

STS de 10 de octubre de 1977

En la villa de Madrid, a 10 de octubre de 1977; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Bilbao, y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, por don José Ramón Madariaga Ereño, mayor de edad, casado, jubilado y vecino de Galdácano; contra don José Miguel Madariaga Ereño, mayor de edad, casado, industrial, de la misma vecindad que el anterior, y contra su esposa doña Pilar Urriaga Lagarreta, siendo también demandados doña María Asunción Madariaga Ereño, y su esposo don Silverio Oyarzábal Barreneches, éstos en situación de rebeldía; sobre nulidad de testamento y otros extremos; autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante, representado por el Procurador don Santos Gandarillas Carmona y bajo la dirección del Letrado don Miguel García; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo el demandado y recurrido don José Miguel Madariaga Ereño, representado por el Procurador don Saturnino Estévez Rodríguez, y bajo la dirección del Letrado don Pedro Rodríguez Sahagun.

Resultando que el Procurador don Isaías Vidarte Arochavaleta, en la representación actora, formuló demanda en escrito repartido a dicho Juzgado en 27 de marzo de 1974, exponiendo, en síntesis, los siguientes hechos: Primero. Que doña Anastasia Ereño e Iturrate, estuvo casada con don Fructuoso Ramón Madariaga y Arana, de cuyo matrimonio nacieron y viven actualmente tres hijos, que son el aquí demandante y aún dos hermanos demandados.— Segundo. Que el día 26 de enero de 1904, don Ramón Madariaga Arana y doña Anastasia Ereño Iturrate, otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales, estableciendo el régimen de la sociedad conyugal con arreglo al fuero de Vizcaya. En dicha escritura aparece una cláusula por la que ambos confieren mutuo y recíproco poder para que el sobreviviente disponga los bienes del premuerto entre los hijos comunes, en la forma que estime conveniente, prorrogándole el término legal para hacer uso de este poder por todo el tiempo que fuere de su agrado.— Tercero. Que don Ramón Madariaga Arana, falleció en Galdácano, el 19 de enero de 1930, habiendo otorgado testamento con fecha 11 de febrero de 1929, en Amorebieta. En dicho testamento instituye y nombra como únicos y universales herederos a sus hijos don José Ramón, doña Asunción y don Miguel Madariaga Ereño, en la proporción que determine la madre de los mismos doña Anastasia Ereño, en uso del poder testatorio que tiene concedido a la misma, que se deja subsistente y declara en todo vigor. En dicho testamento excluye de la herencia a su otro hijo don Bernabé José Madariaga Goiri, fruto de su primer matrimonio, y, finalmente, nombra albacea a su esposa doña Anastasia Ereño.— Cuarto. Esta última falleció en Galdácano, el día 3 de abril de 1959, sobreviviéndole sus tres hijos. Doña Anastasia murió bajo testamento abierto otorgado en Galdácano y Zamiz. En dicho testamento declara ser viuda de don

Ramón Madariaga, teniendo tres hijos llamados don José Ramón, doña María Asunción y don José Miguel. Lega a su hijo don José Miguel la mitad indivisa perteneciente a la testadora de las fincas denominadas "Echepinto", "Echevarri" y "Casa-Panadería", con sus terrenos, pertenecidos y huertas; y el monte llamado "Mucurtotza". Lega a su hija doña María Asunción, la casa radicante en Bedia, titulada "Echevarría", con su huerta. Que el resto de todos sus bienes, derechos y acciones y de los integrantes de la herencia de su difunto esposo nombra herederos, por mitad e iguales partes, a sus hijos doña María Asunción y don José Miguel Madariaga Ereño, apartando a su otro hijo, con la legítima foral.– Quinto. De todo lo expuesto se desprende que doña Anastasia Ereño, en su testamento no estableció ninguna diferencia respecto del caudal de bienes del derecho foral, a la muerte del esposo, la mitad del caudal correspondía a doña Anastasia, y la otra mitad a los hijos del matrimonio; a pesar de ello, doña Anastasia dispuso de la totalidad de la herencia de su difunto marido y de los suyos propios.– Sexto. Al fallecer doña Anastasia Ereño, se hallaba en posesión y propiedad condicionalmente, de las fincas que se detallan en su testamento. Además dispuso en vida de la casería denominada "Lecue de Medio", y sus pertenecidos que la vendió para, con el producto de la enajenación, costear los gastos de la boda y la dote de doña María Asunción Madariaga y Ereño. Igualmente, vendió los pinos plantados en el momento Mururtotza.– Séptimo. Que con fecha 11 de febrero de 1960, doña María Asunción Madariaga y su esposo, y don José Miguel Madariaga Ereño y su esposa, comparecieron en la Notaría de Villaro y se adjudicaron el caudal de ambos cónyuges en su totalidad.– Octavo. Que doña Asunción Madariaga Ereño, con el consentimiento foral de su esposo, vendió las viviendas de la planta baja y de la segunda planta alta, con sendas parcelas de terreno, de la casa denominada "Echevarría", conservando de la misma únicamente las dos viviendas de la planta primera y una parte de la huerta.– Noveno. Que don José Miguel Madariaga Ereño, vendió la madera extraída del pinar del monte Mucurtotza a la "Cooperativa Vasco Foral".– Décimo. Que el demandante nunca ha dado su conformidad al testamento de su madre y lo ha considerado siempre ineficaz; y ante la imposibilidad de que sus hermanos demandados reconocieran esta nulidad, se ha visto obligado a interponer la presente demanda.– Undécimo. Se fija la cuantía de este procedimiento en 600.000 pesetas. Siguen los fundamentos de Derecho y termina suplicando que en su día se dicte sentencia por la que se declare: 1) Que el poder testatorio conferido por don Fructuoso Ramón Madariaga, a favor de su esposa doña Anastasia Ereño, se extinguió y perdió todo su valor y a efectos legales, después de cumplido un año y un día después de la mayoría de edad del hijo menor del matrimonio. 2) Que, por tanto, por falta de capacidad de la otorgante, es nulo el testamento de doña Anastasia Ereño. 3) Se declaren sin eficacia jurídica la titularidad de doña María Asunción y don José Miguel Madariaga, sobre los bienes comprendidos en el testamento de su madre. 4) Que son nulas las inscripciones que hayan podido practicarse, respecto de estos bienes en los Registros de la Propiedad de Bilbao y Durango. 5) Que debe procederse a la apertura de la sucesión legítima de los causantes don Fructuoso Ramón Madariaga y doña Anastasia Ereño. 6) que los herederos "ab intestato" de ambos, por terceras e iguales partes, son sus tres hijos don José Ramón,

doña María Asunción y don José Miguel Madariaga Ereño. 7) Que, por tanto, corresponde al demandante una tercera parte indivisa y en plena propiedad de los bienes que integraban la comunidad del matrimonio de sus fallecidos padres. 8) Que son bienes integrantes de la sucesión de ambos cónyuges, todos los que pasaron a poder de doña María Asunción y don José Miguel Madariaga Ereño, que deberán reintegrarlos a la masa de la herencia o en su defecto el valor de los que se encuentren en poder de terceras personas. 9) Que deben unirse a la masa de la herencia las cantidades percibidas por doña María Asunción Madariaga por la venta de las fincas, así como la percibida por don José Miguel Madariaga, por la venta de los pinos antes aludida. También se suplica que se condene a los demandados a estar y pasar por las declaraciones anteriores, y al pago de las costas.

