

Roj: **STS 82/1960** - ECLI: **ES:TS:1960:82**Id Cendoj: **28079110011960100082**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/11/1960**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO BONET RAMÓN**Tipo de Resolución: **Sentencia****Número 691.**

En la villa de Madrid a 24 de noviembre de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Bilbao y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia

Territorial de Burgos, por doña Marí Jose , mayor de edad, viuda y vecina de Apatamonasteria, como representante legal de su hijo menor Jesús María , con doña Isabel , mayor de edad, viuda y vecina de Bilbao, sobre nulidad de operaciones divisorias y otros extremos; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada, representada por el Procurador don Juan Corujo López-Villamil y dirigida por el Letrado don Emilio Gómez Orbaneja; habiendo comparecido en el presente recurso la parte actora y recurrida, representada por el Procurador don Francisco de Murga Serret, y dirigida por el Letrado don Manuel Reventós:

RESULTANDO

RESULTANDO que por el Procurador don Germán Pérez Salazar, en nombre de doña Marí Jose , que actúa en concepto de representante legal de su hijo menor de edad Jesús María , y mediante escrito que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 3, de los de Bilbao, se dedujo demanda contra doña Isabel , sobre nulidad de operaciones divisorias y otros extremos, y cuya demanda basó sustancialmente en los siguientes hechos:

Primero. Que según resulta de las certificaciones del Registro Civil que presenta:

- Jesús María , hijo de la actora, es nieto de Felix , fallecido en Bilbao el 22 de septiembre de 1947.
- Que la actora ostenta ahora la representación legal de su dicho hijo por la edad de éste, nueve años, y haber fallecido con anterioridad su padre, don Rafael .
- Que don Felix estuvo casado en primeras nupcias con doña Eugenia , con la que tuvo un solo hijo, el llamado don Rafael ; y en segundas nupcias con doña Isabel , la aquí demandada, sin tener sucesión.

Segundo. Que según enseña el certificado del Registro General de Actos de Ultima Voluntad que aporta, el señor Felix falleció bajo el testamento abierto que había otorgado el 21 de septiembre de 1947 ante el Notario de Bilbao, señor Arenal, del que presenta copia autorizada. Que en él el causante declaró, aparte de sus circunstancias de familia ya expuestas, que cualesquiera adquisiciones que figuraban hechas por su esposa con posterioridad a su matrimonio habían sido efectuadas con fondos de ella, y que, por lo tanto, al establecer la liquidación de la sociedad conyugal se debía partir de esa su afirmación, considerando como bienes propios de la misma los que figurasen a su nombre y entendiéndose por privativos del marido los que lo estuviesen al suyo, que eran solamente dos pisos de la avenida DIRECCION000 , de Bilbao, y que sentaba la anterior por imperativo de su conciencia, ya que "no se propone favorecer a su esposa, aun cuando es bien acreedora a ello, sino realizar un acto de justicia para no gravar su conciencia e impedir que se grave la de su nieto o representantes». Disponiendo de sus bienes, instituyó heredera a su esposa del tercio de libre disposición de la herencia en pleno dominio, además de lo que la correspondiera por la cuota viudal usufructuaria, y en el



remanente instituyó heredero a su nieto Jesús María , nombrado albaceas testamentarios a su esposa y a su sobrino político don Ramón , Conde DIRECCION001 , y cantador particular al último.

Tercero. Que la partición de la herencia del señor Felix se causó mediante la escritura otorgada el 9 de febrero de 1949 ante el que fué Notario de Bilbao don Indalecio María Martínez de Bedoya. Que el inventario general de los bienes relictos ascendió a pesetas 8.562.981,17, y el haber asignado al nieto supone 496.969,88 pesetas. Se han distinguido estos grupos de bienes: enajenaciones de inmuebles realizadas por el señor Felix , 283.750; inmuebles por él aportados que se conservan, pesetas 294.000; bienes aportados por doña Isabel que se conservan, pesetas 4.368.023,65; bienes aportados por doña Isabel que han sido canjeados o convertidos por otros, 793.798,75 pesetas; bienes de doña Isabel que han sido amortizados y reembolsados, 150.589,61 pesetas; bienes de doña Isabel que fueron vendidos, 587.432,19 pesetas; bienes adquiridos por doña Isabel por subrogación real de otros parafernales, de un coste de 317.294,60 pesetas y evaluados en pesetas 1.802.466,50, y otros bienes aportados por doña Isabel , 111.162 pesetas. Que las adjudicaciones hechas a don Jesús María , en pago de su haber antes citado, fueron: en metálico, pesetas 29.969,88; los pisos NUM000 derecha y NUM001 derecha de la casa número NUM002 de la DIRECCION000 , de Bilbao, adquiridos por el causante en 1942, por 94.000 y 80.000 pesetas, respectivamente, con un total de 174.000 pesetas; la mitad indivisa de la finca DIRECCION002 , con sus pertenecidos, número 60 del Inventario, que el causante había adquirido al fallecimiento de su primera esposa, evaluada en 111.000 pesetas; la otra mitad de la finca DIRECCION003 , con sus pertenecidos, número 61 del Inventario, que había adquirido el causante por el mismo medio, evaluada en 183.000 pesetas. Que todos los restantes bienes relictos fueron adjudicados al cónyuge viudo.

Cuarto. Que doña Isabel ha disfrutado siempre de una excelente posición económica. Pero no es menos cierto que cuando don Rafael casó con la actora, su padre don Felix se disgustó gravemente, adoptando desde entonces, por sí o bajo el impulso de su esposa, todas las medidas que estaban a su alcance para su hijo y la sucesión que pudiera tener obtuviesen en su herencia la porción más reducida que fuera posible. Que esta última afirmación la deduce de estos hechos:

a) Don Felix , que residía en Amorebieta, territorio en que rige la legislación civil del Fuero de Vizcaya, vio cómo ésta presidió el régimen económico de su primer matrimonio, entre cuyas instituciones características figura la de que al disolver la sociedad conyugal y por virtud de la llamada "comunicación foral", todos los bienes de los cónyuges, los privativos suyos y los comunes (los gananciales del Derecho ordinario), se parten por mitad, recibiendo una de ellas el cónyuge sobreviviente y constituyendo la otra la herencia. Así, cuando en la partición de 1949 que da origen a este pleito se reseña el título de adquisición por partes del causante de las mitades indivisas de unas fincas DIRECCION002 e DIRECCION003 , se anota que en ambos lo fué el de comunicación moral por el fallecimiento de su esposa. Que ante ello, y para evitar entrar también en juego la comunicación con los bienes de su segunda esposa, no al contraer su matrimonio con éste, sino mucho después, el 21 de diciembre de 1945, según anota en su testamento, causó ante el Juzgado Municipal de Amorebieta la declaración de estar sujeto al Derecho común, para evitar, como dice, "toda duda respecto al particular».

b) De las enajenaciones de bienes inmuebles realizadas por el causante, que la partición cifra en 283.750 pesetas, salvo unas efectuadas en 1942, las demás, desde luego, las de mayor importancia, tuvieron lugar en 1945 y 1947 (el matrimonio dicho de la actora se concertó en 1943 en precios escriturados muy bajos con relación a su valor, con lo que, si bien podrá todavía forzarse a la herencia a responder del verdadero valor de las fincas, nunca se llegará a atribuir al nieto y heredero el valor que habrían representado las fincas de conservarse éstas.

c) Doña Isabel , en espléndida posición económica, no necesitaba que su marido le legara el tercio de libre disposición de la herencia, y menos todavía que la cuota legal usufructuaria. En cambio, el nieto del causante carece de todo recurso. Que el causante concedió a su esposa el máximo que la podría otorgar legalmente, y a su nieto la porción mínima que le reserva la ley.

d) Que las declaraciones hechas en el testamento por el señor Felix no pueden admitirse en cambio, sino en cuanto resulten justificadas, ya que dentro de otro modo se habría dado con una fácil salida para burlar el régimen de legítimas establecido en el Código Civil.

Quinto. Que luego de cuanto se deja expuesto llega ya al meollo de la cuestión planteada en este pleito, en el que estimando que la partición causa un grave e injustificado perjuicio al nieto del causante, la impugna por estos motivos concretos:

a) "Adición al Inventario»; que el causante poseía una amplia y valiosa colección de sellos de correos, que era bien privativo suyo. Un conocido aficionado que la examinó la estimó en el valor de unas 500.000 pesetas. Pero en el Inventario del caudal relictos se ha prescindido de ella, por lo que deberá completarse al mismo con esta



adición, para distribuir el bien entre los herederos, en la proporción fijada en el testamento, esto es, de un tercio para la viuda y de los dos tercios para el nieto, sin perjuicio de la cuota viudal usufructuaria correspondiente a aquélla.

b) "Liquidación de la sociedad conyugal». Que por el estado matrimonial del causante, la determinación del caudal de su herencia sólo puede hacerse tras las operaciones de liquidación de su sociedad conyugal, que en este caso constan hechas, en la partición de 1949, por el contador partidor y la ciudad del causante; pero en esa liquidación, y en la consiguiente determinación del haber de la herencia se ha obrado a juicio de la parte actora, infringiendo las normas legales de aplicación, con el deliberado y único propósito de cercenar el haber resultante para el nieto, aun más allá de lo dispuesto en el testamento y permitido por la ley. Que el punto principal de la liquidación lo constituye un grupo que la partición denomina "Bienes adquiridos por doña Isabel por subrogación real de otros parafernales», un lote de veinte partidas de valores (acciones del Banco de Vizcaya, "Eléctrica de Viesgo», "Euscalduna». "P. C. Vasco-Asturiano», "Iberduero», "Papelería Española», "Seguros, La Polar», "Unión Cerrajera», "Unión Resinera Española», "Industrial Resinera». Banco Hispano Colonial, Banco de Bilbao, Babcock and Wilcox y Banco Guipuzcoano). evaluadas en 1.802.467,50 pesetas, pero cuyo coste ascendió solamente a 317.294.60 pesetas, conforme a la propia partición. Que según ésta, tales valores fueron adquiridos con fondos pertenecientes a doña Isabel y son de ella; el actor sienta: que no puede admitir tal afirmación sin la prueba correspondiente, que demuestra que la adquisición se legalizó con fondos de doña Isabel que no tuvieron el carácter legal de gananciales, y que, aun de haberse adquirido con bienes privativos de ella, si medió una actividad de los cónyuges o de cualquiera de ellos para decidir sobre la conveniencia o no de la adquisición, entonces procedería atribuir a doña Isabel única y exclusivamente el crédito por el preciso importe invertido en la adquisición derivando el notable incremento de valor antes registrado para la sociedad conyugal, y por ende, en una de sus mitades, a la herencia del señor Felix . Que antes de formalizar la partición ahora impugnada por la parte actora, el albacea testamentario y la viuda del causante encomendaron al Notario señor Arenal el estudio y práctica de las operaciones divisorias del caudal, con la consiguiente liquidación de la sociedad conyugal. Entonces el señor Arenal preparó el proyecto de la copia que incluye (documento núm. 9), del que resultaba que la sucesión del causante recibía del consorcio conyugal bienes por 1.066.504,43 pesetas, que unidas a las 422.750 pesetas del caudal privativo del marido hacían que la herencia de éste se reintegrara por pesetas 1.499.254,43, frente a las 834.163,03 pesetas de la partición de 1949, que da lugar a este litigio; y es que en el proyecto de partición del señor Arenal, ajeno, claro es, a todo Interés por cualquiera de las partes, se consignaba que cuando "ninguna duda abriga el contador partidor de ser ciertas estas manifestaciones -aludía a las de testamento del causante-, pero ante la imposibilidad de acreditarlas d 1 una manera auténtica, mediante la correlativa venta y compra, tiene que atenerse a lo dispuesto en el artículo 1.407 del Código Civil , que dice se reputan gananciales t dos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, y tratar, por tanto, de acreditar las aportaciones por uno y otro cónyuges realizadas». Y por este motivo, el proyecto no consideraba como bienes parafernales ninguno de los que se incluyen en esta partida de este grupo g) de la partición llevada a cabo en 1949, después de rechazarse por doña Isabel el criterio del señor Arenal, ateniéndose a otros pareceres que la fueron más favorables, c) "El usufructo del tercio de mejora». Que en la partición impugnada s estima que el 20 por 100 de la parte respectiva, el tercio de mejora, el valor del usufructo viudal. Se ha obrado así de acuerdo con lo establecido al efecto en el Reglamento de Impuesto sobre Derechos Reales y transmisión de bienes, que opera exclusivamente sobre los valores atribuibles a los bienes, lo que no puede provocar objeción alguna. Pero a seguida, en lugar de causar las adjudicaciones pertinentes en nuda propiedad al nieto y en usufructo al cónyuge viudo, se toma esa mera valoración para modificar los términos de la institución de herederos y de adjudicación, dividiéndose el tercio de mejora en dos porciones, que se dan en pleno dominio, una del 80 por 100 para el nieto y la otra del 20 por 100 para la viuda. Que la parte actora, estimando que por la edad de la demandada se infiere de ese modo de obrar un notorio perjuicio para el menor cuyos intereses defiende su madre, impugna también esa extralimitación del contador partidor.

d) "Las enajenaciones de bienes inmuebles hechas por el causante.» Que en la partición, los bienes privativos del causante se estiman en 294.000 pesetas por los que se conservan a su fallecimiento, y otras 283.750 pesetas por el precio obtenido con las ventas de que se hace mérito en el grupo a) de la relación que el propio cuaderno particional contiene; luego, añadiéndose al total resultante de esa fortuna privativa del marido (577.750 pesetas), las 256.413,03 pesetas que recibe la herencia de la sociedad conyugal, se cifra la última en las 834.163,03 pesetas, que se distribuyen del modo antes dicho Pero como ya se ha indicado anteriormente, y aunque prescinda de los bienes vendidos antes del matrimonio de la actora con el hijo del causante, hay unas ventas cuyo precio escriturado no puede admitir represente el valor real de la transmisión, como son las hechas de 1945 en adelante. Que así, en el número 5 de tal grupo a) se relaciona la venta hecha en 22 de octubre de 1945 del chalet que tenía el finado en Amorebieta, con terreno solar huerta y jardín de 3.040 metros cuadrados de extensión y un terreno solar anejo de 699,04 metros cuadrados, que aparece vendido a don Iván y don Jose Carlos en la suma de 75.000 pesetas, insignificante en relación con el valor normalmente



atribuyéndole a la finca de que se trata. Que al número 7 se registra la venta de la lonja izquierda de la casa número NUM002 de la DIRECCION000, de Bilbao, hecha a doña Luz y don Ángel el 31 de enero de 1947 en 155.000 pesetas, importe éste que tampoco representa el valor del inmueble en la época de su transmisión. Que impugnada, pues, la certeza de esos precios, en lo que afecta a esta sucesión, reclama que el importe que debe atribuirse al marido en la liquidación de la sociedad conyugal por la venta de esos bienes ha de ascender a las sumas que, por encima de los precios confesados escriturariamente, se estimen como normales en la prueba pericial que se practique en este pleito. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia por la que, estimando la demanda, se declarase:

Primero.-Que la partición de los bienes relictos al fallecimiento de don Felix, constante en escritura pública otorgada el 9 de febrero de 1949, debía completarse o adicionarse incluyendo en su inventario, como bien privativo del señor Felix, la colección de sellos de correos que éste poseía para su distribución entre los herederos de aquél, a razón de una tercera parte en pleno dominio para su nieto Jesús María otra tercera parte para el mismo en nuda propiedad, y en usufructo para el cónyuge viudo, y la tercera parte restante para este último en pleno dominio.

