



Roj: **STS 8938/1989** - ECLI: **ES:TS:1989:8938**

Id Cendoj: **28079110011989100984**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/1989**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO FERNANDEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Núm. 120.-Sentencia de 14 de febrero de 1989**

PONENTE: Excmo. Sr. don Antonio Fernández Rodríguez.

PROCEDIMIENTO: Juicio declarativo ordinario de menor cuantía.

MATERIA: Rescisión de partición hereditaria. Incongruencia. Alcance del art. 1.692.4 LEC .

NORMAS APLICADAS: Arts. 1.290 , 1.300 , 1.438 , 1.439 y 1.441 CC .

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencias de 23 de enero , 5 de febrero y 16 de abril de 1984 ; 24 de febrero y 20 de septiembre de 1986.

DOCTRINA: La confesión judicial no tiene el alcance de documento a tales efectos, ni concretamente prevalente a los demás medios de prueba.

En lo referente al segundo de dichos preceptos -1.438- a causa que si ciertamente el trabajo que

hubieran realizado los cónyuges para la casa puede ser considerado como contribución a las cargas, el derecho que al respecto tal horma confiere es simplemente la de posibilitar la obtención de una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de **separación**, en cómputo para el caso proporcional a sus respectivos recursos económicos en el supuesto de que hayan contribuido al sostenimiento de las cargas del matrimonio, pero no el de atribuir dominio sobre los **bienes** convirtiendo en comunes los que sean privativos de uno de los cónyuges y en cuanto al artículo 1.439 a causa de que la aplicación de este precepto, aparte de que lo único que genera son obligaciones del mandatario con la salvedad de no tener que rendir cuentas, a no ser que se haga inversión en atenciones distintas al levantamiento de las cargas del matrimonio, requeriría que efectivamente se hubiese acreditado, cual no reconoce haber sucedido la sentencia recurrida, sin desvirtuación eficiente, y por tanto con la consiguiente vinculación en casación, el que doña Magdalena actuó al adquirir y disponer a su nombre los **bienes** en cuestión no en nombre propio sí que actuando en el concepto de administradora o gestora de **bienes** o intereses de don Federico .

En la villa de Madrid, a catorce de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia, sobre solicitud de rescisión de las participaciones hereditarias, cuyo recurso fue interpuesto por don Federico y don Mauricio , representado por el Procurador de los Tribunales don Román Velasco Fernández, y asistido del Letrado don Francisco Vicente Bonet Bonet, en el que son recurridos doña Luisa , doña Rosa , don Alejandro y don Cesar , personados, representados por el Procurador de los Tribunales don José de Murga Rodríguez, y asistido del Letrado don César Vita Ferrer.

### **Antecedentes de hecho**



Primero: Ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Valencia, fueron vistos los autos de juicio declarativo de menor cuantía, seguidos a instancia de doña Luisa , doña Rosa , don Alejandro y don Cesar , todos mayores de edad, y vecinos de Valencia, contra don Federico , doña Ángeles , y don Mauricio , igualmente mayored de edad y vecinos de Valencia, sobre rescisión de participaciones hereditarias.

La parte actora formalizó demanda que se basó en los siguientes hechos: 1.º Que los demandantes son herederos testamentarios de doña Magdalena . 2.º Con fecha 16 de octubre de 1984, por parte del contador partidor se llevó a cabo la protocolización de las particiones realizadas y adjudicaciones a cada uno de los coherederos. 3.º Y, la causante doña Magdalena , casada con don Federico , tenía capitulaciones matrimoniales. 4.º La partición y adjudicación de la que se solicita su rescisión, lesiona gravemente los intereses de los actores. 5.º Atendiendo a la totalidad de los **bienes** integrantes la cuantía y proporción sería una octava parte de los dos tercios que integran el usufructo vitalicio del viudo corresponde en nuda propiedad a cada uno de los demandantes, 2.439.724 pesetas a don Cesar , 2.439.724 a doña Luisa , 2.439.724 a doña Rosa , 2.439.724 a don Alejandro todos en nuda propiedad. Del tercio restante que importa la cantidad de 9.759.168 pesetas corresponde a cada uno de los demandantes 609.948 pesetas, iguala la cuarta parte de dicho tercio. Del mismo, tercio una octava parte por importe igual a 1.219.896 pesetas corresponden a Cesar . Del mismo tercio corresponde a los coherederos don Alejandro , doña Rosa y doña Luisa la cantidad de 304.974 pesetas. 6.º Que a efectos de determinación de la cuantía objeto del pleito se cifra en 14.334 246 pesetas.

