

Roj: **STS 2150/1993 - ECLI:ES:TS:1993:2150**Id Cendoj: **28079110011993101148**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/03/1993**Nº de Recurso: **1782/1990**Nº de Resolución: **315/93**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO GULLON BALLESTEROS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Marzo de mil novecientos noventa y tres.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia, nº 4 de Sevilla, sobre nulidad de operaciones de liquidación de sociedad de gananciales; cuyo recurso ha sido interpuesto por DON Imanol Y DON Luis Carlos , representados por el Procurador D. José Granados Weil y asistidos de la Letrada Dª Natalia Candau Morón; siendo parte recurrida DON Jose Ramón y DOÑA Victoria , representados por la Procuradora Doña Montserrat Sorribes Calle y asistidos del Letrado D. Manuel Manzaneque García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Procurador Don José-Ignacio Díaz Valor, en representación de DON Imanol y DON Luis Carlos , actuando por sí y en interés de la comunidad hereditaria que forman con su hermano DON Raúl , formuló ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Sevilla, demanda de juicio declarativo de menor cuantía, contra DON Jose Ramón y su esposa DOÑA Victoria , sobre nulidad de operaciones de liquidación de sociedad de gananciales; estableciéndose en síntesis los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, para terminar suplicando se dictase sentencia "en la que, estimando y dando lugar a la demanda, se contuviera los siguientes pronunciamientos: Primero.- Declarar la nulidad de las operaciones de liquidación de sociedad conyugal que existió entre D. Jose Ramón Y DOÑA Eugenia , protocolizadas en escritura pública que autorizó el Notario D. José de Rioja y Fernández de Mesa, en fecha 7 de mayo de 1972, bajo el número 228 de su protocolo.- Segundo: Declarar asimismo la nulidad de las operaciones particionales de los bienes relictos al fallecimiento de doña Eugenia , protocolizadas en la aludida escritura pública que autorizó el Notario D. José Rioja y Fernández de Mesa, en fecha 7 de mayo de 1972, bajo el número 228 de su protocolo.- Tercero: Subsidiariamente, para el supuesto de no acceder al anterior pronunciamiento, condenar al demandado D. Jose Ramón a que, en unión de los restantes interesados, lleve a cabo la adición y complemento de las operaciones particionales de los bienes relictos al fallecimiento de su primera esposa Doña Eugenia , incluyendo en la herencia los siguientes bienes: Dos apartamentos en URBANIZACIÓN000 de esta Ciudad, planta NUM000 puerta nº NUM001 , y planta NUM002 , puerta nº NUM003 adquiridos a virtud de documentos privados de compraventa de fecha 9 de abril de 1969; las fincas rústicas, sitas en Osuna, al sitio Los Molinos Nuevos, números registrales NUM004 y NUM005 , las 15 vacas y un becerro, así como el usufructo vitalicio de la finca número registral NUM006 , y las instalaciones de una explotación de ganado vacuno de leche, todo ello adquirido por documento privado de fecha 8 de mayo de 1970; las 27 hectáreas, 42 áreas y 1 centiárea en la finca rústica DIRECCION000 , sito en término municipal de Osuna, adquiridas durante el primer matrimonio del demandado, por compra, mediante documento privado, a D. Rodrigo ; las 15 hectáreas, 66 áreas y 90 centiáreas en la misma finca, adquiridas también durante el primer matrimonio del demandado por compra a doña Esther ; las pinturas, obras de arte, objetos de plata, alhajas, cubertería, muebles, ajuar de casa, maquinaria y aperos agrícolas, incluidos en la relación que se acompañaba a esta demanda; los demás bienes cuya existencia al fallecimiento



de doña Eugenia , se acreditara en el periodo probatorio del presente juicio y respecto a aquellos bienes de los anteriores enumerados, vendidos a terceros adquirentes de buena fe, excluida por tanto la demandada Doña Victoria , incluir su importe, imputando este al haber que corresponda a D. Jose Ramón .- Cuarto: Declarar el carácter de reservable de los bienes que se adjudicaron al demandado D. Jose Ramón , en concepto de pago de su haber como legatario del tercio de libre disposición de su primera esposa, Doña Eugenia , en la escritura de protocolización de los bienes relictos al fallecimiento de esta, formalizada en escritura pública que autorizó el Notario D. José de Rioja y Fernández de Mesa en 7 de mayo de 1972, bajo el número 228 de su protocolo, así como, en su caso, los que se le adjudiquen en las nuevas operaciones particionales que hubieran de practicarse, o, en su caso, en las de adición y complemento de aquéllas.- Quinto: Ordenar la anotaciones en el Registro de la Propiedad del carácter reservable de los bienes inmuebles que, en concepto de pago de su haber como legatario del tercio de libre disposición, se adjudicaron al demandado D. Jose Ramón en la escritura de protocolización de operaciones particionales reseñada en el apartado anterior, así como en sus respectivos casos, de los que se le adjudiquen con tal carácter en las nuevas operaciones particionales que hayan de practicarse, o en las de adición y complemento de aquellas.-Sexto. Condenar al demandado D. Jose Ramón a asegurar, mediante hipoteca bastante, la restitución de los bienes muebles o enajenados, en el estado que tuvieron al tiempo de su fallecimiento; el abono de los deterioros ocasionados en los bienes reservables por su culpa o negligencia; la devolución del precio que hubiese recibido de los bienes muebles enajenados, o el valor al tiempo de la enajenados, o el valor al tiempo de la enajenación si esta hubiese sido hecha a titulo gratuito; el valor de los bienes inmuebles enajenados a terceros amparados por la fe publica registral, todo ello conforme a los valores que se determinen en la fase probatoria del presente juicio, y referente a los bienes adjudicados al mismo en las operaciones particionales de los bienes relictos al fallecimiento de su primera esposa, Doña Eugenia , en la escritura pública especificada en el apartado cuarto de este Suplico, o a los que se le adjudiquen en las nuevas operaciones particionales que hubieren de practicarse, o, en su caso, en la adición y complemento de aquéllas.- Séptimo: Declarar que las enajenaciones de bienes inmuebles llevadas a cabo por D. Jose Ramón a su actual segunda esposa en las escrituras públicas de compraventa autorizadas en fechas de 18 de diciembre de 1984 y 26 de junio de 1985 ante el Notario de Sevilla D. Vicente Piñero Carrion, y 9 de diciembre de 1985 ante el Notario de Sevilla D. José Millán García-Patiño, encubren bajo la apariencia de compraventa, donaciones efectuadas por el repetido demandado a su actual segunda esposa, que, en cuanto tales donaciones, venían sujetas a la posible reducción por inoficiosidad establecida en los artículos 636, 654, 665 y 656 del Código civil.- Octavo: Declarar que la escritura pública de compraventa, autorizada por el Notario de Osuna Doña Marta Moreno Catena, y en la que Guadalupe, S.A. vendía a D. Jose Ramón el usufructo vitalicio y a Doña Victoria la nuda propiedad de un local y una plaza de garaje, en Osuna, encubría, por lo que se refiere a la nuda propiedad, una donación de D. Jose Ramón a su actual segunda esposa, que, en cuanto tal donación, venia sujeta a la posible reducción por inoficiosidad establecida en los artículos 636, 654, 655 y 656 del Código civil.- Noveno: Declarar que aquellos actos de disposición de bienes que pudiera haber ejecutado el demandado a favor de su actual segunda esposa, bien mediante escrituras o documento privado de compraventa suscritos por los cónyuges, bien mediante escrituras públicas o documentos privados otorgados por terceros a favor de la propia doña Victoria y respecto a los que se justifiquen en la fase probatoria del presente juicio que no había existido contraprestación efectiva por parte de ésta, encubrían donaciones del Sr. Jose Ramón a su aludida actual segunda esposa, sujeta en cuanto a tal a la posible reducción por inoficiosidad establecida en los artículos 636, 654, 655 y 656 del Código civil.- Décimo: Condenar a los demandados a que reintegren a la herencia de doña Eugenia los bienes muebles, o sea, alhajas, cuadros, objetos de arte, esculturas, cuberterías y mobiliario, que eran propiedad privativa de la misma y que pudieran haber quedado incluidos en la venta de la casa nº NUM007 de la CALLE000 , de Osuna, formalizada mediante escritura pública autorizada por el Notario D. Vicente Piñero Carrión en fecha 26 de Junio de 1985.- Undécimo: Condenar a los demandados al pago de las costas y gastos del presente juicio; y por otrosí primero solicitó al amparo de lo dispuesto en los artículos 42.1 y concordantes de la Ley Hipotecaria, así como en los 139 y siguientes de su Reglamento, se decretase la anotación preventiva de esta demanda en los Registros de la Propiedad de Osuna y nº 9 de Sevilla, respecto de los bienes que indicaba; mediante 2º otrosí solicitaba que las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hubieren de efectuarse se llevaran a cabo por el Sr. Secretario del Juzgado o personal de la Secretaría, y que los exhortos, suplicatorios y carta-ordenes que se libraren le fueran entregados para gestionar su cumplimiento; por medio de 3º otrosí solicitó le fuera desglosada y se le entregara dejando testimonio bastante, la copia de escritura de poder; y por medio de 4º otrosí dijo: que después de mecanografiada la demanda sus constituyentes habían tenido conocimiento de que su padre había adquirido en el año 1983 dos locales de oficinas en el EDIFICIO000 NUM008 de esta Ciudad, marcados como local de oficina nº NUM009 y local de oficina nº NUM007 , ambos en la planta NUM010 alta de dicho edificio, fincas registrales números NUM011 y NUM012 del Registro de la Propiedad número 9 de esta Ciudad.- Que mediante escritura que autorizó el Notario D. José Millán García Patiño en fecha 6 de mayo del año en curso, el Sr. Jose Ramón había otorgado escritura en la que aparecía vendiendo, una vez más, a doña Victoria la nuda propiedad de ambos locales, reservándose el usufructo vitalicio. - Que se trataba pues, de un nuevo acto



dispositivo, que, bajo la apariencia de compraventa, encubría una donación a su actual segunda esposa.- Que todo ello confirmaba cuanto venían exponiendo y agravaba la situación.- Que para no tener que efectuar una nueva redacción de la demanda, la adicionaban con este hecho, interesando que la anotación preventiva de demanda, se extendiera también a estas dos locales de oficina, a cuyo efecto hacían constar la descripción de los mismos.- Que respecto al Suplico de la demanda, no creían necesaria ninguna innovación, habida cuenta de que el pronunciamiento que se interesaba bajo el número noveno, se hacía referencia a esas posibles ventas; suplicando al Juzgado se sirviera tener por hechas las anteriores alegaciones así como por solicitada a la anotación preventiva respecto a los dos repetidos locales de oficina, haciendo extensivo a los mismos el mandamiento al Registrador de la Propiedad nº 9 de esta Ciudad".- Admitida la demanda y emplazados los demandados, compareció en los autos en su representación el Procurador D. José-Ignacio Díaz Valor, que contestó a la demanda, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente y terminó suplicando " se dictase sentencia por la que estimando las excepciones de fondo opuestas por esta parte, desestimara expresamente todos y cada uno de los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda, y por consiguiente, absolver de la misma a sus representados don Jose Ramón y Doña Victoria , con expresa declaración de condena en costas a la parte actora solidariamente; por medio de otrosíes interesó el recibimiento a prueba del pleito y el desglose del poder presentado".- Convocadas las partes a la comparecencia establecida en el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta se celebró el día señalado, con asistencia de las partes sin avenencia.- Recibido el pleito a prueba se practicó las que propuestas por las partes fue declarada pertinente.-Unidas a los autos las pruebas se convocó a las partes a comparecencia poniéndolas mientras tanto de manifiesto en secretaría para que hicieran un resumen de las mismas lo que verificaron en tiempo y forma, quedando los autos en poder del Sr. Juez para dictar sentencia.- El Sr. Juez de 1ª Instancia nº 4 de Sevilla, dictó sentencia de fecha 9 de octubre de 1987, con el siguiente FALLO: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador D. José-Ignacio Díaz Valor, en nombre y representación de D. Imanol y Luis Carlos , que actúan también en interés de su hermano Raúl , declarando incapaz, contra Jose Ramón y Victoria , representados por el Procurador D. Ramón Rubio Rico, debo declarar y declaro, que las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal de Jose Ramón y su primera esposa Eugenia y las de partición de los bienes de ésta a su fallecimiento, protocolizadas en escritura pública de 7 de mayo de 1972, deben ser adicionadas o complementadas, al estimarse bienes gananciales: dos apartamentos situados en Sevilla, URBANIZACIÓN000 , planta NUM008 puerta número NUM001 y planta NUM002 , puerta NUM003 , fincas registrales números NUM013 , hoy número NUM014 , y NUM015 , hoy número NUM016 , la finca rústica DIRECCION000 , situada en el término municipal de Osuna, de 27 hectáreas, 42 áreas y 1 centiárea, adquirida por documento privado durante el primer matrimonio del demandado, y la finca rústica, al mismo sitio y lugar, de 15 hectáreas, 66 áreas y 90 centiáreas, adquirida en igual tiempo, declarándose la nulidad de las posibles transmisiones de dichas fincas, en el supuesto de no estar en el patrimonio del demandado, salvo que estén en poder de terceros, con obligación de reservar el demandado a los actores o sus descendientes, en bienes inmuebles que se le asignaron por importe de 1.480.000 pesetas, correspondientes al tercio de libre disposición en que heredó a su primera esposa, así como también reservará sobre los que se les asigne como ampliación de dicho tercio, en las operaciones de ampliación de liquidación de la sociedad conyugal y partición, todo lo cual se efectuará en ejecución de sentencia, con posterior cancelación de las anotaciones preventivas realizadas, para lo que se librarán los oportunos mandamientos, desestimándose las restantes peticiones de la demanda y sin hacerse expresa condena en costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO.-Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1ª Instancia por la representación de DON Imanol y DON Luis Carlos , actuando por sí y en interés de la comunidad hereditaria que forman con su hermano DON Raúl y por DON Jose Ramón y DOÑA Eugenia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 14 de abril de 1990, con la siguiente parte dispositiva.- FALLAMOS: "Que dando lugar en parte al recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de los demandados y rechazando el deducido en nombre de los actores y con estimación parcial de la demanda formulada en nombre de D. Imanol y de D. Luis Carlos , debemos declarar el carácter de reservable de los bienes relictos al fallecimiento de ésta, formalizada en escritura pública que autorizó el Notario D. José de Rioja y Fernández de Mesa en 7 de mayo de 1972, bajo el nº 228 de su protocolo lo que se llevará a efecto por el demandado D. Jose Ramón , en la proporción a que se hace referencia el párrafo sexto de los fundamentos de esta resolución y en la forma y con las obligaciones que el imponen los artículos 977 y 978 del Código civil; y desestimando las demás pretensiones contenidas en la demanda, absolvemos de los mismos, en lo que a cada uno de ellos le afecta, a los demandados D. Jose Ramón y Dª Victoria , revocando la sentencia dictada por el SR. Juez de Primera Instancia en lo que es dispar de la presente y confirmando en aquello que es conforme; y todo ello sin hacer expresa condena de costas, de ninguna de las dos instancias, a ninguna de las partes".

TERCERO.- El Procurador Don José Granados Weil, en representación de DON Imanol y DON Luis Carlos , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial



de Sevilla, con apoyo en los siguientes motivos.- PRIMERO: Al amparo del art. 1057.5º LEC. Infracción por inaplicación del art. 1057 párrafo 1º del Código civil.- SEGUNDO: Al amparo del art. 1692.5º LEC. Infracción por inaplicación del art. 1057 párrafo 3º del Código civil.- TERCERO: Al amparo del art. 1692.4º LEC. Error en la apreciación de la prueba, basada en documentos obrantes en autos, referentes a bienes no incluidos en la partición.- CUARTO: Al amparo del art. 1692.5º LEC. Infracción por inaplicación del artículo 1398 actual y antiguo 1.422 del Código civil.- QUINTO: Al amparo del art. 1692.5º LEC. Infracción por inaplicación del artículo 1261 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial sobre nulidad de las operaciones particionales.-SEXTO: Al amparo del art. 1692.5º LEC. Infracción por inaplicación del artículo 1232 del Código civil.- SEPTIMO: Al amparo del art. 1692.5º LEC. Infracción por inaplicación de los artículos 1249 y 1253 del Código civil y doctrina jurisprudencial sobre la prueba de presunciones.- OCTAVO: Al amparo del art. 1692.5º LEC. Infracción por inaplicación del artículo 636 en relación con los artículos 654, 806, 807 y 808 del Código civil.- OCTAVO BIS: Al amparo del art. 1692.5º LEC. Infracción por aplicación indebida del art. 1076.- NOVENO: Al amparo del art. 1692.5º LEC. Infracción por inaplicación del artículo 1079 en relación con los 1347 y 1361 del Código civil, y aplicación indebida del artículo 1076 del mismo Código.- DECIMO: Al amparo del art. 1692.5º LEC. Infracción del artículo 1301 del Código civil.- UNDECIMO: Al amparo del art. 1692.5º LEC. Infracción por inaplicación del artículo 7º del Código civil.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción, se señaló para la celebración de vista pública el día 16 de marzo de 1993.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-DON Imanol y DON Luis Carlos , actuando por sí y en interés de la comunidad hereditaria que forman con su hermano DON Raúl , demandaron por los trámites del juicio de menor cuantía a su padre DON Jose Ramón , casado en primeras nupcias con DOÑA Eugenia , y a la muerte de ésta, con DOÑA Victoria , también demandada. El objeto de su demanda lo constituía básicamente que se declarase la nulidad de la escritura pública de 7 de mayo de 1972 por la que se protocolizaron las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal y partición de herencia de su madre DOÑA Eugenia , en las que habían sido representados por defensor judicial, dado que no se habían reintegrado los bienes propios de la causante, enajenados constante su matrimonio, ni se habían incluido en el inventario bienes que eran gananciales por haberse adquirido durante el matrimonio en documentos privados y una vez fallecida su madre se escrituraron a nombre de su padre. Aducían además defectuosísimas valoraciones en bienes muebles, que se habían infravalorado en el inventario además de no describirse. Solicitaban que, sino se declaraba la nulidad de la escritura, se obligase a su padre a realizar la oportuna partición adicional en al que se diese satisfacción a sus pretensiones; la declaración de reservables de los bienes heredados por DON Jose Ramón de su primera esposa, con las consecuencias legales dispuestas por la ley a cargo del reversista; y que se declarase que las transmisiones por la vía de la venta que directa o indirectamente (a través de compras a terceros a nombre de su segunda esposa) había realizado o realizase su susodicho padre en favor de DOÑA Victoria , encubrían donaciones sujetas a la reducción por inoficiosidad.

El Juzgado de 1ª Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando que la escritura de 1972 debía de ser adicionada o complementada al estimar, como estimaba, determinados bienes como gananciales y no como privativos del demandado, la nulidad de las posibles transmisiones de los mismos, "en el supuesto de no estar en el patrimonio del demandado, salvo que estén en poder de terceros "(sic), y la obligación de reservar los bienes inmuebles que se le asignaron en pago del tercio de libre disposición que heredó de su esposa, así como los que se le asignaron como ampliación de dicho tercio en las operaciones de ampliación de liquidación de la sociedad conyugal y partición, todo lo cual se efectuaría en ejecución de sentencia. Sin condena en costas a ninguna de las partes.

Apelada la sentencia por los actores y demandados, la Audiencia dio lugar en parte al de éstos, rechazando el de aquéllos; confirmando exclusivamente la declaración de reservables de los bienes heredados; revocando la de instancia en cuanto a la adición y complemento de la partición; determinando en qué proporción había de recaer sobre aquellos bienes la reserva, pues una misma adjudicación había servido para pago al viudo de su mitad de gananciales y la parte de libre disposición de la herencia; y condenando al padre demandado a cumplir lo prevenido en los arts. 977 y 978 del Código civil. Sin condena en costas en la alzada a ninguna de las partes.

Contra la sentencia de la Audiencia interpusieron los actores recurso de casación por los motivos que se pasan a estudiar.

SEGUNDO.- El motivo primero, al amparo del art. 1692.5º LEC, aduce infracción del párrafo 1º del art. 1057 del Código civil. En su justificación, en esencia se alega la nulidad de la designación como DIRECCION001 de



su herencia que la testadora hizo en favor de su esposo, al que le dejó el tercio de libre disposición además de su cuota legal usufructuaria.

El motivo se desestima, porque la nulidad de la partición de la herencia no se puede declarar por esta causa, y ello es su finalidad. En efecto, el recurrido SR. Jose Ramón no actuó en dicha partición como DIRECCION001 sino integrante de la comunidad hereditaria junto con sus hijos, los recurrentes, que entonces estuvieron representados por defensor nombrado judicialmente por incompatibilidad de intereses en la herencia con su progenitor. En otros términos, se trató de una partición de la herencia dejada por la esposa fallecida de carácter convencional. De ahí que, aunque evidentemente errónea por poco meditada la conceptualización que hace la Audiencia de la actividad en la partición del recurrido - lo que ha dado pie a este motivo-, no puede casarse por ello su sentencia. A otro resultado se hubiese llegado en la hipótesis contraria que no se dio, aunque tanto el tema de la nulidad de la cláusula testamentaria como de la partición en ella fundada ni siquiera se alegó en la demanda por los recurrente -entonces actores- al exponer la "causa petendi", dado el carácter de norma imperativa que posee el párrafo 1º del art. 1057. En las situaciones de vulneración de normas imperativas, esta Sala, actuando de oficio, puede declarar la nulidad de lo actuado, concediendo previamente a la otra parte la posibilidad de alegar a lo que a su interés convenga. En el caso litigioso así ha sucedido, pero la Sala, del examen de la escritura pública de 7 de mayo de 1972 en que se protocolizaron las operaciones particionales, llega a la conclusión sin ninguna clase de dudas, de que el recurrido no actuó como DIRECCION001, por lo que carecería de sentido declarar la nulidad de la cláusula cuando a nadie interesa si se ha practicado una partición que no podría invalidarse porque no ha contravenido el art. 1057, párrafo primero, del Código civil.

TERCERO.- El motivo segundo, al amparo del art. 1692.5º LEC, alega infracción por inaplicación del último párrafo del art. 1057 LEC. Según los recurrentes, la partición es nula porque se omitió la formación del inventario con citación de los coherederos (que serían ellos) y los de los acreedores.

El motivo se desestima, porque no se tiene en cuenta que el supuesto de hecho de la norma citada como infringida -partición efectuada por DIRECCION001 - no se ha dado aquí como ya se dijo al razonar la desestimación del motivo primero.

CUARTO: El motivo tercero, al amparo del art. 1692.4º LEC, acusa error en la apreciación de la prueba, pues de los documentos que reseña, junto con otras pruebas corroboradoras de los mismos, se deduce inequívocamente que existía bienes muebles privativos de la testadora que no se partieron sino que fueron enajenados después de su muerte por el padre de los recurrentes como propios, al igual que no se partieron los bienes que se mencionan en la demanda, que fueron comprados en documentos privados durante el primer matrimonio pero escriturados a su nombre ya en estado de viudo, por lo que son gananciales que debieron incluirse en la partición y no privativos suyos.

El motivo se estima en lo referente a los bienes inmuebles que la sentencia de primera instancia señala en su considerando octavo, pues efectivamente existen las oportunas pruebas documentales en autos que obligan a estimarlos como gananciales, según el acertado criterio de dicha sentencia, no contradichas por otras (testificales y de confesión judicial), sino corroboradas.

QUINTO.- El motivo cuarto, al amparo del art. 1692.5º LEC, alega infracción por inaplicación del actual 1398 y antiguo art. 1412 del Código civil. En su justificación, los recurrentes dicen que consta probado en autos que los bienes que refieren eran privativos de la testadora y que se vendieron constante su matrimonio, siendo así que debían de haberse reintegrado antes de liquidar y partir la masa ganancial.

El motivo se acepta porque son ciertos sus presupuestos fácticos, reconocidos por el demandado-recurrido al contestar a la demanda, explicando que el importe se invirtió en atenciones de la sociedad de bienes privativos suyos, pero sin que por ello formulase ninguna reconvencción.

Sobre esta cuestión la sentencia recurrida no hizo ninguna consideración, limitándose a confirmar la de primera instancia, que había desestimado las pretensiones de los recurrentes- actores sobre la nulidad o, subsidiariamente, complemento de la partición, por la infracción que aquí se denuncia. Al no contener razonamientos dispares con esta última para llegar al mismo fallo denegatorio, es que acepta los de primera instancia que a continuación se examinan para evitar repeticiones inútiles.

SEXTO.- El motivo quinto, al amparo del art. 1692.5º LEC, alega infracción por inaplicación del art. 1261 Código civil y de la doctrina jurisprudencial que lo aplica a las particiones hereditarias. En su justificación, se vuelve a insistir en los vicios ya denunciados que concurren en la partición litigiosa: falta de citación para el inventario de los coherederos y acreedores; omisión de bienes gananciales y falta de reintegración a la herencia del importe de sus bienes privativos enajenados durante el mismo.

Rechazado con anterioridad como motivo de nulidad el primero, quedan por tratar los dos restantes. La sentencia de primera instancia resaltó la gran importancia que tenían en esta herencia los bienes privativos



de la causante, lo mismo que del recurrido, enajenados durante el matrimonio, hasta el punto que de haberse producido su reintegración posiblemente "no hubieran sobrado gananciales". Ello es índice elocuente de que no se está en la órbita de aplicación del art. 1079 del Código civil, pues no basta una partición complementaria para subsanar la omisión de preceptos esenciales en la partición como el art. 1422 (vigente al realizarse), que tiene su continuidad de forma más inequívoca en el actual art. 1398 en cuanto a la enajenación de bienes privativos en interés de la sociedad de gananciales, ya que puede dar lugar a que no haya masa ganancial partible, y necesariamente a una partición de la herencia en sentido estricto muy diferente de la verificada.

Frente a ello no puede aceptarse el criterio de juzgador de instancia (para mantener la partición) de que se contabilizaron en ella 1.400.000 ptas como gananciales, a pesar de que posiblemente no hubieran existido, porque, en primer lugar, no se han determinado previamente los valores actualizados a reintegrar al patrimonio privativo de la causante por lo que resulta arbitraria esa especie de compensación que se hace "a grosso modo", y, en segundo lugar, porque siempre la partición de la herencia quedaría alterada, ya que el recurrido no tendría derecho alguno a la mitad de los bienes que no fuesen gananciales.

Por todo lo expuesto, y al haber recaído la partición sobre un objeto que no es cierto (arts. 1261.2º y 1273 del Código civil), hay que acoger el motivo estudiado en este apartado de la sentencia. Además, si como ha declarado esta Sala en materia de agravios patrimoniales en la partición, "se deberá volver a hacer si los errores y lesión son sustanciales y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar (sentencias de 31 de mayo de 1980 y las que cita), no hay ninguna razón para no aplicar esta doctrina al caso litigioso dadas las circunstancias que en él concurren.

La necesidad de concretar la masa partible, por las razones expuestas, conlleva de suyo la necesidad de tener en cuenta en ella los bienes cuya cualidad ganancial se ha estimado en lugar de privativos del recurrido SR. Jose Ramón .

SEPTIMO.- Los motivos sexto, séptimo y octavo y undécimo (en realidad, duodécimo) del recurso combaten la sentencia recurrida en cuanto desestima, con la de primera instancia, sendas peticiones del suplico de la demanda dirigidas a que se declarase que las enajenaciones de bienes llevadas a cabo por el recurrido en favor de su segunda esposa encubren donaciones, que, en cuanto tales, vienen sujetas a la posible reducción por inoficiosidad establecida en los arts. 636, 654, 655 y 656 del Código civil. La sentencia recurrida declara que no hay antecedentes en los autos para juzgar tales donaciones como inoficiosas. Los recurrentes impugnan en los motivos citados estas aseveraciones. Sin embargo, no se someten a análisis porque carecen totalmente de legitimación activa para hacer aquellas peticiones, extremo éste de la legitimación para accionar que es de orden público por afectar al derecho de accionar reconocido en el art. 24.1 de la Constitución (sentencia de 17 de julio de 1992). En efecto, los hijos no tienen interés en vida de sus padres para accionar solicitando declaraciones judiciales acerca de la naturaleza de los negocios jurídicos que concluyen, a fin de proteger sus expectativas sucesorias. Sólo cuando efectivamente sean legitimarios (lo que supone la muerte del progenitor, y capacidad para sucederle) pueden acudir a la acción de reducción de las donaciones que en vida hayan hecho, si merman sus derechos legitimarios.

Pero en vida de los padres carecen de todo interés protegible mediante el acceso a la jurisdicción para controlar el uso y disposición del patrimonio de éstos a tales efectos.

OCTAVO.- Los restantes motivos del recurso se dirigen a fundamentar la acción de nulidad de la partición que ejercitaron los recurrentes, o la de complemento o adición de la misma, caso de que se estimara su validez y eficacia. Como quiera que la estimación de los motivos tercero, cuarto y quinto conlleva la nulidad pretendida de forma principal, no se entra en el examen de los motivos noveno (por error se dice octavo en el recurso), décimo y undécimo.

NOVENO.- La acogida de los motivos tercero, cuarto y quinto obliga a esta Sala, por imperativo del art. 1715 LEC, a resolver sobre las cuestiones litigiosas a que afectan, casando y anulando la sentencia recurrida, que no dio lugar a la nulidad de la partición.

En los pedimentos primero y segundo del "suplico" de la demanda, solicitaban los actores- recurrentes la nulidad de las operaciones particionales de la sociedad conyugal formada por DON Jose Ramón y DOÑA Eugenia , así como las de la herencia de ésta, protocolizadas en escritura pública de fecha 7 de mayo de 1972, autorizada por el Notario D. José de Rioja y Fernández de Mesa bajo el nº 228 de su protocolo. A ello debe accederse en cuanto ha quedado demostrado que no se determinaron como paso previo e imprescindible los valores actualizados de los bienes privativos enajenados constante matrimonio para cubrir atenciones de la sociedad conyugal, en el bien entendido que esta declaración no supone la nulidad de los actos de disposición que pudieran haberse llevado a cabo con fundamento en la titularidad que otorgaba la meritada escritura particional en cuanto puedan afectar a terceros, sin perjuicio de llevarse a la nueva partición su valor actualizado al momento de efectuarse ésta, siendo tales bienes los señalados en el motivo cuarto de



este recurso. Naturalmente, para poner en concordancia el Registro de la Propiedad con la realidad jurídica extra-registral, se habrán de cancelar las inscripciones de los bienes a que se refiere la escritura anulada en tanto consten a favor o en nombre de los adjudicatarios según ella, puesto que la demanda no se ha dirigido contra otras personas distintas de los demandados, ni se ha de estimar respecto a las peticiones contra la codemandada D^a Victoria por haber fracasado los motivos de casación atinentes a dicha señora.

Por último, en la nueva partición que se haga deberán comprenderse entre los bienes gananciales afectos a la liquidación de la sociedad los aludidos en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia, y, entretanto, deben hacerse constar en el Registro de la Propiedad, si estuviesen inscritos a nombre del demandado DON Jose Ramón y con el carácter de privativos, la cualidad de pertenecientes a la sociedad de gananciales que tenía constituida con D^a Eugenia . Todo ello, también para que exista la concordancia necesaria de la realidad extra-registral con la registral.

En cuanto a las costas, al no haberse estimado por entero la demanda, no procede la imposición de la condena a su pago a ninguna de las partes en la primera instancia y apelación; tampoco en este recurso (art. 1715.3 LEC).

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

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por DON Imanol y DON Luis Carlos , contra la sentencia de fecha 14 de abril de 1990, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, la cual casamos y anulamos, y con revocación de la dictada en fecha 9 de octubre de 1987, por el Juzgado de 1^a Instancia nº 4 de Sevilla, debemos declarar y declaramos:

A) La nulidad de la escritura pública autorizada por el Notario de D. José de Rioja y Fernández de Mesa en Osuna (Sevilla) de fecha 7 de mayo de 1972, por la que se protocolizaron las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal y partición de herencia de la fallecida D^a Eugenia en los términos señalados en el fundamento de derecho noveno de esta sentencia, como asimismo la cancelación de las inscripciones de los bienes que figuren a nombre de los adjudicatarios de los mismos en dicha escritura y por ese título.

B) Que en la nueva partición que se hiciere se ha de cumplir lo ordenado en el art. 1398 del Código civil en cuanto a los bienes privativos de D^a Eugenia que se señalan en el motivo cuarto de este recurso, e incluirse como gananciales los aludidos en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia. Mientras se lleva a cabo se cumplirá lo que dispone en el fundamento de derecho noveno de la misma, penúltimo párrafo, librando los oportunos mandamientos que se interesen.

C) Que los bienes que se le adjudicaren a DON Jose Ramón en la nueva partición que se hiciere en pago de sus derechos hereditarios, excepto la cuota legal usufructuaria, tendrán la consideración de bienes reservables en favor de los hijos y descendientes de su matrimonio con la finada D^a Eugenia .

D) Que D. Jose Ramón está obligado a cumplir respecto a tales bienes reservables o asegurar con hipoteca los conceptos que expresa el art. 978 del mismo Código y en los términos prevenidos en la legislación hipotecaria.

Por último, debemos absolver y absolvemos a los demandados D. Jose Ramón y D^a Victoria de las demás peticiones de la demanda, sin imponer condena en costas a ninguna de las partes en la primera instancia, apelación y en este recurso de casación, y sin hacer declaración sobre el depósito al no haberse constituido.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Gullón Ballesteros, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.