Segundo.-A) Que el grupo de valores que a la partición denominada "bienes adquiridos por doña Isabel por subrogación real, de otros parafernales», cuyo coste de 317.294,60 pesetas, y que han sido evaluados en aquélla en pesetas 1.802.477.50, atribuyéndoseles el carácter de parafernales, no tienen esta condición, sino la de gananciales del matrimonio.

B) Que en su virtud, debía corregirse la partición de modo que, esperando esos bienes de los privativos de la esposa, jueguen en ella como bienes gananciales, atribuyéndose su mitad a la herencia del esposo, y distribuyéndose esta última, a razón de una tercera parte en pleno dominio para su nieto, Jesús María, otro tercio a esta nuda propiedad y en usufructo a su viuda, y la tercera parte restante a doña Isabel, en pleno dominio.

Tercero.-Que son nulas las adjudicaciones hechas por razón del tercio de mejora, correspondiente en nuda propiedad al nieto del causante, y en usufructo a su viuda, por haberse abonado al capital sin la anuencia del primero; y que, por ende, debían rectificarse en el sentido de atribuir los bienes que corresponden a cada uno de esos herederos, al nieto en nuda propiedad y a la viuda en usufructo.

Cuarto.-Que el importe de 283.750, que se atribuye en la partición a la herencia del marido por las enajenaciones de bienes inmuebles, por él realizadas, debían añadirse las sumas que se justificasen como pertinentes en el periodo de prueba, como justos precios percibidos en las épocas en que las enajenaciones tuvieron lugar, en cuanto a las fincas de los números 5 y 7 del grupo a) de la relación inserta en el cuaderno particional citados en el apartado d) del hecho quinto de la demanda b) que ese mayor valor parte íntegramente de la herencia, se distribuirá entre el cónyuge viudo y el nieto del causante en la proporción establecida en el apartado b) del número segundo de esta súplica.

Quinto.-a) Que por los defectos que recogen los extremos segundo al cuarto de esta súplica queda rescindida la partición de los bienes relictos al fallecimiento del señor Jesús María por lesión de su nieto en más de la cuarta parte; participación que, en todo caso, se declara nula por haberse hecho, en cuanto a los pormenores anotados y los que con ellos se relacionan, singularmente la liquidación de la sociedad conyugal, con infracción de las normas legales de necesaria observancia, citadas en los fundamentos de derecho del escrito de demanda.

b) Que en su virtud debía precederse a formalizar una nueva liquidación de la sociedad conyugal, y partición de la herencia, con arreglo a las bases que resultan de las anteriores declaraciones, y por acuerdo de la demandante y la demandada y en su defecto, por decisión de la autoridad judicial. Condenando a las partes a estar y pasar por las precedentes declaraciones y a cuanto de ellas se deduzca o infiera necesariamente a la demanda al pago de todas las costas:

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazada la demandada doña, Isabel, compareció en su nombre el Procurador don Isaías Vidarte Arechavaleta quien mediante escrito que presentó con fecha 13 de mayo de 1953. contestó a la referida demanda en base a los siguientes hechos:

Primero.-Que según resulta de las certificaciones del Registro Civil acompañadas con la demanda como documentos 1 al 5, don Jesús María, hijo de doña Marí Jose, es nieto de don Felix, que falleció en Bilbao el 22 de septiembre de 1947; por haber fallecido don Rafael, padre del referido don Jesús María, la representación legal de éste la ostenta su madre, la demandante; y es también cierto que don Felix estuvo casado en primeras nupcias con doña Eugenia, de cuyo matrimonio nació don Rafael; contrajo segundo matrimonio con doña Isabel, sin que de esta unión naciese sucesión; que por el certificado del Registro Civil que acompaña, relativo al acta de matrimonio entre don Felix y doña Isabel resulta que este matrimonio se celebró en Amorebieta el día 16 de octubre de 1933. La sociedad conyugal entre los referidos contrayentes subsistió desde el día de



la celebración matrimonial, 16 de octubre de 1933, hasta el día del fallecimiento del marido, ocurrido el 21 de septiembre de 1947, según se dice en la copia de la escritura de liquidación de sociedad conyugal y partición hereditaria que se acompaña con la demanda y todos cuyos términos reconoce como exactos.

Segundo.-Que según resulta del certificado del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, que se acompaña con la demanda bajo testamento abierto otorgado en 21 de septiembre de 1947 ante el Notario de Bilbao don Celestino María del Arenal. A sus términos se atiende, interesando destacar el contenido de tres de sus cláusulas, que a continuación comenta:

"Cláusula tercera. - Hace constar que desde que contrajo matrimonio en el año 1933, su segundo matrimonio reside en Bilbao, y por ello está sometido al derecho común civil contenido en el Código Civil, no obstante lo cual, a mayor abundamiento, el 21 de diciembre de 1955. ante el Juez municipal, hoy de Paz, de Amorebieta, hizo la correspondiente declaración de estar sometido al derecho común, no porque fuera necesario hacer tal manifestación, sino por evitar toda duda respecto del particular, y para que constara de una manera expresa que ese era también su deseo. Así, pues, en la disposición de sus bienes al derecho común se atiende.» Que en la escritura particional, y en su apartado tercero, sobre la legislación aplicable, se dice lo que aquí viene a confirmar y reproducir: "No cabe ninguna duda respecto a que la ley personal de don Felix a su fallecimiento era la común del Código Civil. En cuanto a la Ley del matrimonio siendo la personal de don Felix al tiempo de celebrarlo la foral vizcaína, por natural y vecino de Amorebieta, resulta la del Fuero de Vizcaya aplicable al caso, disuelto el matrimonio sin hijos, cada cónyuge hace suyos los bienes por él aportados y la mitad de los gananciales, aplicándose en este caso concreto las disposiciones del Código Civil como supletorias del Derecho foral» Otra cláusula del testamento que le interesa reproducir es la cuarta, que dice así: "Quiere consignar bien solamente y espera de la buena conciencia de su nieto y de quienes le representen durante su menor edad, que así han de reconocerlo, que no existen bienes gananciales en su actual matrimonio, y que cualquiera adquisiciones que haya efectuado su actual esposa doña Isabel con posterioridad a la celebración de aquél han sido efectuadas con efectivo de la exclusiva pertenencia de ella, que para realizarlo, en algunas ocasiones, han vendido lo que poseía cuando el matrimonio se celebró. Para la liquidación de la sociedad conyugal debe partirse, por tanto, de esa afirmación y considerar bienes propios de su esposa cuantos a nombre de ella figuren ahora o en lo futuro, y entender sólo propios del testador los que estén a su nombre, y que son hoy dos pisos que posee en casa de la DIRECCION000 , de Bilbao. Cualquier acto realizado por su nieto o quien le represente que vaya en contra de la declaración que a quien se hace supondría no sólo quebrantar la ley humana, sino también la divina, que es la que todos debemos principalmente cumplir. Está, por otra parte, seguro de que, dada su buena conciencia, tanto su nieto como quien le represente han de aceptar esta declaración convencidos de que al hacerla en momentos en que más que en las cosas terrenas se piensa en alcanzar la gloria eterna, no se propone favorecer a su esposa, aun cuando es bien acreedora a ello, sino realizar un acto de justicia para no gravar su conciencia e impedir que se grave la de su nieto o representantes.» Que esta declaración tiene la importancia trascendental de estar hecha en el mismo día en que el testador falleció, en pleno estado de lucidez, y ofreciendo como demostración de la autenticidad de sus manifestaciones la garantía de su propia conciencia y la alegación de su propia salvación. Si se añade al valor de este testimonio excepcional la circunstancia de que don Jesús María era un inteligente y competentísimo Letrado, se comprenderá que al margen de otras pruebas, es ésta una de las más sólidas presunciones jurídicas demostrativas de la realidad de un hecho, que en juicio civil pueden presentarse. Y no se diga que esta declaración fué una manifestación improvisada e irreflexiva del testador letrado. Por lo menos, don Jesús María llevaba más de dos años decidido en cuanto al fondo y realidad del hecho contenido en esta declaración, ya que con fecha primero de abril de 1945 había escrito de su puño, firma y rubricado la declaración privada que dice así: "En Bilbao, a primero de abril de mil novecientos cuarenta y cinco. Yo, Felix , mayor de edad, Abogado y vecino de esta villa, declaro: Que en mi matrimonio con doña Isabel , en el día de la fecha existen los siguientes gananciales: cuatro acciones A y cuatro B, mil novecientos cuarenta y dos. B. ídem, una acción Babcock Bilcox mil novecientos cuarenta y tres; una de mil novecientos cuarenta y tres y una de mil novecientos cuarenta y cinco. Dieciséis acciones Hidroeléctrica Ibérica mil novecientos cuarenta y tres. Diecinueve acciones Banco de Bilbao. Otras acciones, entre ellas diez Cestonas mil novecientos cuarenta y uno: cuarenta A y cuarenta B. Banco de Vizcaya mil novecientos cuarenta y uno y veintiocho A, veintiocho B, mil novecientos cuarenta y dos del citado; ciento cincuenta Banco Guipuzcoano mil novecientos cuarenta y dos con desembolso diez por ciento; tres Babcock et Bilcos mil novecientos treinta y nueve, tres de mil novecientos cuarenta y uno, una de mil novecientos cuarenta y uno y cuatro de mil novecientos cuarenta y dos; noventa y nueve acciones C. Eléctrica Madrid mil novecientos cuarenta; dieciséis Viosgos mil novecientos cuarenta y tres; treinta Vasco Asturiana mil novecientos cuarenta y dos; dieciocho acciones Hidroeléctrica mil novecientos cuarenta y dieciséis de mil novecientos cuarenta y tres; veintitrés acciones Hidro-Española, mil novecientos cuarenta y dos; cincuenta acciones Papeleras mil novecientos cuarenta y uno y ocho mil novecientos cuarenta y dos, catorce Saltos del Duero mil novecientos cuarenta y cuatro; treinta y dos Cerrajera de Mondragón mil novecientos treinta y nueve y seiscientas Yohn, Sociedad Anónima han sido suscritas y pagadas con capital



propio de mi esposa, Isabel . No son, pues, gananciales, sino de su propiedad. Y para que conste, lo suscribo fecha ut supra.-Firmado: Felix (Rubricado.)» Que entre esta declaración y la otra, hecha dos años y cinco meses después en su testamento, se observa una coincidencia de fondo y una sola variante, consistente en estimar que unas cuales, digo cuantas acciones que se citan, y que fueron percibidas por concepto de dividendo, tenían la consideración de gananciales, al pago que en el testamento se manifiesta que no existen gananciales de ninguna clase. La contradicción accidental tiene su explicación en el hecho de que el testamento se otorga bastante tiempo después, cuando las circunstancias habían cambiado; y el hecho de que esos dividendos percibidos en acciones, que son gananciales indiscutibles durante la vida del matrimonio, pueden dejar de serlo en el momento de la liquidación, precisamente causada en el mismo día en que se otorgó el testamento, por la sencilla razón de que no habiendo capital suficiente para la restitución integral de las aportaciones de los bienes privativos, no se puede decir que existen gananciales cuando en el activo figuran, como sucede en este caso, títulos o acciones que tuvieron en su día la consideración de pago de dividendo. Que independientemente de esta aplicación, lo cierto es que la partición se hizo con un criterio tan rigorista a favor de los herederos de don Felix y en contra del interés económico de la demandada como titular de bienes privativos y parafernales, que en la testamentaria se reconoció que aquellas acciones que procedían de dividendos eran gananciales, como también todos aquellos otros bienes que no fuesen estrictamente y demostradamente privativos. En este sentido ni uno sólo de los bienes fué considerado como privativo de la demanda porque lo hubiere dicho don Felix , sino porque los documentos y la contabilidad particular y bancaria así lo demostraban. Que otra cláusula del testamento, la séptima, dice así: Designa albaceas testamentarios...

