



Roj: **STS 3411/2005** - ECLI: **ES:TS:2005:3411**

Id Cendoj: **28079110012005100386**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/05/2005**

Nº de Recurso: **4741/1998**

Nº de Resolución: **419/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Mayo de dos mil cinco.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 18 de noviembre de 1998, como consecuencia del juicio declarativo de menor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Vigo sobre diversos extremos, cuyo recurso fue interpuesto por Don Mauricio y D^a Gema, representados por el Procurador, D. Argimiro Vázquez Guillén, siendo parte recurrida D^{ña}. Mariana, representada por el Procurador, D. Eduardo Muñoz Barona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Vigo, D^a Magdalena y D^a Mariana promovieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D^a. Gema y D. Mauricio sobre diversos extremos en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: "a) Que las demandantes son herederas forzosas de D. Rogelio y D^a Marí Jose y por ello con derecho a percibir la porción legitimaria correspondiente a los bienes de los mismos.- b) Que los bienes objeto de compraventa que contienen la Escritura pública de fecha 28/8/95 otorgada ante el Notario D. José Pedro Riol López y el Contrato privado de fecha 22/9/95, forman parte integrante del caudal hereditario de los causantes, y en consecuencia se declare la nulidad de dichos contratos así como la cancelación de las inscripciones que dichas adjudicaciones pudiesen haber causado en el Registro de la Propiedad o en cualquier otro.- c) Y en consecuencia se condene a los demandados a estar y pasar por tal pronunciamiento, restituyendo a las demandantes los bienes hereditarios, tanto muebles como inmuebles, reponiéndolos en su caso a su estado inicial o indemnizando por los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado en los mismos.- d) Que asimismo se restituya a las actoras los bienes de su propiedad existentes en la vivienda paterna.- e) La condena en costas a los demandados."

Admitida a trámite la demanda y comparecidos los demandados, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que "se desestimen en su totalidad las pretensiones de las actoras, o subsidiariamente, para el caso de ser estimadas, se proceda al abono a mis representados de los gastos que acrediten en ejecución de sentencia, como derivados de la adquisición de los bienes objeto de litis y las mejoras realizadas en los mismos, y todo ello con expresa imposición de costas a las demandantes."

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 1997, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que estimando en parte la demanda principal formulada por D^a Mariana y D^a Magdalena representadas por la Procuradora D^a. Ana Pazo Irazu y defendidas por la Letrado, D^a M^a José Gregores Villaverde contra D^a Gema y D. Mauricio representados por el Procurador D. Moisés Cabirta Cadavid y defendidos por el Letrado D. Juan Carlos Vázquez García y sin entrar en la reconvención deducida por D^a Gema y D. Mauricio, representados por el Procurador D. Moisés Cabirta Cadavid y defendidos por el letrado, D. Juan



Carlos Vázquez García contra D^a Magdalena y D^a Mariana representadas por la Procuradora D^a Ana Pazo Irazu y defendidas por la letrado, D^a M^a José Gregores Villaverde, debo declarar y declaro que las demandantes son herederas forzosas de D. Rogelio y D^a Marí Jose y por ello con derecho a percibir la porción legitimaria correspondiente a los bienes de los mismos, absolviendo a los demandados del resto de los pedimentos contra ellos deducidos en el suplico de la demanda principal y debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia en la tramitación de la demanda principal y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia en fecha 18 de noviembre de 1998, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que al acoger parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^{ña}. Mariana, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada en autos n^o 0089/97 del Juzgado de 1^a Instancia n^o 9 y, en consecuencia, estimamos parcialmente la demanda por aquellas formulada en primera instancia y declaramos que el inmueble que ha sido vendido en Escritura de 28/8/95 forma parte del patrimonio hereditario de los causantes de las demandantes -sus padres, D. Rogelio y D^{ña}. Marí Jose -; por ello declaramos la nulidad del contrato de venta referido, la cancelación de la inscripción que se hubiese efectuado en el Registro de la Propiedad a nombre de las demandadas; condenamos a los demandados D^{ña}. Gema y Don Mauricio a restituir a las demandantes -para su integración en aquella comunidad- del inmueble a que se refiere la citada venta.- No se hace condena en costas en ninguna de las dos instancias."