Resultando que admitida la demanda y emplazados los demandados, se personó don José Miguel Madariaga Ereño por sí y como legal representante de su esposa, no haciéndolo doña Asunción Madariaga Ereño ni su esposo, que fueron declarados en rebeldía. Que el Procurador don Mariano Escolar Martínez, en representación de los demandados comparecidos, contestó la demanda en escrito presentado en 8 de junio de 1974, oponiendo los hechos que en síntesis son como siguen: Primero. Se reconocen como auténticos los cuatro primeros hechos" de la demanda.– Segundo. Se niega el hecho quinto, pues contiene una afirmación errónea, aunque intrascendente, que se refiere a la fecha en que se originó la comunicación de bienes del consorcio matrimonial, la cual no se originó con la muerte de don Fructuoso Madariaga, sino con el matrimonio de éste con doña Anastasia Ereño. En el instrumento público de 20 de mayo de 1957, doña Anastasia Ereño, hizo su propio testamento respecto a su propio caudal hereditario, y quiso hacer lo mismo respecto al caudal de su esposo, pero sin eficacia alguna. Que don José Miguel Madariaga, disfrutó antes de iniciarse este pleito, de manera quieta, pacífica, ininterrumpidamente y en concepto de dueño de todos y cada uno de los bienes recibidos de sus padres, durante más de diez años.– Tercero. Que don José Miguel Madariaga fue emancipado el 21 de julio de 1934, cuando tenía 20 años.– Cuarto. Que antes del acto de conciliación del actor nunca había reclamado nada respecto a las herencias de su padres.– Quinto. Que el actor y el demandado don José Miguel Madariaga, vivieron siempre en el mismo pueblo y este último no pudo saber que el poder testatorio de su padre a su madre hubiese quedado invalidado por el transcurso del tiempo.– Sexto. Que no hay que explicar que la desheredación del actor tuvo sus razones; que durante muchísimos años vivió separado de su mujer e hijos a expensas de su hermano José Miguel.– Séptimo. Se niegan los hechos de la demanda que no estén reconocidos o establecidos en esta contestación.– Siguen los fundamentos de Derecho y termina suplicando que en su día se dicte sentencia declarando: 1) Nulo, sin valor ni efecto el testamento de doña Anastasia Ereño, en nombre de su fallecido esposo don Fructuoso Ramón Madariaga, por hallarse extinguido el poder que a tal efecto se le había concedido. 2) Válido, con validez total y absoluta el testamento otorgado por doña Anastasia Ereño por sí misma. 3) Que don José Miguel Madariaga recibió de modo legítimo los bienes que se le adjudicaron en el testamento de su madre.

4) Que el mismo adquirió la propiedad de los bienes que le fueron adjudicados por doña Anastasia Ereño, no sólo por los títulos escritos, sino también por prescripción adquisitiva. 5) Que herederos "ab intestato" de don Fructuoso Ramón Madariaga lo son sus hijos don José Ramón, doña María Asunción y don José Miguel Madariaga Ereño, pero sin que se pueda deducir acción alguna de petición de herencia contra don José Miguel Madariaga por hallarse prescrita la misma. Suplica igualmente que se desestimen todas las pretensiones de la demanda que no coincidan con las declaraciones anteriores, y al pago de las costas de este procedimiento.

Resultando que el ilustrísimo señor Magistrado Juez de Primera Instancia número 4 de Bilbao, dictó sentencia en 18 de marzo de 1975, cuyo fallo dice así: que estimando la excepción perentoria de prescripción de la acción de petición de herencia, instada por el actor, debe desestimar y desestimo la demanda deducida por el Procurador señor Vidarte, en nombre y representación de don José Ramón Madariaga Ereño, instada contra don José Miguel Madariaga Ereño y la esposa de éste doña Pilar Ugarriza Legarreta, representados en autos por el Procurador señor Escolar, y contra doña María Asunción Madariaga Ereño y su esposo don Silverio Oyarzábal Barrenechea, en rebeldía, a quienes absuelvo de la petición en su contra instada. Sin expresa imposición de costas.

Resultando que contra la anterior sentencia se interpuso por la representación demandante recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos con emplazamiento de las partes, y remitidos los autos a la Audiencia Territorial de Burgos, ante la que comparecieron las partes personadas en la primera instancia; tramitada la alzada, la Sala de lo Civil dictó sentencia en 29 de enero de 1976, cuyo fallo dice así: "Que revocando la sentencia recurrida y desestimando totalmente los pedimentos de la demanda y de la réplica, debemos absolver y absolvemos libremente de la misma a la demandada, y estimando parcialmente la reconvenición debemos declarar y declaramos: Primero. Válido, con validez total y absoluta, el testamento que por sí –y no como mandataria de su esposo– otorgó el día 20 de mayo de 1957 doña Anastasia Ereño Urrate; y Segundo. Que el actor, don José Ramón Madariaga Ereño, no tiene acción, por haber prescrito, para pedir la herencia de su padre, don Fructuoso Ramón Madariaga aunque de tal herencia hubiese dispuesto su madre, doña Anastasia Ereño, haciendo uso de un poder testatorio conferido por su marido cuando dicho poder estaba ya caducado. Todo ello sin hacer especial imposición de las costas causadas en ambas instancias".

Resultando que preparado recurso contra la sentencia dictada por la Audiencia, compareció el Procurador don Santos Gandarillas Carmona, que en nombre de don José Ramón Madariaga Ereño interpuso recurso en escrito presentado en 3 de mayo de 1976, juntamente con el poder que acredita la representación del Procurador, la certificación de las sentencias de instancia copia del escrito del recurso; por no ser conformes las sentencias dictadas no se ha constituido depósito; el recurso se funda en los motivos siguientes:

Primero.- Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida, al no haber declarado como consecuencia de que el poder testatorio de don Fructuoso Ramón Madariaga Arana, a favor de su esposa, doña Anastasia Ereño, "quedó extinguido y sin validez el 22 de julio de 1935, la nulidad radical, absoluta, "ipso iure" o de pleno derecho, perpetua e insubsanable de todos los actos, tanto intervivos como "mortis causa", de disposición de bienes realizados por la comisaria doña Anastasia Ereño Iturrate, utilizando dicho poder después de la fecha de su caducidad, ha infringido por violación o falta de aplicación los preceptos y doctrina legal que pasan a concretarse: a) Doña Anastasia Ereño Iturrate, en los diferentes actos dispositivos intervivos y "mortis causa" que realizó como comisaria de su esposo con posterioridad al 22 de julio de 1935, en que había caducado el poder, es evidente que no tenía personalidad alguna para disponer de los bienes de su difunto esposo y comitente, y menos todavía de la totalidad del caudal de la sociedad conyugal, sujeto al régimen de comunicación foral. Por consiguiente, al atribuirse el carácter de apoderada de su finado marido, realizó un acto prohibido por la ley III del título XXI del Fuero de Vizcaya, cuya infracción por violación también se denuncia. b) Por ello, y por la doctrina del artículo 1.259 del Código Civil, es claro que al desconocer la sentencia las consecuencias de dicha actuación de la comisaria ha infringido abiertamente, por violación también, al no haberle aplicado siendo aplicable, el artículo 4.º del Código Civil vigente en la fecha de tal actuación, y que en la actualidad ha sido sustituido, precisamente por recoger la doctrina legal de forma mucho más enérgica y contundente, por el artículo 6.º, números 3 y 4, de la Ley de 17 de marzo, modificando el título preliminar del Código Civil. Aunque se quiera sostener que ese precepto no es directamente aplicable a los actos realizados por doña Anastasia Ereño con anterioridad a su vigencia, es evidente que ha de considerarse al menos como interpretativo, desde que se promulgó, del artículo 4.º del Código Civil, porque en esa reforma lo que se ha hecho es recoger la doctrina legal interpretativa de dicho artículo 4.º del Código Civil y, por ende, del 1.259 del mismo Cuerpo legal. c) Y es que, en efecto, tal doctrina legal constante y reiterada existía a la fecha de la Ley de 17 de marzo. Con arreglo a las cuales –en alguna de ellas se invoca y ratifica el principio general de derecho que dice: "quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere"– esa nulidad radical y absoluta declarada en el artículo 4.º del Código –hoy artículo 6.º, números 3 y 4, de la Ley de 17 de marzo– es equivalente a la "inexistencia" de que no trata el Código, pero de la que es un caso o a la que es equiparable la nulidad absoluta por falta de alguno de los requisitos esenciales del contrato, entre los cuales está el consentimiento que requiere la capacidad de los otorgantes, de que carecía la doña Anastasia al actuar como comisaria de su esposo, caducado y extinguido ya, desde hacía años en algunos casos, el poder testatorio de su finado esposo. Se trata, pues, de nulidad radical, absoluta de pleno derecho, perpetua e insubsanable con arreglo a los preceptos y doctrina legal citados como infringidos por violación o falta de aplicación, a los que ha de añadirse el artículo 1.310 en relación con el 1.218 del mismo Cuerpo legal, también desconocidos por la sentencia recurrida al no declarar tal nulidad de los actos de disposición, tanto intervivos como "mortis causa" de los bienes comunicados, realizados