Con igual prórroga, designa contador partidario para que practique las operaciones de inventario, evalúo, liquidación, partición y adjudicación del caudal hereditario a don Ramón , Conde DIRECCION001 .» Que para precisar los valores y metálico que la demandada tenía en los Bancos de Bilbao y de Vizcaya el día de la celebración de su matrimonio, el contador partidario señor Conde DIRECCION001 obtuvo de los referidos Bancos la información precisa y con su movimiento de valores y cuentas, enfrentado con la situación de cuentas y valores en los dos mismos referidos Bancos y con la complementaria justificación documental, pudo este señor contrastar la exactitud y realidad de las manifestaciones hechas en su testamento por don Jesús María sobre la inexistencia de gananciales, no obstante lo cual, y aplicando un criterio rigurosísima en beneficio de la parte demandante, pudo confeccionar el cuaderno particional y dar lugar a la escritura de la liquidación de la sociedad conyugal y testamentaria que es objeto de la impugnación planteada en la demanda. Dice el contador partidario, legítimo representante del causante y de sus herederos en las operaciones de partición, apartado quinto del cuadro testamentario: "Liquidación de la sociedad conyugal.-Para practicarse la liquidación de la sociedad conyugal se ha hecho una meticulosa investigación sobre el movimiento que durante la época del matrimonio han tenido los bienes que uno y otro cónyuge aportaron en el momento de su celebración. De este estudio, con relación a los bienes aportados por don Felix se deduce que durante el matrimonio realizó venta de inmuebles en las fechas y por los precios que se detallan en la relación que luego se dirá. Igualmente se ha podido comprobar que los bienes aportados por doña Isabel al matrimonio, en ningún momento han perdido su condición de parafernales, ni han dejado de estar a su nombre, absteniéndose de cederlos al marido para su administración y representación. Durante el matrimonio doña Isabel ha vendido bienes y valores propios, percibiendo personalmente los precios de venta e ingresándolos en cuenta bancaria a su nombre particular; las ventas de valores, salve los que hayan podido consumirse en otras atenciones, las ha realizado para escribir nuevos títulos en operaciones de ampliación de capital de Sociedades en las que estaba interesada, de tal manera que existe correlación entre cantidades obtenidas por realización de parafernales y pagos hechos por nuevas adquisiciones, derivadas de derechos de suscripción procedentes de otros parafernales, sin que los fondos de las operaciones, ni los títulos adquiridos hayan estado en momento alguno a nombre del esposo. Que aparte de esto, durante la época del matrimonio ha habido títulos y valores de la esposa que por razón de operaciones de canje realizadas por las propias Empresas, han sido sustituidos por otros equivalente, sin que tampoco en ningún momento los títulos hayan perdido su condición parafernalar ni el dominio y posesión constante por parte de la esposa. E independientemente de los títulos y valores adquiridos han sido otros amortizados o reembolsados, todo lo cual se detalla en las relaciones que a continuación se expresan.» Que en estas declaraciones el contador partidario en defensa de los derechos de los herederos de don Jesús María , manifiesta cuáles han sido los fundamentos en que se ha inspirado la partición y cómo se ha comprobado en cada caso el carácter privativo de cada uno de los bienes, los cambios sufridos, amortizaciones o ventas que en ellos se han producido, la inversión en sus efectivos, etc. Interesa destacar a la demandada en relación con este pleito estas afirmaciones de hecho:

a) Que los bienes aportados al matrimonio por la demandada en ningún momento perdieron la condición de parafernales privativos, no dejaron de estar en su posesión y bajo su título, ni fueron cedidos en ninguna forma al marido para su administración y representación.



b) Que los precios de venta y amortización de esos bienes parafernales fueron percibidos y retenidos siempre por la demandada, ingresando en sus cuentas particulares que tuvo siempre en los Bancos de Vizcaya, donde se conservaron hasta su inversión, realizada bajo la firma exclusiva de la propia interesada.

c) Que una parte menos importante en relación con los productos totales de esas amortizaciones y ventas de bienes privativos la invirtió la demandada en suscripciones de nuevas acciones realizadas en operaciones de ampliación de capital de Sociedades de las que era accionista, pagando con sus disponibilidades metálicas acumuladas en las cuentas corrientes de su nombre en los referidos Bancos de Bilbao y de Vizcaya, y adquiriendo esas nuevas acciones en uso de un derecho preferente y personalísimo de suscripción, concedido en ventajosas condiciones a favor de los poseedores de las acciones antiguas, como lo era la demandada, poseedora de estas acciones con calidad de parafernales.

Tercero. Que ya ha dicho que la partición de la herencia del señor Felix se realizó en escritura pública otorgada el nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve. El Notario autorizante lo fué don Indalecio M^a. ría Martínez de Mendoya, y la demandante acompañó con su escritura, digo escrito, una copia simple de la partición, como documento número ocho. Que está conforme con el contenido de esta copia; llama la atención en primer lugar sobre un hecho que tiene trascendencia en relación con la alegación de perjuicio que la demandante achaca como consecuencia del documento particional. Cuando el contador-partidor, representando al causante y a sus herederos, firmaba este cuaderno al propio tiempo que la demandada, lo hacía en la seguridad de que consciente una y otra parte se habían propuesto favorecer económicamente los intereses del nieto de don Felix ; y esto es así, porque al confeccionar la partición el extraordinario porcentaje del activo total del patrimonio familiar, representado por valores mobiliarios, había sufrido con relación a la fecha del fallecimiento del causante una desvalorización en Bolsa equivalente aproximadamente, digo próximamente al 30 por 100 del importe que los valores tenían de estimación en Bolsa el día del fallecimiento de don Felix ; y, sin embargo, al nieto y heredero de este señor no se le adjudicó ni una sola acción de este volumen de valores desvalorizados. Como dice la contraparte en el correlativo, a don Jesús María se le adjudicaron veintinueve mil novecientas sesenta y nueve pesetas con ochenta y ocho céntimos en metálico, ciento setenta y cuatro mil pesetas como valor de los pisos NUM000 y NUM001 derecha de casa número NUM002 de la DIRECCION000 , ciento once mil pesetas en la mitad indivisa de la finca DIRECCION002 con sus pertenecidos, y las ciento ochenta y tres mil pesetas en la mitad de otra DIRECCION003 , también con sus pertenecidos. Estos bienes inmuebles es evidente que tienen un valor real superior al que resulta de los títulos, pues habiendo sido adquiridos en fechas mucho más favorables para la peseta, se declararon exclusivamente los valores escriturados, con la conciencia de que se favorecía en una forma importante el nieto del causante. Frente a esta realidad todas las adjudicaciones de valores que por un importe de más de siete millones de pesetas se hicieron a favor de la viuda, aparecían cotizados a la estimación de Bolsa del día veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, siendo así que en el momento de firmarse la escritura, o sea en la fecha de nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, estos mismos valores se cotizaban en Bolsa con un quebranto equivalente próximamente al treinta por ciento; es decir, con un quebranto en el conjunto total de más de dos millones de pesetas, quebranto que fué totalmente absorbido por la viuda, sin haberse adjudicado al nieto ni una sola acción de las que se encontraban en estas condiciones. Que esto sentado, interesa a la demandada quede bien destacado que en la participación o testamentaria impugnada se contienen unos cuantos capítulos que han merecido la aprobación de la parte demandante; son estos capítulos los que se anuncian de esta manera:

c) Bienes aportados por doña Isabel que se conservan. Importan 4.378.123 pesetas con 65 céntimos.

d) "Bienes aportados por doña Isabel canjeados o convertidos». Importan 793.798 pesetas con 75 céntimos.

e) "Bienes amortizados y reembolsados de doña Isabel ». Importan 159.589 pesetas con 61 céntimos.

f) "Bienes vendidos por doña Isabel ». Importan 587.432 pesetas con 19 céntimos.

h) "Otros bienes aportados por doña Isabel ». Importan 111.172 pesetas.

Que la conformidad a la parte demandante con estos capítulos en cuanto su contenido, conceptos y valoraciones, hace de la afirmación contenida en el hecho único sobre el alcance de la impugnación que se formula en la demanda, y se confina de una manera completa cuando, observando, el alcance de los distintos conceptos de la súplica, se ve cuáles son las partidas que se impugnan y cuáles los defectos que han de corregirse en la participación, y a los cuales se refiere taxativamente el apartado quinto de la súplica, al empezar manifestando: "Que por los defectos que recogen los extremos segundo al cuarto de esta súplica, queda rescindida la participación...»; y con lo que más adelante añade:

b) Que en su virtud debe precederse a formalizar una nueva liquidación de la sociedad conyugal y participación de la herencia, con arreglo a las bases que resulten de las anteriores declaraciones...» Que por esta razón



se ve relevado de tener que demostrar que todos aquellos bienes privativos que se conservaron durante el matrimonio en poder de la demandada, son efectivamente tales; como se ve relevado de tener que demostrar que otros fueron vendidos y amortizados, así como los precios obtenidos, e igualmente que otros fueron sustituidos por los que se inventarían y que siguen teniendo de condición de privativos. Que la contraparte achaca tres defectos a la partición, que son los siguientes:

Primero. El capítulo que en la partición titula: g) Bienes adquiridos por doña Isabel por subrogación real de otros parafernales con expresión de su costa», cuyo capítulo se valora en pesetas 1.802.477,50, advirtiendo que el coste de estos bienes fué tan sólo de 317.294,60 pesetas, aparece calificado en la partición como de bienes privativos o parafernales de la demanda, siendo así que la parte actora quiere calificarlos como de gananciales.

Segundo. En el capítulo en que la partición titula: "a) Enajenación de inmuebles realizada por don Felix », y que en su totalidad importa 283.750 pesetas, la actora acepta el sentido fundamental del concepto, así como la relación de los bienes enajenados, pero no da su conformidad a dos de las valoraciones, las comprendidas en los apartados 5 y 7 de la relación, por cuanto estima que los precios que constan en las escrituras de enajenación, y que son los efectivamente cobrados, no concuerdan con el valor que tenían esos bienes cuando la enajenación se produjo. Los bienes son una casa chalet en Amorebieta y la lonja izquierda entrando de la casa triple número NUM002 de la avenida DIRECCION000 , vendidos respectivamente en 75.000 y en 155.000 pesetas. La suposición de la actora carece de todo fundamento y responde a una afirmación absolutamente caprichosa.

Tercero. No haber incluido en la partición una colección de sellos que supone de la propiedad privativa del finado don Jesús María , y a la que asigna un valor de 500.000 pesetas. Que efectivamente dejó de incluirse esta partida en el cuaderno testamentario, por mutuo acuerdo de las partes, reflejado en la misma falta de inclusión en el anterior proyecto particional, que se confeccionó en la oficina de don Celestino María del Arenal, Notario de Bilbao, y cuyo proyecto fué desechado tanto por el contador partidador como por la demandada. Que a los efectos de este pleito nada tiene que objetar en cuanto a ese punto particular, sobre la inclusión como adición a la testamentaria de esta colección de sellos, y de su valor de 500.000 pesetas, como lo estima la parte demandante y los expertos que cita, y en cuanto a que debe distribuirse conforme a la Ley; acepta que la colección sea bien privativo de don Felix a pesar de que se formó durante su segundo matrimonio con adquisiciones a costa del caudal común y no mediante inversión de dinero procedente de la realización de otros bienes del finado, ya que los precios de todas sus enajenaciones le fueron pagados en la partición con otros bienes distintos. Que una vez concentrada su posición frente a las tres pretensiones de modificación de la partición, aducidas por la demandante, le queda sólo justificar la razón de su actitud y sus explicaciones en cuanto se refiere a la primera de las pretensiones contrarias, o sea que los bienes comprendidos en el capítulo g) de la partición, que se valoran en 1.802.477,50 pesetas y que constaron 317.294,60 pesetas, deben ser calificados como privativos de la demandada según los calificó el contador partidador, y no como gananciales, según quiere calificarlos la demandante. Que en primer lugar hay que considerar que la parte demandada cobró en efectivo el importe de los capítulos e) y f) de la partición, es decir, por bienes amortizados y reembolsados 150.589,61 pesetas y por bienes vendidos 587.432,19 pesetas; todo este metálico ingresó en las cuentas corrientes de la demandada en los Bancos de Bilbao y Vizcaya, de Bilbao; y con cargo a los saldos de estas cuentas, la demandada adquirió los nuevos valores de la parte discutida, en los que invirtió 317.294,60 pesetas, es decir, una parte del producto de amortizaciones y venta que fué en total de pesetas 738.021,80. Que por esta razón en la testamentaria que se impugna, se pagan estos créditos procedentes de amortizaciones y ventas de valores privativos, con las adquisiciones de valor comprendidos en el capítulo impugnado, en cuanto a su propio coste de 317.294,60 pesetas, y con otros valores o bienes del rematante del caudal, en cuanto a la diferencia de 420, 727,20 pesetas. Que sin argumento alguno en que fundamentar su apreciación la actora solicita que la totalidad de esa partida impugnada sea calificada como ganancial, suponiendo que esos bienes representan simplemente unas compras de valores realizadas durante el matrimonio a costa del caudal común, que todas esas adquisiciones de acciones de distintas sociedades que hizo la demandada corresponden al ejercicio de un derecho preferente, privativo y personalísimo de suscripción, con ocasión de ampliaciones de capital, y atribuido a las acciones anteriormente poseídas; que no se trata por tanto de una compra de valores, que cualquiera puede realizar, al precio que marca el mercado; se trata del ejercicio de un derecho personalísimo, que no representa dividendo, ni distribución de frutos, ni rentas, ni nada que pueda tener consideración de gananciales es una facultad privativa y personalísima del accionista antiguo, atribuible al poseedor de la acción, valorable económicamente, negociable y vendible; por virtud de ese derecho personalísimo y privativo de la demandada, puede ésta adquirir por suscripción acciones que cotizándose a 300 ó 600 por 100 de su valor nominal, pasaban a ser de su propiedad pagando simplemente el importe de la par; si hubiese vendido el derecho de suscripción privativo suyo y no estimable como fruto o renta de ninguna clase, el precio de venta hubiese sido también privativo y no ganancial; si acudió a la suscripción



