

Roj: **STS 15/1962** - ECLI: **ES:TS:1962:15**Id Cendoj: **28079110011962100015**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/06/1962**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOAQUIN DOMINGUEZ DE MOLINA**Tipo de Resolución: **Sentencia****Número 610.**

En la villa de Madrid a 28 de junio de 1962; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía promovidos en el Juzgado de Primera Instancia de Ronda por don Sergio , mayor

de edad, soltero y vecino de Ronda, contra doña Mónica , mayor de edad, propietaria, vecina de Alora y asistida de su marido, don Luis Manuel de los Monteros, y contra don Rogelio , declarado en rebeldía; sobre nulidad de operaciones particionales; vistos en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada y pendientes ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la demandada, doña Mónica , representada por el Procurador don Santos Gandarillas Calderón, bajo la dirección del Letrado don Alfonso de Cossío; habiéndose personado en este Supremo Tribunal, después de ser declarados conclusos los autos, el demandante, como recurrido, respectivamente, representado y defendido por el Procurador don Manuel Antón Garrido y el Abogado don Alfonso García Valdecasas:

**RESULTANDO**

RESULTANDO que por el Procurador don Diego Vázquez Márquez, en nombre y representación de don Sergio , formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Ronda contra doña Mónica y don Rogelio , sobre nulidad de operaciones particionales, estableciendo en síntesis los siguientes hechos:

Primero. - Que don Rodrigo contrajo civiles y canónicas nupcias con doña Mónica " el día 30 de abril de 1931, sin otorgar capitulaciones matrimoniales para seguir el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales.

Segundo.-De dicho matrimonio nació un hijo el día 28 de abril de 1932, que es la persona de su poderdante.

Tercero.-Don Rodrigo fué asesinado por las turbas marxistas el día 1 de agosto de 1936, y pasados los primeros meses de la liberación de aquella ciudad, doña Mónica solicitó y obtuvo la declaración de herederos de su difunto esposo, que había fallecido sin otorgar testamento, la que recayó a favor de su hijo, don Sergio , como único y universal heredero, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente a la viuda, doña Mónica , el día 4 de mayo de 1937. Como la viuda y su hijo tenían incompatibilidad de intereses, se procedió al nombramiento de un defensor judicial del entonces menor don Sergio para que lo representara y defendiera en las operaciones divisorias que habían de practicarse con ocasión del óbito del señor Rodrigo , cuyo nombramiento recayó en don Rogelio , quien firmó el cuaderno particional.

Cuarto.-En el mes de mayo de 1937 comenzaron las formularias operaciones de partición que cristalizan en la escritura pública otorgada ante el Notario que fué de aquella población don Miguel Contreras Linde, el día 18 del propio mes y año, en la que interviene por su derecho la señora Mónica , y como defensor judicial, don Rogelio ; este señor no tuvo la menor participación ni en las operaciones ni en los pactos ni en la forma como se hiciera; sin embargo, la excesiva bondad del mismo perjudicó al señor Sergio , convirtiéndose en una negligencia, porque si bien no es Letrado, debió consultar los derechos y situación del menor. En la magnanimidad y honradez del defensor encontró la señora Mónica campo apropiado para alcanzar la propiedad de una fortuna que no aportó y pertenecía a su hijo. La demandada no aportó bienes al matrimonio,



y si bien había deudas, éstas fueron contraídas para mantener las exigencias de una ama de casa de su rango, siendo además pequeña la cantidad debida con relación al capital.

Quinto. - Confeccionado el inventario, en donde valora bienes con cantidades irrisorias, llegamos a la base, y de éstas a las adjudicaciones: En unas y otras se hallan las causas de ineficacia de la partición realizada:

A) En la base segunda del cuaderno particional queda reconocida la contraposición de intereses entre el hijo menor único quedado del causante y su madre; nombramiento del defensor, aunque fuera incierta la inexistencia de personas a quienes corresponde este cargo. Reaída la designación en el señor Rogelio , practican el inventario y sientan inequívocamente que todos los bienes son privativos del señor Rodrigo . No hay gananciales y no liquidan la sociedad. Seguidamente alegan razones que no son tales para evitar complicaciones en esta liquidación de bienes, y teniendo presente la edad infantil en que se encuentra el heredero y la de su señora madre, que cuenta veintisiete años, lo más beneficioso para ambos es adjudicar a dicha viuda un capital en propiedad equivalente a la mitad de lo que importe la tercera parte del usufructo, y si la edad de la viuda era temprana, razón de más para no darle nada en plena propiedad, porque era poner en sus manos lo que la Ley quiere evitar; independientemente de que la edad infantil es el valladar infranqueable de realizar una enajenación prohibida por nuestros Códigos; pero al margen de todo esto hubo de hacer lo beneficioso para la viuda y en pago de su haber se le adjudica un capital en efectivo, compuesto de los siguientes bienes: Primero, el mobiliario y ajuar de la casa, por su valor de 1.000 pesetas. Segundo. El olivar nombrado de DIRECCION000 , al partido de los Morales, término de aquella ciudad, de cabida como de siete aranzadas, que se inventaría al número 5. por su valor de 3.000 pesetas. Tercero. El olivar en el término de aquella ciudad, partido del Encero, sitio nombrado por DIRECCION001 , de cabida de media aranzada que se inventaría al número 6, por su valor de 200 pesetas. Cuarto. El olivar llamado de DIRECCION002 , como de ocho aranzadas, en término de aquella ciudad, partido de los Frontones, que se inventaría al número 7, por su valor de 7.000 pesetas. Quinto. El olivar situado en aquel término, partido del Encero, como de dos aranzadas que se inventaría al número 9, por su valor de 1.000 pesetas. Sexto. El olivar de aquel término, partido Los Morales, de cabida tres aranzadas, que se inventaría al número 10, por su valor de 1.000 pesetas. Séptimo. Una participación indivisa de 106 pesetas 96 céntimos de un olivar en aquel término, partido de la Fuente de la Higuera, de media' aranzada, por su valor de 106 pesetas con 96 céntimos. Octavo. Olivar en aquel término, partido de Los Frontones, de dos aranzadas, que se inventaría al número 15. por su valor de 1.000 pesetas. Noveno. Olivar en aquel término, partido de Los Frontones, nombrado DIRECCION003 , de cabida tres aranzadas, que se inventaría al número 16, por su valor de 1.000 pesetas. Décimo. Casa en aquella ciudad, calle de DIRECCION004 , hoy DIRECCION005 , número NUM000 , que se inventaría al número NUM001 , por su valor de 10.000 pesetas. Once. Casa en la misma calle que la anterior, número NUM002 , por su valor de 5.000 pesetas. Suma el valor de los bienes adjudicados a esta interesada 30.306 pesetas 96 céntimos. En la base quinta llegaron el defensor judicial y la señora Mónica al mutuo acuerdo de satisfacer su parte en usufructo, con la asignación de este capital en plena propiedad, y aquí está la causa de la nulidad radical.

