



Roj: **SAP SO 265/2007 - ECLI: ES:APSO:2007:265**

Id Cendoj: **42173370012007100266**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Soria**

Sección: **1**

Fecha: **03/12/2007**

Nº de Recurso: **192/2007**

Nº de Resolución: **201/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA BELEN PEREZ-FLECHA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SORIA

SENTENCIA: 00201/2007

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA

ROLLO APELACION CIVIL: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000192 /2007

Juzgado procedencia : JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de SORIA

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000809 /2004

**SENTENCIA CIVIL Nº 201/2007**

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE:

DON RAFAEL MARIA CARNICERO GIMENEZ DE AZCARATE

MAGISTRADOS:

DON JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ GRECIANO

DOÑA MARÍA BELÉN PÉREZ FLECHA DÍAZ

=====

En Soria, a tres de diciembre de dos mil siete.

Esta Audiencia Provincial de Soria, ha visto el recurso de apelación civil arriba indicado, dimanante de los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000809 /2004, contra la sentencia dictada por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de SORIA , siendo partes:

Como apelante y demandante D<sup>a</sup>. Victoria representado por el Procurador D. SERGIO ESCRIBANO AYLLÓN, y asistido por el Letrado D<sup>a</sup>. Victoria .

Como apelante y demandado D<sup>a</sup> Esther representada por la Procuradora D<sup>a</sup> NELIDA MURO SANZ, y asistida por la Letrado D<sup>a</sup> MERCEDES BADOS.

Y como apelado y demandado D<sup>a</sup>. Sara representado por el Procurador D<sup>a</sup>. NIEVES ALCALDE RUIZ, y asistido por el Letrado D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> ISABEL ARIAS DÍEZ.

Y como apelado y demandado D. Jose Pedro representado por la Procuradora D<sup>a</sup> NIEVES ALCALDE RUIZ y asistido por el Letrado D. RAMON VALLS DOMÍNGUEZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "Que estimando parcialmente el suplico de la demanda inicial de las presentes actuaciones promovidas por el Procurador D. Sergio Escribano Ayllón, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Victoria , contra D<sup>a</sup> Sara , representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Nieves Alcalde Ruiz, contra D. Jose Pedro representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Nieves Alcalde Ruiz, y contra D<sup>a</sup> Esther representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Nelida Muro Sanz, debo declarar y declaro:

1º.- No haber lugar a que en la declaración de herederos practicada en Acta de Notoriedad autorizada el 13 de febrero de 1997, por el Notario de Barcelona D. Joaquín Borrueal Otín, bajo nº 500 de protocolo, y la Escritura de Aceptación y manifestación de herencia, autorizada el 2 de abril de 1997, ante el mismo Notario, bajo nº 1.064 de protocolo, en cuanto transcribe lo declarado por la anterior Acta de Notoriedad, deban rectificarse y complementarse en cuanto se declara que al cónyuge supérstite, D<sup>a</sup> Sara al regirse los efectos de su matrimonio por el Código Civil, pues se rige por lo dispuesto en el Código de Sucesiones por causa de muerte, regulado en el Derecho Civil de Cataluña, Ley 40/1991 de 30 de diciembre, artículos 330 y 331 , correspondiéndole el usufructo sobre todos los bienes.

2º.- Que el régimen económico del matrimonio formado por el causante D. Sebastián y el cónyuge supérstite D<sup>a</sup> Sara es el de Sociedad de Gananciales, y se encuentra disuelta y pendiente de liquidar entre el cónyuge supérstite y los herederos de su consorte, D<sup>a</sup> Esther , D. Jose Pedro y D<sup>a</sup> Victoria .

3º.- El carácter ganancial y su procedente adición al activo de la disuelta sociedad de gananciales, del inventario de los bienes y derechos de la herencia de D. Sebastián , practicado en la Escritura de Aceptación y manifestación de herencia de fecha 2 de abril de 1997, ante el Notario de Barcelona, D. Joaquín Borrueal Otín, bajo nº de protocolo 1.064, de los bienes quedados al fallecimiento del causante, valorados a precio de mercado al momento de la partición, relacionados en las partidas nº 30 a 42 del inventario obrante en el Hecho Sexto del escrito de demanda, y que son los siguientes:

30.- Efectivo cuenta de ahorro número NUM000 , en la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria (Caja Duero), Oficina 0545, de Quintana Redonda (Soria), cuyos titulares son D. Sebastián , y D<sup>a</sup> Sara con un saldo a su favor, a fecha de defunción del causante, de seis mil ochocientos cuarenta y cuatro euros con ochenta y ocho céntimos (6.844,88 euros).