y pagó la par de la acción con su propio dinero, contenido en su propia cuenta, y procedente de ventas y amortizaciones de sus propios valores, lógico es que esa adquisición o suscripción sea totalmente suya y privativa, y siendo esto así porque así sucedió, no dejaría de serlo aun cuando el pago se hubiese hecho con metálico no privativo; ya que en esas compras o suscripciones excepcionales una gran parte del valor de la nueva acción suscrita no está compensada por el importe de la suscripción, sino que es valor desprendido por decirlo así de la antigua acción, e incorporado a la nueva. Que esto es así se deduce del hecho de que la acción suscrita en tales condiciones ventajosas tiene un valor de cotización o negociación muy superior al de su coste, estando representada teóricamente la diferencia por el derecho de suscripción, que a su vez se cotiza como un valor económico que ha de ser incorporado a la nueva acción. Al verificarse la ampliación de capital las reservas expresas o tácitas de la sociedad, representadas por la sobrecotización de la par, automáticamente se derraman entre la antigua acción y la nueva, perdiendo la primera el valor representado por el derecho de suscripción y acumulándose este valor a la nueva acción. Que este derecho de suscripción que es en definitiva el que ahora interesa, es privativo en todos los casos que comenta y en ningún caso puede estimarse que es fruto, interés, dividendo, ni ninguna otra forma de ganancial. Que en todos esos casos las nuevas acciones a que la testamentaria se refiere nunca se adquirieron por la demandada por razón de compra en Bolsa, sino por razón de suscripción, ejercitando un derecho privativo y preferente correspondiente a acciones privativas de la misma titular, poseídas con anterioridad en cada una de las sociedades que realizaron las operaciones de ampliación. Para concretar detalladamente estas operaciones refiere a continuación por su orden a cada uno de los valores relacionados en la testamentaria en el capítulo impugnado.

Cuarto. Que no va a seguir a la actora he sus otras lucubraciones tendentes a tratar de demostrar que el cambio de la aplicación del régimen de derecho foral por la aplicación del régimen de derecho común que se produjo en don Felix , por razón de su continuada residencia en Bilbao, y las disposiciones de su testamento, así como la supuesta ocultación de valores o de precios en la enajenación, de las dos fincas a que antes se han referido, tuvieron por única causa el deseo de dañar a un niño que todavía no había nacido o que acababa de nacer.

Quinto. Que en el correlativo dice la demandante que con la partición que impugna se causó un grave e injustificado perjuicio al nieto del causante que tuvo su razón de ser en cuatro motivos concretos que a continuación analiza y que va a comentar: a) "Adición al inventario».-Ya ha dicho que si la colección de sellos no se incluyó en la partición fué por mutuo acuerdo, y si hoy la retiene la demandada es porque la demandante no la ha reembolsado una importante cantidad que le entregó en metálico el día del fallecimiento de don Felix , ni tampoco la mayor cantidad que satisfizo por su cuenta al pagar todos los gastos e impuestos que ocasionó la partición, y de cuyos gastos no le ha reembolsado todavía ni un solo céntimo; que no obstante, en ningún momento la demandada ha dejado de reconocer que la colección de sellos tenía que ser adicionada a la partición, documentaría o extradocumentariamente, sin oponerse a que sea bien privativo de don Felix , a pesar de que la formó durante su vida matrimonial con la demandada y a costa del caudal común. Tampoco tiene nada que objetar a la estimación del valor de la colección en la cifra de 500.000 pesetas, siempre que se entiende que ha de ser la propia colección la que ha de distribuirse, pues una cosa es que se estime en tal cantidad y otra muy distinta es que se presente el comprador que satisfaga esa cifra; que la demandada no sabe si comercialmente vale más o menos, pero en su afán de no discutir acepta la valoración contraria.»

b) "Liquidación de la sociedad conyugal.»-Aquí se refiere la actora al grupo de valores adquiridos por suscripción de derechos preferente y personal en operaciones de ampliación de capital de las sociedades emisoras, de que antes se ha ocupado; dice la actora que no puede admitir que tales valores hayan sido adquiridos con fondos de la demandada, y que aunque lo hubiesen sido, no puede admitir que los bienes sean privativos de ella, si medió una actividad de los cónyuges o de cualquiera de ellos para decidir sobre la conveniencia de la adquisición; la demandada dice que efectivamente medió actividad de ésta, exclusiva decidiendo ella las suscripciones sin intervención de su marido, pagando con fondos de su cuenta particular, mediante cargos hechos directamente por los Bancos de Bilbao y de Vizcaya en sus cuentas; y que por estas razones y por no tratarse de compra de valores que luego han experimentado un notable incremento de estimación, que es lo que erróneamente supone la parte demandante, si no es suscripción de títulos en condiciones de privilegio de la demandada, tales adquisiciones tienen condición de bienes privativos, que es lo que dice la partición. Que en este capítulo o apartado de las causas concretas que el demandante señala como motivos de impugnación, es donde pretende encontrar la base económica para que la partición sea anulada, por entender que con ella se causó un perjuicio económico al nieto del causante superior a la cuarta parte del importe de su derecho hereditario; que por eso recalca bien que en esta partición ni hubo ánimo de lesión, ni hubo realidad ninguna de perjuicio, y que si la actora sostiene lo contrario es porque ha incurrido en el craso error de suponer que todos esos valores a que la impugnación se refiere, fueron compras de títulos realizadas en Bolsa y que luego mejoraron en cotización, cuando la realidad es que no existen tales compras, como no existe concurrencia a suscripciones públicas de valores, a las que pudieron haber asistido lo mismo el marido que la mujer, sino que se trata de suscripciones de acciones reguladas especialmente



por el reconocimiento de un derecho privativo y personal, ejercitable sólo por los antiguos poseedores de las acciones de las sociedades respectivas. No se trata por tanto de pagar por la suscripción el precio de lo que valen los nuevos títulos, sino un precio muy inferior generalmente el nominal de los mismos, cuando en Bolsa en la misma fecha se cotizaba su negociación hasta a 400 y 600 por 100 de ese nominal; por eso, los derechos de suscripción; que eran bienes privativos de la demanda, se cotizaban y negociaban, como un valor económico incorporado a unos títulos que los representa equivalentes a cualquiera otros títulos mobiliarios; esos derechos, por ser personales y privativos, hacen que su valor económico lo sea también, y por esa misma razón ese valor económico del derecho cotizado y negociado en Bolsa antes de ejercitarlos, o sea de suscribir las nuevas acciones, queda incorporado a los títulos suscritos tan pronto como el derecho se ejercita, explicándose así que la acción suscrita mediante el ejercicio de estos derechos, se cotee en el mismo momento de la suscripción hasta cinco y seis veces más alta que el importe de la aportación hecha por el suscriptor; la demandada ejercitó sus derechos personalísimos de suscripción, no compró valores, la decidió la operación porque de lo contrario se quebrantaba, su propia economía, pagó con fondos propios, procedentes de enajenaciones de valores o amortizaciones, y todo fué realizado por ella a su nombre, sin intervención del marido y sin haberse desprendido de su derecho en ningún momento. Que se pudo comprobar que el testimonio excepcional del causante sobre la inexistencia de gananciales en el momento de la fecha de su fallecimiento, era absolutamente cierto, por razón de que los gastos de los últimos años del matrimonio habían sobrepasado al importe de los ingresos, produciendo ese resultado. El contador partidor pudo contratas esa realidad, examinando el movimiento de valores y de las cuentas durante el período matrimonial; sobre esas apreciaciones valiosísimas reflejadas en documentos públicos, testamento y partición, apreciaciones basadas en la estimación del conjunto universal de las pruebas disponibles y sancionadas por el contador partidor, genuino representante del causante y defensor legal del Interés de sus herederos, se da la circunstancia, concesión voluntaria y generosa de la demandada, de que un quebranto de más de dos millones de pesetas que los valores mobiliarios inventariados habían experimentado desde la fecha de la disolución de la sociedad conyugal hasta la fecha del otorgamiento de la partición, fué totalmente absorbido como si fuere pago efectivo de activo por la demandada, a la que le fueron todos ellos adjudicados por la valoración en Bolsa de la fecha del fallecimiento, cuando en realidad tenían ya perdida la tercera parte de su valor. Que en cambio, al nieto se le adjudican solamente metálico e inmuebles, y éstos por el precio de sus títulos escriturarios, cuando se había comprado con seguridad que en el momento en que la adjudicación se hacía, el valor negociable de las fincas era muy superior. Que debían bastar dos simples consideraciones para tener que deducir lo injusta que es la imputación contraria. Pero presenta otros argumentos que ratifican el mismo sentido benévolo de la partición en favor de la parte demandante; uno de ellos es el criterio que tuvo el contador partidor, y que generalmente aceptó la viuda, pero que solamente aquellos valores que habían sido adquiridos mediante suscripción, en ejercicio del derecho personalísimo de la titular, fuesen consideramos como privativos, dejando de formar otra cuenta con otros valores comprados durante el matrimonio por la viuda con fondos propios. Otro es igualmente el criterio generoso de haber prescindido de considerar como crédito de la viuda el procedente de la totalidad de los valores suyos vendidos, dejando entre las partidas no estimadas algunas tan importantes como la reflejada en el documento que acompaña bajo el número 24, por el que se acredita que la demandada sentada vendió cincuenta acciones del Banco de Vizcaya, serie que eran de su propiedad privativa, y cuyo precio de 147.024,50 pesetas no aparece en la partición reconocida como de crédito, ni pagado con bienes de ninguna clase; que en igual caso se encuentran los valores que la demandada poseía en el extranjero en la fecha de la celebración de su matrimonio con don Felix , y que durante la época matrimonial, y especialmente en los últimos años, fueron consumidos, la mayor parte en beneficio exclusivo del propio don Felix , entonces expatriado por razón de sus ideas políticas, viviendo en Francia; que estos valores consumidos tampoco han sido pagados a la demandada en la partición.

c) "El usufructo del tercio de mejora». Impugna la actora la forma en que la partición se adjudica el equivalente del usufructo del tercio de mejora. En lugar de adjudicar la nuda propiedad de este tercio al nieto, y el usufructo a la viuda, utilizando una previsión regulada en el Código Civil, se adjudica el 20 por 100 de ese tercio en plena propiedad a la viuda y el 80 por 100 del mismo, en plena propiedad al nieto; no puede decir la actora que económicamente resulte perjudicado el nieto, porque se ha empleado la fórmula más generosa de compensación que podía encontrar fundamento legal; mas en su afán de impugnación rechaza esta forma de pago, que, en definitiva, carece de trascendencia a los efectos de poder considerar que con ello se causó un perjuicio al demandante.

d) "Las enajenaciones de bienes inmuebles hechas por el causante». -Que en el correlativo se refiere el demandante a las ventas de inmuebles de bienes a que antes ha aludido; el chalet de Amorebieta, vendido en 75.000 pesetas a don Iván y don Jose Carlos ; y la lonja izquierda de la casa número NUM002 de la DIRECCION000 , de Bilbao, vendida a doña Luz y don Ángel en 155.000 pesetas; y dice que estos precios son insignificantes en relación con el valor normalmente atribuible a las fincas de que se trata; que ha dicho anteriormente que esta afirmación carece en absoluto de fundamento; los precios que se hicieron constar



en las escrituras fueron exactamente los cobrados y eran normales; y a las escrituras se atuvo el contador partidor; y en la partición tuvo que regular la compensación teniendo en cuenta los precios escriturados y cobrados y no supuestas valoraciones caprichosas como las que la actora pretende en este momento. Otra cosa muy distinta ocurre con las otras fincas que se adjudicaron al heredero demandante, pues éstas sí que por razón del tiempo transcurrido entre su adquisición y el momento de la adjudicación habían experimentado un notable aumento de valor, no obstante lo cual se le adjudican por el escriturado, que siendo real como precio de adquisición, no lo era como valor efectivo en el momento de la adjudicación. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes en orden a la contestación y formuló a continuación reconvencción, que basó en los siguientes hechos:

Primero.-Que la víspera del fallecimiento del causante, don Felix , se retiró del Banco de Vizcaya la cantidad de 180.000 pesetas de la cuantía, digo cuenta que tenía abierta en el referido Banco a su nombre particular. En la testamentaría, no obstante, *e inventarió, bajo el número 1, como saldo de esta cuenta el de 180.148 pesetas con 70 céntimos, es decir, que se consideraron aquellas 180.000 pesetas como extraídas, ya que de todas maneras tenían que ser computadas a los efectos partí dónales y de la liquidación de impuestos. Pues bien, por orden del finado se entregaron en mano a la demandante 50.000 pesetas de aquella cantidad como anticipo reintegrable, sin recoger justificación de la entrega y sin que luego se computasen en la partición, razón por la cual la parte demandante es deudora de esta suma a favor de la demandada.