por doña Anastasia Ereño, con posterioridad a la fecha de caducidad e invalidez, el 22 de julio de 1935, del poder testatorio que le confirió su esposo, don Fructuoso Ramón Madariaga Arana, en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 1904. Tal especie de nulidad trasciende a los actos dispositivos y realizados por los demandados don José Miguel y doña María Asunción Madariaga Ereño de bienes comunicados, aparentemente adquiridos por esos títulos causales procedentes de la actividad ilegal de absoluta e "ipso jure" o de pleno derecho no puede producir efecto alguno, siquiera haya que destruir su apariencia de existencia y legalidad cuando ella pueda ser obstáculo para el ejercicio de un derecho, doctrina que se contiene en una constante y reiterada jurisprudencia de la que son muestra las sentencias de 18 de enero de 1904 y 3 de enero de 1947, y que con la doctrina de que la acción que se funde en la nulidad absoluta es imprescindible (sentencias, entre otras muchas, de 11 de enero de 1928, 14 de mayo de 1929 y 10 de abril de 1935) completan el cuadro de la doctrina legal que, juntamente con los preceptos concretos que dejan citados y que interpreta aquélla, han sido infringidos por violación en la sentencia recurrida. Tal nulidad, total, absoluta, radical, de pleno derecho, perpetua e insubsanable, que por ser equiparable a la "inexistencia" es aplicable y debe declararse respecto a todos los actos realizados por la inicialmente comisaria, doña Anastasia Ereño Iturrate, por los cuales dispuso tanto por actos intervivos como "mortis causa" de bienes integrados en la universalidad patrimonial o comunidad de bienes al 50 por 100 entre la misma y sus tres hijos por la comunicación foral, con posterioridad al 22 de julio de 1935, en que, según la propia sentencia recurrida de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos, caducó y se extinguió el poder testatorio que le había conferido su esposo, y cuya nulidad y consecuencias de la misma se interesaron en los pedimentos segundo, tercero, cuarto, octavo y noveno de la súplica de la demanda y en las pretensiones primera y segunda de la súplica del escrito de réplica. Los detalles y circunstancias de estos actos realizados por la comisaria se exponen minuciosamente en los escritos de demanda y réplica, y sobre todo en el de conclusiones, de su parte, con expresión de los documentos que los justifican y folios en que se encuentran, todo lo cual se da aquí por literalmente reproducido y como formando parte integrante de este motivo. La consideración de los detalles de los actos realizados por la comisaria doña Anastasia Ereño al utilizar el poder testatorio de su finado esposo después de su caducidad, donando, instituyendo herederos y legando bienes incluidos en la comunicación foral a sus hijos María de la Asunción y José Miguel Madariaga Ereño, apartando de las dos herencias a su otro hijo, el hoy recurrente, don José Ramón Madariaga Ereño, fueron ejecutados en fraude de ley –con la complicidad, por cierto, del principal beneficiado don José Miguel– y también en fraude de los derechos del hoy recurrente, y no deben impedir la aplicación de las normas que se trató de eludir con tales actos, cuales son las que regulan la apertura de la sucesión intestada de las herencias de los padres, don Fructuoso Ramón Madariaga Arana y doña Anastasia Ereño Iturrate, de los que son herederos por partes iguales los tres hijos de dicho matrimonio, don José Ramón, doña María Asunción y don José Miguel Madariaga Ereño, los cuales fueron instituidos herederos universales por su padre, don Fructuoso Madariaga Arana, en el testamento bajo el cual falleció en 11 de

febrero de 1929, aunque en la proporción y en los bienes que dispusiere y determinara su esposa, doña Anastasia, en uso del poder testatorio que le tenía conferido, pero que, como se deja reiterado, caducó y se extinguió el 22 de julio de 1935, como lo tiene admitido la sentencia recurrida.

Segundo.- Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida infringe por violación o falta de aplicación los preceptos y doctrina legal que se dejan citados en el motivo anterior y que se dan aquí por literalmente reproducidos, y como formando parte integrante de éste con referencia específica y concreta a la nulidad radical también, plena, absoluta y de pleno derecho e insubsanable del testamento bajo el cual falleció la que fue comisaria, doña Anastasia Ereño Iturrate, otorgado en 20 de mayo de 1957, o sea, a los veintiún años de haber caducado el poder testatorio de su esposo. Con respecto a este testamento, la sentencia recurrida admite que por haberle otorgado como comisaria foral de su esposo, con posterioridad a la fecha en que caducó y se extinguió el poder testatorio, "habría de resultar en principio nulo y carente de valor". Pero seguidamente sostiene que esa nulidad habría sólo de afectar a los bienes de la herencia de don Fructuoso, pues es indudable –añade– que todas cuantas disposiciones haya otorgado doña Anastasia, por sí, sin hacer uso de aquel poder testatorio referido, han de declararse plenamente válidas, y ello aunque tales disposiciones fueran otorgadas en el mismo instrumento en que indebidamente actuó como comisaria foral., pues aparte de que dicho testamento reúne todos y cuantos requisitos se exigen en cuanto a capacidad, forma y solemnidades por el Código civil, no puede olvidarse y es fundamental que se trata de dos herencias distintas al permitirse en las leyes I y IV del título XXI del Fuero de Vizcaya el testamento conjunto, y sin que, por otra parte, se hubiese producido confusión alguna entre los bienes integrados de ambas herencias conforme a la escritura de manifestación de herencia otorgada ya el 6 de junio de 1930, obrante en autos, y teniendo en cuenta, por otra parte, que habiéndose pactado en el matrimonio de los padres la comunicación foral, habiéndose disuelto el matrimonio con hijos, pasa al cónyuge supérstite la mitad de todos los bienes sin necesidad de partición, conforme a la doctrina de la única sentencia que cita de la excelentísima Sala de las resoluciones que menciona de la Dirección General de los Registros (considerando tercero). Pero aun siendo cierto que en virtud de la comunicación foral, al disolverse el matrimonio con hijos, pasan a constituir los bienes integrados una comunidad o copropiedad individual del 50 por 100 ó por mitad entre la viuda, de una parte, y los hijos, de otra, de ello no puede obtenerse la conclusión a que llega la sentencia de la validez del testamento de doña Anastasia Ereño, en cuanto a la que llama su mitad indivisa, y ello por las siguientes sencillas pero concluyentes razones: a) Porque el testamento es único; no hay dos testamentos. b) Porque al otorgar ese testamento, además de por sí como comisaria foral, cuando hacía muchos años que había caducado y se había extinguido el poder testatorio de su esposo, según la propia sentencia recurrida reconoce, lo que se produce es una manifiesta incapacidad de la otorgante. c) Porque la comisaria dispuso de la totalidad de los bienes, ya comunicados, sin discriminación alguna de los pertenecientes a su finado esposo y de

los suyos propios. Ese testamento está viciado de nulidad absoluta, "ipso jure", radical, perpetua e insubsanable, como consecuencia indeclinable de la caducidad del poder testatorio desde hacía más de veintiún años y de que la comisaria dispuso en el testamento de los bienes comunicados sin discriminación entre la mitad indivisa perteneciente a la misma y la otra mitad a sus tres hijos. Por ello, la sentencia recurrida, al establecer una distinción no establecida por la testadora entre sus bienes propios y los de sus hijos como consecuencia de la comunicación foral, cuando lo cierto es que dispuso indiscriminadamente de los mismos, y al estimar la validez de medio testamento y la nulidad de otro medio ha incidido, aparte de las infracciones ya señaladas en el motivo anterior, en las específicas, relativas concretamente a esas declaraciones sobre el testamento de doña Anastasia Ereño.