Admitida a trámite la demanda, los demandados la contestaron en base a los siguientes: excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Y falta de personalidad en los demandados, y como hechos: 1.º Se niega el correlativo de la demandada, aunque sea cierto que la causante y su esposo otorgaron previo a su matrimonio, por razones familiares escritura de capitulaciones matrimoniales; Oponiéndose a la demanda por entender que la partición realizada por el contador partidor no origina lesión alguna, y entendiendo que ha de prevalecer la partición realizada por el contador partidor testamentario, y que si pudiera prevalecer el criterio de la parte actora, los **bienes** constitutivos del activo sumas 29.277.504 pesetas; alegaba los fundamentos de. Derecho que estimaba de aplicación, y ésta terminaba suplicando del Juzgado que, previos los trámites oportunos se dictara sentencia por la que se condenase a los demandados a lo solicitado, con imposición de costas, y solicitaba sentencia que acogiera las excepciones, absolviendo, en su caso, a los demandados.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 4 de febrero de 1986, cuya parte dispositiva es como sigue: "Fallo: Que desestimando la demanda presentada por la Procuradora doña María Teresa García Carreño, en nombre de los hermanos doña Luisa , doña Rosa , don Alejandro y don Cesar , contra don Federico , doña Ángeles , y don Mauricio , cuyo Procurador es don Fernando Bosch Melis, debo declarar y declaro no haber lugar a declarar la rescisión, por lesión, de la partición de autos, derivada de la calificación de **bienes** gananciales de los que no lo son; ni a estimar como privativos de la causante todos los inventariados en el cuaderno obrante en autos; sin que haya lugar a confeccionar otro, y condene en las costas a actores.»

Segundo: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante que fue admitido y sustanciada la alzada la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, dictó sentencia en 21 de mayo de 1987 , cuyo fallo es como sigue: "Fallo: Se estime la apelación formulada por la Procuradora doña Teresa García Carreño, en nombre y representación de don Cesar , don Alejandro , doña Luisa y doña Rosa , se revoca la sentencia de instancia, se estima la demanda interpuesta por la Procuradora indicada, se declara nula la partición hereditaria realizada por don Víctor por causa de lesión derivada de la calificación de **bienes** gananciales de los que eran privativos de la causante, se declara que son **bienes** privativos de la causante todos los que integran el cuaderno particional y sobre tal base se confeccionará el cuaderno particional; se condena a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a que satisfagan las costas procesales de primera instancia sin hacer expresa imposición de las de esta alzada.

Tercero: Por el Procurador de los Tribunales don Román Velasco Fernández, en nombre y representación de don Federico ; don Mauricio , se formalizó recurso de casación, basado en los siguientes motivos:

1.º Al amparo del número 3 del artículo 1.692 en concordancia con el 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 504 y 862 de la misma Ley , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que rigen los actos y garantías procesales que han producido indefensión a esta parte.

2º Al amparo del número 3 del artículo 1.692 en relación con el 1.693 de la Ley Procesal Civil fundado en el artículo 359 de la mencionada ley , por incongruencia entre el fallo de la sentencia de la Audiencia y el suplico de la demanda;; con infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

3.º Al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , al existir error en la apreciación de la prueba resultante de los documentos obrante en autos.



4.º Al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los artículos 1.441 y 1.438 del Código Civil , al producirse una infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia aplicables a los mismos.

5.º Al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del artículo 1.081 del Código Civil , por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia.

6.º Al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del artículo 1.077 del Código Civil por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico de la Jurisprudencia.

Cuarto: Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción se señaló para la vista el día 8 de febrero, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez.