TERCERO.- Por el Procurador de los Tribunales, D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Don Mauricio y D^{ña}. Gema, se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos, todos ellos bajo el amparo del art. 1692,4^o LEC.: Primero.- Por indebida aplicación del art. 1324 del C.c., e inaplicación de los arts. 1381, 1382, 1387 y 1396 del mismo Texto legal en su redacción originaria. Segundo.- Por errónea aplicación del art. 1324 del C.c. y la jurisprudencia que lo desarrolla. Tercero.- Por errónea aplicación del art. 1324 del C.c. y jurisprudencia que lo desarrolla.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, la representación de la parte recurrida, presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de mayo y hora de las 10,30, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A) 1^o) En el F.J. 2^o de la SENTENCIA dictada en el presente Juicio declarativo de Menor Cuantía n^o 89/1997, con fecha 30 de septiembre de 1997 por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE VIGO NUM. NUEVE (9), se señalan como HECHOS PROBADOS, los siguientes:

A) <<Que las demandantes (DOÑA Magdalena y DOÑA Mariana) ostentan la condición de herederas forzosas de DON Rogelio y DOÑA Marí Jose, fallecidos respectivamente el 16-II-62 y (el) 20-XII-95, habiendo sido declaradas herederas abintestato de los mismos en Auto de Declaración de Herederos, de 21-III-96 ..., por cuanto ostentaban la condición de únicos hijos de los causantes, y éstos fallecieron sin otorgar testamento>>

B) <<Que, en fecha 28 de agosto de 1995, DOÑA Marí Jose, otorgó escritura pública de compraventa a favor de su nieta, DOÑA Gema, de una casa de planta baja (en mal estado de conservación), señalada con el n^o NUM000 del BARRIO000, en San Pedro de Sárdoma, mediando como precio de la compraventa el de 1.500.000 ptas., no inscribiéndose la misma en el Registro de la Propiedad y abonándose el Impuesto (correspondiente) ..., haciendo constar el Notario ..., la capacidad legal necesaria que a su juicio tenía la vendedora para formalizar la escritura>>

C) <<Que dicha finca la había adquirido DOÑA Marí Jose, de DOÑA María del Pilar en escritura pública otorgada el 13 de julio de 1955, compareciendo para el otorgamiento D^a Marí Jose, acompañada de su consorte, DON Rogelio, que otorga a su esposa la licencia marital para otorgar la escritura, manifestando en la cláusula 4^a de la escritura, la compradora y su esposo, que la compra se realiza con el producto de la venta de bienes de la propiedad exclusiva de Doña Marí Jose, corroborando el marido que la finca adquirida será parafernala, e inscribiéndose la compra-venta en el Registro de la Propiedad>>

D) <<Que pese al tiempo transcurrido desde la adquisición de la finca de referencia, y desde el fallecimiento de DON Rogelio (1962), fecha en que se produce la disolución de la sociedad de **gananciales** constituida entre éste y DOÑA Marí Jose, nunca hasta la presentación de esta demanda (3-II-97), se había impugnado el carácter privativo del bien.>>



E) <<Que DOÑA Gema ingresó el 30-VIII-95, en la cuenta nº 208.619/0 a nombre de DOÑA Marí Jose en la entidad "Caixa-Vigo" la suma de 1.500.000 ptas. ... siendo cotitular de la indicada cuenta exclusivamente Dª Gema , y por consiguiente, la única persona facultada para proceder con posterioridad al fallecimiento de Dª Marí Jose a la retirada en efectivo los días 15, 20 y 27-IX-95 de la suma de 1.500.000 ptas., y siendo aquélla la única cuenta de Dª Gema en la entidad "Caixa-Vigo", que a su fallecimiento tenía un saldo positivo significativo>>