Segundo.-Que la demandada satisfizo de su peculio particular absolutamente todos los gastos e impuestos ocasionados por la partición, y entre ellos los importes de las liquidaciones hechas nominativamente a cargo individual del nieto del causante, demandante en este pleito recogiendo los justificantes de los pagos, que obran en su poder; que importan estos pagos la cantidad de 95.115 pesetas con 75 céntimos, más la de seis pesetas con treinta céntimos, y se justifican con la carta de pago de derechos reales de 28 de junio de 1948 y con la carta de pago de 5 de mayo de 1949. Y después de invoca los fundamentos de derecho que creyó aplicables en cuanto a la reconvencción, terminó con la súplica de que se dictase sentencia absolviendo a la demandada de todo y cada uno de los términos del suplico del escrito de demanda, y reconociendo lo relacionado con la colección de sellos, valorada en 500.000 pesetas, y adicionada a la partición por estar adjudicada en común con el demandante y según la proporción establecida en el suplico de su escrito, condenando además al demandante a las cotas y a reembolsar por vía de reconvencción la cantidad de 145.122 pesetas con cinco céntimos, más los interésese legales, a partir de la fecha del escrito de contestación y las costas:

RESULTANDO que dado traslado a la parte actora para evacuar el traslado da réplica, lo llevó a efecto en su nombre el Procurador don Germán Pérez Salazar, mediante escrito presentado en 5 de junio de 1953, por el que ratificó los hechos y fundamentos de derecho aducidos en su escrito de demanda, negando los alegados de contrario, exponiendo hechos nuevos intrascendentes en la litis, pasando a continuación a oponerse a la reconvencción en base a los siguientes hechos:

Primero.-Que no es cierto, sino rotundamente falso, que al fallecimiento del señor Felix se entregaran en mano a la actora las 50.000 pesetas que dice el contra escrito; que no esa cantidad ni otra alguna; ni para que computara en la partición ni para que dejase de serlo.

Segundo.-Que así, como parece, la adversa satisfizo los impuestos hereditarios correspondientes al nieto de su finado esposo, una vez se justifiquen adecuadamente tanto su importe como que pesaban sobre el heredero (las cartas de pago aportadas no muestran detalle suficiente para juzgar sobre estos pormenores), es claro que la actora acreditará el importe de que se trata y que el heredero deberá reintegrarla, de lo que por él pagara.-Terminó suplicando se dictase sentencia en los términos que tenía interesados en el escrito inicial, y absolviendo a la parte actora de la reconvencción, con costas a la parte demandada. Por medio de otrosí interesó el recibimiento a prueba:

RESULTANDO que dado traslado a la parte demandada para evacuar el de súplica, lo llevó a efecto en su nombre el Procurador don Isaías Vidarte Arechavaleta, mediante escrito presentado el 26 de junio de 1953, por el que ratificando los hechos aducidos en su escrito de contestación, así como los de la reconvencción, y negando aplicabilidad a los invocados de contrario, terminó suplicando se dictase sentencia, según tenía solicitado con costas a la parte demandante. Por medio de otrosí, interesó el recibimiento a prueba:

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

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, y seguido el juicio por sus restantes trámites, el Juez de Primera Instancia del número 3 de los de Bilbao dictó sentencia, con fecha 19 de agosto de 1955 ,



con el siguiente fallo: Que estimando en parte la demanda formulada por doña Marí Jose , como madre y representante legal de su hijo menor de edad don Jesús María , contra doña Isabel , debo declarar y declaro.

Primero.-Que la partición de los bienes relictos al fallecimiento de don Felix , que consta en escritura pública otorgada el 9 de noviembre de 1949 ante el Notario de Bilbao don Indalecio María Martínez de Bedoya debe completarse o adicionarse incluyendo en su inventario, como bien privativo del causante, la colección de sellos que éste poseía, valorada en 500.000 pesetas, para su distribución entre los herederos de aquél, a razón de una tercera parte como legítima, más un 80 por 100 del tercio de mejora en pleno dominio para su nieto don Jesús María y un tercio de libre disposición, más un 20 por 100 del tercio de mejora, también en pleno dominio, a su viuda, doña Isabel .

Segundo.-Que el grupo de valores que dicha partición denomina "Bienes adquiridos por subrogación real de otros parafernales, con expresión de su costo», cuyo costo fué de 317.294 pesetas con 60 céntimos, y que han sido evaluadas en pesetas 1.802.477 con 50 céntimos, atribuyéndole el carácter de parafernales a su mayor valor, que asciende a 1.485.182 pesetas con 90 céntimos, no tienen la condición de parafernales, sino la de gananciales del matrimonio, y como tales gananciales se distribuirá entre el cónyuge viudo y el nieto del causante en la proporción establecida al final del número anterior.

Tercero.-Que por el defecto antes expresado se rescinde la partición realizada al fallecimiento del señor Felix , y, en su virtud, procédase a formalizar una nueva liquidación de la sociedad conyugal y partición de la herencia con arreglo a las bases que resultan de las anteriores declaraciones, y por acuerdo entre las partes, o, en su defecto, por decisión de la autoridad judicial, sin perjuicio del derecho de la heredera demandada a optar por indemnizar el daño en lugar de que se proceda a nueva partición, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.077 del Código Civil .- Condenando a las partes a estar y pasar por las precedentes declaraciones y a cuanto de ellas se deduzca necesariamente, absolviendo a la demandada de los restantes pedimentos de la demanda, y estimando en parte la reconvencción formulada por la parte demandada, debo condenar y condeno a la parte actora a que pague a la parte demandada el importe de los impuestos satisfechos por ésta y ocasionados por la partición que correspondería abonar al nieto de efectuar la liquidación sobre las 496.969 pesetas con 80 céntimos que le fueron adjudicadas en la partición impugnada, cuyo importe se concretará en período de ejecución de sentencia, estando sólo obligado a pagar como máximo hasta la suma de 95.122 pesetas con cinco céntimos, absolviendo al demandante de las restante:, peticiones de la reconvencción; todo ello sin hacer expresa imposición de costas:

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de la demandada, adhiriéndose a la apelación la parte actora, y sustanciada la alzada con arreglo a derecho, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia, con fecha 18 de abril de 1956 , con la siguiente parte dispositiva: "Fallamos: Que estimando en parte y en parte desestimando la demanda, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la sentencia apelada dictada en los autos a que este rollo se refiere en 19 de agosto de 1955 por el señor Juez de Primera Instancia número 3 de Bilbao, con las solas adiciones de que se tengan en cuenta la cantidad de 250.000 pesetas como mayor valor del chalet vendido en 1945 por el causante, sino en Amorebieta, para que se reparta o distribuya ese mayor valor entre la viuda y el nieto del causante en la proporción establecida en el último testamento de éste, o sea la tercera parte de esas 250.000 pesetas, que asciende a 83.333 pesetas 33 céntimos y un tercio de céntimos en plena propiedad al nieto demandante, la misma cantidad en plena propiedad a la viudad demandada, por su legado, y también igual cantidad en nuda propiedad al demandante, y en usufructo al demandado, y así bien debemos anular y anulamos la adjudicación referente al 80 por 100 del importe del usufructo a favor del demandante y del 20 por 100 a favor de la viuda, debiendo estarse a lo dispuesto en el testamento sobre el particular. No se hace expresa condena de costas en ninguna de las dos instancias:

RESULTANDO que por el Procurador don Juan Corujo López-Villamil, en nombre de doña Isabel , y sin constituir depósito por no ser necesario, se ha interpuesto contra la anterior sentencia recurso de casación por infracción de Ley, al amparo de los siguientes motivos

Primero.-Fundado en el número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 359 de la misma, por ser la sentencia incongruente con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes. A) Que siendo palmariamente incompatibles entre sí las distintas pretensiones formuladas en la súplica de la demanda, no alternaba o eventualmente, sino sucesivamente, por fuerza la sentencia que las estimara había de incurrir, bien en incongruencia (al tratar de reducirlas a una compatibilidad imposible en el caso presente), bien en la propia contradicción de las pretensiones: que el fallo impugnado adolece, a juicio del recurrente, de ambas infracciones, la segunda de las cuales, la contradicción, ha de ser tema de motivo siguiente. Que ha pretendido, en efecto, el demandante todas estas cosas, recíprocamente incompatibles en derecho. Primero, que con relación a una colección de sellos no incluida en el caudal hereditario, y consecuentemente en la partición, y considerada como bien privativo del causante, se ordenara su inclusión



en aquélla para ser distribuido su valor entre los herederos con arreglo a las disposiciones testamentarias; que tal pretensión se formula expresamente invocando el artículo 1.079 del Código Civil, con arreglo al cual la omisión de alguno o algunos valores de la herencia no ha lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos, o sea, puesto a precisar, el demandante formula acción de adición, que excluye terminantemente, conforme el texto legal, la rescisión. Pide en el primer párrafo de la súplica que se complete o adicione el inventario con un bien de la herencia que ha sido omitido en él. Que en segundo lugar hace lo mismo con aquellos bienes que en el inventario del cuaderno particional se consideran privativos de doña Isabel "por subrogación real de otros parafernales». Puesto que lo que la demanda pide, previa la declaración de que tales bienes no tienen la condición de parafernales, sino de gananciales del matrimonio, es que "se corrija la partición de modo que separándose esos bienes de los privativos de la esposa jueguen en aquélla como bienes gananciales, atribuyéndose su mitad a la herencia de la esposa y distribuyéndose su mitad a la herencia de la esposa y distribuyéndose ésta». O sea, inequívocamente, se ejercita de nuevo "a quo» la acción para la adición de unos bienes excluidos, y no se pide nada que tenga relación ni de lejos ni de cerca con el concepto técnico jurídico de la rescisión tal como los artículos 1.073 y siguientes, en relación con los artículos 1.291 y siguientes del Código Civil, lo usan. Que en tercer lugar, por lo que hace a las adjudicaciones hechas por razón del tercio de libre disposición, se pide que se rectifiquen en el sentido de atribuir los bienes que correspondan a cargo de los herederos al nieto en nuda propiedad y a la viuda en usufructo, por considerar el actor que no ha lugar a aplicar al contador partidos testamentarios (y representen en tal carácter tanto del testador como de los herederos) lo que el artículo 838 del Código Civil establece como facultad de los herederos. Que en cuarto lugar, a las 283.750 pesetas que se atribuyen en la partición a la herencia del marido por las enajenaciones por él realizadas pretende la demandada que se añadan las sumas que se justifiquen en el período de prueba como justos precios percibidos en las épocas en que las enajenaciones tuvieron lugar. Y de nuevo aquí es indudable que no se pide en sí rescisión alguna, sino una adición de bienes u objetos omitidos; en el caso concreto de un importe determinado ya en el "qué», pero no en el "cuánto», en el momento de la demanda. Que lo que viene inmediatamente después en la súplica de la demanda es radicalmente incompatible con lo anterior. Pero incompatible en sentido técnico-jurídico, deja firmes las cuatro pretensiones que antecede. Porque lo que pide a continuación la parte actora es que por los defectos recogidos en los extremos segundo y el cuarto de la súplica (esto es, por los defectos que sirven de base a las adiciones, correcciones y rectificaciones pretendidas, de inventario y adjudicaciones) se declare la rescisión de la partición por lesión en más de una cuarta parte. Y no sólo esto, sino que al mismo tiempo se declare nula. Que sobre esta contradicción, con apoyo del artículo 1.290 del Código Civil y "la doctrina recogida en la sentencia de 9 de marzo de 1951 (según la cual la sentencia que declara al mismo tiempo la nulidad y la rescisión de unas mismas operaciones particionales incurre en contradicción e incongruencia) ha de volver en el segundo motivo. Que para lo que en éste le importa, dice que debe quedar bien claro lo siguiente: que de un modo expreso el actor ha pedido que la partición se complete o adicione con objetos o valores que él considera omitidos, y la ulterior petición, en virtud de la cual se solicita la declaración de rescisión e incluso de nulidad, podrá ser, y es, un dislate jurídico: la imposibilidad técnica, pero no destruye indudablemente la voluntad determinante, mente manifiesta en la demanda de la previa declaración de haber sido unos objetos de importes indebidamente omitidos, sean traídos y adicionados a la masa hereditaria.

B) Véase ahora cómo se ha planteado la controversia con relación a este punto fundamental. La contestación del demandado ha aducido, entre otras varias causas de oposición, la indebida formulación de la acción de rescisión, que no tenía en cuenta el derecho de opción del artículo 1.067 del Código Civil. Frente a lo cual la sentencia razona con una tesis que directamente trasciende al fallo, y hasta expresamente se recoge en él (en el de la primera sentencia, que la de apelación hace suyo en este punto) que no es necesario que tal alternativa confiere la pretensión del actor de rescisión, y ni siquiera, conforme a la sentencia de 25 de octubre de 1913, que el derecho de opción se ejercite por el demandado al contestar a la demanda, sino que basta que sea reconocido en el fallo mismo. De otro modo se daría la infracción de la Ley declarada en la sentencia de 9 de marzo de 1951. Y en efecto el fallo se impugna reconoce tal opción u obligación alternativa. Pero es el caso que la demanda no pedía que se procediera a nueva partición (salvo que el heredero demandado optara por indemnizar el daño), sino que se adicionaran a la partición hecha, y considerada lesiva los bienes y valores excluidos. Que en cuanto la sentencia recoge, estimando las peticiones del demandante, las distintas causas de lesión como fundamento de la acción de rescisión (y dentro de ella como las directrices que haya de procederse a la partición nueva) y no como el fundamento de las respectivas acciones de integración o adición, que es como la demanda las formula, es incongruente con los terminos en que ha sido planteado el litigio por el actor (sin perjuicio de que estos términos sean en sí mismo contradictorios).

