



Roj: **STS 1590/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:1590**

Id Cendoj: **28079110012007100299**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/03/2007**

Nº de Recurso: **1891/2000**

Nº de Resolución: **354/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CLEMENTE AUGER LIÑAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Marzo de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, recurso de casación contra el Auto de 14 de enero de 2000, dictado en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Sexta (rollo nº 2523/99-R), siendo el presente recurso de casación interpuesto por D^a. Araceli , representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Infantes Sánchez, y siendo parte recurrida comparecida en el rollo de casación D^a Beatriz , D^a María Cristina , D. Tomás , D. Baltasar y D^a Rebeca , representados por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Deleito García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Sevilla fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía nº 161/1990 , dimanante de juicio de testamento, promovidos a instancia de D^a Araceli , contra D^a Olga , D^a Beatriz y D^a María Cristina .

Por D^a Olga se promovió el 21 de febrero de 1990 juicio de testamento, a fin de que se practicase la división de la herencia de D. Ildefonso . Tras formación de inventario y junta de herederos, la demandante, D^a Araceli , mostró su disconformidad con las pretensiones de la solicitante y la continuación del juicio de testamento, y dando traslado para proceder a formalizar la demanda, presentó la misma, solicitando al Juzgado lo siguiente: A) Se declare la calificación y determinación de la cuantía de los bienes a que hace referencia el cuerpo de este escrito como pertenecientes a la sociedad de gananciales formada por la demandante y su fallecido esposo y se condene a estar y pasar por esta declaración a doña Olga , y a doña Beatriz y doña María Cristina y especial a la primera de las demandadas doña Olga se condene a estar y pasar por el carácter de propiedad pro indiviso de la sociedad de gananciales de la finca urbana reseñada, vivienda habitual de la familia y el derecho de la demandante a que se incluya en su haber esta vivienda o, en su caso, el derecho a constituir el derecho de uso y habitación sobre la misma. B) Se declare el derecho de la demandante doña Araceli al percibo de las prestaciones como beneficiaria del seguro de vida de grupo suscrito, como tomador, por la empresa "Guillete Española, S.A." con la compañía de seguros "Swiss life España" cuyo asegurado era su fallecido esposo don Ildefonso y, en su caso, si las citadas prestaciones han sido abonadas a las demandadas doña Olga , doña Beatriz y doña María Cristina , éstas sean condenadas a la entrega a la demandante de las cantidades recibidas indebidamente, por el concepto citado de prestaciones del referido seguro de vida. C) Se condene en costas a las demandadas.

Las demandadas D^a Beatriz y D^a María Cristina , contestaron la demanda, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideraron oportunos, terminaron solicitando la desestimación íntegra de la demanda y la declaración de no haber lugar a los pedimentos de la misma en cuanto afectasen a las citadas demandadas, con expresa imposición de costas a la parte actora. Asimismo, contestó la demanda D^a Olga , solicitando el dictado de sentencia en la que: "A) Se declare que todos los bienes relacionados en el Hecho segundo de esta contestación, que se dan aquí por reproducidos, tienen el carácter de privativos de D. Ildefonso . B) Desestime todas las peticiones efectuadas en la demanda, absolviendo de las mismas a mi mandante.



C) Condene en costas a la actora. D) Realice cuantos demás pronunciamientos se deriven de los Hechos y Fundamentos Jurídicos de esta contestación, que fueren procedente en justicia que pido".

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 10 de octubre de 1991 , fallando lo siguiente:

"Que desestimo la demanda promovida por la Procuradora doña María del Carmen Díaz Navarro en representación de doña Araceli frente a doña Olga ; doña Beatriz y doña María Cristina , a las que absuelvo de la pretensión.

Estableciéndose la prevención de que, una vez firme esta resolución, los contendientes retornarán al juicio voluntario de testamentaría, quedando fijado el inventario según los datos relacionados en el cuerpo de los Fundamentos de Derecho de esta resolución, en cuanto a su activo y a su pasivo, producida la disolución de la sociedad legal de gananciales, Con la atribución expresada de los bienes que ostentan carácter privativo del causante, y carácter propio exclusivo de las personas de las demandadas; que no se comprenderán ni como privativos ni como gananciales en el inventario".

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por D^a Araceli , y, sustanciada la alzada, al n^o de rollo 1829/1991, la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Sexta, dictó Sentencia con fecha 8 de junio de 1992 , cuyo fallo es como sigue: "Que sin hacer expresa imposición al apelante de las costas originadas en esta segunda instancia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada que con fecha diez de octubre de mil novecientos noventa y uno , dictó el Il^{mo}. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia número nueve de los de Sevilla".

La Sala Primera del Tribunal Supremo dictó Sentencia el 18 de septiembre de 1991, en el recurso de casación n^o 3090/1992 , cuyo fallo fue el siguiente: "Que debemos declarar y declaramos haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por D^a Araceli contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 8 de junio de 1992 , la cual casamos y anulamos en parte, revocando parcialmente la dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o 9 de Sevilla de fecha 10 de octubre de 1991 , en los términos explicitados en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia, los cuales se dan por reproducidos, confirmándola en el resto no incompatible. Sin condena en costas a ninguna de las partes en primera instancia y apelación, ni en este recurso. Con devolución del depósito constituido".

SEGUNDO.- Por Auto de 24 de abril de 1997, el Juzgado de 1^a Instancia n^o 9 de Sevilla acordó declarar terminado el juicio de menor cuantía, continuando el voluntario de testamentaría.