F) <<No se ha acreditado que el precio de la venta fuera inferior al de mercado para una vivienda de las características de la de la causante ...>>

G) <<Que en el documento privado de fecha 22 de septiembre de 1995, DOÑA Marí Jose , vendió a DOÑA Gema , un panteón compuesto por 2 nichos, sito en el Cementerio parroquial de San-Pedro de Sárdoma, y que pertenecía a la vendedora por concesión del Obispado de Tuy-Vigo, de 11-XII-85 ...>>

H) <<No se ha acreditado ... que el precio de venta del panteón fuera irrisorio>>

I) <<Que DOÑA Gema , y su esposo, en ningún momento pusieron en conocimiento de las actoras las compraventas llevadas a cabo, o solicitaron autorización a las mismas ...>>

J) <<Que el importe de las 200.000 ptas. que se dicen abonadas por la compra del panteón no figura ingresado en fechas próximas a la venta en ninguna de las cuentas de DOÑA Marí Jose .>>

K) <<Que, aún cuando DOÑA Marí Jose llevaba a cabo una vida muy sedentaria, de cama a sillón, manteniendo la autosuficiencia para vestirse y comer, no se ha acreditado en modo alguno que tuviera enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección ...>>

L) <<Que las demandantes no han especificado y detallado en su demanda, ni acreditado en este procedimiento, cuáles eran los bienes muebles que dicen existentes en la vivienda en su momento vendida a DOÑA Gema , propiedad de DOÑA Marí Jose , ni tampoco cuáles eran los bienes muebles propiedad de las actoras que decían existentes en la vivienda citada ...>>

2º. La Sentencia del Juzgado, estima la demanda en parte, declarando que las demandantes son herederas forzosas de DON Rogelio y de DOÑA Marí Jose , con el derecho que, por ello les corresponde, a percibir la porción legitimaria correspondiente en los bienes de los mismos, y rechazando el resto de los pedimentos de la referida demanda (los 2º, 3º y 4º de élla), por lo que no entra a conocer de la reconvención contra las mismas planteada, y sin hacer declaración expresa sobre las Costas procesales. Previamente, deniega las peticiones de demanda, sobre la nulidad o ineficacia de la venta hecha del edificio, y sus muebles, y del nicho, objeto del proceso, sobre falta de consentimiento de la cónyuge superstite al momento de las ventas (incapacidad mental), así como de la de falta de causa en las transmisiones por falta de precio, no acogiendo que tales bienes tuvieran carácter **ganancial** en el patrimonio de los padres, por no deber aplicarse el actual texto del art. 1324 C.c ., al no estar vigente cuando las transmisiones (o la liquidación de la sociedad de **gananciales**) se produjeron, o haber prescrito la acción, y que, de aplicarse el mismo, entiende que no se daba el perjuicio para los herederos forzosos.

b) 1.- La SENTENCIA de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, "Sección 1ª", que conoce del Recurso de APELACION planteado contra la del Juzgado por la parte actora, y dictada con fecha 18 de noviembre de 1998, determina, en su F.J. 1º, sobre el planteamiento por la parte actora de sus pretensiones, que <<las demandantes pretenden la restitución de los bienes a que la demanda se refiere (casa y panteón), de los que su madre dispuso en favor de los demandados, invocando para ello: a) la falta de consentimiento de la disponente, a causa de su estado de salud, que le impedía consentir válidamente; b) la falta de causa, evidenciada por la falta de precio de la compra-venta; c) la indisponibilidad de tales bienes por la vendedora -a la sazón en estado de viudez-, a causa de ser bienes **gananciales**, por lo que, para disponer de ellos necesitaba del consentimiento y concurso de los demás integrantes de la comunidad de herederos (es decir, de sus hijas, las ahora demandantes).>>