### Fundamentos de Derecho

Primero: Procede declarar la desestimación del primero de los motivos en que los recurrentes don Federico y don Mauricio fundamentan el recurso de casación de que se trata, y que fundamentan, al amparo del número 3 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concordancia con el 1.963 y en relación con los 504 y 862 de la misma Ley Procesal, por entender que en la sentencia recurrida se han quebrantado formas esenciales del juicio rectoras de los actos y garantías procesales, productoras de indefensión, al haber sido admitida la práctica de pruebas, como la documental pública y privada, y certificación del Registro de la Propiedad número 2 de Inca (Mallorca), así como la confesión efectuada ya en primera instancia; porque en lo referente al aspecto de prueba documental, si **bien** es cierto que el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil previene que deberá acompañarse a toda demanda o contestación el documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho, y sobre la base que tenga trascendencia decisiva, al no poderse obligar a la parte a que aporte inicialmente todos los documentos que guarden relación con el fondo del proceso, cuya relevancia "in nimine litis" se desconocerá en muchos casos, según ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sentencias de 20 de octubre de 1885 , 21 de diciembre de 1905 , 5 de abril de 1911 , 26 de diciembre de 1924 y 3 de julio de 1940 , y se trate de documentos que concretamente fundamenten la pretensión de la parte, y no tendentes a desvirtuar la oposición de la parte contraria, esto es, para atacar las excepciones o contestación de los demandados, como indican las sentencias de esta Sala de 11 de mayo de 1987 , 29 de octubre de 1914 , 3 de febrero de 1919 , 25 de octubre de 1930 y 6 de junio de 1942 , ninguno de cuyos aspectos obstativos se dan en los documentos a que se contrae el motivo que se examina, pues que la Sala sentenciadora de instancia, para llegar a la solución estimatoria de la demanda en el sentido que la acoge, se basa genéricamente en las escrituras públicas aportadas a los autos que precisamente se refieren unos a los **bienes** inmuebles comprendidos en las operaciones, particionales impugnadas, en que se hace detallada expresión de los documentos determinantes de su titulación, y cuya realidad no niegan los demandados, que se limitan a no reconocer la atribución de dominio exclusivo de los demandantes pretenden en favor de la causante doña Magdalena , y otras a aspectos encaminadas a tratar de desvirtuar la invocación de los demandados de no ser de la atribución privativa de la referida causante que los demandantes invocan sobre los referidos inmuebles comprendidos en las tan mencionadas operaciones particionales con fundamento en las citadas escrituras públicas en ellas designadas; en, cuanto a la certificación del Registro de la Propiedad de Inca (Baleares), aportada en la; fase procesal de segunda instancia, al amparo del artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por ser procedente esa aportación probatoria al darse supuesto prevenido en el artículo 862 de la misma Ley Procesal , admitida por la Sala sentenciadora de instancia desde el momento que fue medio probatorio solicitado a tal fin en la fase de primera instancia no podido practicar en ella, por causa de extravío del correspondiente despacho que no consta fuese debido al proponente y no poderse reproducir ante, el inmediato vencimiento del período establecido al respecto, y en lo referente a la confesión judicial debido a que su práctica en la fase procesal de segunda instancia en que se produjo viene autorizada por el número 1 del artículo 863 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al haber sido solicitada por una sola vez y se contrajo a hechos que no fueron objeto de la rendida en la primera instancia.

Segundo: A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo segundo, como el anterior formulado al amparo del número 3 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el 1.693, y con fundamento en el artículo 359 del mismo ordenamiento jurídico procesal al apreciar los recurrentes incongruencia en la sentencia recurrida en cuanto declara la "nulidad" de la partición, cuando, en su criterio, en la demanda iniciadora del juicio en cuestión se solicitaba la "rescisión" de dichas operaciones particionales, ya que en contra de esa apreciación se alzan los claros términos de la súplica de dicha demanda, en la que se solicita se declare "rescindida y nula la partición mencionada" por causa de lesión derivada de calificación dada en aquella a los **bienes** en la misma comprendidos, por lo que al acoger la recurrida sentencia la solución



de nulidad en manera alguna incide en defecto de incongruencia, pues evidentemente se acomoda a uno de los aspectos de ineficacia de las tan mencionadas operaciones particionales postuladas en el referido escrito rector del proceso.