Tercero.- Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida, en tanto en cuanto acoge y estima la excepción opuesta por el demandado comparecido don José Miguel Madariaga, de prescripción de la acción de petición de herencia ejercitada por el hoy recurrente, infringe: A) Por aplicación indebida, la ley VII, título XIV de la Partida VI –citada expresamente en el considerando tercero "in jure" de la sentencia recurrida–, así como los artículos 1.963 y 1.969 del Código Civil, cuya doctrina se aplica aunque sin citar sus números, todos ellos como premisa obligada y antecedente necesario del fallo. B) Por violación o falta de aplicación, siendo aplicable del artículo 1.965 del Código Civil y de la doctrina legal. En efecto, la sentencia recurrida estima que se ha producido la prescripción de treinta años que considera aplicable a la acción de petición por herencia, porque considera que el actor, su mandante, don José Ramón Madariaga Ereño, pudo ejercitarla desde el 22 de julio de 1935, en el que, según coincidencia de ambas partes y reconocimiento de dicha sentencia, caducó y se extinguió el poder testatorio conferido por don Fructuoso Ramón Madariaga Arana a favor de su esposa, doña Anastasia Ereño Iturrate, y que por tanto cuando inició su reclamación judicial, en diciembre de 1973, ya había transcurrido con mucho exceso tal plazo de treinta años, determinativo de la extinción por prescripción de la acción. Pero aunque no fuera por aquel fundamento del artículo 1.965, resultarían también imprescriptibles las acciones ejercitadas en al demanda, ampliadas en la réplica, incluso la de petición de herencia. En efecto, en la demanda y réplica se ejercitan las acciones de nulidad absoluta y radical, equivalente a la inexistencia de la donación que hizo la comisaria a favor de su hijo don José Miguel del testamento de la propia comisaria, como tal y por sí, y de la partición hereditaria entre doña María Asunción y don José Miguel Madariaga Ereño, así como de las subsiguientes ventas hechas por éstos, todo con mucha posterioridad a la fecha de la caducidad del poder testatorio del esposo, don Fructuoso Ramón, a favor de su mujer, doña Anastasia Ereño. De ello se deduce la imprescriptibilidad de la acción ejercitada, aunque sea la de petición de herencia, cuando el comienzo del plazo para prescribir está pendiente de que desaparezcan las apariencias de legalidad y validez producidas por actos, disposiciones o negocios jurídicos nulos, con nulidad radical, absoluta, plena, o negocios jurídicos nulos, con nulidad radical, absoluta, plena, "ipso jure" o de pleno

derecho, perpetua e insubsanable, porque al ser así, las acciones para pedir que se declare tal nulidad, a fin de que desaparezcan sus efectos o apariencias, resultan imprescriptibles –en otro caso parecerían subsanados– esos actos nulos con aquella nulidad "in radice", y esa imprescriptibilidad se comunica y trasciende a la acción de petición de herencia, conforme al principio "contra non valentem agere non currit prescriptio", sancionado por la jurisprudencia, y a la doctrina de que la nulidad radical y absoluta de los actos jurídicos equiparable a la inexistencia es perpetua e insubsanable, no admitiendo prescripción senatoria (sentencias de 6 de mayo de 1909, 10 de abril de 1933 y 19 de enero de 1950), doctrina que se infringe por violación al no aplicarse, debiendo serlo. Que es manifiesta la infracción por aplicación indebida del artículo 1.969, en cuanto al comienzo del cómputo para la prescripción del plazo de treinta años, suponiendo que fuera el aplicable, y, por ende, la infracción, también por aplicación indebida, del artículo 1.963 del mismo Código. Y como consecuencia se ha producido la infracción por aplicación indebida, del artículo 1.963 del mismo Código. Y como consecuencia se ha producido la infracción por aplicación indebida consecuenta a interpretación errónea al caso concreto de autos de la doctrina de las sentencias de 18 de mayo de 1932 y 12 de abril de 1953, porque si bien en éstas se establece la doctrina general de que la acción de petición de herencia prescribe a los treinta años y ello es en general así, no es aplicable al caso de autos por las razones precedentemente consignadas. Y se infringe por violación al no aplicarse la doctrina de la sentencia de 8 de octubre de 1962, en caso casi de identidad al actual, y en que se establece que el plazo de treinta años de prescripción de la acción de petición de herencia no es aplicable a los supuestos de que los bienes de esa herencia se haya dispuesto por actos intervivos, "mortis causa", nulidad con nulidad radical, absoluta, "ipso jure", perpetua e insubsanable, equiparable a la inexistencia cuya declaración se pide.

Cuarto.- Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este motivo es una consecuencia de los anteriores. La sentencia recurrida infringe por violación o no aplicación los artículos 657, 658, 659, 661, 930 y 931 del Código Civil y la doctrina legal contenida, entre otras, en las sentencias de 10 y 13 de junio de 1914, 7 de julio de 1915, 10 y 13 de octubre de 1919, 25 de febrero de 1926, 30 de mayo de 1930 y otras muchas, conforme a las cuales en materia de sucesión intestada rige el Código Civil en toda España, como consecuencia del carácter general que alcanza la Ley de Mostrencos. Acreditado el fallecimiento de don Fructuoso Ramón Madariaga Arana y de su esposa, doña Anastasia Ereño Iturrate, la nulidad del testamento del primero, de 11 de febrero de 1929, por haber caducado el poder testatorio que a favor de su esposa le confirió en el contrato prematrimonial de 1904, antes de que la comisaria hiciera uso del mismo, y la nulidad también del testamento, por sí y como comisaria de su esposo, que otorgó la misma en 1957, años después de caducado y extinguido dicho poder testatorio, el 22 de julio de 1935, disponiendo, como en la donación de 1947, a favor de su hijo don José Miguel de bienes comunicados, y demostrado el nacimiento de los tres hijos de dicho matrimonio, don José Ramón, doña María Asunción y don José Miguel, es visto que procede la apertura de la herencia

intestada; que los tres hijos son herederos legítimos, por partes iguales, de las herencias de sus padres, y que cualquiera de los tres, y por tanto don José Ramón, tienen derecho a pedir la partición de dicha herencia, conforme a los preceptos y doctrina citados, y a la doctrina de las sentencias de 5 de julio de 1893 y 30 de octubre de 1917, de que ello debe hacerse en el juicio ordinario correspondiente, siempre que se aporte la correspondiente justificación, como aquí se ha hecho.

Resultando que terminó con la súplica a la Sala de que dictara sentencia declarando haber lugar al recurso, casando la recurrida, dictando en su lugar la más procedente en derecho, en consonancia con los motivos alegados. Que el Procurador don Saturnino Estévez Rodríguez, en nombre de don José Miguel Madariaga Ereño, se personó como recurrido; que comunicados los autos al Ministerio Fiscal, éste, en su dictamen, se opuso a la admisión del recurso; que celebrada vista, la Sala, por auto de 20 de diciembre de 1976, declaró admitidos los cuatro primeros motivos del recurso, no dando lugar a la admisión del quinto; evacuado el trámite de instrucción por las partes comparecidas, se declararon conclusos los presentes autos, ordenándose por la Sala fueran traídos a la vista.

Visto siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don Antonio Fernández Rodríguez.