2.- La referida Sentencia, deniega las causas de ineficacia traslativa, o de nulidad, alegadas, en dichas ventas, en lo concerniente a falta de consentimiento en la transmitente (incapacidad psíquica) y de falta de causa, por falta de precio, y en cuanto a si los bienes transmitidos son o no **gananciales**, declara, respecto a la casa, que sí lo era, de acuerdo con el art. 1324 C.c ., y la jurisprudencia anterior a su actual texto vigente (S.S. de esta Sala, citadas, de 2-II-51 y 28-X-65), pues la confesión de ganancialidad no producía efecto respecto a terceros, o legitimarios perjudicados por élla, sino sólo entre los propios cónyuges, y sus restantes herederos que se encuentren sin sufrir perjuicio, declarando además que las ventas hechas iban en perjuicio de la legítima de las demandantes, y no aplicaba esta doctrina respecto a los nichos del cementerio, declarando válida su transmisión; y por ello, acogía parcialmente el Recurso planteado, y estimaba también en parte la demanda, declarando que el inmueble objeto de la misma (casa), vendido, formaba parte del patrimonio hereditario de los causantes de las demandantes, y declaraba asimismo la nulidad de la venta del inmueble, con la consiguientela



cancelación, por nulidad, de la inscripción registral correspondiente, condenando a los demandados a restituir a la actora, para su integración en las comunidad hereditaria, del inmueble; y sin declaración sobre las Costas procesales, en ninguna de las instancias.

c) Contra la indicada Sentencia, la parte demandada interpone Recurso de CASACION ante esta Sala, en petición de que se case y anule la misma y se dicte otra más ajustada a derecho, conforme a lo que ya tenía en su día pedido, y plantea al efecto 3 motivos, todos los que conduce casacionalmente por la vía del nº 4º del art. 1692 LEC . (infracción de las normas jurídicas o de la jurisprudencia que sirvan para decidir los puntos objeto del debate), y los desarrolla de esta forma: el 1º, por infracción del art. 1324 C.c., en relación con los 1381, 1382, 1387 y 1396 del mismo texto legal en su redacción originaria, pues la Audiencia entendía que era aplicable al caso el primero de dichos preceptos en su redacción actual a partir de la reforma de 1975 (y posterior de 1981), y por ello calificaba los bienes transmitidos de **gananciales**, pese al reconocimiento que, de su privacidad, se hacía expresamente por el esposo en favor de su mujer en la escritura de la adquisición de su propiedad, con el carácter de parafernial, a pesar de que, dada la fecha de la adquisición del bien (13 de julio de 1955), o de la liquidación de la sociedad de **gananciales** de los mismos, por fallecimiento del esposo (16 de febrero de 1962), tal redacción no existía, y no existía en el C. civil precepto alguno de similar contenido, por lo que, de la redacción anterior de los arts. 1381, 1382, 1387 y 1396, debía entenderse que la finca era propiedad de DOÑA Marí Jose , con el carácter de parafernial, por haberla pagado con bienes de su propiedad, aún sin tener en cuenta la confesión que a tal efecto había hecho el marido; el 2º, por interpretación errónea del art. 1324 C.c . y de la jurisprudencia que lo desarrollaba, aparte de lo dicho en el motivo anterior, pues el carácter parafernial del inmueble derivaba, sin ninguna duda, y de acuerdo con la prueba practicada, del hecho de haber sido adquirido con bienes propiedad de la esposa: se seguía diciendo que los antecedentes del art. 1324 C.c . derivaban de la doctrina de la dote confesada, que siempre había tenido fuertes garantías de restitución, con hipoteca tácita en favor de la esposa, que le otorgaban preferencia sobre todas las de igual clase, e incluso sobre las expresas de fecha posterior a su constitución, según la Ley de Partidas, evitándose, según la doctrina entonces imperante, los posibles fraudes del marido frente a terceros, los que podían impugnar su reconocimiento hecho por confesión del mismo, y así, la L.H. de 1861 establecía que la entrega al marido de los bienes de la dote, en virtud de confesión del marido, no era eficaz frente a terceros, llegándose así al caso actual de reconocimiento de bienes parafernales, para que el marido los administrase o para desvirtuar la presunción de pertenecer a la comunidad de **gananciales**, manifestándose en este caso, además, en la escritura pública su adquisición con bienes propios de la mujer, incluso en testamento, lo que perjudicaba a los acreedores, e incluso la prohibición entonces de la donación entre cónyuges, sentando la doctrina más acreditada y la jurisprudencia que tales declaraciones sólo vinculaban a los esposos y a sus herederos, mientras no resultaran lesionadas sus legítimas, y como en la reforma de 1981 se suprimió la prohibición de las donaciones entre cónyuges, ello produjo la actual redacción del art. 1324, por lo que el reconocimiento del marido en favor de la mujer servía para justificar el cobro de dinero que procedía de la misma, o era simplemente confirmatorio de su privacidad, evitando a la larga pruebas muy difíciles de realizar; y el 3º, otra vez, por errónea e indebida aplicación del art. 1324 dicho, incluso en su redacción actual, según el que la confesión, en el sentido que se indica, respecto a la calificación de los bienes transmitidos, hecha por un cónyuge, no puede perjudicar a los herederos forzosos del confesante, pero en el caso presente, no procedía la nulidad de la transmisión posterior, con esa calidad, pues, al estar declarado que el precio no era irrisorio, su importe debió pasar al patrimonio de la causante, no pudiendo resolverse, como hacía la Audiencia, que la prueba de la no existencia de otros bienes en el patrimonio de la causante corresponde a los demandados, que no eran parte en la herencia, de donde derivaba que no había perjuicio para los herederos forzosos.

