sentencia de 29 de noviembre de 1943) que "el silencio vale como declaración cuando, dada una determinada relación entre dos personas, el modo corriente de proceder implica el deber de hablar". Pues bien, dada la relación de poderdante y apoderado que mediaba entre José Antonio y Gorordo, el modo corriente de proceder implica que si José Antonio no hubiese estado conforme con las particiones, cuya copia le había sido enviada por su apoderado, hubiera debido manifestarlo; no lo hizo, luego confirmó aquellas particiones, por lo menos, con la confirmación tácita, de que habla el artículo 1.311 del Código civil. Más aún, aunque quisiera suponerse (y lo niega) que la copia de particiones enviada al padre de los recurridos no era la simple notificación de un hecho consumado, sino la simple propuesta de un hecho que se iba a realizar, todavía el silencio de ocho meses del poderdante hubiera supuesto una verdadera conformidad con dicha propuesta, que de este modo hubiera adquirido categoría de contrato, no ya por la conformidad de apoderado, sino por la del propio poderdante. Pero es que, además de todas estas razones contundentes, para tener por válidas las particiones, cuya nulidad ha sido erróneamente declarada por la sentencia recurrida, hay otra razón, cuyo desconocimiento envuelve otro indiscutible error de derecho cometido por la Sala. Dice el artículo 1.228 del Código civil que los papeles privados hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad. Pues bien, con meridiana claridad consta que la recurrida realizó verdaderos actos de dominio sobre la casa "Quimera", que le fue adjudicada en las mismas particiones, cuya validez trata ahora de negar, ya que el recibo obrante en autos (y otros similares, que no se han presentado) lo cobró la recurrida, según ella misma lo dice en el recibo firmado "con arreglo a las condiciones estipuladas al dorso", y al dorso de este recibo puede leerse nada menos que cuatro veces la palabra "propietario" aplicada a la recurrida, Elisa de Menchaca; ésta, pues, ha cobrado como verdadera propietaria de una cosa que le fue adjudicada en las particiones. Es así que, según jurisprudencia del Supremo, "sólo la participación legal hecha confiere a cada uno la propiedad exclusiva de los bienes que se le hayan adjudicado; en consecuencia, ningún heredero tiene la posesión real de finca alguna de la herencia mientras dicha herencia permanezca indivisa. Luego la partición, en la que la propia recurrida apoya su título de dominio sobre bienes concretos, es una partición perfectamente válida. Y la Sala, al negarlo, incurre en evidente error de derecho por no dar al recibo, firmado por la recurrida, todo el valor probatorio que hay que darle, con

arreglo al artículo 1.228 del Código civil, en perfecta concordancia con la jurisprudencia invocada. Todavía más; en los mismos autos puede leerse otro recibo, firmado también por la Elisa de Menchaca, en el que se dice textualmente: "He recibido de don Bernardo Gorordo la cantidad de 1.000 pesetas a cuenta de las 15.000 convenidas en la venta de "Carimerane", cuya liquidación se efectuará en el momento de realizar dicha venta. – Almería, 27 de diciembre de 1942". Es decir, que Elisa Menchaca por sí misma y por orden de los demás recurridos, sus hermanos, no solamente se considera propietaria de este bien concreto de "Carimerane", que le ha sido adjudicado en las particiones, cuya validez ahora impugna, en evidente contradicción consigo misma, sino que vende esa casa en 15.000 pesetas, y se la vende, no a cualquiera, sino precisamente al mismo Gorordo, que se le había adjudicado en menos cantidad de lo que por ella paga, y recibe de hecho un anticipo del producto de la venta, y por indicación del propio Gorordo, únicamente aplaza la liquidación total hasta el momento de elevar a escritura pública las particiones para poder realizar, con todas las formalidades legales, esta operación, que de hecho ya está perfeccionada, según el artículo 1.450 del Código civil, puesto que la "venta se perfeccionará entre comprador y vendedor y será obligatoria para ambos si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato ("Casimarone") y en el precio (15.000 pesetas), aunque ni a una ni el otro se hubiesen entregado. La recurrida, pues, ha vendido este bien concreto, "Casimerone", que lo habían sido adjudicado en las particiones; luego ha dado por perfectamente válidas estas particiones; y