Considerando que para la exacta comprensión de las cuestiones debatidas en el recurso en cuestión, y adecuada decisión sobre los cuatro motivos admitidos en que el mismo viene amparado, es de tener en cuenta, por ser hechos esencialmente reconocidos en la sentencia recurrida e incluso explícita e implícitamente admitidos por los litigantes personados, lo siguiente: Primero. Que don Ramón Madariaga Arana y doña Anastasia Ereño Iturrate, padres del demandante don José Ramón Madariaga Ereño, y de los demandados, doña María Asunción y don José Miguel Madariaga Ereño, otorgaron el 26 de enero de 1904 capitulaciones matrimoniales, estableciendo el régimen de la sociedad conyugal proyectada, y posteriormente realizada, con arreglo al Fuero de Vizcaya, por el que habrían de regirse en orden al destino de los bienes que respectivamente aportaron, conviniendo que los referidos esposos, ella con aprobación de sus padres, se conferían mutuo y recíproco poder para que el sobreviviente dispusiere de los bienes del premuerto entre los hijos comunes, en la proporción, cuantía, forma, reservas, cargas y condiciones que estimare conveniente, y con los apartamientos y exclusiones del caso, bien sea por actos intervivos, ya por causa de muerte, prorrogándole el término legal para hacer uso de ese poder por todo el tiempo que fuere de su agrado.– Que el 19 de enero de 1930 falleció el esposo, don Ramón Madariaga Arana, dejando del referido matrimonio, como hijos, a los relacionados demandante y demandados, habiendo sido emancipado don José Miguel Madariaga Ereño, que era el de menor edad, el 21 de julio de 1934, cuando tenía veinte años de edad cumplidos.– Tercero. Que la viuda, doña Anastasia Ereño Iturrate, fallecida el 3 de abril de 1959, otorgó testamento, que es el único que consta por ella efectuado, el 20 de mayo de 1957, en el que, entre otras declaraciones inoperantes al caso, lega al hijo don José Miguel la

mitad indivisa perteneciente a la testadora de las fincas, radicantes en la jurisdicción de Anteiglesia, consistentes en las casas llamadas "Echepinto", "Echevarri" y "Casa-Panadería", con sus terrenos pertenecidos de antuzanos y huerta, dividida por la carretera de la estación, y del monte nombrado "Mucurtotza", cuarto de Montesel, de medida aproximada de 125 peonadas; hace otro legado a la hija, doña María Asunción, de la casa radicante en jurisdicción de Bedia y titulada "Echevarría", con su huerta próxima y aneja, sita en el barrio de Ibarra, nombrada dicha huerta "Ortue" y de cabida de 1.145 metros cuadrados, instituyendo y nombrando herederos por mitad e iguales partes en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, y de las integrantes de la herencia de su difunto esposo y comitente a sus citados hijos doña María Asunción y don José Miguel, apartando a su otro hijo, don José Ramón, y demás descendientes, excluyéndole de los bienes de tal institución, así como aparta y excluye también de los legados precedentemente expuestos a los no llamados a los mismos, con la legítima foral de un real de vellón, un palmo de tierra, una teja y el árbol más remoto e infructífero.— Cuarto. Que en las invocadas capitulaciones matrimoniales se consignó que el precitado don Ramón Madariaga Arana aportaba al matrimonio proyectado, y que se constituyó, la mitad indivisa que por título de comunicación foral le correspondía de una porción del monte nombrado "Usánsolo", radicante en el barrio de Unquina, jurisdicción de la anteiglesia de Galdácano, de 14 áreas con 80 centiáreas, con las casas dobles tituladas "Casa Pinta" y "Echevarri" y la casa sencilla nombrada "Panadería", construidas en ella, así como varios de los muebles y ropas, valuadas en 1.304 pesetas, todo lo cual se expresaba debidamente en la escritura de declaración voluntaria sobre los bienes relictos por fallecimiento de su primera esposa doña Ramona Goiri Anta, otorgada con su cuñado don Ignacio el 23 de enero de 1904, en tanto que don Pablo Ereño Mena y doña María Juana Iturrate Madariaga, padres de la tan mencionada doña Anastasia, donaban y mandaban a ésta, con motivo del mentado matrimonio, en concepto de dote inestimada, la casa llamada "Lecúe de Medio" y sus pertenecidos, de que se hace detallada descripción, y como dote estimada, los efectos de arreo que se expresaban y serían entregados el mismo día del casamiento, y los muebles y efectos que se relacionaban, estableciéndose que la donación causa a favor de su dicha hija el pago total de los derechos de la misma en las herencias paterna y materna y con exclusión de los demás hijos, con un palmo de tierra, una teja, un árbol y 75 céntimos de peseta a cada uno, imponiéndole determinadas obligaciones sin trascendencia a los fines del presente recurso, y conviniendo asimiso los integrantes del futuro matrimonio, y llevado a efecto entre don Ramón Madariaga Arana y doña Anastasia Ereño Iturrate, ésta con aprobación de sus padres, en demostración de afecto, la donación mutuamente con 1.500 pesetas para que el sobreviviente las hiciese y llevase de lo mejor y más realizable de los bienes del premuerto, disolviéndose el matrimonio sin hijos, fallecieren abintestato, y confiriéndose el mutuo y recíproco poder a que se contrae el primero de los apartados de este considerando.—Quinto. Que mediante escritura notarial de 30 de junio de 1930, a efectos de otorgamiento de un préstamo e hipoteca, doña Anastasia Ereño Iturrate hizo manifestación de bienes de comunicación foral convenida por consecuencia de su matrimonio constituido con su fallecido marido, don Ramón

Madariaga Arana, del monte titulado "Usánsolo", ya citado, sobre el que existen las casas nombradas "Casa Pinta", casa doble nombrada "Echevarri" y casa sencilla llamada "Panadería", precedentemente aludidas, que prevenían al citado don Ramón en una mitad por el título legal de comunicación de los bienes de su anterior matrimonio con doña Ramona Goiri Ant, y en otra mitad, por compra a su hijo de dichas primeras nupcias, don José Madariaga Goiri, según escritura pública otorgada el 24 de mayo de 1924, edificada y aprobada la última por la esposa del vendedor, doña Petra Guisasola Auza, en 1 de enero de 1922, con subsiguiente inscripción registral y afectación de una situación jurídica de enfiteusis; un monte amojonado en el barrio de Arteta, jurisdicción de Galdácano, en el sitio cuyo nombre no aparece precisado por ilegible, en la cabida que se expresa y del que se hace detallada descripción, comprado por el citado don Ramón Madariaga Arana durante su matrimonio con doña Anastasia Ereño Iturrate, con subsiguiente inscripción registral, y cuya finca formaba parte de la constituida por la casa-caserío señalada al número 194 y con pertenecidos del barrio de Arteta, y en unión también de la finca señalada con el número 193, afecta, según se dice, a un crédito que nadie reclama; la casa llamada "Lecue de Medio", con campo y antuzano contiguo, jaro y viveros, heredades de pan y sembrar nombradas "Beco Soloa", "Mario-solo", "Inasolo" y "Echeonda", de todo lo que se hace amplia relación, y cuya finca fue donada a la mentada doña Anastasia, en dote inestimada, por sus padres, don Pablo Ereño y doña María Teresa Iturrate Madariaga, en la referida escritura de capitulaciones matrimoniales, inscrita registralmente; una casa denominada "Echevarría", que se halla situada en el barrio de Ibarra, de la anteiglesia de Bedia, y la heredad llamada "Ortúe" con pertenecidos de la casería de Ibarra, lo que fue comprado por ambos esposos, con pacto de retro, a medio de escritura pública formalizada el 13 de diciembre de 1921, con inscripción registral, y estando la finca descrita libre de toda carga y gravamen, salvo el derecho "del usufructo vitalicio de la mitad de las ventas", que fue reservado por doña Ana María Iturrate Madariaga al donar la finca a su hija doña Luisa Ereño en escritura notarial otorgada en 5 de septiembre de 1921.- Sexto. Que con fecha 11 de febrero de 1960, mediante comparecencia ante Notario, doña María Asunción Madariaga Ereño, asistida de su esposo, don Silverio Oyárbabal Barrenechea, y don José Miguel Madariaga Ereño, casado con doña María del Pilar Ugarriza Legarreta, basándose en el contrato matrimonial, poder testatorio y disposiciones testamentarias correspondientes a los esposos tantas veces citados, señores Madariaga-Ereño, procedieron a la adjudicación de los bienes constitutivos de las herencias de ambos cónyuges, asignando al don José Miguel la mitad indivisa perteneciente a su madre, doña Anastasia, el terreno procedente del monte titulado "Usánsolo", precitado, y edificaciones en él existentes: "Casa Pinta", casa doble llamada "Echevarri" y la casa sencilla nominada "Panadería", expresadas, así como la totalidad del monte Sel, conocido por el nombre de "Mucurtotza"; en tanto que a doña María Asunción se hacía asignación de la totalidad de la casa nominada "Echevarría" y heredad "Ortúe"; haciéndose igualmente adjudicación a los referidos don José Miguel y doña María Asunción de la concesión del terreno para enterramientos que, señalado con los números 1 al 4, letra C, pertenecía a sus padres en el cementerio del Ayuntamiento de la anteiglesia de Galdácano, con sujeción a lo que