Tercero: Fundamentado el motivo tercero, con amparo en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en error en la apreciación de la prueba, resultante de los documentos obrantes en autos, concretamente capitulaciones matrimoniales, confesión de los demandantes, certificados de los Registros de la Propiedad Inmobiliaria y certificaciones de estancia y de trabajo del demandado don Federico, esposo de la precitada causante doña Magdalena, su inconsistencia y consiguiente desestimación surge, de una parte, de apreciar tanto que dichos aspectos probatorios ya han sido tenidos en cuenta conjuntamente con otros por la Sala sentenciadora de instancia a fines de dictar la sentencia objeto de recurso, por lo que no pueden tener la consideración de documentos a efectos de acreditar el error en casación, según ha tenido ocasión de declarar reiteradamente esta Sala, y de ello son exponentes las sentencias, entre otras y como más recientes, de 23 de enero, 6 de febrero de 1984, 24 de febrero y 20 de septiembre de 1986 y 23 de enero y 16 de abril de 1984; de otra parte, además de que la confesión judicial no tiene el alcance de documento a tales efectos, ni concretamente prevalente a los demás medios de prueba, como también proclaman las sentencias de 7 de junio de 1984, 2 de febrero y 7 de noviembre de 1986, y 2 de febrero de 1987, de que la prueba alegada en pretensión justificativa del mencionado error indicado en modo alguno lo revela, pues lo único que pone de manifiesto es la existencia de un régimen económico familiar de **separación de bienes** en el matrimonio integrado por doña Magdalena y don Federico, así como la inscripción a nombre de aquélla en Registro de la Propiedad de determinados **bienes** y la actividad laboral que vino desarrollando el precitado don Federico en período de tiempo de aquel matrimonio; y, finalmente, porque lo que los recurrentes pretenden, a medio del motivo ahora examinado, es realizar de forma improcedente una nueva valoración de la prueba en el presente recurso, con olvido que éste no es una tercera instancia, sino un mero remedio procesal, de índole extraordinario, encaminado a establecer si dados unos determinados hechos eso no correcta la apreciación jurídica realizada en la resolución impugnada, conforme tiene declarado esta Sala en sentencias de 9 de abril de 1984 y 24 de febrero, 30 de abril y 17 de octubre de 1986.

Cuarto: Tampoco es de acoger el motivo cuarto, formulado, al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aducida infracción de los artículos 1.441 y 1.438 del Código Civil y jurisprudencia a ellos aplicable, porque reconocido en las operaciones particionales a que se viene haciendo mención que los **bienes** de toda clase en aquélla comprendidos figuran adecuadamente documentados exclusivamente a nombre de la causante doña Magdalena, sin objeción a esa circunstancia por los demandados, con lo que implícitamente lo admiten en cuanto que lo único que manifiestan con relación a ello es aportaciones económicas destinadas a tal fin por el cónyuge de dicha causante don Federico, procedente de su actividad laboral en el ramo de la hostelería administradas por la tan repetida adquirente doña Magdalena, unido a que esas aportaciones y encargo de administración en manera alguna se reconoce en la recurrida sentencia, ni conste acreditado mediante apreciación probatoria que revele error en esa apreciación de la Sala sentenciadora de instancia, pues que el mero hecho de que el mencionado cónyuge don Federico hubiese venido desempeñando actividad laboral en el ramo de hostelería, unas veces en el extranjero y otras en territorio español, no es suficiente, en contra de lo pretendido por los demandados, ahora recurrentes, para reconocer, contrariando constataciones adecuadamente documentadas, que las inversiones en valores mobiliarios, adquisiciones de **bienes** inmuebles, imposiciones bancarias, aperturas de libretas de ahorro y cuentas corrientes efectuado a nombre de la tan citada causante doña Magdalena hubieren tenido como causa determinante económica adquisitiva el producto de la indicada actividad laboral de don Federico, y más si se considera, de una parte, no consta acreditado cuales hayan sido los efectivos ingresos que el precitado don Federico hubiese tenido en su indicada actividad laboral, falta la precisa justificación de unos ingresos que, aparte de su destino al normal cumplimiento de atenciones personales y familiares, alcanzasen un módulo cuantitativo proporcional a su pretendida aludida participación en los **bienes** objeto de controversia; y, bajo otro aspecto, debido a que lo constatado bancariamente y en titulaciones adecuadas y escrituras públicas, sin constancia de oposición con anterioridad al fallecimiento de doña Magdalena por parte del tan mencionado don Federico, ha de entenderse como real, dado que el régimen económico de **separación de bienes** por el que se regía el matrimonio de que se viene haciendo mención indudablemente conduce a que cada cónyuge normalmente haya de controlar la recíproca actividad adquisitiva y en consecuencia oponerse a que se titule con carácter privativo de uno de ellos, lo que al no evidenciarse acreditado durante la vida de la referida doña Magdalena, según viene dicho, en orden a los **bienes** de que se trata consignados a su exclusivo nombre, es de mantener la titularidad sobre ellos tal como ha sido efectuado, en tanto no se acredite indubitadamente, y no con meras hipotéticas presunciones, lo que no ha sido acreditado, como certeramente fue apreciado por la Sala sentenciadora de instancia; con todo lo cual se evidencia que en la sentencia recurrida ninguna infracción se ha cometido de los artículos 1.441, 1.438 y 1.439 del Código Civil, cual se pretende fundamentar en el motivo ahora examinado, puesto que para la aplicación del primero -1.441- se precisa la circunstancia