B) En las bases sexta y séptima para pago de deudas hereditarias, e incurren en otra causa de nulidad. Por la insignificante cantidad de 40.000 pesetas adjudican a la señora Mónica la casa solariega de la familia Rodrigo Mónica . La demandada en su primera hijuela lleva, a los efectos expresados, la casa DIRECCION006 , número NUM003 , y las deudas quedan pagadas con las rentas del mismo hijo menor, con las ventas de otras casas; pero la predestinada a ese objeto quedó en el patrimonio de la señora Mónica , que tiene sobre ella la plena propiedad; vive con su segundo marido y con el hijo nacido de él, y su mandante, cuando viene a Ronda, tiene que parar en un hotel o en casa de otros familiares. Ello añadido a que quien tiene que pagar es el heredero, aun cuando sea menor.

C) Las valoraciones habían sido desfiguradas en su mayoría en exclusivo beneficio de la demandada, y así se tiene que la casa número NUM003 de la calle DIRECCION006 se le asigna la cantidad de 40.000 pesetas, mientras que el año 1937 el precio de ella era el de 125.000 pesetas, es decir, que esta señora tuvo aquí un beneficio de 85.000 pesetas. Las casas de la calle de DIRECCION005 , números NUM002 y NUM000 , fueron adjudicadas en pago del usufructo capitalizado por el valor de cinco y 10.000 pesetas, siendo el efectivo de 18.500 y 37.500 pesetas, llevándose un exceso de 41.000 pesetas. Con lo cual se le pagaron sus haberes con 126.000 pesetas, más de lo que en el hipotético caso de ser válido le correspondería. El ajuar doméstico adjudicado también a la viuda está apreciado en 1.000 pesetas, cuando su exacta valoración va muy por encima de las 50.000 pesetas al tiempo que se hizo la partición. Hay que considerar que este ajuar estaba adaptado a las circunstancias del señor Baltasar , cuya personalidad era relevante tanto profesional como pública y particular hasta el hecho de perpetuar su memoria con darle su nombre a una de las calles de aquella población, y cuyo ajuar lo componían gran número de objetos que enumera minuciosamente. Con todo ello aumentó el despojo causado por la señora Mónica en un mínimo de 166.000 pesetas. Confeccionado un cuadro de valores verdaderos correspondientes al año 1937; observamos que los demandados han producido lesiones en más de la cuarta parte a don Sergio , de donde nace la acción que ejercita acumulada a las



anteriores que ejercita la ineficacia. Los bienes según el inventario tienen un valor de 221.841,75 pesetas y el valor real en el año 1937, era de 482.491,75 pesetas, teniendo presente este valor cada uno de los tres tercios de la herencia ascendería a 160.830,58 pesetas, y por consiguiente la cuota viudal alcanzaría la suma de 80.415,29 pesetas; siendo esto así, debieron adjudicarse al heredero bienes por valor de 402.066,40 pesetas, que juntamente con la cantidad asignada a la viuda para pago de su cuota, daría las ya mencionadas 482.491,75 pesetas; sin embargo lo adjudicado a doña Mónica tenía un valor real de 261.967,50 pesetas, a la cual debió pagársele por su cuota 81.415,29 pesetas, y para pago de deudas 40.000 pesetas, haciendo un total de 120.415,29 pesetas, luego se le adjudicó de más de 140.502,21 pesetas, habiéndose producido una lesión en más de la cuarta parte.

Y después de alegar los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictara sentencia por la que se declarara haber lugar:

A) A la nulidad del nombramiento de defensor judicial en la persona de don Rogelio y como consecuencia a la de las operaciones particionales que al óbito y con los bienes quedados de don Rodrigo, hicieron el señor Rogelio como defensor del menor don Sergio y la viuda del causante, doña Mónica por escritura otorgada el 18 de mayo de 1937 ante el Notario don Miguel Contreras Linde, y por tanto, sin valor y efectos jurídicos.

B) A la ineficacia completa por inexistencia de las operaciones particionales que al óbito y con los bienes quedados de don Rodrigo hicieron el defensor judicial y la viuda antes mencionados por la escritura a que se hace alusión en el anterior apartado, y por tanto, sin valor ni efectos jurídicos por todas o algunas de las causas alegadas.

C) Alternativamente y para el caso, a la ineficacia completa por nulidad relativa de las mismas operaciones a que alude el apartado que antecede para considerarlas sin valor ni efectos jurídicos por todos o algunos de los motivos alegados.

D) A la nulidad de las operaciones referidas en el apartado B) por la lesión causada en más de una cuarta parte al heredero don Sergio, en beneficio exclusivo de doña Mónica, dejándolas sin efecto ni valor jurídico alguno.

E) Como consecuencia de las declaraciones anteriores, que se pronuncie:

a) Al reintegro por doña Mónica al patrimonio hereditario de don Rodrigo de los bienes que a ella le fueron adjudicados tanto en pago de deudas como por supuesto haber de su cuota viudal.

b) Que abone la señora Mónica al propio patrimonio los frutos percibidos de esos bienes adjudicados, rindiendo cuenta de ellos.

c) A que entregue la señora Mónica al mismo patrimonio el valor de los bienes que hayan enajenado con los frutos durante el tiempo que los tuvo en su poder, rindiendo cuenta de ellos y los intereses desde la fecha de venta hasta el cumplimiento de la sentencia que se dicte.

d) A los daños y perjuicios irrogados al actor que resulten probados.

F) A la adición de la partición que se haga con los bienes del causante don Rodrigo reintegro a su patrimonio hereditario, y rectificación de los valores de los que componían el ajuar doméstico y que quedan relacionados en el hecho quinto de la demanda.

O a la nulidad de los asientos registrales practicados a virtud de las operaciones particionales cuya ineficacia por distintas causas queda solicitado en las letras que anteceden y a practicar la cancelación de los mismos.