Valor: cantidad actualizada a fecha de liquidación.

31.- Efectivo: Cuenta de Ahorro número NUM001 , en la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria (Caja Duero), Oficina 0545, de Quintana Redonda (Soria), cuyos titulares son D. Sebastián , y D<sup>a</sup> Sara , con un saldo a su favor, a fecha de defunción del causante, de nueve mil quince euros con dieciocho céntimos (9.015,18 euros)

Valor: cantidad actualizada a fecha de liquidación.

32.- Efectivo cuenta de ahorro número NUM002 en la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria (Caja Duero), Oficina 0700, de Soria, cuyos titulares son D. Sebastián , y D<sup>a</sup> Sara , con un saldo a su favor, a fecha de defunción del causante, de ocho euros con diecinueve céntimos (8,19 euros)

Valor: cantidad actualizada a fecha de liquidación.

33.- Efectivo cuenta de ahorro número NUM003 , en la Caja de Madrid, Oficina 9900, de Barcelona, cuyo titular es D. Sebastián , con un saldo a su favor, a fecha de defunción del causante, de cuatro mil trescientos setenta y cuatro euros con noventa y un céntimos 4.374,91 Euros.

Valor: cantidad actualizada a fecha de liquidación.

34.- Efectivo: cuenta de Ahorro número NUM004 en la Caixa de Pensions, Oficina 3010, de Barcelona, cuyo cotitular indistinto es D. Sebastián , con un saldo a su favor, a fecha de su defunción de setenta y un euros con veinte céntimos (71,20 euros).

Valor: cantidad actualizada a fecha de liquidación.

35 Efectivo: La cantidad de cuatro mil doscientos euros (4.200 euros) abonados por la Comunidad de Propietarios de la C/ DIRECCION000 NUM005 de Barcelona, a D<sup>a</sup> Sara , en concepto de una deuda que mantenía la citada Comunidad con D. Sebastián , que ejercía el cargo de Administrador de la misma.

Valor: cantidad actualizada a fecha de liquidación.

36.- Reloj de caballero, si bien no se ha acreditado que sea de oro.

Valor: A precio de mercado a fecha de liquidación.



37.- Piano negro marca Andante comprado nuevo, sito en el piso de Barcelona C/ DIRECCION001 NUM006 - NUM007 , Esc. NUM008 . NUM009 NUM010 .

Valor: a precio de mercado en fecha de liquidación.

38.- Piano madera color castaña oscuro, comprado de 2a mano, de cuerdas cruzadas, sito en vivienda unifamiliar de Sant Antoni de Vilamajor C/ DIRECCION002 NUM011 , (Urb. Sant Juliá d'Alfou).

Valor: a precio de mercado en fecha de liquidación.

39.- Mobiliario de la vivienda unifamiliar de Sant Antoni de Vilamajor C/ DIRECCION002 NUM011 (urb Sant Juliá d'Alfou) compuesto de mesa y seis sillas de madera maciza, junto a taquillón de estilo castellano.

Valor: A precio de mercado a fecha de liquidación.

40.- Mobiliario de la vivienda sita en Quintana Redonda (Soria), C/ DIRECCION003 NUM012 , compuesto de mesa y seis sillas de madera maciza, y mueble de comedor, de estilo provenzal.

Valor: A precio de mercado a fecha de liquidación.

41.- Titulo de Socio de D. Sebastián de la Sociedad Cooperativa de Credito- Caixa DAdvocats, con un valor nominal de ciento ochenta euros con treinta céntimos (180,30 euros).

Valor: a precio de mercado a fecha de liquidación.

42.- Cien participaciones sociales de la entidad mercantil "Estación 9 S.L. (66,67%), números 1 a 50 y 101 al 150, todos inclusive, suscritas a nombre del cónyuge supérstite D<sup>a</sup> Sara .

Titulo: Las adquirió para sí a título oneroso D<sup>a</sup> Sara a costa del caudal común, por compra a D. Humberto , en nombre propio, y en representación de su esposa D<sup>a</sup> Marí Luz , mediante Escritura de compraventa de participaciones sociales de fecha 20 de junio de 1994, otorgada ante el Notario de Hospitalet de Llobregat D. José María Moreno González, bajo nº de protocolo 1.279.

Valor: a precio de mercado a fecha de liquidación, cuyo avalúo deberá determinarse en el procedimiento correspondiente.

4º.- No ha lugar a Que se declare que los bienes y derechos que integran la herencia de D. Sebastián son los recogidos en la lista que se adjunta en el hecho sexto de este escrito de demanda, siendo, por tanto, dichos bienes los que han de conformar el inventario de la herencia, sin perjuicio de que pudieran adicionarse aquellos otros bienes cuya existencia y pertenencia al caudal hereditario se adquiera constancia, pues a ello se debe computar la cantidad de 25.314,53 euros abonados por D<sup>a</sup> Sara por la amortización de un crédito de Caja Madrid el cual se debe tener en cuenta en la liquidación de la sociedad de gananciales antes de la masa, así como se tienen que incluir como pasivo los gastos ordinarios y extraordinarios expuestos en la contestación de D<sup>a</sup> Sara .

5º.- No ha lugar a proceder, en fase de ejecución de sentencia y de conformidad con los trámites establecidos en el Art. 782 y siguientes de la LEC , al avalúo de los bienes inventariados, de acuerdo con su valor de mercado al momento de la partición, y la división-adjudicación del caudal hereditario, previa liquidación de la sociedad de gananciales, en proporción a la cuota de los coherederos, sin perjuicio de la cuota usufructuaria del tercio de mejora del cónyuge supérstite sobre el haber correspondiente al fallecido una vez liquidada la sociedad y efectuada la partición, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, pues la cuota usufructuaria es sobre la totalidad de los bienes y para ello deberán acudir al procedimiento de división de patrimonios regulado en los artículos 782 y siguientes, pero no en fase de ejecución de sentencia por no permitirlo la Ley y haber un procedimiento específico para ello.

6º.- No ha lugar a que se declare que en la liquidación de gananciales, el cónyuge supérstite D<sup>a</sup> Sara como titular de las cien participaciones sociales de la entidad mercantil "Estación 9 S.L." podrá colacionar su valor, o cabe llegar a una adjudicación proindiviso de las mismas al cónyuge socio y a los herederos de su consorte, sin perjuicio de que la titularidad de ellas continúe siendo ostentada únicamente por el cónyuge socio, y en consecuencia con el compromiso de que la cualidad de socio y el ejercicio de los derechos sociales, dentro de la sociedad, corresponderá exclusivamente al cónyuge socio, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, pues deberá realizarse en el procedimiento de división de patrimonios correspondiente, según el avalúo que se efectúe, asignación y lotes.

Cada parte deberá pagar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Dicha sentencia, se recurrió en apelación por la parte demandante Victoria y demandada Esther , dándose traslado del mismo a las partes, remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia Provincial de Soria,



donde se formó el Rollo de Apelación Civil nº 192/07 , y habiéndose solicitado vista, mediante auto de fecha 25-10-07 , se denegó dicha petición, quedando los autos conclusos, en virtud de lo preceptuado en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , para dictar sentencia.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. MARÍA BELÉN PÉREZ FLECHA DÍAZ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan parcialmente los de la sentencia impugnada en cuanto no se opongan a lo que diremos a continuación.

PRIMERO.- Interpone recurso de apelación la representación procesal de D<sup>a</sup> Victoria , contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2007, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Soria , que estimó parcialmente su demanda sobre bases de partición de herencia, con fundamento en varios motivos que analizaremos posteriormente.

D. Jose Pedro , se opuso a tal recurso, excepto en dos puntos concretos, que veremos mas adelante.

D<sup>a</sup> Esther , interpone igualmente recurso de apelación, dando por reproducidos todos los argumentos del recurso de su hermana Victoria , haciendo suyas las peticiones del mismo, por lo que nuestra decisión sobre los argumentos de D<sup>a</sup> Victoria , resolverán lógicamente también el recurso de D<sup>a</sup> Esther .

Finalmente, D<sup>a</sup> Sara , madre de los anteriores, impugna los pronunciamientos 3º y 6º de la sentencia citada, por los motivos que figuran en su escrito y que en su momento serán objeto del oportuno análisis por esta Sala. Se opuso al recurso de contrario, excepto en los mismos aspectos que se consignan en el escrito de su hijo Jose Pedro .

SEGUNDO.- Comenzando por el recurso de D<sup>a</sup> Victoria (y en consecuencia también el de su hermana Esther ), el primer motivo hace referencia a la legislación aplicable a los derechos hereditarios del cónyuge supérstite, al conceder a éste el usufructo sobre toda la herencia, siendo el régimen económico que rigió su matrimonio el de la sociedad legal de gananciales. Considera este motivo que, en consonancia con lo anterior, el usufructo viudal debe regirse por el Código Civil, y por tanto corresponde al cónyuge **viudo** la cuota usufructuaria del tercio destinado a mejora del artículo 834 de dicho texto legal. Al respecto adelantamos que la cuestión, desde luego, no es pacífica ni esta exenta de discusión.

La sentencia de instancia, estima que teniendo vecindad civil catalana el causante en el momento de su fallecimiento, es la legislación el Código de Sucesiones de Cataluña el que debe aplicarse a los derechos hereditarios del cónyuge, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 9,8º del C.C , y también por aplicación de la doctrina de los actos propios, ya que D<sup>a</sup> Victoria firmó el acta de declaración de herederos ab intestato, donde aceptaba el usufructo viudal de su madre, en los términos expresados en dicha acta.

El recurso combate ambos argumentos. En primer lugar, debemos decir que la legislación aplicable a los derechos sucesorios no puede determinarse por ninguna de las partes, ni por tanto, por la firma o aceptación de acta alguna por parte de D<sup>a</sup> Victoria , pues es cuestión de derecho público. Por ello, la doctrina de los actos propios únicamente puede tenerse en cuenta a efectos de un conocimiento previo a la demanda, de los derechos del cónyuge **viudo**, pero no como argumento definitivo para fundamentar qué Ley rige tal situación.

Sin embargo, respecto del otro argumento de la sentencia, coincidimos totalmente con él, pese a que la interpretación que ofrece el recurso no esta exenta de fundamento. En efecto, no es discutido que D<sup>a</sup> Sara y D. Sebastián cuando contrajeron matrimonio, lo hicieron bajo la vecindad civil común que ambos ostentaban en aquel momento, por lo que al no otorgar capitulaciones matrimoniales, el régimen económico que regía dicho matrimonio era el de la sociedad legal de gananciales. Sin embargo, posteriormente fijaron su residencia en Barcelona, adquiriendo la vecindad civil catalana, que es la que mantenía D. Sebastián a su fallecimiento. El problema que se plantea entonces es cual debe ser la ley que rija el derecho de usufructo del cónyuge **viudo**.

El artículo 9,8º del Código Civil , establece en primer lugar que "La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren", sin embargo, en su último párrafo establece que "Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes". Consideramos que este último párrafo debe ser interpretado como hace la sentencia apelada, en el mismo sentido que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 11 de marzo y 18 de junio de 2003 (existe otra posterior de 5 de febrero de 2005) concluyendo que los derechos a que se refiere son aquellos de carácter personal o estatuto primario patrimonial, como pudieran ser los dispuestos en el artículo 1.321 del C.C ., pero no el usufructo viudal, el cual se regulará por la ley del causante en el momento de su fallecimiento, en este caso la catalana, con lo cual se cumple con el principio de la unidad de sucesión que rige en nuestro derecho, con carácter general.



Este criterio viene apoyado por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992, citada por la Juez "a quo".

A mayor abundamiento, esta interpretación es la que mejor se acomoda a lo establecido en el artículo 16,2º del C.C., el cual establece como excepción que "El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria". Pues interpretado a sensu contrario, se concluye que los cónyuges sometidos a otros regímenes económicos, pueden no mantener el inicial derecho de viudedad si después cambian su vecindad civil, como es el caso. De otro modo, si siguiéramos la tesis de la apelante, este párrafo resultaría absolutamente innecesario.

Finalmente, diremos que el hecho de que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, no sean vinculantes para los Tribunales, no quiere decir que sean absolutamente inválidas, puesto que perfectamente pueden servir como apoyo de los fundamentos jurídicos de una sentencia, como sucede en este caso, en la que valorando todas las circunstancias e interpretando la legislación existente, se llega a una conclusión, que resulta a su vez apoyada por las resoluciones antes mencionadas.

En consecuencia el motivo debe desestimarse.

TERCERO.- A continuación, impugna el recurso la última frase del tercer pronunciamiento del fallo de la sentencia de instancia: "cuyo avalúo deberá determinarse en el procedimiento correspondiente", alegando incongruencia omisiva, ya que la sentencia, según dicho escrito, no razona los motivos de tal decisión, entendiendo la parte que debe determinarse la forma del avalúo de las participaciones sociales de la sociedad Estación 9, S.L., declaradas gananciales.

Esta cuestión será analizada cuando veamos la impugnación de la sentencia realizada por D<sup>a</sup> Sara, pues es preciso aclarar primero si dichas participaciones son privativas o gananciales, ya que la conclusión que se extraiga determinará la necesidad de analizar o no este motivo del recurso.

CUARTO.- El motivo correlativo del recurso, impugna que se deba incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales, la cantidad abonada por D<sup>a</sup> Sara para la amortización de un préstamo de Caja Madrid, y ello por considerar que no se interpuso reconvencción por dicha demandada y no es admisible la reconvencción implícita.

Tras un estudio de los autos, comprobamos que realmente no se dio una reconvencción implícita por parte de la demandada, ni por ello se vulneró el tenor de los artículos 400, 406 y 407 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la parte demandada, realmente, no introdujo una nueva relación jurídica distinta de la que hacía valer la actora en su demanda, pues si en ésta se tenía en cuenta ese préstamo hipotecario, en el pasivo de la sociedad, como un crédito a favor de Caja Madrid, la alegación de que el mismo había sido abonado por D<sup>a</sup> Sara, en nada modifica el objeto del pleito, por el hecho de que, al haber sido cancelado, se mantenga dicha cantidad en el pasivo, pero como un crédito a favor del cónyuge que lo abonó. No hay en consecuencia modificación del objeto de la litis y no ha existido reconvencción implícita, además de que las alegaciones planteadas en la contestación fueron conocidas perfectamente por la parte actora, que pudo combatir en fase probatoria, de ahí que ninguna indefensión hubo en la actora, ni incongruencia "extra petita" en la sentencia, como se ha venido a exponer en este motivo. Además, es evidente que el pago del préstamo debe figurar en el pasivo, ya que si la sentencia de instancia consideró que las participaciones sociales eran gananciales, el importe empleado en su pago también debía ser así considerado.

En este sentido, en un supuesto similar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de junio de 2006, dice: "conforme al art. 1398.1º y 3º del C. Civil, toda deuda pendiente al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales, que durante cierto tiempo ha sido abonada por ambos -véase el concepto de las transferencias obrantes a los folios 123 a 240 de los autos- y cuya cancelación anticipada se ha realizado por uno solo de ellos tras la disolución de la sociedad de gananciales, y, por tanto, con presunción de haberlo sido con dinero privativo, debe conformar una partida del pasivo".

Esta alegación por tanto, debe desestimarse.

QUINTO.- Otra de las peticiones del recurso, es que se incluya en el activo de la sociedad de gananciales, la finca denominada "Los Esplegares", y se impugna la inclusión de determinados gastos en el pasivo. Estas alegaciones deben ser acogidas puesto que tanto el escrito de oposición de D<sup>a</sup> Sara, como el de su hijo Jose Pedro, reconocen ambos que únicamente debían incluirse los gastos extraordinarios (al haberse estimado que el usufructo viudal debía extenderse a la totalidad de la herencia) y no los ordinarios; así como que igualmente están conformes en incluir en el activo la finca anteriormente citada. En consecuencia estas solicitudes deben ser atendidas.



SEXTO.- Por último se impugna por la representación procesal de D<sup>a</sup> Victoria , la remisión que realiza la sentencia de instancia al procedimiento de división de patrimonios correspondiente, entendiendo que ello no se discute, sino que se solicita el establecimiento de unas bases de partición de herencia.