**Séptimo.-** Aun aceptando a simples efectos dialécticos lo que supone la sentencia recurrida, es decir, que Gorordo aprobó las particiones, no en 25 de febrero de 1942, sino en 5 de diciembre de 1945, después de muerto el poderdante (fallecido el 1.º de noviembre de 1942), todavía seguiría siendo verdad que estas particiones fueron lícitas y válidas y que la Sala ha incurrido en interpretación errónea y aplicación indebida de las leyes aplicables al caso del pleito, al decir, como dice, que, "después de haber fallecido el poderdante", había "caducado, por tanto, el poder, conforme al artículo 1.732 del Código civil". Y afirma el exponente que este artículo está erróneamente interpretado o indebidamente aplicado al caso del pleito, porque se refiere al modo de extinguirse el contrato de mandato, que, naturalmente, se extingue por muerte del mandante, pero en el caso de autos no se trata de un contrato de mandato, sino de un contrato innominado, que de ninguna manera se extingue por muerte de uno de los contratantes. Esto lo dice la jurisprudencia, por ejemplo, en la sentencia de 22 de diciembre de 1948 se asegura que "no constituye contrato de mandato el encargo que los interesados de una herencia confieren a terceros para que liquiden y adjudiquen el caudal hereditario, sino un contrato innominado, comprendido en el concepto general de civil 1.254 y 1.255, y no termina por muerte de uno de los contratantes". Es decir, que Gorordo, aun después de muerto José Antonio, seguía siendo el encargado de hacer las particiones con los otros dos supervivientes, exactamente igual que si viviera José Antonio, el cual ni en muerte, por imposibilidad física, ni en vida, por voluntaria decisión, intervenía en nada. Y, por consiguiente, lo mismo daría que las particiones se hubieran hecho en 1942, como en realidad se hicieron. En otras palabras, el poder otor-

gado a Gorordo por José Antonio no era poder de mandato extinguido por muerte del poderdante, sino un poder de representación, inextinguido por muerte del poderdante. Y llama el exponente con todo derecho poder de representación el poder de Gorordo, ajustándose a la doctrina del Tribunal Supremo, en sentencia de 1.º de diciembre de 1944, sentando que lo constituye. Más aún, la sentencia de 22 de mayo de 1942 dice "que como consecuencia de esta distinción doctrinal (entre mandato y apoderación de representación), acogida por este Tribunal Supremo en repetidos fallos, entre otros, en los de 17 de octubre de 1932, se impone dejar establecido que cuando el poder no es simple expresión de mandato, la extinción y la simple modificación de éste (del poder) no deben quedar al arbitrio de la persona que lo otorgue". Así, pues, independientemente de que el representado viva o haya muerto, ha podido y debido el representante, Gorordo, realizar, con los demás herederos supervivientes, las particiones para las que había sido apoderado. Estas particiones las aprobó Gorordo ocho meses antes de que José Antonio muriese, y, consiguientemente, son válidas. Pero también lo serían si, como la Sala erróneamente dice, las hubiera aprobado Gorordo tres años de muerto José Antonio. Y, por tanto, al negarse esta validez con el pretexto de una aprobación posterior a la muerte del poderdante, la sentencia incurre en este séptimo motivo de casación, por aplicar indebidamente el artículo 1.732 al caso del pleito, que es un caso enteramente distinto, según queda explicado. Admitido el recurso por la Sala e instruidas las partes, se dictó providencia declarando conclusos los autos y mandando traerlos a la vista con las debidas citaciones.

Visto siendo Ponente el Magistrado don Celestino Valledor.