Que se condene a estar y pasar y acatar con las anteriores declaraciones a los demandados don Rogelio, y doña Mónica, asistida de su marido. Y en cumplimiento y consecuencia de estas declaraciones se condene a ambos demandados a que indemnizen a don Sergio como heredero de don Rodrigo a los daños y perjuicios que le hayan causado y la señora Mónica a todo cuanto se pide en los apartados que se mencionan del suplico de la demanda.

Acompañó a la demanda los documentos de que se hace mérito en los hechos de la misma:

RESULTANDO que emplazados los demandados no compareció dentro del término concedido el demandado don Rogelio, eT que fué declarado en rebeldía, teniéndose por personado a la demandada doña Mónica, representada por el Procurador don José Cobo Ortiz, que contestó la demanda, oponiendo a la misma los siguientes hechos:

Primero.-Que negaba todos los hechos establecidos en la demanda en cuanto no se encontraran expresamente reconocidos y conformes con los que a continuación expresaba. Que son ciertos los hechos relativos al matrimonio de don Rodrigo con su mandante y conforme también con el régimen patrimonial.



Segundo.-Que igualmente son ciertos sustancialmente los hechos que contiene el correlativo de la demanda, relativos a la muerte de don Rodrigo , declaración de herederos y designación de un defensor judicial que interviniera en las operaciones particionales a nombre del menor, recayendo el nombramiento en don Rogelio . La partición fué autorizada por notario competente y aprobada por la autoridad judicial.

Tercero.-Se llevaron a cabo las operaciones particionales con toda objetividad y cumpliendo los requisitos que exige la Ley como lo demuestra el hecho de su aprobación judicial, y que encontrase acceso al Registro de la Propiedad, no habiendo por tanto negligencia alguna por parte del defensor judicial, siendo incierto que su mandante, no aportase bienes de ninguna clase al matrimonio, ya que en la partición de su padre le fueron adjudicados varios créditos hipotecarios, así como muebles y alhajas, lo único cierto que en este punto ha de admitirse del correlativo de la demanda es el expreso reconocimiento de que existían deudas del primer matrimonio de notoria importancia.

Quinto (sic).-Que se lleva a cabo un caprichoso examen del inventario y forma de adjudicación pudiendo señalarse en tres apartados las objeciones que contra el mismo se formulan por el actor:

A) Se censura a la viuda que se le adjudicasen bienes en pleno dominio estimándose que su parte debió ser hecha efectiva en usufructo incluso en la hijuela que se formó para el pago de deudas hereditarias, cualquiera que sea el juicio del actor en esta norma de adjudicación es lo cierto que la misma se encuentra expresamente autorizada por el artículo 838 del Código Civil . En cuanto a la adjudicación de bienes para pago de deudas es evidente que no existiendo numerarios en la herencia se hacía preciso disponer de ello y su adjudicación al menos hubiera dificultado gravemente el pago de las deudas, exigiendo trámites judiciales que se podían evitar de esta forma sin daño de nadie.

B) Se supone omitida una serie de muebles en el inventario que constituyen una buena muestra de la fantasía del actor; se pretende que existía una casa solariega de la familia Rodrigo , tai casa fué edificada hace unos sesenta años por el abuelo del menor don Baltasar , por lo que difícilmente podría ser relicario de ningún recuerdo familiar. El inventario de muebles y alhajas es sencillamente fantástico, a pesar de su minuciosidad, y la realidad por el contrario es que se trataba de un ajuar modestísimo completado después del segundo matrimonio de su mandante y del que formaban además parte muebles y alhajas que correspondían a su mandante de la herencia de su padre. Negaba por tanto la existencia de lesión y señalaba al mismo tiempo la contradicción evidente en que incurre el demandante al hablar simultáneamente de omisión y de lesión, ya que si existió lo primero no puede hablarse de la segunda.

C) Se intenta finalmente señalar la existencia de una lesión del derecho del demandante en más de la cuarta parte del valor atribuido a los bienes inventariados y se acude para ello a un caprichoso procedimiento de atribuir a los bienes un valor completamente caprichoso, sin ningún criterio objetivo, sumarlo y no dividirlo entre los interesados, siendo así que la valoración de las fincas, tanto de las adjudicadas al hijo como las atribuidas a la madre, es sólo la capitalización de sus respectivos líquidos imponibles en aquella fecha; se pretende establecer las bases de cálculo de las respectivas porciones sin deducir previamente del activo de la herencia las 40.000 pesetas de deudas que reconoce existían. Tiene su parte especial interés en que se practique una valoración perfectamente objetiva a fin de que el demandante se convenza de lo injusto de sus apreciaciones, y como dato significativo solamente el cortijo que fué adjudicado en 100.000 pesetas y ahora afirma que sólo valía 90.000' percibió el último año del aparcerero señor Eugenio , más de 75.000 pesetas.

Sexto.-Que su mandante hubo de atender no sólo al pago de las deudas hereditarias, sino además a las de partición, declaración de herederos, designación de defensor judicial y aprobación judicial de las operaciones efectuadas, derechos reales, etcétera, sin cargar una sola peseta por cada concepto a su hijo, para lo cual hubo de enajenar una de las casas que le fué adjudicada y constituir una hipoteca que ha terminado de pagarse por su segundo esposo. Después de alegar los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó al Juzgado que previo los trámites legales dictara sentencia desestimando la demanda en todas sus partes, absolviendo a su mandante de la misma con expresa condena de costas al actor. Acompañó a dicho escrito los documentos aducidos en los hechos de su escrito:

RESULTANDO que renunciado el trámite de réplica y recibidos los autos a prueba se practicó la siguiente: A instancia de la parte actora la de confesión judicial de la demandada doña Mónica , la documental mediante la reproducción de los documentos acompañados a su escrito de demanda y la aportación de una certificación del Ayuntamiento de Ronda, la pericial y la testifical; y a propuesta de la parte demandada, la de confesión judicial bajo juramento indecisorio del actor, y la documental mediante la reproducción de los acompañados & su escrito de contestación:

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y no habiendo solicitado las partes la celebración de vista, se les entregaron los autos por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron en respectivos





escritos en los que tras de hacer un estudio de las pruebas practicadas en relación con sus puntos de vista, solicitaron se dictara sentencia en los términos interesados en sus escritos de demanda y contestación.