C) Por otra parte, medida la nulidad de la partición y al mismo tiempo su rescisión, es claro que la primera petición prima sobre la segunda, ya que sólo son rescindibles los contratos, y, en general, los negocios jurídicos, válidos; esto es, que no sean ni nulos ni anulables. Que la demanda ha pretendido la nulidad de la partición es indudable. No sólo ha invocado la infracción en la partición del artículo 838 citado, sino también de todos



aquellos que determinan qué bienes son gananciales, e incluso el precepto general del artículo 4.º del Código Civil . En cuanto a la sentencia declara rescindida la partición sin más que anular la adjudicación en lo que se refiere al tercio de mejora, incide en incongruencia conforme a lo declarado en la sentencia de esa Sala del 27 de octubre de 1950 .

Segundo.-Fundado en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por entender que el fallo contiene disposiciones contradictorias. Que no se trata, en la que denuncia, de contradicción entre la motivación y el fallo, o de contradicción entre los distintos razonamientos entre sí o entre los distintos, digo distintos hechos de que parte el Juzgador de instancia. Se trata estrictamente de contradicción en los términos mismos de la parte dispositiva de la sentencia. Que en cuanto en ello había de apartarse ésta de los términos en que quedaban planteadas las pretensiones del actor, dada la técnica y material incompatibilidad de éstas, algo, y aun mucho, queda en la parte dispositiva de la sentencia de la Audiencia de Burgos, en que viene a reflejarse tal incompatibilidad.

A) Que ya se ha visto en el motivo anterior los términos en que se planteó el litigio, que el demandante ha planteado una serie de pretensiones para la adición o corrección de la partición impugnada, y en un caso ha llegado a invocar expresamente el artículo 1.079 del Código Civil , que en las restantes pretensiones del mismo género está implícito, al mismo tiempo ha pedido la rescisión de la propia partición que había de ser de base a la adición o corrección, y ha llegado incluso a pecar su nulidad por supuestas infracciones de normas legales, invocando reiteradamente el artículo 4.º del Código Civil . Que es claro que unas operaciones particionales no pueden ser, sin contradicción, al mismo tiempo adicionables, rescindibles y nulas. Lo cierto es que la sentencia, al decir sucesivamente las tres cosas en su parte dispositiva, incurre en tal contradicción.

B) Empieza por la incompatibilidad de nulidad y rescisión. Siendo sólo rescindibles los contratos y negocios jurídicos válidos, conforme al artículo 1.290 del Código Civil (porque si el contrato es válido procede la acción de nulidad y no la rescisión), "la sentencia que acuerda una y otra, nulidad y rescisión, incide en contradicción e incongruencia». Que así lo ha declarado reiteradamente la doctrina de esta Sala recogida últimamente en la sentencia de 9 de marzo de 1951 . Y en la de 30 de enero del mismo año se explica tan claramente lo que la acción de rescisión sea, en relación con el artículo 1.077 del Código Civil y los artículos 1.086 y 1.082 de la Ley de Enjuiciamiento , que basta en realidad referirse a esta doctrina para que quede bien patente la contradicción que denuncia. - Pues el heredero demandado que se encuentra con el gravamen de un fallo que declara a la vez rescindida y nula (nula en todo o en parte, es igual) la partición impugnada, pregunta el recurrente cómo habrá de proceder y cómo ha de soportar este gravamen en relación con el derecho de opción que le concede el artículo 1.077, diciendo a continuación que según ese artículo, puede elegir, si quiere, la vía de indemnizar en el límite de la lesión producida, dejando subsistir la partición. Pero pregunta el recurrente cómo puede subsistir una partición declarada nula, y dice que tan elemento integrante es unas operaciones particionales el inventario como la adjudicación. Si la adjudicación relativa al tercio de libre disposición se ha hecho en forma que la viuda ha quedado pagada de su cuota usufructuaria con la atribución en pleno dominio del 20 ñor 100 de este tercio y al nieto del 80 por 100 restante, y esto forma parte de una partición rescindida o, lo que es lo mismo, que el heredero demandado tiene la facultad de dejar intacta previa indemnización; vuelve a preguntar el recurrente cómo son compatibles entre sí uno y otro pronunciamientos de la sentencia. Una partición en que, como manda hacer el fallo de este pleito (si el fallo de la Audiencia de Burgos hubiera de prevalecer haciéndose Arme), se adjudicase el total del tercio de mejora en usufructo a la viuda y en nuda propiedad al nieto, sería, quisiera o no, una partición nueva,

O Y tan patente es la contradicción por lo que se refiere a las declaraciones de nulidad y rescisión, por un lado, y a las condenas que obligan a adicionar, por otro. La rescisión no es un concepto platónico o vagante, sino que es algo con efectos jurídicos concretos, y si no, no es la rescisión de los artículos 1.073 y siguientes del Código Civil , Para rescindir por lesión es necesario que esta lesión aparezca, y tiene sentido pleno, claro está, la sentencia que al rescindir, en su motivación, dice de qué puntos, valoraciones o defectos depende la lesión. Pero una vez rescindido, se procede, si lo quiere así el heredero demandado, a hacer una nueva partición, y en ella habrá de atenerse en las valoraciones a lo que valgan las cosas y bienes hereditarios en el momento en que de nuevo sean adjudicadas y no cuando se adjudicaron antes. De suerte que si los motivos específicos de la lesión, recogidos en la motivación de la sentencia rescisoria, pueden servir de pauta al proceder de nuevo a la partición, en modo alguno han de ser los imperativos con retos que implica una condena. Que la nueva partición es claro que no ha de volver a lesionar al que la impugnó, porque si lo hiciera volvería a ser rescindible, y para ello no ha de incidir en los motivos de omisión o desproporción que causasen la lesión. Pero de esto a que esos motivos, articulados aquí primero como las causas concretas de la acción de adición o corrección del artículo 1.079 pasen a ser imperativos operantes como pronunciamientos de condena de una sentencia firme, compatibles con el hecho de la rescisión media un abismo, y aquí radica la contradicción que denuncia. Que rescindida la partición, habrá de procederse a una nueva (si es que el heredero demandado no opta por indemnizar), y en esta partición no habrá de resultar lesión ni para el heredero demandante ni



para el demandado. Ahora bien, que haya o no lesión no depende de las valoraciones hechas en el momento de la adjudicación rescindida, sino de las que se hagan en el momento de la adjudicación nueva. Que por ello es contradictorio y prescinde ya de la más enorme contradicción de la nulidad- mandar adicionar por un lado objetos o valores de la herencia que se consideran indebidamente omitidos en la partición, y por otro, rescindir ésta. Que el último párrafo del artículo 1.077 parte del supuesto de que haya más de dos herederos. Si alguno de ellos no le alcanza, ni el perjuicio ni el beneficio de haber percibido más de lo justo, la nueva partición no le afecta: se queda como estaba. Pero en el caso presente no hay más que dos herederos: uno, el actor, que, según el fallo, ha percibido de menos, y otro, la demandada, que, según el fallo, ha percibido de más. Y por fuerza, rescindida la partición, ha de procederse a nueva Partición para ambos. Para que ésta no sea lesiva para aquél habrán de traerse a ella todos aquellos objetos y valores cuya omisión, según el propio fallo, han producido la lesión causante de la resolución (si el fallo prevaleciera). Pero esto no es ni conceptual ni materialmente compatible con las nuevas adjudicaciones al nieto, en los términos expresados en los primeros pronunciamientos de la parte dispositiva de la sentencia. Que haya de dársele a éste, por ejemplo, en pleno dominio, la tercera parte de esas 250.000 pesetas a que asciende el mayor valor del chalet vendido, y otra tercera parte en nuda propiedad como la sentencia condenará, es una conclusión contradictoria con la resolución. Porque habrá que darle más o menos de ese importe, según resulte de las valoraciones de los demás bienes hereditarios en el momento de la nueva adjudicación, y es claro que las valoraciones tanto de lo que a él se adjudique como de los que se adjudique a la viuda. Y así para el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

Tercero.-Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que el fallo contiene infracción de Ley de doctrina legal, por violación de los artículos 1.422 y 1.396, números tercero y cuarto, y por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1.401 y 1.407, todos del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial que será citada:

A) Aparte de las cuestiones globales de los dos anteriores motivos, el punto más importante de cuantos pretendía la demanda y resuelve la sentencia, es claro, está el relativo a la calificación de los títulos-valores incluidos en el cuaderno particional bajo el epígrafe "Bienes adquiridos por doña Isabel por subrogación real de otros parafernales de su costo". Que el partidor los considere parafernales en atención a su origen, mientras que la sentencia, estimando plenamente la demanda en esto, teniéndolos por gananciales, manda suplementar con ellos la partición. Que es éste el punto más importante, tanto económico como doctrinalmente. Y pese a la invocación del artículo 1.407, tal como la sentencia se enfrenta con el problema y los resuelve, la impugnación en casación no implica cuestión de hecho o de apreciación de prueba, sino pura "quaestio iuris", cuestión de concepto o de calificación jurídica. Que es cierto que la presunción del artículo 1.407 está dada para el caso de que no se pruebe que unos determinados bienes del matrimonio pertenecen al marido o a la mujer. El Notario señor Arenal en su proyecto de partición-aun sin atribuir dolosa mendacidad a un moribundo que invoca la, salvación de su alma (como hace, en cambio, innecesariamente la motivación del fallo de apelación)-consideraba ganancia esos títulos por el juego de dicha norma legal. Pero al declarar como testigo nos dice en autos que no consultó ni tuvo a la vista "todas las cuentas de los Bancos durante el matrimonio, sino únicamente los resguardos de valores y títulos de propiedad de inmuebles". Que la parte actora (véase especialmente el escrito de réplica) planteaba del siguiente modo escalonado el fundamento de su pretensión:

Primero.-Mientras no se pruebe el hecho, niega (es decir, deja a la demandada la carga de la prueba) que los valores en litigio se adjudicasen por derecho de suscripción preferente.

Segundo. Niega que el precio pagado se abonara por la demandada con fondos privativos suyos.

Tercero. Aun justificados esos dos puntos (esto es, fuera ya del campo propio del artículo 1.407 y de toda operación de fijación de hechos) niega que los valores, o al menos la diferencia entre el coste de adquisición y su evaluación corriente, deban reputarse (esto es "conceptuarse", "calificarse") de gananciales. Y esto es en fin de cuentas lo que hace el fallo: con independencia del problema de factor del origen de los valores, los conceptúa o califica de gananciales. Si en esta calificación hay error, no es de hecho, o de apreciación de prueba, sino que está en la operación de subsumir bajo conceptos jurídicos cosas ya averiguadas o justificadas por la prueba. Que la sentencia de apelación, haciendo suyos todos los razonamientos que dedica al problema la del Juzgado, se limita a añadir: "Que el grupo de valores (a que se refiere el segundo pedimento de la demanda) no pueden considerarse en modo alguno como parafernales por el socio hechos que sean procedentes de derechos de acciones privativas de la viuda. Han sido adquiridas durante el matrimonio como fruto de rentas o intereses que esto es y no otra cosa los derechos concedidos a los accionistas para suscribir nuevas acciones. Luego están comprendidos en el artículo 1.401 del Código Civil ». Se atenderá, pues, el recurrente estrictamente a la afirmación, base directa de la calificación del fallo, de que se trata de acciones adquiridas mediante el derecho o gracias al derecho, concedidas al que ya es accionista, y en este carácter, o sea el derecho de atribución o suscripción preferente reconocido al antiguo accionista en los artículos 39 y 92



de la Ley de Sociedades Anónimas como derecho inalienable e irreductible. Pregunta el recurrente cómo ha de tratarse de un problema de prueba, en la impugnación de esta parte del fallo, si el considerando fundamental del Juzgado que la sentencia de la Audiencia hace suyo se dice que es cierto que si pudo hacerse la suscripción fué en virtud de un derecho de preferencia concedido a la demandada como poseedora de títulos antiguos y que desde luego eran privativos de ella. Que de esta certeza del juzgador de instancia lograda gracias a una prueba exhaustiva, y muy costosa, a la que llevó al recurrente la cicatera y gratuita negativa de la actora, arranca en la fundamentación de este motivo de casación, autorizadas en el número primero del artículo 1.692.

B) Mucho se ha discutido por la doctrina, en Francia, en Alemania, en Italia y en nuestro país, en torno a la naturaleza del derecho de suscripción preferente. Tras una indagación doctrinal que ha llegado hasta el último matiz del tema, hoy vale universalmente como "communis opinio" que la atribución y ejercicio de ese derecho no es fruto ni renta de la acción; que las nuevas acciones que se emitan al ampliarse el capital, se den al antiguo accionista gratuitamente o cargo a reservas (reservas que ya eran suyas, porque con su acción antigua participaba en todo el patrimonio de la Sociedad), o contra su precio de emisión no son dividendos o reparto de beneficios. Ya por la sencilla razón de que al aumentar el capital una Sociedad anónima hace todo lo contrario que repartir. Que si se trata del aumento de capital llamado "nominal" o "interno", o con medios propios, la Sociedad se limita a pasar, por una mera trasposición contable, un epígrafe a otro del pasivo, las reservas a capital, dejando inalterable el activo. Que el patrimonio sigue siendo el mismo, y el antiguo accionista sigue participando en la misma proporción en ese patrimonio. Si se trata de aumento de capital efectivo, la plus valía del patrimonio, representada por reservas y remanentes de ejercicios anteriores (que pudieron tal vez repartirse como dividendos y ser entonces frutos, pero que no se repartieron) van a "diluirse" entre las antiguas acciones y las nuevas. La primera que representa para el antiguo accionista el derecho de suscripción preferente, o que recibe vendiendo tal derecho, no es otra cosa que compensación de ese "diluirse" que se produce a su coste. No es fruto, rendimiento ni "interés" de la acción, sino compensación de "capital" por el hecho de que otros entren a participar en el patrimonio "diluido".