determinan los reglamentos vigentes sobre la materia, dándose los relacionados adjudicatarios por satisfechos y pagados sus derechos hereditarios, y que cualquier deuda u obligación real o personal que pudiera aparecer la pagarían en proporción a sus respectivos haberes, siendo de cuenta de cada adjudicatario la inscripción en el Registro de los bienes que respectivamente se han adjudicado, y cuya actividad registral tuvo lugar.- Séptimo. Que la repetida doña María Asunción Madariaga Ereño, con el asentimiento foral de su esposo, don Silverio Oyarzábal Barrenechea, vendió las viviendas derecha e izquierda de la planta baja y las viviendas derecha e izquierda de la planta alta segunda, con sendas parcelas de terreno segregadas del antuzano de la referida casa "Echevarría", mediante tres escrituras públicas, de 20 de abril de 1960 y una de 20 de agosto de 1962, otorgadas ante Notario, en favor de terceros, y mediante también escritura pública de 11 de febrero de 1947, la propia doña Anastasia realizó donación en favor de su hijo don José Miguel de la mitad indivisa de la finca nominada "Usánsolo", de que se viene haciendo mención", correspondiente a la sucesión de su expresado esposo.- Octavo. Que en el escrito inicial de demanda rectora de las actuaciones de que el presente recurso dimana, fechado el 20 de marzo de 1974 y sometido a reparto el 26 siguiente, se solicitó, entre otros extremos complementarios, la declaración de caducidad del poder testatorio conferido por don Ramón Madariaga Arana en favor de su esposa en segundas nupcias, doña Anastasia Ereño Iturrate, y como consecuencia la nulidad de actos y negocios jurídicos posteriores verificados con su base y fundamento, caducidad que reconoce la sentencia recurrida, pero que declara prescrita la acción de petición de herencia que aprecia se promueve, por lo que no extrae, en definitiva, consecuencias de la apreciada caducidad.

Considerando que en trance de decidir el recurso de casación ejercitado, y para guardar un adecuado rigor lógico en él, procede alterar el estudio de los motivos admitidos en el sentido de pronunciarse en primer lugar sobre el tercero, fundamentado en pretendida infracción, por aplicación indebida, de la ley VII, título XIV, de la Partida VI, así como de los artículos 1.963 y 1.969 del Código Civil, y en violación o falta de aplicación, estimándolo aplicable, del artículo 1.965 del mencionado Código y doctrina con él relacionada, en tanto en cuanto la sentencia recurrida acoge la excepción opuesta por el demandado comparecido don José Miguel Madariaga Ereño de prescripción de la acción de petición de herencia que se manifiesta ejercitada, pues de la solución que deba merecer esta cuestión pende la de las demás planteadas.

Considerando que es de tener en cuenta en orden a dicho tercer motivo de casación que nuestro Código Civil, superando la teoría de la "actio nata", afirmativa – para ser posible la prescripción– de que la acción hubiera nacido, dejando sin resolver la cuestión de cuándo debe entenderse que nació, acepta, a través de la normativa del artículo 1.969, la teoría de la realización, sosteniéndose el nacimiento de la acción cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa, o más concretamente al tiempo en que pudiera ejercitarse eficazmente para lograr su total efecto, según tiene reconocido este Tribunal en sentencias de 26 de noviembre de 1943, 22 de diciembre de

1945, 29 de enero de 1952 y 25 de enero de 1962, reiterando criterio ya sostenido en otras precedentes, porque, como se proclama en la última de las relacionadas resoluciones, si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la Ley o la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo.

Considerando que haciendo adecuada aplicación al supuesto contemplado de la doctrina expuesta en el precedente, es de llegar a la solución de estimación del citado motivo tercero de casación, al producirse en la sentencia evidente violación del artículo 1.969, en que tal motivo se fundamenta, toda vez que, en contra de lo apreciado por la sala sentenciadora en instancia, y aun prescindiendo de los diversos motivos que en relación con las acciones ejercitadas presentan las pretensiones formuladas en los escritos de demanda y réplica rectores del proceso de que se trata, el "dies a quo", para cómputo inicial de la prescripción extintiva alegada por el demandado personado, don José Miguel Madariaga Ereño, y que la recurrida sentencia acogió, no ha de ser fijado desde el día 23 de julio de 1935, en que se manifiesta producida caducidad del poder testatorio conferido por don Ramón Madariaga Arana a su esposa, doña Anastasia Ereño Iturrate, sino desde la fecha de 3 de abril de 1959, en que se produjo el fallecimiento de tal comisaria o apoderada testatoria, con lo que presentada la demanda en cuestión en 26 de marzo de 1974, en que fue sometida a reparto y producida su admisión a trámite, claro es que en modo alguno han transcurrido los treinta años que se fijan en la sentencia impugnada para la prescripción de la acción de petición de herencia, haciendo aplicación de la doctrina jurisprudencial sancionada en sentencias, entre otras, de 18 de mayo de 1932, 12 de abril de 1951, 12 de noviembre de 1953 y 8 de octubre de 1962; cuya tesis de cómputo inicial, que este Tribunal acoge con remisión a la citada fecha de 3 de abril de 1959, viene avalada, de una parte, por el hecho de que hasta entonces, en que se produjo el fallecimiento de la precitada comisaria, y dada la reserva y consiguiente secreto de las disposiciones legalmente establecidas, no tenía el demandante medios adecuados para conocer si aquella había hecho o no uso, y en qué términos, del aludido poder testatorio que le confiriera su esposo y, en su caso, de su alcance y efectos, no estando por tanto en condiciones de poder ejercitar normal y eficazmente acción de petición de herencia de su padre poderdante, desde el momento en que un derecho no está en condiciones de ser reclamado en tanto no se conozca su existencia, contenido, alcance y efectos, v habida cuenta que pedir una herencia no es simplemente reclamarla genéricamente, puesto que este aspecto ya surge de la mera aceptación de la herencia prefijada en forma expresa o tácita, sino el reclamarla específicamente con el contenido a que en definitiva alcance según la institución hereditaria producida; y, por otra parte, en razón a que estando supeditado el derecho hereditario atribuible al referido demandante, don José Ramón Madariaga Ereño, a las consecuencias que jurídicamente pudieran merecer los actos realizados por las tantas

veces aludida comisada, doña Anastasia Ereño Iturrate, haciendo uso del poder testatorio de que se viene haciendo mención, determina la no posibilidad de prescripción de toda acción, y entre ellas las de petición de herencia, en tanto el comienzo del plazo para prescribir se encuentre supeditado a que desaparezcan las apariencias de legalidad y validez producidas por actos o negocios jurídicos, que, de no ser adecuados en derecho, generen nulidad radical, absoluta y de pleno derecho, toda vez que siendo tal clase de ineficacia perpetua e insubsanable, por serlo "in radice", es imprescriptible, conforme al principio "contra non valentem agere non curit prescriptio", sin admisión de prescripción sanatoria. como tiene reconocido este Tribunal en sentencias de 6 de mayo de 1909, 10 de abril de 1933 y 19 de enero de 1950, entre otras, con la consiguiente repercusión de comunicación y trascendencia a toda acción que tenga relación con esa secuencia de ineficacia.