Sin perjuicio de considerar que la remisión que realiza la Juez "a quo" al procedimiento de división de patrimonios es absolutamente correcta, si estimamos que es perfectamente posible determinar en este procedimiento lo que se solicita por la parte (en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de abril de 2002 ). Y lo cierto es que así se ha hecho, desde el momento en que se ha establecido la extensión del usufructo viudal, se ha resuelto sobre la inclusión de determinados bienes en el inventario y se ha declarado probada la naturaleza ganancial y la realidad de la venta de las participaciones sociales de la mercantil Estación 9, S.L. Y de la lectura de la demanda no se extrae que se propongan concretas bases para la partición, distintas de las expresadas, por lo que no ha existido incongruencia alguna al respecto en la sentencia apelada, sin perjuicio de lo que diremos mas adelante respecto de las participaciones de la sociedad antes citada.

No debemos olvidar que en el presente supuesto, para poder proceder a la división de la herencia, es necesario previamente hacer la liquidación de la sociedad de gananciales que existió entre D. Sebastián y D<sup>a</sup> Sara , y por tanto primero habrá que estar a las normas de la liquidación de la sociedad de gananciales y con su resultado, a las normas de la liquidación de herencia, con aplicación de la ley aplicable a la sucesión del causante (en este caso, la catalana). En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2006 , establece que "la nulidad de la partición por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incuestionable. La partición produce la extinción de la comunidad hereditaria, mediante la división y adjudicación a los coherederos del activo de la herencia, tal como prevén los artículos 1051 y siguientes del Código civil , la cual, como dice el artículo 659 comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, es decir, que no se comprende la mitad de la comunidad ganancial que corresponde al cónyuge superviviente. Tal como precisa la sentencia de esta Sala de 7 de septiembre de 1998 , "el objeto de una partición hereditaria sólo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son; y así se proclama en la emblemática Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 13 de octubre de 1.916, cuando, entre otras cuestiones, establece "que es necesario que los bienes distribuidos en una partición testamentaria sean propios del causante" Hacerlo, mezclando bienes privativos y gananciales no es otra cosa que incluir bienes ajenos al patrimonio del causante. Ya la sentencia de 7 de diciembre de 1988 , citada por la anterior, destacaba que "como requisito condicionante de la validez y eficacia de la partición que contempla el artículo 1056 del Código Civil , es que la misma se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto".

Lo que no es posible es diferir para ejecución de sentencia la realización de las operaciones particionales, no solo porque ello no es posible según el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sino porque ésta establece un procedimiento específico para tal fin, tal y como se dice en su Exposición de Motivos: "los procesos de división judicial de patrimonios, rúbrica bajo la que se regulan la división judicial de la herencia y el nuevo procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, que permitirán solventar cuestiones de esa índole que no se hayan querido o podido resolver sin contienda judicial. (...)

Para la división judicial de la herencia diseña la Ley un procedimiento mucho más simple y menos costoso que el juicio de testamentaría de la Ley de 1881. Junto a este procedimiento, se regula otro específicamente concebido para servir de cauce a la liquidación judicial del régimen económico matrimonial, con el que se da respuesta a la imperiosa necesidad de una regulación procesal clara en esta materia que se ha puesto reiteradamente de manifiesto durante la vigencia de la legislación precedente".

Por otra parte, en relación a la nulidad que se interesa en el recurso de la venta de las participaciones sociales de Estación 9, S.L., no cabe sino reiterar los fundamentos jurídicos del Auto de 16 de marzo de 2006 , dictado en este procedimiento, y a la valoración probatoria que realiza la Juez de Instancia, la cual no puede corregir el órgano "ad quem", salvo que la inferencia del Juez de origen, resulte absolutamente irracional, arbitraria o contraria a la elemental lógica, como reiteradamente se señala por la doctrina jurisprudencial, lo que no concurre en el supuesto de autos.

SÉPTIMO.- Centrándonos ahora en la impugnación de la sentencia que realiza la representación procesal de D<sup>a</sup> Sara , comprobamos que la misma se ciñe a oponerse a la consideración que hace la sentencia de instancia de que las participaciones de la empresa Estación 9, S.L., tienen carácter ganancial, y no privativo, como pretende esta recurrente.