SEGUNDO.- La Resolución de la Audiencia tiene su fundamento jurídico final en que, dejando a un lado las restantes reclamaciones de las actoras, en relación con el inmueble de que se trata (los nichos del cementerio quedan ya excluidos de la reclamación que inicialmente se hace también), sobre falta de consentimiento de la vendedora (madre de las actoras), por incapacidad mental, y de falta de causa por no existencia de precio en el contrato de transmisión de aquél a tercero, en definitiva, dicho bien debe ser jurídicamente calificado como de **gananciales**, y que fue nula e ineficaz su referida disposición, por hacerlo la transmitente como bien parafernial, de su exclusiva propiedad, aspecto éste al que se limita el actual Recurso, por lo que debe decidirse aquí si ese bien, en el momento de su adquisición de terceros (1955) era bien de propios de la misma o común perteneciente a la sociedad de **gananciales** del matrimonio, y si, al momento de la liquidación de ésta, por fallecimiento del marido (1962), debió practicarse dicha liquidación o partición, incluyéndolo en ella, ya que, al ser vendido por la cónyuge sobreviviente (1995), en este último caso, y partiendo de su condición de **ganancial** o común, ella carecía para transmitirlo de facultades legales sin el concurso, que no se dió, de las herederas del marido (las actoras). Dicha Sentencia, entiende, pues, como se ha relatado anteriormente, y ello en aplicación del art. 1324 C.c ., en su vigente redacción, o de la jurisprudencia existente anteriormente a la misma, para el supuesto que se estudia (cita la misma las S.S. de esta Sala, de 2-II-51 y 28-X-65), que, al no constar la existencia de otros bienes, se perjudica la legítima de las herederas reclamantes, por lo que debe volver a



integrarse en el patrimonio hereditario partible, y debe valer la presunción de ganancialidad sobre los mismos, por no estar probada, al momento de su adquisición, la subrogación real del nº 4º del antiguo art. 1397 C.c., entre el bien referido y el patrimonio existente en el dominio de la esposa, que se emplea para su adquisición, y sin que sirva la confesión sobre su privacidad (parafernalidad) de los mismos hecha por el marido, dada la existencia de la excepción que limita los efectos de la referida confesión.