Considerando que declarada la procedencia del tercero de los motivos de casación formulados, determina llegar a la también estimación del primero, fundamentado por el recurrente en violación, a causa de no aplicación, del artículo 1.259 del Código Civil y doctrina legal con él relacionada, derivada de las sentencias del Tribunal Supremo que en apoyo de tal motivo primero se invocan y del artículo 4.º del citado Cuerpo legal sustantivo, también por no aplicación, que se aduce regía al tiempo de los actos o negocios jurídicos impugnados, en cuanto respectivamente previenen que "nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la Ley su representación legal", de manera que "el contrato celebrado a nombre de otro será nulo a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante", y de que "son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordena su validez", lo que es esencialmente acogido en los números 3 y 4 del artículo 6º de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, modificadora del título preliminar del Código Civil, porque esa infracción emana no solamente del hecho de que la recurrida sentencia ya reconocía, en el tercero de sus considerandos, "que es cierto, y así lo admite la demandada, que el poder testatorio otorgado por don Fructuoso Madariaga a su esposa, doña Anastasia, caducó, quedando extinguido y sin validez el 22 de julio de 1935, es decir, al cumplirse el año y día de la mayoría de edad, por emancipación, del menor de los hijos, don José Miguel Madariaga Ereño, en relación con lo dispuesto en la ley III del título XXI del Fuero de Vizcaya, en relación con la disposición transitoria primera de la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya de 10 de julio de 1959", y que "en su consecuencia todo cuanto dispuso doña Anastasia con posterioridad a aquella fecha, no sólo por actos inter vivos en 1947, sino por testamento en 1957, como comisaria foral, haciendo uso del poder testario (sic) conferido por su esposo, habría de resultar en principio nulo y carente de valor", ni que de la doctrina establecida por este Tribunal en la sentencia de 8 de octubre de 1962, en la que es de insistir, sancionadora de que, en adecuada interpretación de la ley III, título XXI del Fuero de Vizcaya, caducado el poder testatorio al cumplirse el año siguiente a la mayoría de edad, por causa de emancipación, del hijo menor, desde dicha fecha no podía la comisaria hacer uso con eficacia jurídica de dicho poder, por la razón de que ya

no lo ostentaba, tanto porque la caducidad implica la inexistencia ¹ de un término fijo, para la duración de un derecho, y transcurrido aquél ya no puede éste ser ejercitado, cuanto por ser el requisito de subsistencia de poder indispensable para actuar a nombre de otro en virtud de autorización representativa, de modo que cuando falta, y se actúa sin persistir jurídicamente la autorización, los actos creados son nulos de pleno derecho por falta de facultades de la otorgante y ser actos prohibidos por la citada ley III, título XXI, del Fuero de Vizcaya, con la consecuencia de nulidad radical, absoluta, perpetua e insubsanable, equivalente a la inexistencia, en ortodoxa aplicación del brocardo jurídico de que "quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere", y mayormente porque siendo el fundamento del testamento por comisario en Vizcaya, en tendencia al robustecimiento de la familia, base espiritual de la casería para regir ésta, el permitir una buena elección del que se considere más apto de entre los hijos, con facultad de conferir la regencia al consorte para efectuar la designación a partir de que el menor de los hijos llegue a la mayoría de edad, por el momento en que se estima pueden ser conocidas las cualidades de todos los hijos, permitiendo acoger al que se considera más idóneo de ellos durante el plazo de un año siguiente a ese alcance de mayoría de edad del hijo menor, en orientación al fin de conservación de la casería por encima de la temporalidad de la vida de los individuos, por entenderse suficiente para ello aquella precitada exacta y precisa limitación temporal, y no un módulo más amplio y con extensión abstracta e indeterminada en el tiempo.

Considerando que centrado el recurso en el segundo de los motivos en que el mismo se ampara, con base en pretendida infracción por violación o falta de aplicación de los mismos preceptos y doctrina legal en que se soporta el primero, con referencia específica y concreta en nulidad radical, plena, absoluta y de pleno derecho e insubsanable del testamento bajo el que falleció la que fue comisaria, doña Anastasia Ereño Iturrate, que falleció el 20 de mayo de 1957, o sea, a los veintiún años de haber caducado el poder testatorio que le venía conferido, actuando aquélla en dicho acto de última voluntad tanto por sí como en el concepto de comisaria foral de su referido fallecido esposo en uso de dicho poder testatorio que le confirió, haciendo disposición, después de establecer determinados legados a favor de sus hijos doña Asunción y don José Miguel, en el sentido de instituir y nombrarlos herederos universales por mitad tanto en los bienes, derechos y acciones propios como en los de su esposo fallecido, a sus citados hijos doña Asunción y don José Miguel, apartando de ambas herencias con la legítima foral a su también hijo don José Ramón, plantea el problema dimanante de la rúbrica de "invalidez total o parcial del negocio jurídico", o la menos acertada de "invalidez, nulidad o ineficacia parcial", de si la causa de nulidad de una disposición, cláusula, pacto o estipulación de las varias contenidas en un negocio jurídico restringe sus efectos invalidatorios a la parte de éste directamente afectada por aquella causa, conforme al antiguo adagio "utile per inutile non vitiatur" (invalidez parcial), o, por el

¹ Debe querer decir "existencia".

contrario, los extiende o propaga a todo el contenido del negocio, de acuerdo con el brocardo latino "unus actus non potest pro parte valere, pro parte non" (invalidez total), cuya problemática abarca también la cuestión relativa a si la causa de nulidad de unos fragmentos o elementos de cierta cláusula contrae sus consecuencias invalidatorias a aquéllos, reduciéndose por tanto su ámbito, o, contrariamente, las contagia a toda la cláusula negocial.

Considerando que a falta de una norma jurídica general sobre la materia, ha de estarse para solucionar el problema, en primer término, a la disposición legal concreta – a alguna de las cuales se hará referencia después– que encierre la norma especial aplicable a la institución particular objeto del debate, y, en defecto de ella, deberá acudir a la hermenéutica negocial, según proclama la sentencia de este Tribunal de 4 de marzo de 1975, teniendo presente para ello, además del criterio tradicional que distingue entre negocios de contenido unitario (indivisible) y plural (divisible), que el factor decisivo para apreciar la invalidez parcial o la invalidez total se halla constituido por la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio, habida cuenta de las circunstancias del caso, de la naturaleza de aquél y de las exigencias de la buena fe.

Considerando que situados ya en este plano es digno de notar que en el Derecho comparado se observan dos tendencias en orden a cuál debe ser la regla general encaminada a la invalidación total y otra a la de nulidad parcial, aludidas en los considerandos precedentes, ya que mientras el Código Civil alemán (párrafo 139), seguido por algún otro, se inclina por el primer criterio, al disponer que si es nula una parte del negocio jurídico todo él es nulo, a menos que deba entenderse que, ello no obstante, se hubiera celebrado sin la parte nula, el Código suizo de las obligaciones (artículo 20, párrafo 2) y el Código italiano de 1942 (artículo 419), entre otros, establecen la regla contraria, preceptuando el último que la nulidad parcial de un contrato o de singulares cláusulas del mismo acarrea la nulidad del todo si resulta que los contratantes no lo hubieren concluido sin aquella parte de su contenido afectada por la nulidad.

Considerando que dicha regla de la invalidez parcial es la que debe prevalecer en nuestro Derecho, aun a falta de una norma jurídica positiva directa, toda vez que tal regla tiene su apoyo: Primero. En la aplicación analógica admitida por el artículo 4.º, 1, del Código Civil, de las numerosas normas concretas que imponen la validez parcial del negocio jurídico, a pesar de determinadas cláusulas, o de parte de aquél (artículos 641, párrafo segundo, 737, párrafo segundo, 767, 781, 786, 793, 1.116 –interpretado en este sentido por la sentencia de este Tribunal de 4 de marzo de 1975–, 1.155 párrafo primero, 1.376, 1.377, 1.476, 1.691, párrafo primero, etc.).– Segundo. Que el principio general de derecho sobre la conservación del negocio jurídico, acogido por nuestro Ordenamiento y proclamado por la doctrina legal establecida por las sentencias de 30 de marzo de 1950, 11 de noviembre de 1955, 22 de enero y 17, 21 y 27 de mayo de 1958 y 7 de junio y 6 de diciembre de 1960, cuya regla es la procedente a menos que la

exégesis negocial revele que el autor o autores del negocio jurídico no lo hubiesen concluido sin la parte nula, como se estimó en las sentencias de esta Sala de 17 de mayo de 1958, 29 de abril de 1965 y 30 de noviembre de 1973, como se previó en la antes mencionada de 4 de marzo de 1975.