de no ser posible asignar titularidad exclusiva a uno de los cónyuges de los **bienes** en controversia, que ya queda dicho establece la sentencia recurrida viene asignado, sin desvirtuación eficiente por los recurrentes, al cónyuge fallecido doña Magdalena , con base en documentación y escrituración a su nombre, e incluso con inscripción registral también a su nombre en lo que afecta a inmuebles, con la consiguiente presunción de dominio que ello comporta a tenor de lo prevenido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria , en tanto no se produzca demostración en contrario, que ya viene indicado no se acredita producido; en lo referente al segundo de dichos preceptos -1.438- a causa que si ciertamente el trabajo que hubieran realizado los cónyuges para la casa puede ser considerado como contribución a las cargas, el derecho que al respecto tal norma confiere es simplemente la de posibilitar la obtención de una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de **separación**, en cómputo para el caso proporcional a sus respectivos recursos económicos en el supuesto de que hayan contribuido al sostenimiento de las cargas del matrimonio pero no el de atribuir dominio sobre los **bienes** convirtiendo en comunes los que sean privativos de uno de los cónyuges y en cuanto al artículo 1.439 a causa de que la aplicación de este precepto, aparte de que lo único que genera son obligaciones del mandatario con la salvedad de no tener que rendir cuentas, a no ser que se haga inversión en atenciones distintas al levantamiento de las cargas del matrimonio, requeriría que efectivamente se hubiese acreditado, cual no reconoce haber sucedido la sentencia recurrida, sin desvirtuación eficiente, y por tanto con la consiguiente vinculación en casación, el que doña Magdalena actuó al adquirir y disponer a su nombre los **bienes** en cuestión no en nombre propio sí que actuando en el concepto de administradora o gestora de **bienes** o intereses de don Federico .