TERCERO.- Los 3 motivos del Recurso, coinciden en el tema así planteado (olvidando cualquier otro punto ajeno al mismo), y que en el comienzo del proceso fue también propuesto, refiriéndose el 1º a la inaplicabilidad del art. 1324 en su actual redacción, pues la anterior a 1975 sería la que procedía; el 2º, si bien con una referencia externa a la similitud del caso con el de la dote confesada (mediando, completándola, también la prohibición, entonces vigente, de las donaciones entre cónyuges), para llegar a una situación legal similar a la aplicada por el Tribunal "a quo", pero desmarcándose de ella, dado que, si bien se trataba de evitar los continuos fraudes a acreedores y legitimarios perjudicados, con la confesión, en documento público, de la existencia de la referida dote, no obstante, si no se le daba validez, se perjudicaba, como en este caso, la posibilidad de probar, sobre todo si se trataba de un tercer adquirente, ajeno al círculo de la herencia, la subrogación real que se producía (bienes propios con los que se adquiere el nuevo, objeto de la calificación sobre su ganancialidad o privacidad) a partir de la existencia de los bienes propios que servían para el cambio; y el 3º, en relación a que la confesión del esposo, sobre esa privacidad de los bienes de los que derivaba la adquisición del puesto en discusión, partía de reconocer que los mismos existían, y que ello se había olvidado en la Sentencia.

CUARTO.- Planteado así el Recurso, y reducido éste, en el conjunto de sus tres motivos, a la determinación de la aplicación al presente caso, bien del vigente art. 1324 C.c., o de sus antecedentes del mismo Código conforme a la jurisprudencia anterior que contemplaba el mismo supuesto aquí deducido, en definitiva, al valor que deba darse a la confesión (aquí realizada) del marido, hecha en documento público de compraventa de un bien, por la que el mismo atribuye a dicha cosa la calidad de parafernalia o privativo de la esposa, en base a una, también, declaración genérica de que está adquirido con bienes procedentes del patrimonio de la mujer (con lo que se daría la subrogación real de un bien por otro, del art. 1346-3º C.c., en su redacción actual y en el 1396-4º del mismo, en su texto anterior). El Recurso debe ser rechazado, en base a las siguientes consideraciones, en las que se responde a todos los motivos planteados:

A) Es cierto, como punto de partida, que la redacción del actual art. 1324 dicho es nueva, y que no se corresponde con ningún precepto de la anterior redacción de dicho Cuerpo legal, atinente a la materia en él regulada, anterior a 1975 (y cuyo texto actual se dió por Ley 11/1981, de 13 de mayo), por lo que, produciéndose la compraventa de que se trata en 1955, y en 1962 el fallecimiento del esposo, en cuyo momento se produjo, por efecto legal, la extinción, procediendo la liquidación de la sociedad matrimonial de **gananciales**, será en aquél momento, o en éste, cuando la fecha influye en la calificación del referido bien, como común o particular, y se daría la procedencia, o no, de la partición de los **gananciales**, en cuyo instante entraría en acción la participación de las herederas, hoy reclamantes, para cualquier enajenación de algún bien, aún no adjudicado, por pertenecer a una comunidad de bienes, de la que forme parte.

B) Lo que debemos preguntarnos, a partir de entonces, y ante la inexistencia en su momento de un precepto del Código tan claro como el hoy vigente, el indicado, a qué otro precepto o preceptos debemos acudir, para resolver tal cuestión, y si la jurisprudencia resolvió el tema, y en qué sentido, debiendo decir, al efecto, lo siguiente:

1.- El precepto al que, en la redacción vigente al momento que se indica, debía acudirse para resolver la cuestión, por su generalidad, y las deducciones jurisprudenciales que del mismo derivaban, es el antiguo art. 1407 C.c., que sentaba la regla general (presunción legal) de "ganancialidad" de los bienes adquiridos durante el matrimonio, salvo prueba en contrario, estando ésta siempre a cargo de la persona beneficiada para la posible calificación de "privacidad" contraria.