Considerando que, frente a la acción ejercitada por los demandantes en solicitud de que se declaren válidas determinadas operaciones particionales, los demandados formularon súplica absolutoria y, además, pidieron por reconvencción que se hicieran declaraciones de derecho fijando bases para la nueva partición, contradictorias de las que se tuviesen en cuenta al efectuar la que los demandantes pretenden que se tenga por eficaz, y ante tales pretensiones inconciliables, la Sala sentenciadora absolvió de la demanda, por estimar fundamentalmente que no es válida la partición hecha por los demandantes y por un apoderado del padre de los demandados, en atención a que la representación del mandante se había extinguido por fallecimiento del mismo con anterioridad a la fecha en que el apoderado suscribió la partición, y estimando la demanda reconvenccional, declaró: Primero. Que la partición de las herencias en litigio se ha de regir por la legislación común y no por el fuero de Vizcaya. Que, en consecuencia, es nula la donación de bienes hereditarios hecha a los demandantes por su madre con poder testatorio de su finado marido, causante de la herencia. Tercero. Que también son nulas las informaciones posesorias en favor de los actores y de un hermano suyo de otros bienes de la herencia; y Cuarto. Que todos estos bienes, comprendidos en la donación y en las informaciones posesorias, deben ser reintegrados a la masa hereditaria para ser repartidos con arreglo a las bases que en la sentencia se establecen.

Considerando que dada esta posición del fallo recurrido, tendente, en definitiva, a

proclamar la nulidad de la partición efectuada, no tan sólo porque la suscribió el apoderado del padre de los demandados años después del fallecimiento del mandante, sino también por haberse aplicado la legislación foral de Vizcaya, en vez de acomodar la partición a la legislación común, y por haber dado validez a la donación hecha por el poder testatorio y a las informaciones posesorias referidas, que la sentencia de instancia declara nulas, el presente recurso impugna únicamente el primero de los fundamentos jurídicos mencionados, pero no los restantes, que quedaron firmes por consentidos y son suficientes por sí solos para mantener la decretada nulidad de la partición.

Considerando, en otro aspecto, que, aunque fuese viable el recurso y se estimase que el representante del padre de los demandados prestó su conformidad a la partición en vida del poderdante, o que el mandato representativo no se extinguió por la muerte de éste, como propugna el recurrente, surgiría la imposibilidad procesal en segunda instancia de declarar la validez de la partición, por ser incompatible con el pronunciamiento revestido de autoridad de cosa juzgada, que establece otras bases de hecho y de derecho para la nueva partición, conducentes, por motivos distintos e independientes de los invocados en el recurso a la nulidad de la división de herencia ya efectuada.

Considerando, además, que, en todo caso, no podrían prosperar los motivos primero, segundo y quinto del recurso, en cuanto denuncian errores de hecho y de derecho que se dice cometidos en la instancia al dar por probado que el representante del padre de los demandados dio su conformidad a la partición en el año 1945, habiendo fallecido el poderdante en el año 1942, pues para demostrar que la conformidad fue dada antes de esta última fecha se aduce la copia del hipotético documento particional, reconociendo el propio recurrente que, si bien dicha copia fue suscrita por el poderdante en el año 1945, el documento original fue firmado en el año 1942, antes del fallecimiento del poderdante, y ni ha sido traído a los autos tal documento, ni se ha practicado prueba de reconocimiento de la firma del apoderado en la copia, ni consta que ésta coincida con el supuesto original, ni, en último término, tendría otro valor probatorio en cuanto a fecha de la partición, caso de que en la copia apareciese la manifestación del poderdante en el sentido de que el original fue firmado en el año 1942, que el correspondiente a una declaración testifical del apoderado, por lo que ni la copia ni la mera manifestación del poderdante revisten caracteres de autenticidad en casación para demostrar la equivocación del juzgador en la forma evidente que exige el número séptimo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Considerando que la desestimación de aludidos tres motivos torna inoperantes el tercero y el cuarto, porque si la partición fue aprobada por el apoderado después de la muerte del poderdante, la cuestión de derecho a resolver no habría de variar por la circunstancia de que la partición la hiciese el apoderado o un tercero por él designado, que es lo que como cuestión de hecho plantean dichos motivos.