Quinto: La tesis y solución que se acogen en el presente fundamento de Derecho viene confirmado por la circunstancia de que si en capitulaciones matrimoniales de 4 de abril de 1962, que rigieron desde un principio el matrimonio integrado por doña Magdalena y don Federico , estableciendo el régimen económico de **separación de bienes**, expresamente se previno en su cláusula quinta que "si a la disolución del matrimonio existiesen **bienes** cuya procedencia o privativa propiedad no pudiese justificarse, se dividirán por mitad entre ambos cónyuges o su respectiva representación», lógicamente determina que los integrantes de dicho matrimonio estarían lógicamente y normalmente interesados en que lo que no fuere realmente privativo de uno no se escriturase exclusivamente a nombre de él, y al consentirlo, sin formular en consecuencia oposición, implícitamente está manifestando reconocimiento que le reconocía el carácter privativo con el que fue escriturado e incluso inscrito en el Registro de la Propiedad con tal carácter, al igual que hay que entenderlo con libretas de ahorros y cuentas corrientes y valores mobiliarios y documentados con esa privativa pertenencia, pues el entender lo contrario tanto significaría el hacer ilusoria dicha cláusula quinta de las referidas capitulaciones matrimoniales, que precisamente tendían a preservar el hacer común lo que es privativo y privativo lo que fuere común; determinando en consecuencia que la situación de pertenencia privativa documentalmente justificada impida la división por mitad entre ambos cónyuges o su respectiva representación, solamente posibilitadora, mediante la repetida cláusula quinta, con relación a **bienes** cuya procedencia o privativa pertenencia no conste y más si se tiene en cuenta que para destruir la atribución privativa escriturada e inscrita registralmente, valores mobiliarios y cuentas y libretas de ahorros bancarios, en entidades bancarias, se habría precisado, según ya queda expuesto en el precedente fundamento de Derecho, no alegar meras hipótesis presuntivas, sino acreditar que en tales actividades económicas había participado don Federico con real efectividad de participación, puesto que la existencia de un negocio jurídico; no puede desvirtuarse con meras alegaciones, sino con pruebas evidentes, singularmente exigibles cuando ya fue prevista en las invocadas operaciones particionales las consecuencias que la situación privativa de **bienes** pudiese significar al tiempo de la disolución del matrimonio; y aparte que los ingresos económicos que un cónyuge pueda haber tenido en su actividad laboral, en el ramo de la hostelería, en periodos esporádicos e intermitentes, no quiere necesariamente decir que los haya destinado, en cuanto no exista algún medio que electivamente lo acredite, a la adquisición de lo que figure exclusivamente a nombre de su cónyuge con el que mantiene, situación económica familiar de **separación de bienes**, que precisamente habría de hacerle extremar toda diligencia para impedir aquella exclusiva atribución, que además tiene el aspecto complementario de que en tanto don Federico no consta tuviere **bienes** algunos antes de contraer matrimonio con doña Magdalena si los tenía ésta en **bienes** inmuebles como en acciones de una industria, que sí genera una clara presunción de poder disponer de medios económicos privativos con que atender a adquisiciones efectuadas durante el matrimonio a su exclusivo nombre.

Sexto: Decae el motivo quinto, que se formula, al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con base en alegada violación del artículo 1.081 del Código Civil , por, entender los recurrentes que en la sentencia recurrida se identifican los conceptos de nulidad y rescisión, que no son equivalentes, puesto que si ciertamente la rescisión presupone una participación válida, la nulidad ha de basarse en la inexistencia de un elemento esencial o en su inexacta constitución, de tal manera que quien ejercite la acción de nulidad ha de probar la inexistencia de vicio en los elementos esenciales que configuran la partición hereditaria, que es precisamente lo que ha sucedido en el presente caso y se reconoce en la sentencia