RESULTANDO que con fecha 7 de mayo de 1958 el Juez de Primera Instancia de Ronda dictó sentencia por la que estimando en parte la demanda, se declaró: Primero, que la partición de los bienes quedados a la muerte de don Rodrigo , llevada a efecto por la viuda de éste, doña Mónica , y don Rogelio , como defensor judicial del menor don Sergio , por escritura otorgada el 18 de mayo de 1937, ante Notario que fué de aquella ciudad don Manuel Contreras Linde, es nula con nulidad radical y, por tanto, sin valor ni efectos jurídicos. Segundo, que son igualmente nulos y habrán de cancelarse los asientos registrales practicados en virtud de las operaciones particionales que se mencionan en el número anterior y cuya nulidad se establece. Tercero, que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condena a doña Mónica a que reintegre al patrimonio hereditario los bienes que le fueron adjudicados en dicha partición; el valor de los que hubiese enajenado más los frutos o productos de los primeros y el interés legal del precio de los vendidos, a cuyo efecto rendirá cuentas a partir del día 16 de octubre de 1957, fecha de la contestación de la demanda. Cuarto, que se condena a los demandados don Rogelio y doña Mónica , asistida de su marido, a estar y pasar por las anteriores declaraciones. Quinto, que igualmente se declara no haber lugar a las demás peticiones de la demanda. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas:

RESULTANDO que interpuesto contra la sentencia anterior recurso de apelación por la representación de la demandada doña Mónica , admitido dicho recurso en ambos efectos y tramitado con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, con fecha 6 de abril de 1959, dictó sentencia confirmando en todas sus partes la apelada, sin hacer especial imposición de costas del recurso:

RESULTANDO que, previa consignación de depósito, el Procurador don Santos de Gandarillas Calderón, en representación de doña Mónica , interpuso recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, con apoyo en los siguientes motivos de casación:

Primero.-Articulado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , consistiendo la infracción en la interpretación errónea del artículo 838 del Código Civil . Según el citado precepto, "los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia o los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial». Este precepto es reproducción casi literal del artículo 819 del Código Civil italiano de 1865. Ambos preceptos responden a una misma idea de transacción entre los dos sistemas que la doctrina señala como posibles cuando de determinar la participación del cónyuge en la herencia se trata, y entre los cuales se distribuyen los diferentes Códigos vigentes en los distintos países: el sistema de atribución de una cuota parte en usufructo y el de asignación de una cuota parte del caudal hereditario en pleno dominio. El primer sistema responde a una concepción de la familia ya superada y a una consideración de la posición respectiva de los cónyuges poco concorde con la verdadera realidad social del mundo presente. A un tipo de familia denominado "troncal», ha sustituido en el Derecho moderno una concepción de la familia que se centra en torno de la unidad conyugal y que se reduce progresivamente en el ámbito personal. La idea de que el cónyuge supérstite no debe participar en la comunidad hereditaria más que a título alimenticio, como, por ejemplo, los hijos de dañado y punible ayuntamiento, es algo que unánimemente se rechaza, determinándose que la casi totalidad de los Códigos más recientes, y, desde, luego, la más autorizada doctrina, tienden a consagrar una posición de verdadero heredero, a título de pleno dominio en favor del cónyuge viudo. No creemos que existe la menor duda de cuál es el tipo de familia que hoy día tiene vigencia, por lo que hablar, como se hace en la sentencia objeto de este recurso de que la legítima usufructuaria del viudo, se ofrece como una consagración del principio de troncalidad, no sólo implica un extraño anacronismo, sino que es, además, afirmación absolutamente carente de base en nuestro Derecho. Si existiera aquí ese principio de troncalidad, es evidente que únicamente los bienes heredados, pero no los adquiridos, justificarían una legítima usufructuaria. Ni siquiera puede señalarse un mero sentido lineal, como el del artículo 811, ya que la norma se aplica indistintamente cualquiera que sea el origen de los bienes. En relación con el citado artículo 811, las sentencias de 30 de diciembre de 1897, 16 de enero de 1901, 26 de octubre de 1907, 8 de octubre de 1909, 2 de enero de 1929, 25 de marzo de 1930 y 3 y 26 de noviembre de 1943, niegan que se funde en principio alguno de mera troncalidad en cuanto no se tiene en cuenta la procedencia remota de los bienes, ni se persigue el fin de perpetuar éstos en una familia determinada. Con mayor razón podemos extender esta doctrina al artículo 838 que venimos examinando, el cual tampoco puede afirmarse que tenga en nuestro Derecho una finalidad propiamente alimenticia del cónyuge supérstite, y ello por las siguientes razones: Primera, porque los alimentos solamente se deberían al cónyuge pobre, pero no al rico; segunda, porque éstos habrían de fijarse no tanto y exclusivamente en la cuantía de los bienes relictos, como en las necesidades que éste tuviese para mantenerse en su posición social. Debe rechazarse, por tanto, la tesis de que el artículo 838 del Código Civil se propone impedir que los bienes procedentes de una familia pasen a otra distinta y que su finalidad sea



exclusivamente alimenticia. Por el contrario, vemos en él una norma que trata de establecer una transacción, como hemos visto, entre opuestas tendencias, permitiendo que en cada caso concreto se acuda a una o a otra forma de pago de la legítima viudal. Pero aun en el supuesto de que admitiésemos lo que en la sentencia recurrida se pretende, aunque diésemos por sentado que existía ese principio de troncalidad implícito y esa finalidad alimenticia exclusiva, siempre llegaríamos a la misma conclusión, ya que son frecuentes los casos en que únicamente mediante una atribución de bienes en pleno dominio se puede dar satisfacción a esa misma, necesidad, cuando el usufructo viudal hubiese de traducirse en unas rentas absolutamente insuficientes. Y esta tesis es la misma que viene manteniendo ese Tribunal, bastando citar la sentencia de 20 de diciembre de 1911, que es precisamente la que la Sala "a quo" cita como fundamento de su interpretación: "El fundamento principal del derecho reconocido al cónyuge viudo sobre los bienes del esposo fallecido, dados los precedentes y motivos que lo originaron, es el de conservar aquél la posición económica que el matrimonio tuvo, y esto no puede obtenerse adjudicándole bienes en usufructo, que aunque representan un gran valor en venta, no lo tengan proporcionalmente en renta o dejen de producir ésta por su naturaleza o destino, viniendo con ello a dejar de ser susceptible en cierto modo el derecho de usufructo, el cual no se concibe sin la producción de frutos que pueda percibir el usufructo.» No dice la sentencia, ni podía decir, que el artículo 838 del Código Civil tenga una misión exclusivamente alimenticia, sino principalmente alimenticia, lo que es por completo diferente de lo que pretende la sentencia de instancia. Y dice más la propia sentencia: "que no se trata de una mera opción entre herederos, de un mero derecho facultativo a favor de parte de ellos (nadie puede negar seriamente en nuestro Derecho la condición de heredero al cónyuge), sino que puede imponerse por la Autoridad judicial en los casos de necesidad o conveniencia. No se trata, por tanto, de un acto personalísimo de herederos, como se pretende en la sentencia recurrida, y no existe ningún precepto que les prohíba realizarlo a los representantes legales, y en tal sentido la misma sentencia de 20 de diciembre de 1911 a que se viene refiriendo, dice: "Si la sustitución se propone por uno de los contadores nombrados por una de las partes en juicio de testamentaría, y se decide por ella el contador dirimente, pues en este caso especial no se puede negar a aquéllos las facultades necesarias al efecto de resolver los conflictos que ocurran en el ejercicio de su cargo para el mejor desempeño del mismo, siempre que no se justifique que se haya hecho en perjuicio alguno de la testamentaria.» De donde se sigue que según este Alto Tribunal, la adjudicación de un capital en pago de la legítima del cónyuge viudo, constituye:

- a) Un acto propiamente particional.
- b) Que entre dentro de las facultades normales del contador partidior.
- c) Que únicamente es susceptible de impugnación, cuando se prueba la existencia de una lesión.

Esto sentado, e insistiendo en estos principios, podemos dejar aclarado:

Ad a) Sin entrar a determinar si la partición tiene efectos traslativos o meramente declarativos del dominio sobre los bienes heredados, cosa de poca o ninguna importancia a los efectos que aquí se discuten, lo que resulta desde luego indudable es que se halla integrada por una serie de actos dirigidos a poner término a un estado de indivisión hereditaria, consistiendo en la previa determinación de la cuantía de la participación de cada uno de los interesados y adjudicación de los bienes necesarios para el pago de sus respectivas cuotas. La adjudicación de los bienes de una herencia no supone, por tanto, transmisión de dominio y mucho menos enajenación, ya que en virtud del principio de la posesión civilísima, tales bienes concretos se entienden adquiridos directamente del causante y a partir del momento mismo de la muerte de éste. Únicamente cuando hay una adjudicación en exceso, puede considerarse que se efectúa realmente una transmisión, que da, en cuanto a este exceso, lugar a una liquidación distinta de derechos reales.

Si en el presente caso se buscara la causa jurídica de las adjudicaciones en pleno dominio efectuadas a favor de la viuda, no podríamos ver en ellas ni una transmisión a título oneroso, ni un acto de mera liberalidad, dotado de causa jurídica gratuita, sino simplemente actos determinados por la necesidad de poner fin a la comunidad hereditaria. Para que pudiera pensarse en una enajenación, deberían haberse dado dos transmisiones sucesivas. Una del causante a la comunidad hereditaria, y otra de la comunidad hereditaria a la viuda. El Abogado del Estado primero, al liquidar el impuesto, y el Registro de la Propiedad después, al producir las respectivas inscripciones, entendieron con acierto que aquí únicamente se había producido una sola transmisión, del causante a su viuda, tratándose, por tanto, de un acto estrictamente particional. No ha existido otra causa jurídica de tales adjudicaciones que el pago de los derechos hereditarios concedidos por la Ley, habiendo actuado el defensor judicial única y exclusivamente "solutionis causa", nunca "venditionis causa».

No se trata, por otra parte, de un acto que la Ley abandone al arbitrio de los herederos, sino que se trata de un derecho subjetivo de naturaleza potestativa, que, según se ha visto, la Jurisprudencia atribuye, no sólo a estos, sino también a la viuda, que puede exigir su efectividad, no a través de un expediente de enajenación de



bienes, para lo que sería necesaria una "causa venditionis», que aquí no se da, sino en virtud de una solicitud directa al Juzgado, que puede acordarlo, imponiéndole necesariamente a los herederos discrepantes.

Claro está que si se trata de un derecho que en determinados casos se puede hacer efectivo judicialmente, incluso contra la voluntad de los mismos herederos, quedando al arbitrio del Juez su concesión, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, resulta insostenible todo el razonamiento de la sentencia de instancia, que en contra de la jurisprudencia de esta Sala que acaban de señalar, ve un acto personalísimo que excede de las facultades del defensor judicial, exigiendo un requisito previo, cual es el expediente para la enajenación de bienes de menores, que la Ley reduce a los solos casos de compraventa, y que en modo alguno puede pedirse donde la Ley lo único que solicita es la aprobación judicial, que ya se ha hecho, de las operaciones particionales, que constituyen un conjunto del que la referida participación forma parte.

Ad b) Congruente con esta doctrina, la sentencia antes citada admite que la forma de adjudicación que viene examinando constituye un acto particional que entra dentro de las facultades del contador partidor dirimente designado dentro del juicio de testamentaría. Ya se ha visto que no puede hablarse de acto personalísimo de los herederos, dejado a la sola iniciativa de éstos, en cuanto el mismo artículo 838 admite la posibilidad de que tal forma de adjudicación sea exigida judicialmente e impuesta "iure necesario» a los que se nieguen voluntariamente a aceptarla.

Según la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 1924 "El defensor judicial es un representante especial de los hijos no emancipados, cuyos poderes terminan con el negocio mismo y se halla dotado de facultades en el orden judicial y en el extrajudicial que ya le aproximan al antiguo curador "ad litem», por su actuación procesal, ya parecen más propias de un tutor "ad hoc», atendida la supresión del cargo de curador en nuestra legislación, ya se caracterizan como funciones administrativas independientes o de fiscalización a modo de protutor, pero que en todo caso limitan o suspenden la patria potestad, en un sector determinado, sin abrir la tutela del menor.»

Quiere ello decir que defensor judicial actúa con una superior autonomía, libre del control del consejo de familia, que no se constituye en este caso, y de la vigilancia del protutor, hasta el extremo que sus facultades no pueden ser clasificadas de mera administración, sino que se extienden a todos los actos necesarios para llevar a cabo su cometido, incluso cuando como en el presente caso ocurre, se trata no de un acto de mera administración, sino de un acto dispositivo propiamente dicho, como lo demuestra el hecho de que la mujer no puede intervenir en él sin la autorización de su marido, ni el tutor, sin la del consejo de familia (vid artículo 269, número séptimo del Código Civil ).

No precisa en ningún caso el defensor judicial acudir al expediente regulado en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reservado para la enajenación de los bienes de menores, ya que tal expediente se limita al caso de que sean el padre o la madre quienes se propongan Hevar a cabo tal enajenación, según se deduce claramente del texto del artículo 164 del Código Civil , ya al tutor le basta la aprobación del consejo de familia para llevarla a efecto, y al defensor judicial, el título de su designación. Si como se ha visto, el acto de adjudicación de bienes en pleno dominio para el pago de la legítima es un acto puramente particional y no supone enajenación alguna, según tiene reconocido la jurisprudencia, resulta comprendido en el mismo título de la designación del defensor judicial, y constituye materia de su propia competencia.

Ad c) El único límite que la Ley establece en este punto es la posible lesión: Una partición en que se probara que se había producido lesión por éste o por cualquier otro procedimiento, sería una partición no nula, sino simplemente rescindible, siempre y cuando excediese de la cuarta parte. Pero en el presente caso, ni la lesión ha existido, ni aunque hubiera existido podría hacerse valer en este momento, según vamos a ver:

a') Decimos que no ha existido, porque, según hemos visto al exponer los antecedentes de este escrito, no puede admitirse la valoración hecha por el demandante y los peritos por él exclusivamente señalados, sin intervención alguna de su parte.

b) No puede suscitarse el tema de la lesión, aunque se hubiere realmente producido, cosa que, desde luego, negaban por las siguientes razones:

Primera. Porque no está sentado como hecho probado por el Juzgador de instancia la existencia de la misma.

Segundo. Porque ejercitada la acción rescisoria en la demanda, la misma fué oportunamente desestimada y declarada improcedente, sin que se produjera recurso alguno contra esta parte de la sentencia.

Pero si la partición no ha sido impugnada en forma, y las adjudicaciones realizadas entran dentro de las facultades del Defensor judicial, según hemos visto, habremos de concluir la procedencia del primer motivo que fundamentan, restando únicamente por examinar el extremo de si modifica la situación creada el hecho de que el objeto de la adjudicación hayan sido bienes inmuebles y no efectivo metálico. En este punto estimamos



igualmente errónea la interpretación dada al artículo 838 del Código Civil por el Juzgador de instancia, y ello por las razones siguientes:

a/) Se funda la resolución en la idea de que al hablar el artículo 838 "de entrega de un capital en efectivo», se refiere únicamente a un capital en dinero, y se cita para apoyar tal punto de vista el artículo primero del Real Decreto de 19 de octubre de 1868, en que se establece que "la unidad monetaria será la peseta, moneda efectiva, equivalente a cien céntimos». Claro está que tal precepto no habla de "efectivo», sino de "moneda efectiva», que es una cosa completamente distinta, y el Diccionario de la Real Academia Española define "efectivo» no como sinónimo de dinero, sino como "real y verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso y nominal». En el lenguaje ordinario se habla de "dinero en efectivo» como distinto de "dinero en cuenta», de "moneda efectiva» y de "efectivo metálico», para indicar que no se trata de cualquier dinero, sino de moneda tangible y concreta y no meramente representada por créditos o derechos dirigidos a obtener prestaciones dinerarias.

b) El Código Civil, por otra parte, nunca utiliza la palabra "efectivo" como sinónimo de dinero, sino que siempre que a dinero se quiere referir, utiliza, como es lógico, evitando así toda oscuridad, esta misma expresión, así, por ejemplo, tenemos que el artículo 269, número 6, exige la autorización del consejo de familia "para colocar el dinero sobrante»; el 346 determina que "cuando se use la palabra muebles no se entenderá contenido el dinero»; el 886 establece que "los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie en dinero»... Ni una sola vez se habla de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España»; el 1.372 dice que "el crédito de dote estimada deberá restituirse en dinero"; el 1.770 habla de cuándo consiste el depósito "en dinero"... Ni una sola vez hable de efectivo como equivalente de dinero.

c) No existe, por otra parte, ninguna razón lógica que aconseje tan peregrina interpretación.

d) La finalidad del precepto ya hemos visto que no es la de mantener un anacrónico derecho de troncalidad, sino consagrar un sistema de transacción entre las legislaciones que aceptan la legítima en pleno dominio del viudo y las que limitan los derechos de éste a un simple usufructo.

De donde se sigue que incluso si admitimos, en contra de la verdadera naturaleza de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en nuestro sistema legislativo, como hace el Juzgador de instancia, que la finalidad de esta legítima es meramente alimenticia, siempre tendremos que ni siquiera la prestación de alimentos en determinados casos sería posible con las exiguas rentas de un patrimonio de poca entidad, lo que obligaría a llegar a una adjudicación en pleno dominio que permitiese la realización de determinados bienes para poder atender en debida forma al sustento del cónyuge "supérstite».

e) Pero si todo ello es así, carecería en absoluto de sentido limitar las posibilidades de adjudicación a un capital en dinero, ya que podría darse el caso, y esto será lo más frecuente, que no exista el numerario preciso entre los bienes de la herencia, que falte el dinero efectivo necesario para atender a la necesidad que quedaría sin cubrir en otro supuesto. La jurisprudencia tiene reconocido al contador partidor, sin necesidad de impetrar el consentimiento de los herederos, la facultad de hacer adjudicaciones de inmuebles para pago de deudas. En efecto, las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 9 de octubre de 1901, 24 de junio de 1902, 18 de agosto de 1909 y 29 de abril de 1913 tienen declarado que las adjudicaciones inmuebles para pago de deudas constituyen verdaderos actos de partición, no imolando enajenación cuando se hacen a favor de alguno de los herederos, y la üc 1J as enero de 1919 atribuye expresamente tal facultad al contador partidor, declarando la de 6 de noviembre de 1912 que es acto particional la adjudicación al viudo en pago de cantidades adelantadas a los hijos a cuenta de sus legítimas. Y refiriéndonos concretamente al caso que aquí nos ocupa, la de 22 de julio de 1912, que admite la adjudicación en pago de aportaciones al cónyuge viudo, aunque absorba el capital hereditario y existan mayores de edad. Así se explica que por el Registrador de la Propiedad se practicaran sin dificultad alguna las inscripciones correspondientes a tales adjudicaciones.

f) Esto sentado, carece de sentido afirmar, como hace el Tribunal "a quo», que nos encontramos aquí ante normas de derecho excepcional que imponen un criterio de interpretación restrictivo. Prescindiendo de lo anacrónico de tal principio, hoy rechazado unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia. No creamos que sea lícito, a título de interpretar restrictivamente un vocablo, variar sustancialmente su significación ordinaria, y mucho menos hacer incidir en un solecismo al Legislador de 1889 que con tan envidiable propiedad manejaba el idioma castellano.