Considerando que en el sexto motivo parte el recurrente del supuesto de hecho, no

demostrado en forma alguna, de que el padre de los demandantes tuvo conocimiento de la partición varios meses antes de su fallecimiento, sin haberlas impugnado, y sobre esta base injustificada entra en consideraciones jurídicas sobre significación y alcance del silencio que no pueden ser tratadas en casación por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la ley procesal, que es la utilizada en este motivo, e igual consideración es aplicable al particular que alude a la valoración que en derecho debe darse a ciertos actos de una de las demandadas, como expresivos de aprobación tácita de la partición.

Considerando que, subsidiariamente, para el caso de que no prosperasen los seis primeros motivos del recurso, encaminados a demostrar que la partición fue hecha en vida del poderdante o consentida por éste primeramente y después por una de las herederas demandadas, se articula el séptimo y último motivo del recurso para mantener la tesis de que la muerte del padre de los demandados no determinó la extinción del poder que había conferido para llevar a cabo la partición, y como no lo entendió así la Sala sentenciadora, se le imputa la infracción por aplicación indebida del artículo 1.732 del Código civil; pero bien se advierte que dicha tesis, en los términos absolutos que se le atribuyen, aun referidos exclusivamente al apoderamiento, pugna abiertamente con la que el citado precepto legal establece en punto a extinción del mandato por muerte del mandante, con la salvedad a que se contrae el artículo 1.738 y con alguna otra que la doctrina científica y jurisprudencial admite para supuestos distintos del de autos, en particular para casos como el previsto en la sentencia de 22 de mayo de 1942, que el recurrente invoca, en que el mandato puro o representativo no responde a la mera confianza en que esta figura jurídica tiene un soporte, ni a la conveniencia o interés exclusivo del mandante, sino que obedece a exigencias de cumplimiento de otro contrato con derechos y obligaciones para él y para terceros, y por lo mismo ha de subsistir mientras subsista el contrato originario que motivó el otorgamiento del poder, pero fuera de estos supuestos excepcionales y dentro de la esfera del mandato o de la representación, la ley no somete a régimen distinto el mero mandato o relación material de gestión, el simple apoderamiento y la figura mixta del mandato representativo, a efectos de extinción del vínculo por muerte del mandante o apoderado, ni, por tanto, admite la validez del llamado mandato post mortero, con la salvedad mencionada y la implícitamente comprendida en los artículos 892 y 1.057 del Código civil.

Considerando que tampoco tiene encaje próximo ni remoto en los presentes autos la declaración que contiene la sentencia de 22 de diciembre de 1908, también invocada en el último motivo, puesto que en ella fue examinado un supuesto de hecho no constitutivo jurídicamente de mandato y sí de contrato atípico, que, según norma genérica del artículo 1.257 del Código civil, no se extingue por muerte de los contratantes y vincula a sus herederos, mientras que en el caso ahora contemplado nadie ha puesto en duda que se está en presencia de un puro mandato representativo, sujeto a normas especiales de fenecimiento.

**FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por doña Feliciano Máxima y don Tomás Francisco Menchaca y Arruebarrena, y por fallecimiento de este último continuado por la primera por sí y como única y universal heredera de su hermano, el referido don Tomás; condenamos al pago de las costas a la mencionada parte recurrente y a la pérdida de la cantidad que por razón de depósito ha constituido, al a que se dará la aplicación que previene la ley, y líbrese al Presidente de la Audiencia Territorial de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el Boletín Oficial del Estado e insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarios, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.– Mariano Miguel.–Celestino Valledor.– Felipe Gil Casares.– Saturnino López Peces.– Manuel Moreno.– Salvador Minguiján.

Publicación.– Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Celestino Valledor, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha.– Cipriano Martín-Blas.