2.- Las jurisprudencia recaída en torno a tal precepto, remarcaba la fuerza de la presunción establecida, e imponía una fuerte carga probatoria a quien pretendiera ampararse en la excepcionalidad que el mismo recogía (vid. S.S. de esta Sala, del periodo de su aplicación, de 13-XI-17, 2-II-25, 31-III-30 y 21-XI-50).

3.- En base a la fuerza impuesta a la regla precedente (aunque como presunción "iuris tantum", que admite prueba en contrario), la doctrina jurídica remarcó, al estudiar dicho precepto, que para destruir tal presunción, no bastaba la confesión que el marido hiciera en la escritura de compra de haberse realizado la adquisición con dinero de la mujer, pues ha de constar esa procedencia, para que pueda perjudicar a tercero, por medios distintos de la confesión de los cónyuges, habiendo de ser por lo general, la prueba documental y pública la precedente, ya que no en vano se trata de contrarrestar una presunción legal, contra la cual son ineficaces presunciones de signo contrario. En tal sentido, las S.S. de esta Sala (no sólo las citadas en la recurrida, de 2-II-51 y 28-X-65), sino otras al efecto dictadas, van en ese sentido, y así, dicen las de 19-XII-57 y 24-XI-60, que,



para desplazar la presunción legal que favorece el carácter común de los bienes del matrimonio, se requiere prueba expresa de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges. Por su parte, la S. de 28-XI-53, recalcó que, en los supuestos de subrogación real (art. 1396-4º, antiguo) no se toman en consideración las personas de los cónyuges que realicen la adquisición de los bienes, ni el carácter con que intervenga el marido que administre la sociedad de **gananciales**, pues en tales eventos rige y gobierna la calificación jurídica de los bienes tan sólo el elemento objetivo o de procedencia de lo utilizado para la sustitución de unas cosas por otras, según se infiere claramente de los arts. 1396 nº 4º y 1401 nº 1º; terminando la de 14-XI-60, que declara inaplicable al caso la analogía, que ésta nunca podría jugar en materia como la presente en que el legislador se pronuncia sin titubeos a favor de la comunidad de **gananciales**.

C) En definitiva, y respondiendo ya, por último, a los motivos 2º y 3º del Recurso, la dificultad de probar (como se dice, sobre todo en aquél), al cabo de los años, por la persona adquirente de los bienes, en la mayor parte de los casos ajena al círculo hereditario del transmitente que actúa en el área de la excepción a la regla de la "ganancialidad", debe ser evitada con la cita en la escritura en la que el marido hace la confesión de "privaticidad", de la procedencia del dinero o de los bienes objeto de la subrogación o sustitución, citando los mismos, por lo que la reseña de la procedencia, sin más, de bienes parafernales, es atribuible a la persona que la hace, de la que el actual adquirente la recibe; por lo que, al tercer adquirente sólo le valdrá el amparo, en su caso, de su carácter de "tercero hipotecario", bajo la protección del Registro de la Propiedad, que aquí no se reclama.

QUINTO.- Al rechazarse el Recurso, deben imponerse las COSTAS derivadas del mismo, a la parte recurrente (art. 1715-3 LEC).

VISTOS los preceptos legales citados y de general y pertinente aplicación al caso.

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

FALLAMOS

Debemos desestimar y DESESTIMAMOS el Recurso de CASACION, interpuesto en las presentes actuaciones por la representación procesal de los recurrentes (demandados-apelados), DON Mauricio y DOÑA Gema, contra la SENTENCIA, dictada en las mismas por la ILTMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, "Sección 1ª", de fecha 18 de noviembre de 1998, en autos de Juicio declarativo de Menor Cuantía nº 89/97, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia de Vigo nº 9, declarando NO HABER LUGAR al mismo; y con expresa imposición de las COSTAS derivadas del presente Recurso, a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.-FRANCISCO MARIN CASTAN.-RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES.- Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.