O) Esta consideración del problema ha prevalecido, tanto por razones jurídicas como económicas. Cierra la evolución que va de las sentencias antiguas de esta Sala, que el fallo del Juzgado de Bilbao citaba, a la doctrina tan explícita y terminante de la sentencia de 23 de enero de 1947 (recogida también en la sentencia de 20 de diciembre de 1952). En aquella una y otra vez se reitera el principio de que las nuevas acciones atribuidas al antiguo accionista en virtud de su derecho de suscripción preferente, no son frutos, ni renta, ni dividendo. El recurrente mantiene que, siendo ello así, lo es por igual para todas y cada una de las instituciones del Derecho civil en que el problema surge: para el usufructo, para la prenda, para la relación entre parafernales y gananciales, que es la de este pleito, y que virtualmente es la misma que la que une a usufructo y nuda propiedad.

D) La sentencia de 23 de enero de 1947, agotando propiamente el tema, junto a una serie de razones invocadas por la doctrina científica y de carácter más técnico, ponía otras más directamente dictadas por imperativos de equilibrio y equidad. Subraya que el derecho de suscripción preferente, como derecho inherente "ab originis" a las acciones antiguas, va dirigido a impedir (según precisa el gran maestro italiano del tema, Ascarelli) que el valor de esas acciones pueda resultar perjudicado a través de un aumento de capital que permita a terceros (sin suficiente tutela del accionista) pasar a participar de la diferencia entre patrimonio y capital social, en el cual, en virtud de las antiguas acciones, participa ya el accionista. Que tal diferencia es la que existe justamente en el presente caso entre el valor de coste y el valor de cotización de las acciones. Y esa diferencia no es fruto o rendimiento de la acción ni por tanto inaplicable al artículo 1.401 en su número tercero, entra en los bienes gananciales del matrimonio; como entrarán en cambio los de las antiguas. Que el fallo infringe la Ley, y la doctrina jurisprudencial recogida en los fallos citados, cuando atribuye esa diferencia a la sociedad ganancial, sustrayéndola a los bienes parafernales. Y no como diferencia, sino la que producida ulteriormente con la cotización del momento de la herencia; la cual es incremento o plus valía del capital, dependiente del valor del dinero, como puede ser el de cualquier otro bien, una casa o un prado, por ejemplo.

D) Dice el recurrente que a su Juicio, sería indiferente determinar con qué fondos o bienes se hubiesen pagado las acciones. Porque justamente no que se paga no es esa diferencia, que sólo el hecho de tener la acción antigua atribuye, con plena razón, las sentencias de esta Sala que ha citado, equiparan el derecho de suscripción preferente al de retracto mencionado en el número tercero del artículo 1.396. El esposo que adquiere por derecho de retracto privativo suyo, tanto puede pagar el precio con dinero propio como de la comunidad matrimonial. En este último caso, cree que la comunidad tendrá frente a él un crédito, pero la disposición legal sigue operando. De otro modo, la sociedad ríe gananciales (y finalmente los herederos del otro cónyuge, se apropiarían de un valor patrimonial, derecho de retracto o derecho de suscripción preferente, exclusivo de uno de los esposos).



E) En resumen: Invoca, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de Ley y de doctrina legal contenida en el fallo que declara tener el carácter de gananciales y manda incorporar al caudal hereditario objeto de la partición de este pleito, la diferencia que media entre el puesto y la valoración efectiva de unas acciones adquiridas durante el matrimonio de la demandada con el causante y que el propio fallo en su motivación y en sus premisas, da como cierto que fueron suscritas en virtud de un derecho de preferencia atribuido a la demandada como poseedora de títulos y que eran privativos de ella. Por cuanto del ejercicio de ese derecho de preferencia y privativo de la esposa arranca la diferencia que la sentencia trata como fruto o rendimiento de la acción.

Cuarto. Fundado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que en la apreciación de las pruebas ha habido error de derecho, con infracción de las normas legales probatorias que expresamente habrán de invocarse, así como error de hecho que resulta de los documentos auténticos que se dan y que demuestran la equivocación evidente del juzgador. Que reformando "in plus" la sentencia del Juzgado, el fallo de apelación estima también la pretensión relativa al precio de venta del chalet de Amorebieta, bien privativo del causante y enajenado por él en 22 de octubre de 1945, según la escritura pública que incorpora el contrato, en el precio de 75.000 pesetas. El fallo estima "como mayor valor" del chalet vendido la cantidad de 250.000 pesetas y manda que se reparta o distribuya ese mayor valor entre la viuda y el nieto del causante en la proporción establecida en el testamento. Dice la Audiencia, motivando este pronunciamiento, que de la prueba practicada en autos, "apreciada en su conjunto con arreglo a la sana crítica y de acuerdo con lo dispuesto en la materia por el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, aparece a juicio de la Sala que... en realidad su precio de enajenación (del chalet) en 22 de octubre de 1945 fué de 325.000 pesetas». Que observa el recurrente que así como no se dice en ese considerando qué prueba o pruebas han sido las practicadas y apreciadas al respecto, así se deja en la duda sobre el alcance de esas disposiciones de la Ley civil material y de la Ley civil procesal, las cuales, por lo que hace a las pruebas que se aprecian con arreglo a la sana crítica, es decir, las pruebas libres, no disponen absolutamente nada en materia de apreciación (aunque indiquen un criterio). Que en cambio la sentencia del Juzgado (que no acogió la pretensión) es la que informa sobre la clase, el contenido y el alcance de la prueba hecha, "como prueba sobre este particular-dice libremente (y esta Sala podrá ver que el Juez no se equivocaba al precisarlo así)-se ha aportado el informe pericial de un Arquitecto (folio 159) que estima que el valor del chalet de Amorebieta en la época que se vendió era de 325.000 pesetas». Y no hay en autos absolutamente ninguna otra prueba (ni documental, ni testifical, pericial o de confesiones) sobre el particular. Y el perito que informa (no, es claro, sobre hechos, sino sobre valoraciones) no dice que el "precio de venta" fué, ni siquiera que "era». Dice lo que, a su juicio, era el "valor del chalet». Que nada de particular tiene que la prueba del demandante que no ha tachado de falsedad la escritura pública, versara sobre algo completamente diferente que el precio de venta. Por cuanto en su demanda, entendiendo torcidamente la referencia del artículo 1.423 a las reglas para la dote desconoce que el artículo 1.367 contiene una "ley especial" respecto del artículo 1.366. Los bienes inmuebles del marido, como los dótales, si se hubiesen enajenado, se restituyen entregando el precio de la venta -no su "valor"-en estimación del Perito, ni siquiera su favor en venta, sino el precio que por ellos se haya pagado. Es decir, que si en efecto creía o pensaba el demandante que el precio de venta del chalet fué superior al que figura en la escritura pública (con declaración vinculante para el sucesor del causante y para todos, mientras no se impugne debida y directamente), lo que tenía que haber hecho era la prueba del precio efectivamente pagado, no la de cuál fuese el valor del chalet al tiempo de la venta. Que en todo caso, la apreciación que hace de la prueba la sentencia impugnada va en contra de la regla de prueba (legal) del artículo 1.218, Código Civil, que incluye expresamente al causahabiente del autor de la declaración. V por tanto al demandante. Incide por tanto el fallo en error de derecho en la apreciación, puesto que según esa norma la escritura de venta aportada a los autos prevalece sobre cualquier apreciación libre del Juez. "El día que desaparezca del Derecho las pruebas legales-decía el gran maestro Wach-habrá desaparecido el Derecho privado.» Allá el Derecho fiscal para girar el impuesto por estimaciones con independencia de las declaraciones con que las partes se vinculan así mismos y a sus causahabientes! E incide en error la sentencia de hecho en cuanto contiene una fijación del hecho contradicha por un documento público de los autos, la referida escritura pública autorizada en 22 de noviembre de 1945 por el Notario de Amorebieta que demuestra la equivalencia evidente del juzgador.

Quinto. Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que el fallo contiene infracción de Ley y doctrina legal por violación e interpretación errónea del artículo 838 del Código Civil, así como de la doctrina legal en torno a la nulidad de la» particiones hereditarias, que será citada. Que este motivo se refiere al pronunciamiento sobre la forma en que la partición satisface a la viuda su parte de usufructo. O sea a lo que es en la demanda y en el propio fallo nada menos que una causa razonada en el motivo segundo de este escrito. Rectificando al Juzgado, que había usado de la facultad "integradora" el último inciso del párrafo primero del artículo 383, el fallo de la Audiencia "anula" la partición de este extremo considerando que tal artículo contiene una autorización al heredero, pero nunca al cónyuge. Que el error "in iure" que aquí se muestra se basa en la suposición de que la partición impugnada es obra de la viuda-que



comparece para la liquidación de la sociedad de gananciales y no del contador- partidador nombrado por el causante. Que en primer lugar, en este punto no existe, ni se ha invocado ni menos probado perjuicio de ningún orden para el nieto. Que realmente la cuestión carece de base económica. Reiteradamente ha ratificado esta Sala valoraciones en capital de cuota usufructuaria viudal hecha con arreglo a las escalas del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, como aquí en el caso. Últimamente en la sentencia de 13 de abril de 1956, que en segundo lugar y en relación con esta falta de perjuicio o lesión, la doctrina legal ha interpretado siempre en sentido restrictivo el sistema de las impugnaciones de la partición. No sólo la nulidad sino la misma rescisión son remedios sumamente condicionados y restringidos. Las sentencias de 6 de marzo de 1945 y 30 de enero de 1951, entre otras muchas, recogen esta doctrina.

Sexto. Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que el fallo contiene infracción de Ley y de doctrina legal por violación del artículo 1.074 del Código Civil . Que este motivo que continúa y completa el argumento apuntado el precedente, se formula con carácter general y como consecuencia de todos los motivos de impugnación anteriores. Que el supuesto fundamental, "sine qua non», del artículo 1.074 del Código Civil , que contiene la norma especial de la acción rescisoria referente a las particiones de los bienes hereditarios, es una lesión en más de la cuarta parte. La rescisión es en este campo un remedio sumamente restringido por el legislador. La sentencia de 6 de marzo de 1945 así lo enseña literalmente y añade que, por ella ni siquiera la simple omisión de objetos o valores es, normalmente, según el artículo 1.079, causa de rescisión. Que el actor no ha aducido propiamente, ni directamente, la lesión que sólo podía abrirle la puerta de la acción, ejercitada. Ha aducido sí una serie de perjuicios singulares, y desconectados, dependientes de supuestas omisiones, pero no la lesión que la Ley exige la cual tanto en la entidad como en el tiempo-o momento de su determinación tiene que ser una lesión determinada. A fundamentar la tesis de la oposición del recurrente de que no existen esas lesiones o perjuicios singulares e inconexos entre sí, van encaminados los motivos anteriores. Aquí se aduce, frente a la declaración de la rescisión que hace la sentencia impugnada, que ni la parte actora ha aducido ni probado, ni siquiera la sentencia afirma, una lesión de más de la cuarta parte "atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas».

Séptimo. Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que el fallo al pronunciarse sobre la acción reconvenzional, contienen infracción de Ley y de doctrina legal por violación y aplicación indebida de los artículos 1.064 y 1.893 del Código Civil . Que la sentencia reconoce que la demandada satisfizo en nombre y por cuenta de su coheredero, los impuestos de Derechos reales y timbre a su cargo, la cantidad de 95.115,75 pesetas según carta de pago de 28 de junio de 1948, aportada a los autos y tenida en ellos como auténticas. Y sin embargo, reclamada en reconvección la devolución de ese dinero, la sentencia no lo concede en su integridad, sino en la proporción que en la partición impugnada le fueron adjudicadas, y según se concrete en período de ejecución de sentencia. Que la base de esta extraña limitación (contradictoria con los pronunciamientos anteriores sobre la acción principal) es que, conforme al artículo 1.893, los gastos que en la gestión de negocios hay que reintegrar son exclusivamente los útiles. Que el error "in judicando» existe, en primer lugar, porque no cabe negar el concepto de utilidad a una cantidad que, pagada bastantes meses antes de formarse y protocolizarse la partición que en estos autos se ha impugnado, correspondía no a ella, sino a una declaración provisional presentada a nombre del heredero (por el Notario autor del primer proyecto) a la hacienda. En segundo lugar, pregunta el recurrente cómo puede la misma sentencia que rescinde esa partición impugnada, para que se sustituya por otra que vendría a corresponder a la declaración provisional del coheredero, negar que la cantidad pagada a nombre y por cuenta de ésta y que corresponde a la declaración, no fué hecha con arreglo al último inciso del artículo 1.064 del Código Civil , en interés particular de ese coheredero. Tan en interés particular que, de no haberse ingresado tal suma (esa determinada, que correspondía a la declaración, y no a otra menor) se hubiera seguido un perjuicio exclusivamente, particularmente para él; perjuicio que en nada y para nada robaza, al que le adelanto el dinero:

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón:

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que fundado en el número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 359 de la misma, acusa el primer motivo la incongruencia de la sentencia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes, motivo que a todas luces es desestimable, porque si de algo peca la sentencia, es de su absoluta subordinación a las pretensiones oportunamente aducidas por las partes en sus escritos fundamentales empleando hasta sus mismos términos, que envuelven errores técnicos y sabido es, que según reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, precisamente la congruencia o incongruencia ha de entenderse en esa apuntada relación de la parte dispositiva de la sentencia con los términos de la demanda, contestación y reconvección en su caso:



CONSIDERANDO que fundado en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega el motivo segundo que el fallo contiene disposiciones contradictorias, motivo que asimismo es desestimable, porque lo que resulta de la parte dispositiva de la sentencia, según el pronunciamiento tercero del Juzgado confirmado por la Audiencia, es la rescisión de la partición realizada al fallecimiento del señor Felix y la práctica de una nueva liquidación de la sociedad conyugal y partición de la herencia con arreglo a las bases que resultan de los pronunciamientos anteriores, en que se ordenan unas adiciones, y en ninguna parte se declara la nulidad de la partición, sino solamente en el fallo de la Audiencia se ordena además la nulidad de la adjudicación referente al 80 por 100 del importe del usufructo a favor del demandante y del 20 por 100 a favor de la viuda, y si a alguna duda se prestaban esos pronunciamientos, en su mano tuvo el recurrente y no lo utilizó en tiempo oportuno, el recurso de aclaración que para esos casos le concede la Ley:

CONSIDERANDO que a mayor abundamiento es evidente la imprecisión técnica de que se resiente nuestro Código Civil en materia de ineficacia de las particiones a las que dedica la sección cuarta, capítulo sexto del título tercero del libro tercero, donde bajo la rúbrica "De la rescisión de la partición», incluye materia tan heterogénea como la rescisión propiamente dicha (artículo 1.073 a 1.078), la simple modificación de la partición (artículos 1.079 a 1.080), y la nulidad (artículo 1.081) y aun cuando la doctrina científica y la jurisprudencia se hayan esforzado y conseguido finalmente precisar tan heterogéneos y contrarios términos, no hay que olvidar que esta Sala tiene declarado, que no puede dar lugar a la casación el usar como sinónimo la nulidad y la inexistencia (sentencia de 14 de mayo de 1929), y que si bien existen diferencias entre inexistencia de un contrato, nulidad de éste y rescisión del mismo, según esta Sala tiene expuestas clara y concretamente en varias de sus sentencias, no puede dar lugar a casación un error únicamente de técnica jurídica (sentencia de 23 de marzo de 1934)

CONSIDERANDO que nuestro Código Civil aunque en obligado acatamiento al principio de autonomía de la voluntad establece el principio de libertad de pacto en las capitulaciones matrimoniales, no deja de mostrar su preferencia por el régimen de la comunidad de gananciales, que proclama como régimen legal supletorio y presunto, y fortalece con normas imperativas que no admiten derogación por parte de los cónyuges, acerca de los bienes que tienen el carácter de gananciales, ya directamente, ya por subrogación real, y finalmente con una presunción legal, a cuyo tenor, se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privadamente al marido o a la mujer (artículo 1.407), requiriendo la jurisprudencia para desplazar la presunción legal que favorece el carácter común de los bienes del matrimonio, prueba expresa de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges (sentencias de 28 de enero de 1898 y 19 de diciembre de 1957)

CONSIDERANDO que entre los bienes gananciales por subrogación, se encuentran los bienes adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos (artículo 1.401, número primero), no variando la cualidad de gananciales porque la adquisición se verifique a nombre de la comunidad o de cualquiera de los esposos, con tal que se cumpla la condición de haberlo sido a costa del caudal común, sin que el cónyuge a cuyo nombre o para quien se adquiere, pueda invocar esta circunstancia contra la comunidad, pues sólo la procedencia es decisiva para calificar de gananciales los bienes objeto de la adquisición, con lo cual lo que se hace es mantener el patrimonio de la comunidad de gananciales intacto, sin más variación que la sustitución del precio o contraprestación salidos del caudal común, con los bienes con ellos adquiridos ("res succedit in locum pretu et pretium in locum rei»)

CONSIDERANDO que amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega el motivo tercero del recurso la infracción de Ley y de doctrina legal por violación de los artículos 1.422 y 1.396, números tercero y cuarto, y por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1.401 y 1.407, todos del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 23 de enero de 1947 y 20 de diciembre de 1952, planteando el sugestivo tema de la naturaleza jurídica del derecho de atribución o suscripción preferente reconocido al antiguo accionista en los artículos 39 y 92 de nuestra Ley de Sociedades Anónimas :

CONSIDERANDO que si bien esta Sala ha declarado en su sentencia de 23 de enero de 1947, a propósito de un caso de separación de nuda propiedad y usufructo en que se discutía la pertenencia del derecho a la suscripción de nuevas acciones por parte de los accionistas de una Sociedad anónima, que prescindiendo de la periodicidad en la producción de los frutos, que no es esencial a la consideración de tales, según evidencia el artículo 475 en su párrafo segundo al referirse al goce de los beneficios que diese una participación en una explotación industrial c mercantil, cuyo reparto no tuviese vencimiento fijo, el fruto es algo producido por la cosa que lo da, y es evidente que las acciones nuevas no pueden estimarse generadas con las acciones antiguas, cuyo fruto o producto son los dividendos repartidos a los accionistas o prestaciones que tengan análogo carácter pero las acciones nuevas dependen en su nacimiento de un acto de los órganos estatutarios sociales, responden a un aumento acordado en el capital de la Sociedad que se lleva a efecto mediante



desembolso de los accionistas, y por ello no cabe estimar que en este caso concreto sean considerados como frutos de las acciones primitivas (considerando tercero), respondiendo además la atribución del derecho a suscribir las acciones nuevas a los nudo propietarios en casos como el presente, a consideraciones de equidad que no pueden ser desconocidas, y que han sido reiteradamente expuestas por la doctrina científica, como son las que debe buscarse el equilibrio entre las ventajas y los riesgos, y si la Sociedad derrama un dividendo pasivo sobre el capital, éste lo soporta el propietario, no el usufructuario, y si la acción pide para aquél no para éste en cuanto es representación de capital, por lo que parece natural atribuir al propietario la ventaja que da la propiedad de las acciones nuevas, o de que siendo los antiguos accionistas los primeros en arriesgar su propio capital, resulta lógico conferirles el aumento de ese capital representado por las nuevas acciones y, por lo tanto el derecho a suscribirlas, y ello aparte de que significando el usufructo una limitación indudable de la propiedad, el alcance del mismo en caso de duda debe ser interpretado restrictivamente (considerando quinto), no es menos cierto que la propia sentencia proclama que no puede asimilarse la sociedad formada por marido y mujer mediante el matrimonio, sociedad de índole predominantemente moral para el mutuo auxilio y la realización de los fines de la familia de la que dimana la de gananciales, con una Sociedad de capitales como es fundamentalmente la anónima, declarando por ello inaplicable al caso de autos la jurisprudencia contenida en las sentencias de 4 de junio de 1881 , 9 de noviembre de 1891 , 8 de noviembre de 1893 , 14 de mayo de 1929 , 31 de mayo de 1930 y 18 de abril de 1934 , por referirse a la sociedad legal de gananciales, asignando a determinadas acciones de Banco derivadas de otras de que eran accionistas los cónyuges individualmente el carácter de gananciales (considerando sexto)

CONSIDERANDO que tampoco favorece la posición de la parte recurrente la doctrina contenida en la también invocada sentencia de 20 de diciembre de 1952 , por no tener paridad la revalorización experimentada por la participación en una Sociedad comanditaria respecto a la asignada en la escritura social y en los balances de la Sociedad, y el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones de una Sociedad anónima, además de que sólo se califica como capital privativo del causante y no como bien ganancial, el incremento que haya tenido su referida participación social por la revalorización de los elementos del activo de la Sociedad o por la actuación de las reservas producidas con anterioridad al matrimonio del causante, y sin desembolso alguno por el accionista:

CONSIDERANDO que no es sólo la justa aplicación de esta doctrina, erróneamente denunciada como infringida, la que lleva a la desestimación del expresado motivo tercero, sino que a la misma conduce la supuesta infracción de los números tercero y cuarto del artículo 1.396 del Código Civil , que califican como bienes privativos por subrogación real, los adquiridos por derecho de retracto o por permuta con otros pertenecientes a uno sólo de los cónyuges y a los comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido, respectivamente, ya que declarado por el juzgador de instancia (considerando cuarto del Juzgado aceptado por la Audiencia) que la recurrente durante su matrimonio tuvo depositados sus títulos en el Banco de Vizcaya y en el Banco de Bilbao, y a su nombre exclusivamente tuvo siempre abierta cuenta corriente ordinaria de metálico en que se abonaban los cupones de las obligaciones y dividendos de las acciones que tenía depositadas en cada Banco, más los productos de las amortizaciones de obligaciones y venta de valores, acudiendo a diversas ampliaciones de capital por medio del Banco en que tenía depositados los títulos antiguos, el cual cargaba según práctica bancaria en su cuenta corriente el importe de la suscripción de las nuevas acciones, en la imposibilidad de discriminar en dichas cuentas corrientes la procedencia del metálico con que se pagaban las nuevas acciones, hay que estar a la presunción que establece el artículo 1.407 del Código Civil y considerar el metálico en cuenta corriente como bien ganancial, aunque figurasen las cuentas a nombre de la demandada, no combatidas eficazmente dichas declaraciones, es ineludible la aplicación del número primero del artículo 1.410 del propio Cuerpo legal, que estima decisiva la procedencia del dinero con que se adquieren los nuevos bienes, que en este caso tiene carácter ganancial, con lo que queda descartada la pretendida aplicación del número cuarto del artículo 1.396, sin que respecto al número tercero puedan considerarse como equivalentes el ejercicio del derecho de retracto y el de suscripción preferente por tener naturaleza distinta, ya que aquél se dirige a reintegrar en el patrimonio privativo un bien que salió de él provisional y condicionalmente, y éste a la adquisición de un derecho nuevo, distinto, que hace inaplicable la alegada razón de analogía, que nunca podría jugar en materia como la presente en que el legislador se pronuncia sin titubeos a favor de la comunidad de gananciales, y que en el caso de autos viene corroborado con argumento de tal autoridad como el del fraude de Ley cometido por el causante, al cambiar después de celebrado su segundo matrimonio la vecindad foral vizcaína por la del derecho común, con el fin de que no se operase la comunidad foral, con el consiguiente perjuicio para el nieto descendiente de sus primeras nupcias, y que no ha podido ser declarado por este Tribunal en aras al principio de la congruencia procesal:

CONSIDERANDO que el motivo cuarto, fundado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que en la apreciación de las pruebas ha habido error de derecho con infracción del artículo 1.218 del Código Civil , así como error de hecho que resulta de la escritura pública



autorizada en 22 de noviembre de 1945, tampoco puede prevalecer, ya que según reiterada jurisprudencia de esta Sala, no procede la casación contra el juicio dado por el Tribunal en virtud del conjunto de las pruebas, cuando el recurrente pretenda impugnarlo por el resultado aislado de alguno de los elementos integrantes del juicio, desarticulándolo para imprimir a uno de ellos fuerza preponderante:

CONSIDERANDO que el motivo quinto, fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la violación e interpretación errónea (del artículo 839 del Código Civil, así como de la doctrina legal que cita en torno a la nulidad de las particiones hereditarias, debiendo asimismo ser desestimado, ya que el Comisario nombrado por el testador representa tan sólo al "de cuius», no al heredero, que es el que puede transformar en su ejecución la cuota viudal, o en su defecto, la Autoridad judicial, cuya apreciación, como cuestión de hecho, no es impugnabile en casación (sentencia de 5 de noviembre de 1913)

CONSIDERANDO que igual suerte ha de correr el motivo sexto que fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la violación del artículo 1.074 del Código Civil, puesto que si bien como regla general establece el artículo 1.073 que las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones, o sea por las taxativamente enumeradas en el artículo 1.291, establece como regla especial el precepto supuestamente violado, debido a ser la partición uno de los negocios jurídicos raros que por derogación del derecho común son sensibles a la lesión, que "podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas», determinándose la lesión, no respecto al valor singular de los bienes, sino en relación con el valor total de los incluidos en cada lote, habiendo declarado la jurisprudencia que es necesario para rescindir unas particiones por cesión que la prueba practicada en el pleito haya demostrado cumplidamente la realidad de tal lesión, y que ésta haya sido en más de la cuarta parte, declaración que por tratarse de una cuestión de hecho corresponde a los Tribunales de instancia (sentencias de 17 de febrero de 1928, 21 de abril de 1931, 16 de junio de 1932, 9 de noviembre de 1949 y 9 de marzo de 1951), y en el caso de autos la sentencia recurrida declara (considerando octavo de la Audiencia) que existe una gran diferencia no sólo de la cuarta parte, sino de mucho más como lesión legitimaria, por lo que debe rescindirse la partición al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.074 del Código Civil:

CONSIDERANDO que, finalmente, el motivo séptimo del recurso, fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entiende que el fallo, al pronunciarse sobre la acción reconvenzional, contiene infracción de Ley y de doctrina legal por violación y aplicación indebida de los artículos 1.064 y 1.893 del Código Civil, con olvido de que hasta ahora la cantidad satisfecha por la recurrente en nombre y cuenta de su coheredero, en razón de los impuestos de Derechos reales y timbre a su cargo, no ha proporcionado a la parte recurrida otra utilidad que la proporcional al valor de los bienes adjudicados en la partición impugnada, sin perjuicio de que al practicar la nueva adjudicación se tenga que hacer otra liquidación complementaria en ejecución de sentencia, por lo que es también desestimable este motivo y con ello el recurso en su integridad.

FALLAMOS

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción interpuesto a nombre de doña Isabel contra la sentencia que con fecha 18 de abril de 1956 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas, y líbese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado e insertará en la "Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Serrada. Francisco Bonet Ramón. Joaquín Domínguez. Obdulio Siboni Cuenca. Diego de la Cruz Díaz (rubricados).