Considerando que la aplicación de la anterior doctrina al caso litigioso impide declarar la nulidad total pretendida del aludido testamento de 20 de marzo de 1957, en virtud del cual, según ya viene indicado, doña Anastasia Ereño Iturrate, actuando tanto por sí como en el concepto de comisaria foral de su referido fallecido esposo en uso del poder testatorio que le confirió, hizo disposición de determinados legados a favor de sus hijos doña Asunción y don José Miguel, concretados en determinados bienes, les instituyó y nombró herederos universales por mitad, tanto en los bienes, derechos y acciones propios como en los de su esposo fallecido, apartando de ambas herencias con la legítima foral a su también hijo don José Ramón, así como obsta a la apertura de la sucesión legítima respecto a la herencia de la precitada doña Anastasia, dado que si la caducidad del poder testatorio otorgado por su marido privó a su viuda de la facultad de disponer de la mitad indivisa perteneciente al premuerto, quedó subsistente, sin embargo, el poder de disposición "monis causa" en cuanto a sus bienes, derechos y acciones propios, habida cuenta de que nada hay revelador de que la autora de la disposición de éstos no la hubiere realizado sin haber dispuesto simultánea y conjuntamente de la herencia de su finado cónyuge.

Considerando que esta conclusión aparece reforzada por el hecho de que la actividad testamentaria realizada por doña Anastasia Ereño Iturrate, de que se hace examen, está poniendo de manifiesto que la llevó a cabo no exclusivamente en ejercicio del poder testatorio que, en modalidad de testamento por comisario, le había conferido su marido, don Ramón, sí que también de su propio testamento, conforme autoriza el artículo 20 de la mencionada Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 30 de julio de 1959, al afectar solamente a hijos comunes de ambos cónyuges, lo que unido a la repetida circunstancia de caducidad del poder testatorio de que se viene haciendo mención, con la consiguiente extinción de sus efectos, conduce a la acogida solución de ineficacia de tal actividad testamentaria llevada a cabo por la meritada doña Anastasia en orden a la herencia de su marido con base en dicho poder testatorio caducado, pero no en lo que guarda relación con la herencia propia de la precitada comisaria, tanto porque si es cierto que en virtud de la comunicación foral constituyen los bienes integrados una comunidad o copropiedad indivisa del 50 por 100, o por mitad, entre la viuda y los hijos, de ello no cabe deducir, cual pretende el recurrente, que la testamentifacción producida sea única, pues una cosa es la expresión de voluntad testamentaria y otra los bienes, derechos y acciones que por ella en definitiva puedan resultar afectados, cuanto debido a que la orientación jurisprudencial, reflejada en sentencia de este Tribunal de 8 de julio de 1887, reconocedora de que "los instrumentos son en general indivisibles y no pueden ser aceptados en parte y en parte repudiados", únicamente puede tener aplicación en el caso del instrumento con carácter

de unicidad jurídica, pero no en el supuesto, que es el producido en el presente caso, de testamento, reflejados en un solo documento, afectantes con independencia jurídica a la disposición hereditaria de los bienes, derechos y acciones de dos personas, dado que entonces no se da la precisa situación de indivisibilidad impositiva de la posibilidad de parcial aceptación, lo que no viene obstaculizado por el contenido de la ya citada sentencia de este Tribunal de 8 de octubre de 1962, toda vez que en ella se contemplaba una donación amparada en poder testatorio caducado, y por tanto extinguido en sus efectos, lo que es significativo de instrumento con valor jurídico único, con no posibilidad disgregatoria en su efectividad, que, como viene indicado, no es supuesto que se da en el caso actualmente en cuestión.

Considerando que, a mayor abundamiento y en materia testamentaria, confirma el criterio que se establece en los precedentes considerandos el contenido del artículo 846 del Código Civil, según el cual cuando el testador tuviese sólo una parte en la cosa legada se entenderá limitado el legado a esta parte, puesto que aun cuando se considere que tal norma no regula un supuesto de invalidez parcial, sino de interpretación de voluntad, lo cierto es que careciendo la viuda testadora de la facultad de disposición sobre los bienes del cónyuge premuerto, en virtud de la caducidad del poder testatorio que le había otorgado éste, los efectos de los legados y demás disposiciones testamentarias que realizó a medio del testamento de que se viene haciendo mención no pueden entenderse con más extensión de lo que en definitiva le alcance, con facultad dispositiva en los bienes de que dispuso en la referida conjunta actividad testatoria, como indeclinable secuencia de la voluntad manifestada en esa conjunta disposición, dado el principio imperante en materia hereditaria de que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, y en cuanto que lo realmente evidenciado con intencionalidad dispositiva testamentaria por la meritada doña Anastasia ha sido tal conjunta disposición y, en consecuencia, con proyección a la mitad de los bienes integrados en la comunidad foral por aquélla afectada.

Considerando que como consecuencia lógica de la estimación de los primero y tercero motivos de casación examinados, y de la desestimación del segundo, es de llegar a la también estimación del cuarto, amparado en infracción de los artículos 657, 658, 659, 661, 930 y 931 del Código Civil, y de la doctrina legal contenida, entre otras, en las sentencias de 10 y 13 de octubre de 1914, 7 de julio de 1915, 10 y 13 de octubre de 1916 y 30 de mayo de 1930, conforme a las cuales en materia de sucesión intestada rige el Código Civil en toda España, como consecuencia del carácter general que alcanza la Ley de Mostrencos, salvo las normas específicas forales, porque aún teniendo valor el acto de última voluntad realizado por la tan aludida doña Anastasia Ereño e Iturrate, mediante el testamento que otorgó el 11 de febrero de 1929, en lo que afecta a su herencia y con proyección de los bienes que en definitiva la integren, el hecho de que no lo tenga en relación con la herencia de su fallecido esposo don Ramón Madariaga y Arana, por estar caducado y consiguientemente extinguido en sus efectos el poder testatorio que éste había conferido a aquélla, y acreditado que del matrimonio por

ambos integrado nacieron tres hijos, que son el demandante don José Ramón y los demandados doña Asunción y don José Miguel, es visto que procede la apertura de la sucesión intestada del meritado don Ramón Madariaga y Arana, con la consiguiente declaración de herederos y el correspondiente derecho a los que resulten serlo de él a pedir la partición de dicha herencia.

Considerando que, por todo lo expuesto, y ante la acogida de los primeros, tercero y cuarto motivos de casación formulados, y en consecuencia estimarse que en la sentencia recurrida se han cometido infracciones de ley y de doctrina legal en que se amparan, es de declarar haber lugar a casar la indicada sentencia, y procediendo dictar por separado la sentencia que corresponda sobre los extremos objeto del pleito respecto de los cuales recae la casación, todo ello cual previene el artículo 1.745 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, contra la sentencia dictada con fecha 29 de enero de 1976, por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos; por derivación del juicio de que se trata, interpuesto por don José Ramón Madariaga y Ereño, en cuanto a los motivos primero, tercero y cuarto formulados, y no estimando el segundo, sin hacer expresa condena de costas. Líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación que remitió.

Así, por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.— Julio Calvillo.— Manuel Taboada.— Federico Rodríguez.— Manuel González.— Antonio Fernández.— Rubricados.

Publicación.— Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Antonio Fernández Rodríguez, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma, en el día de su fecha, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Madrid, a 10 de octubre de 1977.— José Sarabia.— Rubricado.