recurrida, que no determina secuencia de rescisión de las indicadas operaciones particionales, sino de nulidad en virtud de defecto en el objeto de aquéllas, en cuanto en las mismas se comprende como **bienes** a partir considerándolos como comunes a la causante doña Magdalena y su marido don Federico, cuando se establece en dicha sentencia son de la exclusiva pertenencia de dicha causante, toda vez que sí, como tiene declarado esta Sala en sentencias de 25 de febrero de 1966 y 23 de marzo de 1968, son aplicables a la partición las normas relativas a la nulidad de los negocios jurídicos, dado que se trata de una actividad de hecho y jurídica equiparable a aquéllos, claro es que tiene aplicación la normativa contenida en el artículo 1.261 del Código Civil, y por tanto la precisión de objeto cierto, que no se da cuando como aspecto determinante de lo que ha de ser objeto de partición se comprenden **bienes** del causante con alteración fáctica y jurídica del concepto atributivo de su dominio, dando como común del matrimonio integrado por la causante lo que se reconoce privativo en él, generando en consecuencia en el acto particional un negocio jurídico de índole contractual celebrado no válidamente, que en virtud de lo normado en el artículo 1.290 del Código Civil no conduce a la solución de rescisión, que requiere contemplación de negocio jurídico contractual válido, sino de nulidad, cual acoge la sentencia recurrida, surgida de tal defecto en el objeto, con el efecto que previene el artículo 1.300 del referido cuerpo legal sustantivo; y sin que a ello sirva de obstáculo la invocación que en el motivo examinado se hace a que solamente tenga la consideración de heredero forzoso con relación a la herencia de doña Magdalena su esposo don Federico, pues que la solicitud de ineficacia de las operaciones particionales no viene limitada al heredero forzoso, sino que también alcanza, por su interés personal y directo en ellas, a los herederos voluntarios, y este carácter, en contra de lo apreciado por los recurrentes, lo tienen los demandantes, ahora recurridos, doña Luisa, doña Rosa, don Alejandro y don Cesar, pues que en el testamento que rige la sucesión de la precitada doña Magdalena, sin perjuicio de la legítima que en usufructo vitalicio corresponde al esposo don Federico, expresamente nombra e instituye herederos de todos sus **bienes**, créditos, derechos y acciones, presentes y futuros, entre otros, a dichos demandantes, incluso con reconocimiento de derecho de representación en sus derechohabientes y por estirpes; y sin que a ello obste que se asignen cuotas de participaciones hereditarias a los referidos herederos instituidos voluntariamente por vía de legado, ya que esa circunstancia, según se deduce de los términos del artículo 891 del Código Civil, no desvirtúa el carácter de heredero voluntariamente designado, sino simplemente el que las deudas y gravámenes de la herencia hayan de distribuirse entre los legatarios en proporción de las, respectivas cuotas cuando el testador, no hubiera dispuesto otra cosa; viniendo a significar, en definitiva, una situación de prelegado, en tradición de Derecho Romano, estimante de compatibilidad entre las cualidades de heredero y de legatario, al no considerarse en la doctrina moderna que frente al legatario exista una persona distinta que, como heredera, haga entrega del legado, de tal manera que el prelegado no difiera, en definitiva, del legado común, y el heredero lo percibe con entera independencia, de lo que le corresponde a título de herencia, y aparte que el artículo 1.081, invocado en el motivo que se examina, solamente tiene aplicación en el supuesto de partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo, que no es la situación producida en las operaciones particionales en cuestión, en las que, por el contrario, se llevaron a cabo con los que tenían el carácter de herederos de la causante.

Séptimo: Es asimismo de rechazar el motivo sexto, que los recurrentes amparan en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y fundamentan en violación del artículo 1.077 del Código Civil, toda vez que si en las operaciones particionales cuestionadas se produce causa de nulidad, y no de rescisión, según declara la sentencia recurrida y se reconoce en los precedentes fundamentos de Derecho, indudablemente carece de aplicación la posibilidad de opción indemnizatoria que autoriza el referido precepto, dado que éste parte del supuesto de apreciación de rescisión y no de nulidad; resultando intrascendente la mención que se hace en el expresado motivo sexto a la omisión en las partes beneficiarias de la herencia de que se trata, concretamente a doña Ángeles, que ha sido sustituida y subrogada por fallecimiento por el que se designa ser su hijo y heredero don Mauricio, porque aún sin tener en cuenta que no se da el supuesto de rescisión a que supeditan los recurrentes tal circunstancia, sino de nulidad determinante de la previsión de realización de nueva partición, es en ésta donde, en su caso, ha de ser tenida en consideración a los correspondientes efectos.

Octavo: En consecuencia, procede declarar no haber lugar al recurso, con imposición a los recurrentes de las costas en él causadas, y sin pronunciamiento sobre depósito al no haber sido constituido, por no ser preceptivo a causa de estarse en presencia de sentencias de primera y segunda instancia no conformes; y todo ello a tenor de lo normado en el párrafo segundo del artículo 1.715, en relación con el párrafo primero del 1.703, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS:**



Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Federico y don Mauricio , contra la sentencia dictada con fecha 21 de mayo de 1987, por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia , en las actuaciones de que se trata; con imposición a dichos recurrentes de las costas causadas en el mencionado recurso; y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

ASI por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Mariano Martin Granizo Fernández.-Antonio Carretero Pérez.-Ramón López Vilas.-Jesús Marina Martínez Pardo.-Antonio Fernández Rodríguez.-Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Excmo. Sr. don Antonio Fernández Rodríguez y Ponente que ha sido en estos autos, estando la misma celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO