

Roj: **STS 69/1982 - ECLI:ES:TS:1982:69**Id Cendoj: **28079110011982100069**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/06/1982**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOSE BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO**Tipo de Resolución: **Sentencia****Núm. 293.-Sentencia de 15 de junio de 1982.**

PROCEDIMIENTO: Infracción de ley.

RECURRENTE: Don Casimiro y otros.

FALLO: No ha lugar a recurso contra sentencia de la Audiencia de Bilbao, de 9 de julio de 1981 .

DOCTRINA: Partición hereditaria. Nulidad absoluta y relativa. Su distinción.

El Código Civil carece casi en absoluto de normas relativas a la nulidad de las particiones hereditarias, habiendo de respetarse el criterio de nuestro ordenamiento jurídico, muy restrictivo, en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones, como se deduce de los artículos 1.079 , 1.080 , 1.056 y 1.057 del Código Civil , en el sentido de no dar lugar a la invalidez sino cuando no haya más remedio, para evitar la vuelta de los bienes a la indivisión y los gastos, molestias e inconvenientes que acarrearía una nueva partición, añadiéndose además por la jurisprudencia de esta Sala, que cuando la partición tenga naturaleza de contrato habrá de serle aplicable el derecho común de los contratos, con la consiguiente distinción entre nulidad absoluta o radical y anulabilidad o nulidad relativa, rigiendo para la segunda lo establecido en los artículos 1.300 al 1.314 del Código sustantivo, con el prescriptivo plazo de cuatro años que, para la acción, establece el artículo 1.301.

En la villa de Madrid, a 15 de junio de 1982; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Bilbao, y en grado de apelación

ente la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, a instancia de los hermanos don Casimiro , doña Valentina , doña Estela , don Mauricio y don Luis María , representados por el Procurador don José María Barton Morales, bajo la dirección del Letrado don Cristóbal Rodríguez Salas, contra doña Sofía y don Juan Ignacio , bajo la dirección del Letrado señor Zabala, sobre nulidad de participación hereditaria y declaración del carácter privativo de determinados bienes; autos pendientes ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en virtud del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por don Casimiro , doña Valentina , doña Estela , don Mauricio y don Luis María , representados por el Procurador don Federico Bravo Nieves y defendidos por el Letrado don Cristóbal Rodríguez Salas, no habiendo comparecido la parte recurrida.

**RESULTANDO**

RESULTANDO que el Procurador don José María Bartau Morales, en representación de doña Valentina , don Casimiro , doña Estela , don Mauricio y don Luis María , formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Bilbao demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra doña Sofía y



don Abelardo , sobre nulidad de partición hereditaria y declaración del carácter privativo de determinados bienes, estableciendo en síntesis los siguientes hechos: Primero. Don Rodolfo constituye el 30 de septiembre de 1939 una sociedad de responsabilidad limitada bajo el anagrama "Anibi", participando con 20.000 pesetas en el capital de 50.000.- Segundo. En el año 1943 se amplió el capital a 160.000 pesetas.- Tercero. La madre de los actores, doña Mariana , falleció el 20 de agosto de 1946; sus cinco hijos y otro auto de 6 de febrero de 1947, nombró Defensor Judicial de los menores, quien con los demás llevó a cabo el inventario y avalúo de los bienes del matrimonio, dando el valor de 65.168 pesetas a la participación social y de 1.303 pesetas al ajuar de la cosa, adjudicándose el capital al cónyuge superstite para evitar su fraccionamiento, quedando en abonar el haber de los demás herederos, por importe de 31.758 pesetas, por quintas e iguales partes, siendo protocolizada la partición, previa su aprobación judicial, por auto de 25 de febrero de 1947.- Cuarto. Quinto. Don Rodolfo en ningún momento pagó a sus hijos y herederos de su esposa la cantidad que debía entregarles.- Sexto. Además, los cónyuges eran titulares del derecho arrendaticio del piso que ocupaban en la calle de DIRECCION000 , número NUM000 .- Séptimo. De una nueva ampliación del capital de "Anibi", en el año 1946, a 250.000 pesetas, quedando el padre de los actores con una participación de 95.000 pesetas.- Octavo. De modificación de los Estatutos de la sociedad limitada.- Noveno. El 17 de agosto de 1949 el citado padre contrajo segundo matrimonio con la demandada.- Diez. Otra ampliación de "Anibi".- Once. Otra ampliación, en virtud de la cual se incrementó la participación del nombrado.- Doce. La transformación de la sociedad limitada en anónima, con un capital de tres millones de pesetas, adjudicándose a don Carlos Antonio 145 acciones.- Trece. Otra ampliación.- Catorce. Nueva ampliación, en virtud de la cual figuró don Rodolfo como titular de 2.000 acciones.- Quince. En los últimos meses del año 1974, don Carlos Antonio resolvió el contrato de arrendamiento del hogar conyugal, percibiendo tres millones de pesetas de indemnización.- Dieciséis. Con esta cantidad compró un piso en el número NUM001 de la calle DIRECCION001 de Bilbao, por el precio de 4.500.000 pesetas de indemnización.- Dieciséis. Con esta cantidad compró un piso en el número NUM001 . En diciembre de 1977 regularizó su capital "Anibi", con lo que pasó a ser titular don Carlos Antonio de 3.400 acciones.- Dieciocho. Don Carlos Antonio falleció el 19 de febrero de 1978, instituyendo como heredera a su esposa, doña Sofía en el tercio de libre disposición, y en el remanente, a sus hijos habidos de los dos matrimonios, por sextas e iguales partes en los tercios de legítima y mejora.- Diecinueve. El albacea designado falleció el 4 de diciembre de 1978 sin cumplir el encargo.- Veinte. Además de la parte ganancial del piso, la sociedad de gananciales del segundo matrimonio de don Carlos Antonio es titular de una cartera de valores, cuyo valor se calcula en 3.500.000 pesetas, un saldo en cuenta corriente, también depositados en el Banco de Vizcaya, superior a las 250.000 pesetas, y una colección de cuadros pendiente de tasación.- Veintiuno. Justificando la necesidad del proceso y del intento de conciliación, termina con la súplica de que por sentencia se declare: Primero. La nulidad de pleno derecho de la partición otorgada por don Carlos Antonio y el defensor judicial de los entonces menores y hoy actores referente a los bienes dejados al fallecimiento de la madre de éste, doña Mariana .- Segundo. En consecuencia, la titularidad de los cinco actores sobre la plena propiedad del 15 por 100 de las acciones de la sociedad "Maquinaria Anibi, S. A.", que figuran a nombre de don Carlos Antonio al tiempo de su fallecimiento, con efecto a partir de su adquisición en función de las fechas del fallecimiento de doña Estela y don Carlos Antonio , detrayéndose dichas acciones del caudal hereditario de este último.- Tercero. Así también el derecho de los actores a ser reintegrados con cargo a la sociedad de gananciales del segundo matrimonio del 45,33 por 100 de los beneficios o dividendos recibidos de la nombrada sociedad hasta su fallecimiento por el padre de los actores durante los últimos quince años anteriores a la fecha de la conciliación, con la condena al reintegro de la naturaleza privativa de la indemnización de tres millones de pesetas percibidas en el año 1974 por la resolución del contrato de arrendamiento del piso NUM002 derecha del número NUM000 de la DIRECCION000 , de esta villa.- Quinto. El carácter privativo de una cuarta parte indivisa, equivalente a los dos tercios de la propiedad del piso sexto centro del número NUM001 de la DIRECCION001 de Bilbao.- Sexto. Y, finalmente, la naturaleza privativa del causante, don Carlos Antonio , de todas las acciones de la sociedad "Maquinaria Anibi, S. A.", y la titularidad que corresponda directamente a los cinco actores, sin perjuicio del derecho de la sociedad de gananciales del segundo matrimonio a reintegrarse del dinero invertido por ella en la suscripción de dichas acciones. Con imposición de costas.

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazados los demandados doña Sofía y don Abelardo , compareció en los autos en su representación el Procurador don José Valdivielso Sturup, que contestó a la demanda, oponiendo a la misma en síntesis: Primero. De conformidad.- Segundo. También se acepta.- Tercero. Para significar que las operaciones particionales de la difunta doña Mariana hay tres resoluciones judiciales firmes sobre un modesto patrimonio, habiendo intervenido los menores representados por su defensor judicial, lo que se aprobó judicialmente. Cuarto. Cierta las referencias a "Anibi" y la titularidad de las acciones.- Quinto. El difunto don Carlos Antonio realizó los pagos a sus hijos según estaba comprometido a ello por el documento particional.- Sexto. Cierta el arrendamiento. - Séptimo. De la titularidad registral de las acciones.- Octavo. Conforme.- Noveno. Cierta el segundo matrimonio, del que nació un hijo, llamado Abelardo , habiendo residido



el matrimonio en el hogar conyugal más de veinticinco años.-Décimo. Del capital ganancial.-Once. Conforme con las ampliaciones de la sociedad limitada.-Doce. Ser cierto que se transformó en sociedad anónima con ampliación del capital.-Trece. Conforme.-Catorce. Conforme.-Quince. El acuerdo para dejar la vivienda se llevó a cabo con la propiedad y previa la indemnización que se dice.-Dieciséis.-Cierta que en el año 1975 se adquirió el nuevo piso por el precio de 475.000 pesetas, según, consta en la escritura otorgada.-Diecisiete. Conforme.-Dieciocho. Se remite al contenido de la disposición testamentaria que se aporta de contrario.-Diecinueve. El albacea falleció después de confeccionar el cuaderno particional.-Veinte. Formulando reservas sobre el carácter ganancial de los bienes que enumera la parte en el correlativo.-Veintiuno. Rechazando cuantos hechos no se aceptan, termina con la súplica de que se desestimen todas las peticiones de la demanda, con costas.

RESULTANDO que habiéndose renunciado por la parte actora al trámite de réplica, no hubo lugar a la duplica.

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para, conclusiones, trámite que evacuaron en respectivos escritos, en j los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con lo que tenían interesado en los autos.

RESULTANDO que el señor Juez de Primera Instancia número 3 de los de Bilbao dictó sentencia con fecha 3 de septiembre de 1980 , cuyo fallo es como sigue: Que desestimando en" todas sus partes la demanda deducida por don Casimiro , doña Valentina , doña Estela , don Mauricio y don Luis María , contra doña Sofía y don Abelardo , debo declarar y declaro no haber lugar a las pretensiones deducidas en orden a la nulidad del pleno derecho de la partición impugnada, sus pronunciamientos? complementarios y declaración sobre naturaleza privativa o ganancial de determinados bienes, en el tema objeto de discusión, sin expresa imposición de costas. l

RESULTANDO que interpuesto recurso de apelación contra í la sentencia de Primera Instanciapor la representación de los? demandantes don Casimiro , doña Valentina , doña Estela , dom Mauricio y don Luis María , y tramitado el recurso con arreglo a Derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao dictó sentencia con fecha 9 de julio de 1981 , con la siguiente parte dispositiva: Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don José María Bartau Morales, en nombre y representación de doña Valentina , don Casimiro doña Estela , don Mauricio y don Luis María , ya circunstanciados, frente a doña Sofía y don Abelardo , representados en esta alzada por el Procurador don José Valdivielso Sturup, y contra la sentencia dictada por el ilustrísimo señor Magistrado-Juez de Primera Instancia número 3 de Bilbao, y a la que el presente rollo se contrae, debemos confirmar y confirmamos íntegramente expresada resolución, todo ello sin hacer expresa condena en las costas procesales en esta alzada a ninguna de las partes.

RESULTANDO que el 9 de septiembre de 1981 el Procurador don Federico Bravo Nieves, en representación de don Casimiro , doña Valentina , doña Estela , don Mauricio y don Luis María , ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, con apoyo en los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de ley o de doctrina legal, por el concepto de violación por inaplicación de la doctrina legal que se desprende, entre otras, de las sentencias de 11 de diciembre de 1916, 31 de mayo de 1957, 5 de julio de 1957 y 20 de noviembre de 1963, que sientan en nuestro Derecho el principio prohibitivo de que fuera de los casos de caducidad, pueda declararse de oficio, sin previo planteamiento expreso de la excepción correspondiente, la extinción de una acción por el transcurso del tiempo, al confirmar la sentencia recurrida la desestimación de la acción de nulidad de pleno derecho de la partición, por entender que el cumplimiento de los requisitos meramente formales da a los actos particionales una fuerza formal que impide que al cabo de treinta años puedan ser atacados y declarados nulos, sin que los demandados opusieran la correspondiente excepción. La sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, apoya su fallo confirmatorio de la desestimación de la acción de nulidad de pleno derecho planteada por los actores, como uno de sus pilares esenciales, en el tercero de sus Considerandos, en el que tras afirmar que en la partición efectuada por fallecimiento de la madre de los actores, formalmente se cumplieron los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico: declaración judicial de herederos "abintestato", designación de defensor judicial de los cinco hijos de la causante, todos ellos menores de edad; intervención en las operaciones particionales de dicho defensor y aprobación total de éstas por el Juzgado, llega a la conclusión de que "todo lo cual viene a originar unos efectos jurídicos que, si bien en modo alguno pueden causar cosa juzgada material, pues se refieren a actos de la jurisdicción voluntaria, sí que dan una fuerza formal que al cabo de treinta años no pueden ser atacados y declarados nulos, por cuanto ello llegaría a producir una inseguridad jurídica, máxime cuando, como ya hemos dicho, se observaron todos los requisitos formales". Tal afirmación olvida el dato fundamental de que la parte demandada, ni en el escrito



de contestación ni en el de conclusiones, ni en ningún otro momento procesalmente hábil para ello, opuso la excepción de prescripción ni de ninguna otra causa extintiva, por el transcurso del tiempo, de la acción que se ejercitaba. En nuestro ordenamiento jurídico son únicamente dos las causas de extinción de las acciones, la caducidad y la prescripción extintiva, que la doctrina científica y la de este Alto Tribunal se han cuidado en separar, habida cuenta su diferente juego jurídico. El que nos hallamos fuera de cualquier supuesto de caducidad es evidente. Ni la acción ejercitada, ni los derechos hereditarios que la fundamentan, están sujetos a término alguno de caducidad para su ejercicio, lo que elimina toda posibilidad legal de estimarlo extinguidos de oficio, por el transcurso del tiempo. Y al no poder entrar en juego la caducidad, en el supuesto presente, resulta también evidente que está aplicando "de oficio" una prescripción extintiva, al declarar el transcurso de treinta años como obstáculo que impide jurídicamente que puedan ser atacadas y declaradas nulas unas operaciones particionales. Pues bien, esa aplicación de oficio de una prescripción de una acción sin haberse opuesto la correspondiente excepción, constituye una flagrante violación de la doctrina legal que la prohíbe, recogida en varias sentencias del Tribunal Supremo. En otro caso, de no estimarse que la sentencia está aplicando de oficio la prescripción de la acción, la violación que acusamos aún sería más flagrante, por aplicar, como causa extintiva de una acción, una que ni siquiera aparece tipificada dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La indiscutible violación de la doctrina legal contenida en las sentencias invocadas, en que incurre la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, al dejar de aplicarla, hace que deba casarse por el presente motivo.

Segundo motivo de casación. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley y de doctrina legal, por el concepto de violación, por no aplicación de la doctrina legal contenida, entre otras, en las sentencias de 25 de octubre de 1958, 17 de febrero de 1966 y 14 de marzo de 1974, que consagran, cuando la nulidad de pleno derecho o inexistencia se trata, la aplicación en nuestro Derecho del clásico principio romano "quod ad initio nullum est, non potest tractu temporis convallescere", en relación con el artículo 1.101 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al confirmar la sentencia recurrida la desestimación de la nulidad de pleno derecho de la partición de los bienes de la madre de los actores, por entender que el cumplimiento de los requisitos formales, que culminaron con la aprobación judicial de los actos particionales, les da una fuerza formal que impide que al cabo de treinta años puedan ser atacados y declarados nulos. La sentencia recurrida, impide que pueda acusarse la nulidad de la misma y declararse nulos los actos particionales, incurre en el olvido de la doctrina legal de esta Sala, que declara la aplicabilidad, en materia de nulidad de particiones, de los principios generales del Derecho, sobre nulidad de los negocios jurídicos y, consiguientemente, viola por inaplicación la que establece reiteradamente que cuando de inexistencia o nulidad radical absoluta o de pleno derecho se trata, se aplica el clásico principio romano "quod ad initio; nullum est, non potest tractu temporis convallescere", sin que pueda suponer ningún obstáculo para la aplicación de tal doctrina el mero cumplimiento de requisitos puramente formales o cautelares, como lo es la aprobación judicial de la partición. Pues bien, al resultar claramente especificado en el suplico de la demanda que la primera de las acciones que ejercitaban los actores era la de nulidad de pleno derecho de la partición otorgada por fallecimiento de su madre, la Sala de Instancia no podía desconocer la doctrina legal de esta Sala sobre imprescriptibilidad de las acciones en los supuestos de inexistencia o nulidad absoluta, radical o de pleno derecho, de los negocios jurídicos. Resulta evidente, por tanto, que la sentencia recurrida está violando abiertamente la inoperancia del transcurso del tiempo al respecto. El simple cumplimiento de los requisitos formales, exigidos legalmente para la validez de las particiones en que están interesados menores, no puede constituir obstáculo alguno para el ejercicio de la acción de nulidad, a tenor del artículo 1.051 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se cuida de dejar a salvo los derechos que a los menores conceden las leyes. Estimamos que la mención del artículo 1.051 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dentro del presente recurso de casación es oportuna, no sólo por tratarse de una norma cuya naturaleza tiene mucho más de sustantiva que de procesal, sino también porque viola la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En todo caso, la flagrante violación de la doctrina legal contenida en las sentencias invocadas, en que incurre la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, al dejar de aplicarla, hace que deba ser casada también por este segundo motivo.

Tercer motivo de casación. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley y de doctrina legal, por el concepto de violación por inaplicación del artículo 121 del Código de Comercio, en relación con los pactos sexto y undécimo de los Estatutos de la sociedad "Máquinas y accesorios. Limitada", anagrama "Anivi", establecidos en escritura otorgada el 10 de febrero de 1943 e inscritos en el Registro Mercantil de Vizcaya el 3 de noviembre del mismo año, siendo la cuarta de las inscripciones de la registral número 4.623, vigentes al tiempo del fallecimiento de doña Mariana y del otorgamiento de las operaciones particionales, de su sociedad de gananciales disuelta y de sus bienes hereditarios, al denegar la sentencia recurrida la acción de nulidad de la partición, dando carácter indivisible a la partición social que constituía en la práctica el único bien inventariado, prescindiendo de lo establecido en los pactos sociales estatutarios. La sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, afirma que, a los efectos de la pretendida nulidad de partición, no puede prosperar la pretensión de los actores, porque las participaciones



de la sociedad creada en 1939, "Máquinas y Accesorios, Limitada (Anivi)", lo eran de carácter indivisible, pero sin que para llegar a esa conclusión apoyase para nada en los Estatutos de la sociedad. Todos los argumentos que utiliza son completamente ajenos a lo que establecen los pactos sociales, entonces vigentes. Es innegable que, tratándose de la participación en una sociedad constituida en 1939, de la liquidación de una sociedad de gananciales disuelta en agosto de 1944, en que fallece la esposa del titular registral, y que se lleva a efecto en febrero de 1947, las normas jurídicas aplicables a la sociedad de responsabilidad limitada en cuestión son únicamente las vigentes con anterioridad a la ley especial reguladora de las mismas. Con anterioridad a ésta, nuestro ordenamiento jurídico admitía como sociedad mercantil las de responsabilidad limitada a través de los términos amplios del artículo 122 del Código de Comercio y la mención expresa del artículo 108 del Reglamento de Registro Mercantil de 1919, pero sin regularla con unas características preestablecidas, por lo que en cada sociedad de este tipo, en particular, eran fundamentales los pactos contenidos en sus estatutos o escritura e inscritos en el Registro Mercantil, al no existir una configuración unitaria de las mismas. Pero es que, además, la ineludible necesidad de acudir, ante todo, a lo que determinen los pactos sociales, en todo tipo de sociedad mercantil viene establecida legalmente por el artículo 121 del Código de Comercio. Por tanto, es evidente que la Sala sentenciadora, para llegar a la conclusión de si las participaciones de los socios de "Máquinas y Accesorios, Limitada (Anivi)", eran divisibles o no, estaba legalmente obligada a acudir, en primer lugar a lo que el contrato social, vigente en aquella época, establecía, máxime cuando figuraba en autos en forma indubitada, mediante certificación registral auténtica que contiene la historia íntegra de la sociedad en cuestión. Al prescindir de los Estatutos sociales, la sentencia impugnada violó por inaplicación esta norma legal. Pues bien, el pacto sexto de los Estatutos vigentes al tiempo del fallecimiento de la madre de los actores y de la liquidación de su sociedad de gananciales disuelta, configura el capital de la sociedad por el sistema de cuota única por socio, de posible valor desigual. De los dos sistemas de configurar una sociedad de responsabilidad limitada, en la práctica jurídica anterior a la ley de 1953 el de la cuota única por socio, de posible valor desigual, y el de pluralidad de cuotas por socio, de pequeño valor e iguales, "Máquinas y Accesorios, Limitada (Anivi)", se configuró estatutariamente de conformidad con el primero, que en aquella época, como nos dice Sola Cañizares, era lo que se ajustaba más a la noción tradicional de la limitada española, que es de carácter más personalista que capitalista, a la terminología jurisprudencial y a la práctica notarial. Y al contrario de lo que la sentencia impugnada deduce, en el régimen de cuota el principio típico que se acusa en el Derecho comparado es que las partes de los socios sean divisibles, solución necesaria para facilitar la transmisión de una fracción de una cuota que puede ser de cuantía importante. Cuando hay cuotas de valor reducido y se atribuyen varias a cada socio, la divisibilidad no es necesaria, y, por otra parte, podría entorpecer la marcha de la sociedad, aumentando innecesariamente el número de socios. De ahí que en el régimen anterior a la ley, cuando nada se haya pactado, lo lógico sea interpretar la divisibilidad en el caso de cuota única y la indivisibilidad en el caso de pluralidad de partes. De todas formas, por lo que afecta a la sociedad "Anivi", del propio pacto sexto estatutario se desprende claramente la divisibilidad de la cuota única de cada socio. La autorización concedida de antemano al señor Ángel Jesús sólo cabe en el supuesto de una participación configurada estatutariamente como esencialmente divisible, por lo menos entre los hijos del socio. La norma anterior se complementa, para las transmisiones "mortis causa", con el pacto undécimo de los Estatutos de la sociedad. La previsión de que la partición social se distribuya entre varios herederos, impide también estimar su indivisibilidad en el supuesto de transmisión "mortis causa". El que, a efectos del funcionamiento de la sociedad, el conjunto de herederos tuviera que designar una sola persona que los represente, es una prueba más de su esencial divisibilidad, ya que de no darse ésta, no podría actuar "en representación" de los demás titulares, sino que tendría que actuar como único titular de la participación social. Por otra parte, que el carácter esencialmente divisible de las participaciones sociales, estaba en la mente de los otorgantes de las operaciones particionales de los bienes de doña Mariana, aparece no sólo claramente del hecho de que ya con anterioridad al fallecimiento de ésta, se distribuyese por herencia del socio don Ángel Jesús su participación de 65.000 pesetas entre sus seis hijos, adjudicándose cada uno una participación de 10.833 pesetas, 33 céntimos, sino también de los propios términos de las operaciones particionales. No cabría hablar de evitar un fraccionamiento, una división, si ésta no fuera legal y materialmente posible, por ser la partición esencialmente divisible. Lo imposible de realizar no es necesario evitarlo. En conclusión, la consecuencia a que nos lleva la olvidada aplicabilidad de las normas estatutarias de la sociedad "Anivi", vigentes en aquel momento, es al carácter esencial e innegablemente divisible que revestía la participación de cada socio, que al ser absolutamente contraria a la deducida por la sentencia impugnada, pone de relieve la manifiesta violación en que ésta incurre, por inaplicación del artículo 121 del Código de Comercio, en relación con los pactos sexto y undécimo de los Estatutos sociales de "Máquinas y Accesorios, Limitada", vigentes al tiempo del fallecimiento de doña Mariana y de la partición de sus bienes, de obligada aplicación, según nuestro ordenamiento jurídico, y hace que también por este motivo deba ser anulada la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao.



Cuarto motivo de casación. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de ley y de doctrina legal, por el concepto de aplicación indebida del artículo 143 del Código de Comercio , del artículo 1.º de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 , en relación con la disposición transitoria primera de la misma ley , y del artículo 1.062, párrafo primero, del Código Civil , al confirmar la sentencia recurrida el fallo desestimatorio de la pretensión de los actores de nulidad de la partición de los bienes de su madre, fundándose en el carácter indivisible, que atribuye a una, participación en una sociedad de responsabilidad limitada, en fecha muy anterior a la ley especial reguladora de las mismas. La aplicación indebida de los preceptos a que hace referencia el Considerando quinto es consecuencia lógica del motivo precedente. Si para resolver el problema jurídico de la divisibilidad o indivisibilidad de las participaciones sociales era de obligada aplicación el artículo 121 del Código de Comercio , que nos remitía a los estatutos o pactos sociales, y éstos dejaban resuelta la cuestión, el seguimiento de cualquier otro camino fuera, del legalmente obligado lleva consigo necesariamente la infracción del ordenamiento jurídico, por aplicación indebida de cualquier otro precepto legal en que pretenda apoyarse. Pero es que además, aun aceptando la premisa de que parte la sentencia recurrida de que a las sociedades de responsabilidad limitada anteriores a la ley reguladora de las mismas, les era de aplicación: las normas de las colectivas, lo que es indudable es que, al tratarse de una liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia por fallecimiento de uno de los cotitulares gananciales de la participación social, el problema es claramente de transmisión "mortis causa" y no de transmisibilidad "intervivos" . que es el supuesto de hecho que contempla el artículo 143 del Código de Comercio , por lo que resulta indudable que la sentencia está haciendo una indebida aplicación del expresado artículo 143 del Código de Comercio , cuyo juego es totalmente ajeno al caso debatido en el litigio. Por otra parte, al tratarse de una partición por un fallecimiento ocurrido en agosto de 1944 y efectuada en febrero de 1947, resulta también evidente la inaplicabilidad al caso del artículo primero de una ley que lleva fecha de 17 de julio de 1953, nueve y seis años posterior, respectivamente, a aquellas fechas. Aquí, el acto o contrato que se impugna por oís actores se otorgaron y ejecutaron seis años antes de la publicación de la ley, por lo que resulta evidente que la sentencia recurrida no podía legalmente apoyarse en el artículo primero de la misma para considerar indivisibles las participaciones de los socios en la sociedad "Máquinas y Accesorios, Limitada", y que al hacerlo está incurriendo en una aplicación indebida de dicho precepto legal . Finalmente, si la aplicación obligada de los Estatutos sociales nos lleva a la necesaria consideración de la esencial divisibilidad de las participaciones de los socios en la sociedad "Anivi", y como acabamos de analizar en éste, ni el artículo 143 del Código de Comercio , ni el artículo primero de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , relacionado con la disposición transitoria primera de la misma ley , son aplicables al caso ni alternativa ni conjuntamente, resulta innegable que, al fundar su fallo confirmatorio del desestimatorio de la acción de nulidad de pleno derecho de la partición, en una supuesta indivisibilidad, jurídicamente inexistente, está incurriendo la sentencia recurrida en una aplicación indebida del artículo 1.062, párrafo primero, del Código Civil . Siendo, por tanto, incuestionable la indebida aplicación que la sentencia está haciendo de los artículos 143 del Código de Comercio , primero de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 y párrafo primero del artículo 1.062 del Código Civil , procede la anulación de la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, también por el presente motivo.

Quinto motivo de casación. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de ley y de doctrina legal, por el concepto de interpretación errónea del artículo 838 del Código Civil , en su redacción anterior a la ley de 24 de abril de 1958 (hoy 839), al afirmar la sentencia recurrida que la partición de los bienes de la madre de los actores adoptó la modalidad de otorgar al cónyuge supérstite un capital en efectivo en pago de su cuota usufructuaría, dando así al concepto de "capital en efectivo" una interpretación extensiva, comprendiendo la entrega de bienes "in natura" en propiedad, que no autoriza los términos del precepto, de conformidad con el criterio sentado por esta Sala en sentencia de 28 de junio de 1962 . Demostrada jurídicamente la divisibilidad de la participación social ganancial de don Carlos Antonio y doña Mariana , en la sociedad "Anivi", al tiempo del fallecimiento de la madre de los actores, no ofrece duda que el caudal hereditario de la causante estaba constituido por su mitad de gananciales, consistente en el 50 por 100 de los bienes inventariados, que por ministerio de la ley pertenecía, por partes iguales, a los cinco hijos del matrimonio, únicos herederos abintestato de la misma, judicialmente declarados tales, sin perjuicio de la cuota viudal que "en usufructo" correspondía legalmente al viudo. Pues bien, resulta evidente que al adjudicarse íntegros todos los bienes inventariados y, por lo mismo, el total caudal hereditario, al viudo, en propiedad, con obligación de pagar su haber a los herederos en dinero extrahereditario, la cuota usufructuaria se le pagó mediante la entrega de bienes hereditarios "in natura" en propiedad, y al decir la sentencia en su Considerando segundo, como hecho probado, que la partición "adoptó la modalidad de otorgar al cónyuge supérstite un capital en efectivo en pago de su cuota usufructuaria", y en el sexto, que "tales operaciones se han llevado a efecto con arreglo a la ley", es innegable que está haciendo una interpretación extensiva del concepto de "capital en efectivo" contenido en el antiguo artículo 838 (hoy 839) del Código Civil , incluyendo



dentro del mismo la adjudicación de bienes hereditarios no dinerarios en propiedad. Sin embargo, el criterio de esta Sala, manifestado con toda claridad en la sentencia de 28 de junio de 1962, es totalmente opuesto a esa interpretación extensiva, que rechaza expresamente. Por consiguiente, al estimar la sentencia impugnada en el presente recurso, como forma de conmutación válida del usufructo del viudo, la adjudicación en propiedad de bienes hereditarios "in natura", entendiéndola como una modalidad de la asignación de un "capital en efectivo", según la expresión utilizada por el artículo 838 (hoy 839) del Código Civil, haciendo una interpretación extensiva de dicha expresión, que la sentencia de 28 de junio de 1962 no autoriza, es innegable que está incurriendo en una errónea interpretación de dicho precepto legal, al aplicarlo, lo que hace que también por este motivo deba casarse la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao.

Sexto motivo de casación. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley y de doctrina legal, por el concepto de violación por no aplicación de los artículos 1.255 y 1.259 del Código Civil, en relación con el antiguo artículo 4.º (hoy apartado tercero del artículo 6.º del mismo), y con los artículos 659, 660, 661, 806 y concordantes del Código Civil, así como de la jurisprudencia que los interpreta, y con el artículo 838 (hoy 839) y 1.058 del propio Cuerpo legal, al confirmar la sentencia recurrida el fallo desestimatorio de la acción de nulidad de pleno derecho de la partición de los bienes de la madre de los actores, afirmando que las operaciones particionales se han llevado a efecto con arreglo a la Ley y, en consecuencia, declarando válido un pacto entre el cónyuge viudo y el defensor judicial de los menores, para el que éste no se hallaba legalmente facultado. En toda sucesión intestada los herederos lo son a título universal, sucediendo al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, esto es, en su herencia, que comprende "todos los bienes, derechos y obligaciones" del mismo que no se extingan por su muerte. Y si, como en el caso presente, los herederos abintestato son legitimarios, descendientes legítimos del causante, de conformidad con el artículo 806 y concordantes del Código Civil y la doctrina legal que lo interpreta, la porción de bienes que integra la legítima, partiendo de la base de que la legítima es de "orden público", del que no puede disponer el testador por venir impuesta por la Ley, ni hacer recaer sobre ella gravamen ni limitación alguna, "ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio sobre los bienes y derechos que la integran", ya que en nuestro ordenamiento jurídico es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, por lo que los legitimarios "son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios", salvo en hipótesis excepcionales que no se dan en el caso de autos. Tampoco en el presente caso se da ninguno de los supuestos excepcionales que el Código admite de posibilidad de pago de la legítima con dinero extrahereditario, cayendo fuera de los artículos 838 (hoy 839) y 840, por tratarse de herederos descendientes legítimos de la causante, y del 829 y párrafo segundo del 1.056, por ser la sucesión intentada y tratarse de facultad reservada por la Ley al testador. Pero es que, además, como pone de relieve la doctrina científica, la intangibilidad y propia naturaleza de las legítimas impide que ni el propio testador pueda sustituir en favor del cónyuge viudo el pago de la legítima de los descendientes legítimos en bienes de la herencia por dinero extrahereditario. Si a ello añadimos que la adjudicación al viudo en propiedad de bienes hereditarios "in natura" es una forma de pago de su cuota usufructuaria no autorizada por el artículo 838 (hoy 839) del Código Civil, llegamos necesariamente a la conclusión de que el pacto otorgado en las operaciones particionales, constituye la más fragranté violación que puede darse de los expresados preceptos legales y jurisprudencia que los interpreta. Tal pacto supone uno de los actos más abiertamente "contra legem" que cabe concebir, entrando de lleno en la prohibición del artículo 1.255, por ser contrario a la ley y al orden público sucesorio, lo que lleva consigo su nulidad radical o de pleno derecho, de conformidad con el párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil, y cuya esencia ha pasado al actual párrafo tercero del artículo 6.º del mismo, que declara la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas. Nulidad que necesariamente afecta a una disposición de esa índole aunque fuera ordenada por el propio causante o realizada por un contador partidario designado por éste, ya que, cuando de descendientes legítimos del causante se trata -fuera de los casos excepcionales que el Código contempla-, sólo los herederos mayores de edad podrían realizar, de conformidad con el artículo 1.058 del Código Civil, un acto de tal naturaleza, que viene a implicar una enajenación de la titularidad dominical de sus bienes hereditarios. Pero es que en el caso presente ni siquiera se trata de la voluntad de un causante ni del acto llevado a cabo por un contador-partidario o comisario designado por éste, sin del acuerdo; adoptado por un defensor judicial de unos menores de edad, cuyo mandato legal se le otorga para unos actos concretos y determinados, de índole puramente particional y no de enajenación. A este respecto, el criterio sustentado por la trascendental sentencia de 28 de junio de 1962 resulta de indudable aplicación al caso presente. Si la anterior sentencia no reconoce al defensor judicial facultades para conmutar, con parte de los bienes hereditarios, la cuota usufructuaria del cónyuge supérstite, con mayor motivo ha de aplicarse idéntica solución y estimar fuera de las facultades el defensor judicial el pacto de sustituiran perjuicio de los herederos menores, todos los bienes de la herencia por una simple cifra, pagadera en dinero extrahereditario. Necesariamente hemos de entender que no cabe la más ligera discusión aquí acerca de si tal acto constituye un acto de "enajenación" o de "partición", o si está reservado por la Ley exclusivamente a los herederos mayores de edad, ya que no es posible concebir jurídicamente un mandato



legal, como el del defensor judicial de menores, que pueda autorizarle a realizar. actos abiertamente "contra legem", atentatorios de normas imperativas y de orden público, como lo son las referentes a la sucesión intestada y a la legítimas. Resulta evidente, en consecuencia, que la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao recurrida, al confirmar el fallo de la del Juzgado número 3 de Primera Instancia de dicha ciudad, está violando por inaplicación los artículos 1.255 y 1.259 del Código Civil, especialmente el párrafo segundo de este último, en relación con el antiguo artículo 4.º del mismo Código y con los artículos 659, 660, 661, 801 y concordantes, jurisprudencia que j los interpreta, antiguo artículo 838 (hoy 839) y 1.058 del propio Cuerpo legal, debiendo, por tanto, ser casada la sentencia por r este motivo.

Séptimo motivo de casación. "Ad cautelam" de los anteriores. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley y de doctrina legal, por el concepto de violación por inaplicación de la doctrina legal que sienta el principio general del Derecho de que nadie puede enriquecerse injustamente o sin causa en perjuicio de otro, proclamado por esta Sala, así como también por el, mismo concepto, por inaplicación del párrafo cuarto del artículo 6.º del Código Civil, en relación con los artículos 968 y siguientes del mismo, reguladores de la institución de la reserva ordinaria, al confirmar la sentencia impugnada el fallo denegatorio de la acción de petición de herencia, con sus productos e intereses, ejercitada en los pedimentos segundo y tercero de la demanda, permitiendo un enriquecimiento injusto, carente de causa jurídica que lo legitime, cuyo resultado es que los bienes procedentes de la madre de los hijos de un primer matrimonio, por cuya adquisición nada se paga a éstos, pasen al cónyuge e hijo de un segundo matrimonio, sin reservarse a los descendientes del primero. Este motivo ha de articularse necesariamente. "ad cautelam" de los anteriores, porque ha de partir de un supuesto al que sólo cabe llegar tras su desestimación: el de la validez jurídica inicial del pacto sustitutorio de los bienes herenciales por dinero extrahereditario al tiempo de otorgarse la partición entre el viudo y el defensor judicial de los menores. Supone aceptar la afirmación de la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao de "que tales operaciones se llevaron a efecto con arreglo a la Ley". Pues bien, aun partiendo de ese supuesto, entendemos que la sentencia debería ser casada, por hacer caso omiso de las consecuencias jurídicas que, necesariamente, por imponerlas nuestro ordenamiento jurídico, se derivan tanto del hecho del segundo matrimonio, como del incumplimiento por el viudo del pago a los herederos, con violación manifiesta por inaplicación de los preceptos legales que invocamos en el enunciado de este motivo: Primero. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que para poder dar validez a un pacto no autorizado legalmente, o por acuerdo de los herederos respecto del viudo o hijos naturales, necesariamente habría que ampararlo en una "causa jurídica", legalmente válida, sin la cual faltaría uno de los requisitos esenciales del artículo 1.261 del Código Civil. Es evidente que el motivo aducido en la partición de "evitar el fraccionamiento" de la participación social carece de la mínima entidad para justificar un pacto dispositivo de tal naturaleza entre el viudo y el defensor judicial de sus hijos. Sólo cabría privar a los herederos de sus bienes hereditarios, por una causa que redunde en beneficio de los propios herederos, ya que, en otro caso, repugnaría al más elemental sentido de justicia, por entrar en el terreno de lo absurdo y de un manifiesto fraude de ley". Dicha causa no puede ser otra diferencia del "interés de la familia", de la que los herederos desposeídos de sus bienes formaban, parte sustancial, y que se menciona expresamente en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.056 del mismo Código. Cualquier otra causa sería ilícita por oponerse a las leyes o a la moral. En el caso que nos ocupa, tal causa no sólo no aparece claramente de la partición, sino que además, de haber existido, únicamente pudo tener vigencia en tanto subsistieron las condiciones familiares que determinaron el pacto. En el instante en que éste contrajo segundo matrimonio, desapareció toda posible causa legitimadora del pacto y, consiguientemente, de la atribución de bienes efectuada, dando lugar a un enriquecimiento injusto o sin causa, por concurrir en el mismo todos, los requisitos que la jurisprudencia de esta Sala exige para la entrada en juego del principio general del derecho que invocamos. Siendo evidente el enriquecimiento del viudo no heredero y el conexo empobrecimiento de los herederos, así como la inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento injusto, la inexistencia de la causa devino con la celebración del segundo matrimonio del viudo, que hizo desaparecer cualquier posible "interés familiar", por lo que era de aplicación la doctrina legal que invocamos, y que la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao debió tener en cuenta.-Segundo. En segundo lugar, si al hecho del segundo matrimonio del viudo, unimos el de haber fallecido éste sin efectuar a los hijos del primer matrimonio pago alguno por el concepto de herencia de su madre, nos encontramos que la Sala de Instancia está consagrando el enriquecimiento sin causa por parte del viudo, un verdadero fraude de Ley, de los que entran de lleno en el supuesto del párrafo cuarto del artículo 6.º del Código Civil, admitiendo como legítimo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, contrario a éste, al aceptar que se desvíen los bienes procedentes de la primera esposa de su destino legal natural, pasando a participar de la titularidad de los mismos el hijo y el cónyuge del segundo matrimonio, que ninguna relación guardan con aquélla, con burla absoluta de la institución de la reserva viudal, máxime cuando un pacto de esa índole no puede implicar en ningún caso una transmisión onerosa propiamente dicha, sino todo lo más una disposición modal, cuyo carácter absolutamente lucrativo, en caso de incumplimiento de la carga impuesta al adjudicatario de los bienes, no ofrece duda. Y, en todo





caso, ¿es que cabe mayor gratuidad que apropiarse de la totalidad de la herencia sin abonar ni un solo céntimo a los herederos en pago de su haber?. Todas las razones que jurídicamente fundamentan la existencia y permanencia en nuestro ordenamiento jurídico de los artículos 968 y siguientes del Código Civil, ponen de relieve la existencia de ese "fraude de Ley" del párrafo cuarto del artículo 6.º del mismo Código, cuya aplicación impondría al padre, además de la obligación de reservar a los hijos del primer matrimonio la parte recibida en pago de su cuota viudal, la de reintegrarles, con todas sus consecuencias, el resto del caudal hereditario de su madre, por tratarse de bienes adquiridos a título gratuito de su difunto consorte, o más propiamente de los mismos hijos de su primer matrimonio, de conformidad con los artículos 968 y siguientes del Código Civil.- Tercero. En conclusión y resumen, aunque pudiera entenderse justificada legalmente la partición al tiempo de su otorgamiento, es innegable que la sentencia de la Sala de Instancia, en lugar de confirmar la del Juzgado número 3 de Bilbao, debió declarar ineficaz y sin efecto alguno la partición, con todas sus consecuencias, tanto por haber desaparecido toda posible causa legitimadora de la misma, como consecuencia del segundo matrimonio del viudo, siéndole de aplicación el principio general del Derecho, consagrado por la doctrina legal de esta Sala, contenida en las sentencias relacionadas en el enunciado. Al no hacerlo así, la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, violó por inaplicación la doctrina legal y los preceptos invocados, por lo que entendemos que, aun en el supuesto de desestimarse los motivos anteriores, debe casarse la sentencia recurrida por el presente motivo.

Octavo motivo de casación. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley y de doctrina legal por el concepto de violación por no aplicación del párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil, en relación con el artículo 97 del propio Código, especialmente de su párrafo segundo, al confirmar la sentencia impugnada el fallo denegatorio de la acción de petición de herencia, con sus productos e intereses, ejercitada en los pedimentos segundo y tercero de la demanda, dejando de dar el valor jurídico que le corresponde al hecho, declarado por la propia sentencia recurrida, de no haberse cumplido por el viudo adjudicatario de todos los bienes de su primera esposa la carga impuesta al mismo del pago en metálico a sus hijos del valor de su herencia. La sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, al dar validez a un pacto atípico, se olvidó de la verdadera naturaleza jurídica del acto dispositivo que implicaba tal pacto y de las consecuencias que llevaba consigo el impago o incumplimiento de la carga impuesta al viudo y asumida por éste. A este respecto, la doctrina científica es unánime en considerar que la obligación de pago en metálico se escapa del campo de las meras obligaciones personales o contractuales, por ser sustitutorio de la cuota reservada por la Ley como legítima, y no poder convertirse a los legitimarios en simples acreedores de los herederos o heredero por pugnar con el principio general formulado por el artículo 806 del Código Civil. Al no hacerlo así la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, está violando por inaplicación el párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil, en relación con el párrafo segundo del artículo 797 del propio Código, por lo que resulta obligado casarla también por el presente motivo.

Noveno motivo de casación. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley y de doctrina legal, por el concepto de 4º del Código Civil, en relación con los artículos 41 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y 24 de la de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, y doctrina legal establecida en varias sentencias de esta Sala, así como el número tercero del artículo 1.396 del Código Civil y con el nuevo artículo 1.352 del propio Código, introducido por la ley 11/1981, de 13 de mayo, al afirmar que tanto la emisión de nuevas acciones como la ampliación de capital social no puede tener otro concepto jurídico que el de frutos, utilidades o beneficios, y desestimar la acción declarativa del carácter privativo de don Carlos Antonio, de las participaciones sociales y acciones suscritas por él mismo, en las sucesivas ampliaciones del capital de la sociedad, actualmente denominada "Maquinaria Anivi, S. A.", posteriores a su segundo matrimonio. La sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao niega carácter privativo del padre de los actores a todas las nuevas participaciones sociales y acciones, adquiridas por éste mediante el ejercicio del derecho de suscripción preferente, dentro de los límites estatutarios y legales, en las sucesivas ampliaciones de capital de la sociedad "Anivi", al confirmar el fallo desestimatorio de la acción ejercitada al respecto, en el sexto de los pedimentos de la demanda. Precisamente si existe algo que no ofrece duda en nuestra legislación y jurisprudencia vigentes es que las nuevas acciones o participaciones sociales, suscritas en ejercicio del derecho de suscripción preferente, en las ampliaciones de capital, no pueden tener el carácter de frutos, utilidades o beneficios de las antiguas, desde el momento en que el derecho de suscripción preferente se atribuye legalmente al titular nudo propietario y no al usufructuario de acciones o participaciones sociales. Las disposiciones de los artículos 41 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y 24 de la de Sociedades de Responsabilidad Limitada no dejan resquicio a la duda, en cuanto de los derechos esenciales, inherentes a la cualidad de socio, sólo conceden al usufructuario el de percibir el dividendo. El de suscribir nuevas acciones o participaciones sociales lo atribuyen al nudo propietario, dejando sin la menor validez toda la jurisprudencia anterior a la sentencia de 23 de enero de 1974, al recoger y dar estado legal al criterio establecido por la misma. La similitud de posición de la sociedad de gananciales y el usufructuario de acciones o participaciones sociales, cuando éstas son privativas del



titular, muestran la identidad de razón que obliga a la aplicación del principio de analogía, consagrado en el apartado primero del artículo 4.º del Código Civil . por tanto, el derecho de suscripción preferente, derivado de acciones o participaciones sociales privativas, es necesariamente de naturaleza privativa, correspondiendo su ejercicio al cónyuge titular, como tal derecho privativo, y no a la sociedad de gananciales. Y es que los derechos que surgen de la titularidad de los bienes o las facultades que surgen de la titularidad de los derechos, han de tener la misma naturaleza de esos bienes o derechos, de los que no se pueden considerar frutos, sino manifestaciones. De ahí que el derecho de suscripción preferente, como derivado de la cualidad de socio, haya de tener la misma naturaleza privativa o ganancial que dicha condición. Razón jurídica que viene a ser concordante con la razón económicas de que toda ampliación de capital es algo que destruye, que perjudica normalmente la sustancia de las acciones o participaciones sociales anteriores, y el derecho de suscripción preferente viene a ser el equivalente de ese perjuicio que, para compensarlo, se le da al accionista o partícipe y que, en todo caso, tiene un valor económico. De ahí que en los supuestos de enajenación de ese derecho, nadie haya discutido que el dinero obtenido siga, por el principio de subrogación real del número tercero del artículo 1.396 del Código Civil , la condición privativa o ganancial del derecho enajenado. Si a ello añadimos que el criterio de la sentencia de 23 de enero de 1947, se ratifica por esta Sala en su sentencia de 24 de noviembre de 1960 , es indudable que la sentencia recurrida está violando por inaplicación el párrafo primero del artículo 4. del Código Civil , en relación con los artículos 41 y 24 de las expectativas Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada y la doctrina legal reflejada en las expresadas sentencias de 23 de enero de 1947 y 24 de noviembre de 1960 . ó pudiendo, por tanto, estimar gananciales las nuevas acciones por la razón que aduce la sentencia recurrida, desde el momento en que no pueden considerarse legalmente como frutos, Utilidades o beneficios de las antiguas, y siendo indiscutible el carácter privativo del derecho de suscripción preferente, el problema jurídico se traslada a otro aspecto diferente: el de si 3ª utilización de dinero ganancial en las suscripciones transforma las nuevas acciones o participaciones sociales, adquiridas dentro de los estrictos límites legales o estatutarios de derecho de suscripción preferente, en gananciales, o, por el contrario, mantienen el carácter privativo de aquéllas de las que proceden y del derecho en virtud del cual se adquieren, sin perjuicio del correspondiente crédito ganancial por el dinero empleado. En la legislación vigente al tiempo del fallecimiento del padre de los actores, en febrero de 1978, no existía disposición alguna que contemplase el supuesto específico y que expresamente dilucidase ese problema. Los redactores del Código no lo tuvieron presente, encontrándonos ante una laguna legal no resuelta por la jurisprudencia, desde el momento en que toda la anterior a las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada quedó anulada en sus fundamentos por sus respectivos artículos 41 y 24, que consagran legalmente el criterio de la sentencia de 23 de enero de 1947 , y con posterioridad a dichas leyes sólo se ha pronunciado una sentencia, la de 24 de noviembre de 1960 , que, aparte de sus indudables errores en sus conclusiones, se dictó para un caso muy particular, corrigiendo un fraude de ley no invocado y que, en todo caso, no constituye jurisprudencia por no haber tenido confirmación posterior y ser el criterio de la legislación en vigor desde el 10 de junio pasado, con la reforma del Código Civil, completamente opuesto a las conclusiones a que había llegado dicha sentencia. Para llenar la laguna anterior y llegar a la solución legal del problema, no cabe seguir otra pauta que la marcada por el apartado primero del artículo 4.º del Código Civil , buscando el tratamiento que éste da a los derechos de naturaleza similar, si no idéntica, dentro del régimen económico de gananciales. De los derechos de adquisición preferencia, dentro de la regulación de gananciales recientemente derogada, nuestro Código Civil sólo mencionaba expresamente a uno, el de retracto, y por lo mismo, a él tenía que haberse remitido la Sala de Instancia, sin que cupiera invocar frente a ello la exclusión que a efectos de analogía, hace la mencionada sentencia de 24 de noviembre de 1960 , ya que ésta incurre en el flagrante error de confundir retracto con pacto de retro, distinción totalmente inadmisibles cuando del retracto legal se trata, ya que cuando se hace uso de éste, al igual que ocurre en el supuesto de suscripción preferente, ingresa en el patrimonio un bien nuevo, que no estuvo anteriormente en él, mediante el ejercicio de un derecho que, como tal, formaba parte del patrimonio privativo. Pues bien, el número tercero del artículo 1.396 del Código Civil , en su redacción anterior a la ley 11/1981, de 13 de mayo, considera privativos, esto es, bienes propios de cada uno de los cónyuges, "los adquiridos por derecho de retracto o por permuta con otros bienes pertenecientes a uno de los cónyuges", desvinculándose tal atribución del origen o procedencia, privativa o ganancial, del dinero utilizado en la adquisición. La razón de esta especialidad es innegablemente la unión que existe entre el derecho de retracto y la cosa retraída, unión que se da igualmente al ser compensatorio de la merma económica que la ampliación supone para las acciones o participaciones antiguas -entre el derecho de suscripción preferente y las nuevas acciones o participaciones de la misma sociedad, apreciándose claramente la identidad de razón que exige en ? apartado primero del artículo 4.º del mismo Código . Por tanto, hemos de concluir necesariamente que en nuestro ordenamiento legal vigente al tiempo del fallecimiento del padre de los actores, las acciones o participaciones sociales adquiridas por el ejercicio de un derecho de suscripción preferente privativo, son privativas, aunque en la operación intervenga dinero ganancial, con firma base en el criterio que se desprende de los artículos 41 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, 24 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 y número tercero del artículo 1.396 del Código



Civil entonces vigente. Y esta conclusión es la que se refleja expresamente en el actual artículo 1.352 del Código Civil, redactado por la ley 11/1981, de 13 de mayo. La analogía del derecho de suscripción preferente con el de retracto, invocada ya por los actores en su demanda, no surgió de un criterio puramente subjetivo de éstos, sino de algo real, objetivamente apreciado por el propio legislador, y que obedece a la propia naturaleza de la figura jurídica del derecho de suscripción preferente. La nueva regulación del Código Civil, con el actual artículo 1.352, no viene a modificar una norma contraria de la legislación anterior, sino a expresar cuál es la solución que corresponde a un supuesto no contemplado al tiempo de la redacción del Código Civil, y a la que con éste en la mano, rectamente interpretado, también se llega por aplicación obligada del principio de analogía del apartado primero del artículo 4.º del mismo. En este punto, la nueva ley nada innova, sino que recoge de forma expresa el supuesto específico, dándole la solución más ajustada a su propia naturaleza, y, por ello, aunque la reforma del Código no entrase en vigor hasta el día siguiente de dictarse la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, ésta no debió ignorarla, al estar ya publicada en el "Boletín Oficial del Estado" desde el día 19 de mayo, por exigencia ineludible del tan repetido apartado primero del artículo 4.º del Código Civil, cuando no por el carácter retroactivo que siempre se ha reconocido a las normas interpretativas, de cuyo carácter está impregnado el nuevo artículo 1.352. Resultaría absurdo y contrario a todo sentido de justicia y equidad llegar a la conclusión de que en idéntico supuesto de hecho, las acciones de un causante fallecido el 9 de junio de 1981, sean gananciales, y las de otro causante ó las del mismo, de fallecer el 10 de junio, al día siguiente, sean privativas. Es indudable que por obligada aplicación del apartado primero del artículo 4.º del Código Civil, todas aquellas acciones de la sociedad "Maquinaria Anivi, S. A.", que figuraban a nombre de don Carlos Antonio, a su fallecimiento, y cuya titularidad no corresponda por derecho propio a los cinco hijos del primer matrimonio, tienen carácter innegablemente privativo, sin perjuicio del crédito ganancial del segundo matrimonio, correspondiente a las cantidades invertidas en la suscripción de dichas acciones o de las participaciones sociales a las que sustituyeron. Al confirmar la sentencia recurrida la desestimación de la acción ejercitada por los actores en el sexto pedimento de su demanda, resulta evidente su violación por inaplicación del párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil, en relación con los artículos 41 de la Ley de Sociedades Anónimas y 24 de las de Responsabilidad Limitada, doctrina legal establecida en las sentencias de 23 de enero de 1947 y 24 de noviembre de 1960, número tercero, del artículo 1.396 antiguo y actual artículo 1.352 del Código Civil, debiendo ser anulada por este motivo.

Décimo motivo de casación. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley y de doctrina legal, por el concepto de aplicación indebida del número tercero del artículo 1.401 del Código Civil, al confirmar la sentencia recurrida la desestimación de la acción declarativa del carácter privativo de las nuevas acciones suscritas en el ejercicio del derecho de preferente suscripción, declarando gananciales todas las acciones suscritas por don Rodolfo, con posterioridad a su segundo matrimonio, al atribuirles el carácter de frutos, beneficios o utilidades. Este motivo es complementario y secuela del anterior. La sentencia recurrida, como consecuencia de dar el carácter jurídico de frutos, utilidades o beneficios de las primitivas, a todas las nuevas participaciones sociales y acciones, adquiridas con posterioridad al segundo matrimonio de don Carlos Antonio, hace aplicación del número tercero del artículo 1.401 del Código Civil, entonces vigente, y las declara "como tales comprendidas en la denominación genérica de gananciales". Y si, como vimos, ni legal ni jurisprudencialmente cabe dar esa condición jurídica a las nuevas acciones, adquiridas en virtud del ejercicio de un derecho de suscripción preferente, absolutamente incompatible con la existencia de normas legales, tales como los artículos 41 y 24 de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, respectivamente, y con el actual artículo 1.352 del Código Civil, es indudable que la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao infringe abiertamente el número tercero del antiguo artículo 1.401 del Código Civil, haciendo una indebida aplicación del mismo, por lo que incide en este motivo de casación, debiendo ser casada.

Undécimo motivo de casación. Al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia recurrida en error de Derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo, por el concepto de violación, el artículo 1.225 del Código Civil, al dar valor probatorio a un documento privado no reconocido legalmente. La sentencia que recurrimos, es indudable que está dando valor probatorio a un pretendido cuaderno particional de los bienes de don Carlos Antonio, y está tan privado de la más mínima fuerza probatoria, que sólo con violación manifiesta del artículo 1225 del Código Civil, cabía que la Sala sentenciadora lo tuviera en cuenta. Dar valor probatorio a un documento de tal índole, y al incidir en ella la sentencia impugnada, está incurriendo en el indudable error jurídico en la apreciación de la prueba, que acusamos en el presente motivo, por el que también debe ser casada.

Duodécimo motivo de casación. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley y de doctrina legal, por el concepto de violación por inaplicación del número primero del antiguo artículo 1.396 del Código Civil, en relación con el número primero del antiguo artículo 1.401 del propio Código, así como también por inaplicación de los números tercero y cuarto del expresado



antiguo artículo 1.396 del Código Civil , al confirmar la sentencia recurrida el fallo que desestima la acción ejercitada, por negar carácter privativo al derecho arrendaticio del que era titular el causante con anterioridad a su segundo matrimonio, y no tener en cuenta el principio de subrogación real que establecen dichas normas, negando igualmente carácter privativo a la indemnización pagada por la extinción de aquel derecho y a la parte proporcional de la propiedad del piso sexto centro de la calle de DIRECCION001 , de Bilbao, número NUM001 , cuyo precio se pagó en parte con dicha indemnización. La sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao razona la confirmación de la Sentencia de Primera Instancia, en orden a la desestimación de la acción ejercitada por los actores en los pedimentos cuarto y quinto de su demanda, en su Considerando octavo Entendemos que tal razonamiento supone un desprecio absoluta por las normas que se contienen en el antiguo artículo 1.396 del Código Civil , especialmente sus números primero, tercero y cuarto, en relación con el número primero del artículo 1.401, también antiguo, cuya necesaria aplicación nos lleva a una conclusión completamente contraria. En nuestro ordenamiento jurídico, el problema del carácter privativo o ganancial del derecho arrendaticio de viviendas, sola se plantea cuando, para su extinción, se le da un valor económico del que por sí mismo carece. Los motivos del arrendador y del arrendatario para llegar al acuerdo, que permita sustituir el derecho arrendaticio por una cantidad en dinero, son absolutamente indiferentes e inoperantes. En ningún contrato o convenio la Ley obliga a su otorgamiento, es la voluntad de las partes la que da origen al contrato o convenio, pero una vez celebrado, han de someterse a los efectos que, para el mismo, determina la Ley, sin que quepa prescindir de la naturaleza jurídica que al derecho extinguido atribuye la ley aplicable, y que está en función de su titularidad. En nuestro régimen de gananciales, para determinar el carácter privativo o ganancial de un bien o derecho adquiridos a título oneroso, hay que acudir no a la fecha de su extinción ni a la de la liquidación de la sociedad de gananciales, sino a la de su adquisición al momento de su entrada en el patrimonio del titular. Así, a tenor del número primero del antiguo artículo 1.396 del Código Civil , son bienes propios de cada uno de los cónyuges "los que aporte al matrimonio como de su pertenencia", y serán gananciales "los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio". En nuestro caso resulta evidente que la contratación del arrendamiento del piso NUM002 derecha del número NUM000 de la calle de DIRECCION000 , de Bilbao, tuvo lugar bastantes años antes de que se contrajese el segundo matrimonio, por lo que legalmente sol cabe calificarlo de derecho privativo del padre de los actores. No constituye obstáculo para lo anterior, sino que, por el contrario, lo refuerza la naturaleza especial del derecho arrendaticio urbano, cuya titularidad le atribuye la legislación especial al contratante en exclusiva, esté soltero, casado o viudo, sin que el cónyuge, por el hecho de contraer matrimonio con el titular del arrendamiento, adquiera otro derecho o facultad que el reconocido por el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos , en su apartado primero, de la subrogación "mortis causa" en la titularidad, sin que con anterioridad al fallecimiento del titular arrendaticio tenga su cónyuge ningún derecho consolidado. La titularidad del contratante del arrendamiento, mientras viva (salvo caso de cesión legalmente admitida), permanece inalterada, como permanece inalterado el contrato, siempre el mismo, aunque entre en situación de prórroga forzosa, y con independencia absoluta de que el dinero con el que se paguen las rentas proceda o no de la sociedad de gananciales, ya que el pago de esas rentas no es facultativo de la misma, sino una carga impuesta a la sociedad legalmente, como necesaria para el sostenimiento de la familia ( número quinto del antiguo artículo 1.408 del Código Civil ). Para que la procedencia del dinero de las rentas pudiera determinar el carácter privativo o ganancial del arrendamiento, tendría que producirse una novación del contrato mensualmente, al tiempo de pajear la renta, saltando entonces de privativo ganancial y viceversa, según la procedencia concreta del dinero con el que se abonase la renta de cada mes, lo que resultaría absurdo. Que nuestra posición es la correcta lo demuestra la normativa que para el régimen de conquistas establece la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, por ley de 1 de marzo de 1973. Posterior, por tanto, a la legislación nacional, la ley 83 de la expresada Compilación Foral, en su apartado tercero, considera como "bienes de conquista" "los derechos arrendaticios por contratos celebrados durante el matrimonio, y el número segundo de la ley 84 califica de bienes privativos "los adquiridos antes del matrimonio por cualquiera de los cónyuges". Por tanto, lo mismo que claramente se deduce de los números primero de los antiguos artículos 1.396 y 1.401 del Código Civil , se recoge explícitamente en la Compilación Navarra. Y es que donde existe la misma razón, idéntica ha de ser la norma aplicable, fundamento del principio de analogía establecido expresamente en el párrafo primero del artículo 4." del Código Civil . Siendo indudable el carácter privativo del derecho arrendaticio del que era titular don Rodolfo , la sentencia recurrida, al negar el mismo carácter a la indemnización percibida, violó, por inaplicación también, el principio de subrogación real, contenido en los números tercero y cuarto del antiguo artículo 1.396 del Código Civil , que obligan a dar carácter privativo por subrogación a la indemnización de tres millones de pesetas, recibida en sustitución o por la extinción de aquel derecho. Por otra parte, de aceptarse el razonamiento de la sentencia, nos encontraríamos con una entrega al titular puramente liberal, a título lucrativo, que, de conformidad con el número segundo del antiguo artículo 1.396, obligaría también a atribuir carácter privativo del titular arrendaticio a la suma de dinero recibida del arrendador tan liberalmente. Y, finalmente, al dar la sentencia impugnada carácter ganancial a la propiedad íntegra del piso sexto centro del número NUM001 de la DIRECCION001 , de Bilbao, adquirido en parte con la anterior indemnización, está violando también por inaplicación el párrafo



cuarto del repetido antiguo artículo 1.396 del Código Civil , que obliga a dar carácter privativo a la cuota indivisa del bien adquirido, proporcional a la parte correspondiente del precio pagado con dinero privativo de uno de los cónyuges, 'subsistiendo un crédito privativo por la diferencia con el total importe de la indemnización, tal como se refleja en el actual artículo 1.354 del Código Civil . Por tanto, siendo evidente la violación por inaplicación de los apartados primero, tercero y cuarto del antiguo artículo 1.396 del Código Civil, en relación con el número primero del antiguo artículo 1.401 del mismo Cuerpo legal , en que incurre la sentencia recurrida, debe ésta casarse también por el presente motivo.

RESULTANDO que admitido el recurso e instruida la parte recurrente, única comparecida, se declararon los autos conclusos y se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones.

Visto siendo Ponente el excelentísimo señor Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño.

### CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que para el examen del presente recurso, y según los datos obrantes en autos, son de tener en cuenta los siguientes extremos: por auto de 10 de agosto de 1946, se declararon herederos "ab intestato" a los hoy recurrentes junto con su padre, en la herencia de la madre y esposa, respectivamente, que había fallecido el 20 de agosto de 1944, procediéndose a la partición de la herencia, previo el nombramiento de un defensor judicial a los cinco hijos, menores de edad, lo que se hizo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 164 del Código Civil (actual 165), con el auto de 6 de febrero de 1947, siendo designado un hermano de doble vínculo de la causante; efectuadas las operaciones particionales, fueron aprobadas judicialmente, por el auto de 25 del mismo mes y año, siendo de destacar que todo el haber hereditario estaba integrado por una participación social en la entidad denominada "Maquinarias y Accesorios, Limitada (Anivi)", con un importe de 65.000 pesetas y el ajuar de la casa, adoptándose la fórmula de entregar lo primero al cónyuge supérstite, en su totalidad, habida cuenta el carácter de la sociedad, como liquidación de la mitad de gananciales y pago de la cuota usufructuaria, comprometiéndose a dar en efectivo a sus hijos, por quintas e iguales partes, la cantidad de 31.758,54 pesetas para satisfacer lo que a éstos correspondía en la herencia de la madre; el padre contrajo segundas nupcias en 1949, de las que tuvo un nuevo hijo, y falleció en 1978, período de tiempo en el que incrementó su patrimonio, hasta el punto de que supone ahora muchos millones de pesetas, en el decir de los recurrentes, los cuales nada hicieron hasta 1979, fecha en que afirman fue cuando se enteraron de todo, reaccionando entonces, no en reclamación de la parte correspondiente en la partición de 1947, que su padre no les había satisfecho, a lo que ni siquiera hacen referencia, sino contra la partición en sí, respecto de la cual ejercitan una primera acción, tachándola de nulidad absoluta, con referencia fundamental a la relatada atribución a su padre de la participación en la sociedad limitada, que también se referenció, y que parece haber sido el punto de partida del incremento patrimonial al que pretenden tener derecho; acción que complementan con otras dos, formuladas en conexión con aquélla, una que llaman declarativa del carácter privativo de las particiones o acciones de la sociedad relatada y otra que, con la también calificación de declarativa, se refiere a la indemnización por resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda; acciones, las tres, que aunque conectadas entre sí, según se ha dicho, con decisión pendiente de la que se de a la primera, deben examinarse por separado, como a continuación se hace.

CONSIDERANDO que a la primera de las acciones mencionadas que directamente trata de impugnar la partición de 1947, se dedican los ocho primeros motivos del recurso, todos ellos formulados con amparo procesal en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento , poniéndose como cobertura genérica la afirmación de que se está en presencia de una nulidad absoluta o radical que vicia el acto de manera total, porque lo que es nulo "nullum effectum producit" y es imposible de convalidarse con el tiempo ("quod ab initio nullum est, non potest tractu tempore convalescere"), siendo la acción imprescriptible, sin que, por otra parte, pueda declararse de oficio la prescripción, pues se precisa que el alegato se haga por el demandado, lo que aquí no sucedió, por lo que resultó violada por inaplicación, la doctrina legal en que todo ello se proclama (motivos primero y segundo); siendo de recordar, con el mismo carácter genérico, que, como ya se dijo en la sentencia de 6 de noviembre de 1934 , el Código Civil carece casi en absoluto de normas relativas a la nulidad de las particiones hereditarias, lo que confirma el propio recurso, al no citar en este punto, como infringido, ningún precepto legal, sino sólo la indicada doctrina jurisprudencial, olvidando que ésta, a partir de las sentencias de 25 de marzo de 1914 y 7 de enero de 1932 , afirmó la necesidad de respetarse el criterio de nuestro ordenamiento jurídico, muy restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones, "como se deduce de los artículos 1.079 , 1.080 , 1.056 y 1.057 del Código Civil ", en el sentido de no dar lugar a la invalidez sino cuando no haya más remedio, para evitar la vuelta de los bienes a la indivisión y los gastos, molestias e inconvenientes que acarrearía una nueva partición, doctrina que se confirmó en las sentencias de 17 de abril de 1943 , 9 de marzo de 1951 , 17 de marzo y 5 de octubre de 1955 , 30 de abril de 1958 y 25 de febrero de 1969 , entre otras; añadiéndose, además, que cuando la partición tenga naturaleza de contrato -que es el supuesto



que se contempla en que fue hecha por los interesados de común acuerdo-, habrá de serle aplicable el Derecho común de los contratos, con la consiguiente distinción entre nulidad absoluta o radical y anulabilidad o nulidad relativa, rigiendo para la segunda lo establecido en los artículos 1.300 al 1.314 ( sentencias de 26 de marzo de 140 , 7 de enero de 1949 , 9 de marzo de 191 , 2 de noviembre de 1957 , 29 de marzo de 1958 , 13 de octubre de 1960 , 25 de noviembre de 1965 , 25 de febrero de 1966 , 26 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1975 , entre otras), con el prescriptivo plazo de cuatro años que para la acción establece el artículo 1.301, siendo de precisar, por otra parte, que en contra de lo que se afirma en el recurso, los Juzgadores de Instancia no se apoyaron en dicha prescripción para rechazar la pretensión actora, pues lo que declara al respecto la sentencia de primer grado es que "el Juzgado no puede atender exigencias desbordadas por el paso de los años, sin otro fundamento, y bien que en todo caso discutible, que el de la pura técnica hereditaria" (Considerando quinto), y a su vez la actualmente recurrida, habla de las operaciones particionales que adquirieron una fuerza formal, "... que al cabo de treinta años no puede ser atacada y declaradas nulas por cuanto que ello llegaría a producir una inseguridad jurídica, máxime cuando se observaron todos los requisitos formales" (Considerando tercero), pero no estimaron "ex officio" la prescripción, lo que hubiese implicado el rechazo "ad limine" de la demanda, sin entrar a conocer del fondo del asunto, puesto que lo hicieron, refutando todas y cada una de las pretendidas causas de nulidad.

CONSIDERANDO que habiéndose vuelto a plantear en el recurso las mismas cuestiones que lo fueron en Instancia, forzoso es recordar, de acuerdo con cuanto antecede y la teoría general de los contratos referida, que para la existencia de la nulidad radical que se pretende, se requiere, bien que el acto carezca de alguno de sus requisitos esenciales que, por aplicación analógica del artículo 1.261 del Código Civil tendrán que ser el consentimiento, el objeto o la causa, a tener en cuenta en esta materia, especialmente el primero, dada su propia naturaleza, a las que será de añadir la forma si es exigida "ab substantiam", para su validez; o bien, que se haya realizado en contra de lo dispuesto en la Ley, según el artículo 4.º del Código, ?o en su anterior redacción, expresado más técnicamente en la Vigente del artículo 6. tres, diciendo que "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, son nulos de pleno derecho. siendo de observar que ninguno de los dos supuestos concurre en el presente caso, pues al primero sólo alude el recurso en el motivo sexto, que luego se verá, pareciendo centrarse en torno del segundo, en los, motivos tres, cuatro y cinco, denunciando diversas infracciones de ley, pero con tan poca consistencia y razón, que no logra confirmar el aserto de que la discutida partición se hubiese hecho en contra de lo dispuesto legalmente; en efecto, el tercero, alega violación por inaplicación del artículo 121 del Código de Comercio, en relación con los pactos sexto y undécimo de los Estatutos de la sociedad limitada antes mencionada, siendo así que el precepto mercantil dice únicamente que "las compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos, y en cuanto en ellos no esté determinado y previsto, por las disposiciones de este Código ", y los pactos estatutarios aludidos no acreditan la divisibilidad de las participaciones que quieren los recurrentes, pues aparte de no afirmarlo éstos expresamente -según confirma el propio recurso que dice que de ellos se "desprende"-, la verdad es que evidencian lo contrario, pues él sexto establece que "no podrán transmitirse participaciones, en el capital por actos "Ínter vivos", si bien queda autorizado don M. V para ceder a sus hijos las participaciones que estime..., debiendo en tal caso designar una sola persona que le represente, "...y tendrá un solo voto en las deliberaciones de la Junta", y el undécimo añade que si son varios le herederos, en caso de fallecimiento de un socio, "deberán designar una sola persona que les represente"; lo que es de aplicar al motivo cuarto, que insiste en el concepto de divisibilidad de las participaciones, al denunciar aplicación indebida del 143 del Código de Comercio, primero de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 y 1.062 del Código Civil, con la particularidad de que este último permite la atribución de una cosa a uno de los herederos no sólo cuando sea indivisible, sino también cuando "desmerezca mucho por su división".

CONSIDERANDO que en el motivo quinto lo que se alega es interpretación errónea del artículo 838 del Código Civil , en su anterior redacción (actual 839), cuya simple lectura demuestra la sinrazón de la denuncia, pues expresamente permite a los herederos satisfacer al cónyuge viudo su parte de usufructo, asignándole "una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo", siendo esto último lo efectuado al asignar a estos fines las referidas participaciones societarias, ajenas por completo al carácter de bienes "in natura" de que habla el recurso, en cuanto índices representativos de la participación de un capital, actuando de común acuerdo, como establece el precepto, y además con la aprobación judicial que confirió el auto de 25 de febrero de 1947; y el motivo sexto, como antes se anunció, se refiere a las formalidades legales de la partición que sostiene fueron inobservadas, denunciando violación por inaplicación de los artículos 1.255 y 1.259 del Código Civil, en relación con el 1.058 del mismo Cuerpo legal , concretando el alegato en el "pacto" entre el cónyuge viudo y el defensor judicial de los menores, que dice no estaba facultado legalmente para ello, con lo cual, y con la referencia al 1.259, parece aludirse más bien a una falta de consentimiento que no a un defecto de forma, olvidando no sólo la facultad que concede el artículo 1.255, siempre que no se vulnere el triple límite que contiene, sino también lo dispuesto en el 1.060, que es el de aplicar en este caso, en cuanto que los herederos eran menores de edad, habiéndose observado lo que en él se establece, pues



estuvieron representados por el defensor nombrado al efecto, supuesto en el que no era, por tanto, necesaria la aprobación judicial, no obstante lo cual, ésta se obtuvo, según se ha dicho repetidamente; razones todas que conducen a la desestimación de los seis motivos examinados, y con ellos, como obligado corolario, el séptimo, formulado "ad cautelam" de los anteriores, en el que se denuncia inaplicación de la doctrina legal relativa al enriquecimiento injusto, hipótesis inconciliable con cuanto queda expuesto; y el octavo, donde el alegato es también de inaplicación del párrafo primero del artículo 4.º del Código, en relación con el 797, párrafo segundo, del mismo, pues valiendo en su plenitud la partición discutida, carece de todo sentido la acción de petición de herencia de que extemporáneamente se habla.

CONSIDERANDO que a la segunda de las acciones al principio enunciadas, es decir, la referente a la declarativa del carácter privativo de las participaciones o acciones adquiridas por el cónyuge viudo, padre de los hoy recurrentes, en las sucesivas ampliaciones de capital de la sociedad actualmente denominada "Maquinaria Anivi, S. A.", con posterioridad a su segundo matrimonio, se dedican los motivos nueve y diez, amparados asimismo en el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, así como el once, que lo es por la vía del ordinal séptimo del mismo precepto, ninguno de los cuales es tampoco susceptible de estimación; en efecto, el últimamente citado, alega error de Derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo 1.225 del Código Civil, siendo así que la sentencia recurrida no dio valor de documento público al cuaderno particional realizado por el padre de los actores, que se dice no fue reconocido, pues se limita a afirmar que en él figuran determinados bienes como privativos, lo que es un simple argumento en el razonar que, por otra parte, no se combate en debida forma por el recurso; y a su vez, el nueve y el diez denuncian, respectivamente, violación por inaplicación del artículo 4.º, primero, del Código Civil, en relación con el 41 de la Ley de Sociedades Anónimas y 24 de la de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y aplicación indebida del 1.401, tercero, del Código Civil (en su anterior redacción), donde se impugna la declaración de la sentencia recurrida sobre la consideración de bienes gananciales de los beneficios, emisión de nuevas acciones y ampliaciones de capital de la primitiva sociedad limitada (convertida después en anónima), a partir de la fecha del segundo matrimonio (que tuvo lugar el 17 de agosto de 1949), respecto de lo cual es preciso distinguir, pues en cuanto a los "beneficios" es indiscutible su configuración de frutos, no en el sentido de contraprestación al disfrute por otros de una cosa (cual sucede en el usufructo), pero sí como resultado de una actividad productiva de una organización económica coordinadora de una serie de elementos materiales y personales, para que "fructifiquen", y desde luego incluibles en el número tercero del artículo 1.401 del Código Civil (en su versión anterior); mientras que por lo que se refiere a la suscripción de nuevas acciones o a las ampliaciones del capital societario, aunque tengan su fundamento y origen en la cualidad de socio, es cierto que no pueden considerarse frutos o rendimientos del capital, como a veces se sostuvo, y a los efectos que aquí interesan, tendrán que tener la naturaleza del capital con el que se efectuaron, según establece la nueva redacción del artículo 1.352 del Código, siendo privativos si dicho capital tenía ese carácter; lo cual, sin embargo, deberá acreditarse cumplidamente y no con simples argumentos dialécticos como hace el recurso, estando el otro caso cubiertos por la presunción de ganancialidad de todos los bienes existentes en el matrimonio, del artículo 1.407, en la redacción entonces vigente, que coincide con la actual del 1.361; y, consiguientemente, bien porque no se probó de modo directo que son privativos, o bien porque funcionó la presunción, el valor satisfecho será ganancial, que habrá de reembolsarse a los bienes comunes, pero manteniendo ese carácter con todas sus consecuencias, si, como aquí sucede, no se llegó a hacer efectivo el reembolso.

CONSIDERANDO que a la tercera y última de las acciones ejercitadas -de las que al principio se dice- se dedica el motivo duodécimo, formulado con amparo en el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, para denunciar violación por inaplicación del ordinal primero del 1.396, en relación con el también número uno del 1.401, ambos del Código Civil, en su anterior redacción, así como también inaplicación de los números tercero y cuarto del citado artículo 1.396, todo ello en torno de la cantidad percibida por el padre de los recurrentes (tres millones de pesetas), por la resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda del que era arrendatario antes del segundo matrimonio; motivo que debe seguir igual suerte desestimatoria que los anteriores, porque desfigura los datos utilizados, afirmando que la sentencia recurrida niega el carácter privativo del derecho arrendaticio del que aquél era titular, y no tiene en cuenta el principio de subrogación real, lo cual no es exacto, pues la resolución que se impugna se limita a señalar que dicha cantidad ni está prevista en la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni supone una consecuencia necesaria del contrato, que puedan permitir la pretendida subrogación, a lo que debe añadirse que constituye una especie de contraprestación onerosa, voluntariamente pactada, por el hecho de acceder el arrendatario al cese de la relación locativa, ajena por completo a los supuestos de los números tercero y cuarto del artículo 1.396 e incluible en la ganancialidad del artículo 1.401, ambos en su anterior redacción.

CONSIDERANDO que la desestimación particularizada de los doce motivos formulados, en la forma en que se acaba de exponer, supone la del recurso en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos del artículo



1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto a las costas causadas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

### FALLAMOS

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por don Casimiro , doña Valentina , doña Estela , don Mauricio y don Luis María , contra la sentencia que, en fecha 9 de julio de 1981, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao ; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas, a la pérdida del depósito constituido, al que se le dará el destino legal, y líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala que ha remitido.

Así, por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al objeto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-José Beltrán de Heredia y Castaño.-Antonio Fernández Rodríguez.-Jaime de Castro García. Antonio Sánchez Jáuregui.-Jaime Santos Briz.-Rubricados.

Publicación.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don José Beltrán de Heredia y Castaño, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, en el día de su fecha, de lo que como Secretario, certifico.

Madrid, a 15 de junio de 1982.-José María Fernández.-Rubricado.