Al respecto, debe advertirse sobre la necesidad de respetar la presunción de ganancialidad de los bienes al amparo de lo prevenido en el art. 1361 del Código Civil , que solo cederá ante la cumplimentada prueba de lo contrario: privación de los bienes afectados por la general presunción de ganancialidad de los bienes



habidos en curso y constante matrimonio, que exige no solo la prueba indiciaria, sino la prueba expresa y cumplida sobre el particular (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas de 25-9-01, 24-2-00). Y en este caso convenimos con la sentencia de instancia en que no ha existido prueba bastante de que el cónyuge fallecido consintiera en que dichas participaciones fueran de propiedad privativa de la esposa, D<sup>a</sup> Sara , por más que la parte manifieste que D. Sebastián estaba presente en el momento en que se adquirieron (de lo que no existe prueba) y de que necesariamente tuvo que tener conocimiento de que se destinaba parte del importe obtenido al hipotecar la vivienda conyugal, de lo que no dudamos, pero que también puede interpretarse en el sentido de que consintió el pago a costa del caudal común, precisamente porque consideraba que dichas participaciones sociales eran comunes. Esta alegación, por tanto no puede acogerse, pero sí la relativa a que no sean incluidas dichas participaciones en el activo de la sociedad de gananciales, toda vez que las mismas fueron enajenadas y se hallan en poder de tercero.

Y, relacionado con lo anterior, procede entrar ya en el problema relativo a la valoración que debe darse a tal venta, a los efectos de su inclusión en el activo de la sociedad de gananciales, dando así respuesta también a la petición en este sentido del recurso de D<sup>a</sup> Victoria , sobre la forma del avalúo de tales bienes. Al respecto, consideramos que si bien no resulta acreditada la mala fe de D<sup>a</sup> Sara en la venta de las mismas, es claro que las participaciones fueron enajenadas con posterioridad al fallecimiento de D. Sebastián , y por ello, tenía que haber contado con el consentimiento de los herederos del mismo, dada su naturaleza ganancial, lo que no sucedió.

Por ello, consideramos que nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 1.397,2º del C.C ., que nos dice que "habrá de comprenderse en el activo de la sociedad de gananciales el importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados". Por ello, deberá integrarse en el activo de la masa ganancial el valor real, (es decir teniendo en cuenta el patrimonio propiedad de la mercantil) y no el meramente nominal, que tenían las participaciones cuando fueron enajenadas y actualizado dicho importe al momento de la liquidación. Valoración que habrá de efectuarse, en la fase de liquidación del régimen económico matrimonial, procediendo de conformidad con el art. 810 de la L.E.C . que a su vez remite a los art. 784 y siguientes de la citada Ley Procesal .

OCTAVO.- Por todo lo anterior, consideramos que tanto los recursos de apelación, como la impugnación, deben ser parcialmente estimados, debiendo revocarse en parte la sentencia apelada, sin que proceda, en consecuencia, realizar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuesto por los Procuradores D. Sergio Escribano Abad y D<sup>a</sup> Nélica Muro Sanz, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Victoria y D<sup>a</sup> Esther , respectivamente, y estimando parcialmente la impugnación presentada por la Procuradora D<sup>a</sup> Nieves Alcalde Ruiz, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Sara , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Soria, el día 30 de abril de 2007 , en los autos de juicio ordinario nº 809/04, de ese Juzgado, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, modificando su fallo en el siguiente sentido:

Deberá incluirse en el activo del inventario de la sociedad de gananciales (pronunciamiento tercero del fallo de la sentencia de instancia), la finca denominada "Los Esplégares", sita en Quintana Redonda, Soria.

Se excluirán los gastos ordinarios del pasivo del inventario de la herencia, suprimiendo la referencia a ellos que se hace en el pronunciamiento cuarto del fallo de la sentencia apelada.

Se sustituye, en el pronunciamiento tercero del fallo de la sentencia de instancia, la partida nº 42, es decir las 100 participaciones sociales de la entidad mercantil "Estación 9, S.L.", por el valor real, que no meramente nominal, que tenían las participaciones cuando fueron enajenadas y actualizado dicho importe al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION. Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.



DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