Segundo. Se funda igualmente en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistiendo la infracción en la aplicación indebida que hace el Tribunal de instancia del artículo cuarto del Código Civil en relación con el 1.259 del Código Civil.





Se declara una nulidad radical y absoluta y, por tanto, insubsanable, señalándose como infringido el artículo 1.259 del Código Civil y deduciendo la sanción de nulidad de los términos del artículo cuarto de dicho Cuerpo legal .

Pero se da la circunstancia de que el artículo 1.259 no establece un supuesto de nulidad radical y absoluta, sino de simple anulabilidad, para convencerse de lo cual basta su simple lectura: "Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la Ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su representación legal o su autorización, será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue, antes de ser revocado por la otra parte». Se trata siempre, por tanto, de actos susceptibles de confirmación, cosa que no sería posible, de tratarse de un acto adolecido de nulidad radicada y absoluta. En este sentido, por ejemplo, la sentencia de 31 de diciembre de 1896 declara que la falta de autorización judicial en los contratos otorgados a nombre de los menores de edad en que la Ley exige este requisito, no determina inexistencia o nulidad radical, sino mera anulabilidad.

Claro está que, como hemos visto en el presente caso y razonado en el anterior motivo, el acto no exigía previa autorización judicial, sino que al ser puramente particional entraba dentro de las facultades normales del defensor judicial designado por el Juez, y, por tanto, no cabe hablar de colabilidad ni de ecolabilidad.

Tercero.-Se articula al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , consistiendo la infracción en la violación de lo establecido en los artículos 1.381 y 1.396 del Código civil . En el penúltimo de los considerandos de la sentencia recurrida, se funda la nulidad, además de las causas antes indicadas, en la falta de liquidación de la sociedad de gananciales, previamente necesaria para la validez de la partición de los bienes hereditarios propiamente dichos. Habíamos alegado en nuestro escrito de contestación que tal liquidación no era necesaria cuando no existían bienes gananciales, y precisamente reproducíamos el supuesto de la partición en que se hacía constar la inexistencia de ellos. El Juez de Primera Instancia no tomó en consideración esta supuesta causa de nulidad, pero sí la Sala, como hemos ya señalado en los antecedentes de este escrito. Funda la sentencia recurrida la necesidad de tal previa liquidación, por haberse reconocido por nosotros al contestar a la demanda y acreditando documentalmente mediante la correspondiente copia autorizada de la escritura particional de los bienes relictos por el padre de su mandante, que ésta poseía junto a los de su marido, bienes de su exclusiva propiedad, por haberlos heredado antes de su matrimonio de su ascendiente mencionado. Tal es el hecho que recoge la sentencia y que es indudablemente cierto, pero preguntamos de dónde se sigue aquí la necesidad de esa previa liquidación de la sociedad conyugal. Porque una cosa es que existan bienes de la propiedad peculiar y exclusiva de uno de los cónyuges, y otra que para nada se hayan de hacer figurar en la partición de los bienes relictos por el otro. No son gananciales, según se desprende claramente tales bienes, en cuanto se adquirieron a título gratuito y con anterioridad a su matrimonio. La Sala al estimar lo contrario, al considerar que tales bienes debieron ser considerados como gananciales, infringió evidentemente los preceptos antes citados que como parafernales definen tales bienes, lo que da lugar a este tercer motivo de impugnación. Pero, en todo caso, si se hubiere omitido la liquidación referida, y no se prueba que existieran gananciales., ¡la única persona que pudiera experimentar con ello perjuicio sería la viuda; a quien siempre beneficiaría tal omisión sería al hijo:

RESULTANDO que admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción por la parte recurrente, única comparecida hasta dicho trámite, la Sala declaró los autos conclusos y mandó traerlos a la vista con las debidas citaciones y previa formación de nota; acto que ha tenido lugar en 19 de junio pasado, con asistencia de los Letrados de las partes, que informaron en apoyo de sus respectivas y contrarias pretensiones.

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Joaquín Domínguez de Molina.

## CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que en el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de -enjuiciamiento Civil , se denuncia la infracción en la sentencia recurrida, por interpretación errónea, del artículo 838 del Código civil , al haber estimado la Sala de instancia que el concepto "capital en efectivo» que en él se consigna como uno de los tres medios que establece de pagar la cuota usufructuaria del cónyuge viudo, ha de entenderse como capital en dinero y que el defensor judicial del heredero menor de edad carecía de facultades para hacer o convenir la adjudicación en propiedad de bienes hereditarios y menos de inmuebles con tal objeto a la viuda, que no considera un acto estrictamente particional, sino de disposición de ellos sin las formalidades legales; pero el presente motivo no puede prevalecer porque a pesar de su hábil argumentación, y excluidas las restantes formas que se consignan en el precepto por no ser del caso, el sentido lexicológico de la expresión "capital en efectivo» no tiene otro alcance que el que la sentencia recurrida le atribuye, aunque la parte recurrente invoque una de las significaciones que del vocablo "efectivo» ofrece el diccionario de la Real Academia Española, que lo define-dice-no como sinónimo de dinero, sino como "real y verdadero, en



oposición a lo quimérico dudoso o nominal»; omitiendo, sin embargo, que en una de las acepciones que el propio diccionario menciona como equivalentes de dicho término, se remite a la segunda de la palabra "numerario», que traduce por "moneda acuñada o dinero efectivo», por lo que el argumento pierde toda su fuerza; y con relación a las atribuciones del defensor judicial para poder convenir en una adjudicación en pleno dominio de bienes determinados de la herencia al cónyuge superviviente, no se cita con eficacia en el motivo ningún precepto o doctrina legal que lo autorice, pues el artículo 838, único que se aduce como infringido, sólo permite las tres formas de pago que indica, la de la renta vitalicia, los productos de bienes determinados o el capital en efectivo en el concepto que antes se ha expresado, pero no incluye la que el recurso propugna de la adjudicación en pleno dominio de bienes inmuebles, sólo posible entre herederos mayores de edad conforme al artículo 1.058 del Código, o a lo sumo en el caso extraordinario, que en el presente no tiene base en las declaraciones que fundamentan el fallo recurrido ni se alude a él en el recurso, de que todos o en su mayor parte los bienes relictos fueran improductivos, supuesto incompatible con el caso de autos en que figuran olivares y fincas urbanas; sin que el mandato del Juez a que el artículo 838 se refiere en último término, suponga otra cosa que la decisión de la forma de pago que estime más equitativa y justa de las que la Ley establece en el supuesto de la falta de acuerdo entre los interesados, ya que no puede quedar al arbitrio de los herederos su determinación y cuantía; careciendo de eficacia en este caso la alegación de la sentencia de 20 de diciembre de 1911, porque, en primer lugar, se refiere a la actuación del contador dirimente, no a la del defensor judicial, y a supuestos de bienes improductivos, que en el presente caso, como antes se ha dicho, no tienen apoyo en el recurso ni sobre todo las declaraciones que sirven de base al fallo recurrido; en segundo término, porque una sola sentencia no constituye doctrina legal útil en casación y, finalmente, porque respecto a ella no se expresa con la debida precisión y claridad el concepto de la infracción, que es requisito indispensable, con arreglo al artículo 1.120 de la Ley de Trámites; y lo mismo ha de entenderse de los artículos 164, 269, 811 y otros del Código civil que en el propio motivo se invocan, pero que no se alegan como infringidos; sin que por igual razón puedan tener influjo para los fines de la casación las sentencias relacionadas con el citado artículo 811 ni las resoluciones de la Dirección General de los Registros que, como es sabido, no constituyen jurisprudencia:

CONSIDERANDO que los artículos 834, 835, 836 y 837 del Código civil otorgan expresa y reiteradamente "en usufructo», que implica la retención de la nuda propiedad en los herederos, la cuota hereditaria correspondiente al viudo, y sólo en el artículo 838, hoy 839, de dicho Código, autoriza para su pago, además de una renta vitalicia o los productos de determinados bienes, la entrega de un "capital en efectivo» que, como se ha razonado en el considerando precedente, tiene la significación de capital en dinero, que si bien los herederos mayores de edad, obrando en interés propio y era la libre administración de sus bienes y derechos, de común acuerdo con el cónyuge superviviente, pueden sustituir por un capital en inmuebles, ello no cabe extenderlo, salvo al raro supuesto de bienes improductivos, al caso en que existen herederos menores representados por un defensor judicial, el cual, por tratarse no de un interés propio de su libre disposición, sino correspondiente al menor que representa, ha de actuar necesariamente dentro de las formas legales limitadas, máxime no mediando la declaración de improductividad de los bienes relictos, por lo que ha de estimarse acertada la interpretación que a la Sala ha merecido en el caso del pleito el artículo 838 del repetido Código:

CONSIDERANDO que, en el motivo segundo, fundado igualmente en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 4.º del Código civil en relación con el 1.259 del mismo Código, por entender la parte recurrente que no se trata de un caso de nulidad radical o absoluta, sino de simple anulabilidad, puesto que según dicho precepto el contrato celebrado en nombre de otro por quien no tenga su representación legal o su autorización será nulo a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte», tratándose siempre, por lo tanto, sigue diciendo el motivo-, de actos susceptibles de confirmación, cosa que no sería posible si se tratara de acto viciado de nulidad radical y absoluta, citando al efecto una sola sentencia de este Tribunal, la de 31 de diciembre de 1896, que declara que la falta de autorización judicial en los contratos otorgados a nombre de los menores de edad en que la Ley exige este requisito, no determina inexistencia o nulidad radical, sino mera anulabilidad; pero aun aceptando esta doctrina, habrá que reconocer: primero, que al obrar el defensor judicial fuera de las facultades que le correspondían, ejecutando un acto para el que no podía considerarse autorizado, contrató en nombre de un tercero, en este caso el menor, sin tener su representación legal ni tampoco, como es natural, su autorización, constituyendo el supuesto del segundo párrafo del repetido artículo 1.259; y segundo, que no habiendo ratificado el menor al llegar a su mayoría de edad el contrato otorgado en su nombre, sino que, por el contrario, lo ha impugnado mediante la demanda origen de estos autos, su nulidad se impone con arreglo al mismo párrafo segundo de dicho artículo; pero además ha de tenerse en cuenta que la sentencia recurrida (sexto considerando) se apoya en el artículo 4.º del Código civil en relación no con el artículo 1.259, sino con el 838 del propio Código, sin que haya sido impugnada en el motivo precisamente en este segundo aspecto; por lo que si a lo antes expuesto se añade la nulidad genérica del referido artículo 4.º que en la sentencia se invoca, el motivo tampoco puede prosperar en ningún sentido:



CONSIDERANDO que al desestimarse los dos primeros motivos del recurso la sentencia ha de subsistir en sus propios términos, sin que el motivo tercero, que al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley Rituaria denuncia la infracción de los artículos 1.381 y 1.396 del Código Civil , que se refieren a los bienes parafernales o propios de la mujer, puede tener influjo en la cuestión, pues desde el momento en que se reconoce que la viuda aportó al matrimonio y poseía junto con los de su marido bienes determinados de su exclusiva propiedad, sus frutos, rentas o intereses tienen, con arreglo al número tercero del artículo 1.401 de dicho Código , el carácter de bienes gananciales, y de todos modos formaban parte del patrimonio conyugal, y para determinar si existían o no bienes gananciales y el haber de cada cónyuge era obligado proceder a la liquidación de la sociedad conyugal, conforme a los artículos 1.418 y siguientes del expresado Código ; por lo que tampoco puede estimarse dicho motivo tercero,

#### FALLAMOS

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto a nombre de doña Mónica , asistida de su marido, don Luis Manuel de los Monteros, contra la sentencia que en 6 de abril de 1960 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada , en autos promovidos por don Sergio , sobre nulidad de operaciones particionales; condenamos a la recurrente al pago de las costas causadas en este Supremo Tribunal y a la pérdida del depósito constituido, que recibirá el destino legal, y a su tiempo librese a la mencionada Audiencia certificación de esta resolución, devolviéndole el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado» e insertará en la Colección Legislativa», pasándose las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos - Enmendado a 28 de.-precepto.-omitiendo.-mera.-Vale.-Entre líneas: junio.-"en pleno dominio».- También vale. Francisco Bonet. Joaquín Domínguez de Molina. Manuel Taboada Roca. Tomás Ogáyar. Manuel Lojo. Rubricados.