El 23 de febrero de 1999 el Juzgado de 1^a Instancia n^o Nueve de Sevilla, dictó Auto, en el que se acordó que "Procede fijar el derecho usufructuario de la Sra. Araceli en 2.712.490 pesetas; asimismo concretar la cuota ganancial del piso adquirido por D. Ildefonso en 1,557 % del valor total del inmueble, considerando la misma como activo, y siendo el pasivo la misma cuota en la deuda representada por el precio aplazado según el fundamento cuarto de esta resolución, y dejando a las partes la vía que consideren oportuna para debatir el resto de las cuestiones planteadas en relación con la disolución de la sociedad de gananciales".

El citado Auto fue recurrido en apelación por D^a Olga ; D^a Beatriz y D^a María Cristina . Producido el fallecimiento de D^a Olga el 3 de junio de 1999, D. Baltasar , D. Tomás y D^a Rebeca fueron tenidos por parte en la apelación como herederos de la fallecida. Dicha apelación fue resuelta por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Sexta, mediante Auto de 14 de enero de 2000 , objeto del presente recurso de casación, en el que se acordó lo siguiente: "Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Rebeca , D. Tomás y D. Baltasar , herederos de D^a Olga y D^a Beatriz y D^a María Cristina , revocar parcialmente la resolución objeto de este recurso y acordar que el Juzgado de procedencia debe continuar conociendo del presente procedimiento del que solo resta el pago en metálico a la Sra. Araceli del usufructo viudal y el pago en metálico del líquido de la liquidación de la sociedad de gananciales. Satisfechos los cuales deberán ser entregados los bienes a los herederos, hoy apelantes. No haciendo pronunciamiento sobre las costas de esta alzada".

TERCERO. El Procurador de los Tribunales D. Manuel Infantes Sánchez, en nombre y representación de doña Araceli , formalizó recurso de casación contra el Auto dictado por la Audiencia Provincial Sevilla, Sección 6^a, de 14 de enero de 2000 , que articula en un único motivo, que se enuncia en los siguientes términos:

"Motivo único del recurso. Se residencia en el art. 1692.4^o y se alega infracción de los artículos 3.1, 1354, 1357.2^o y 1406.4^o y 1407, todos ellos del Código Civil y en la Sentencia recaída en Casación de esta misma Sala de fecha 7 de junio de 1996 , en relación a la pretensión del cónyuge sobreviviente de que de acuerdo con la calificación realizada en la citada sentencia, como "vivienda familiar", donde convivía con su difunto esposo y como un bien en parte privativo del marido y en parte ganancial de ambos, por haberse adquirido por el fallecido marido en estado de soltero y por haberse realizado un pago del préstamo hipotecario constante matrimonio con cargo al patrimonio de la sociedad de gananciales".



CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, el Procurador de los Tribunales D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de D^a Beatriz , D^a María Cristina , D. Tomás , D. Baltasar y D^a Rebeca , se opuso al recurso de casación.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo de 2007, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El motivo único en que se articula el presente recurso de casación se enuncia del siguiente modo: "Motivo único del recurso. Se residencia en el art. 1692.4º y se alega infracción de los artículos 3.1, 1354, 1357.2º y 1406.4º y 1407, todos ellos del Código Civil y en la Sentencia recaída en Casación de esta misma Sala de fecha 7 de junio de 1996 , en relación a la pretensión del cónyuge sobreviviente de que de acuerdo con la calificación realizada en la citada sentencia, como "vivienda familiar", donde convivía con su difunto esposo y como un bien en parte privativo del marido y en parte ganancial de ambos, por haberse adquirido por el fallecido marido en estado de soltero y por haberse realizado un pago del préstamo hipotecario constante matrimonio con cargo al patrimonio de la sociedad de gananciales".

Siendo un Auto dictado en grado de apelación en ejecución de sentencia, no cabe sino amparar el recurso de casación en el art. 1687.2º de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, y no en el ordinal 4º del artículo 1692 de la misma Ley Procesal , lo cual podría reputarse ya constitutivo de causa de inadmisión, lo que acarrearía la desestimación del recurso en esta fase procesal. No obstante, teniendo en cuenta que en el escrito de preparación del recurso de casación se invocaba el art. 1687.2º de la LEC , y dado que lo planteado en el desarrollo argumental del motivo es la pretendida oposición del Auto impugnado a lo resuelto en la Sentencia de esta Sala de 7 de junio de 1996 , recaída en el recurso de casación nº 3090/1992, considera esta Sala oportuno pronunciarse sobre el motivo de casación formulado, si bien atendiendo estrictamente al ámbito objetivo de este especial recurso de casación, esto es, examinando la posibilidad de que el Auto impugnado resuelva puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado.

Argumenta la parte recurrente, en síntesis, que el pago en metálico de la liquidación resultante de la sociedad de gananciales contradice, en un punto sustancial, la sentencia ejecutoriada, que precisamente es la dictada en casación por esta misma Sala el 7 de junio de 1996 , alegando que en esta Sentencia se otorgaba el carácter de vivienda familiar o destino de hogar familiar a la vivienda de la Casa núm. NUM000 y NUM001 de la RONDA000 de Sevilla, en aplicación del artículo 1354 , en relación con el art. 1357, del Código Civil , derivándose de ello el derecho del cónyuge sobreviviente a que se incluya en su haber, en base a los artículos 1406.4º y 1407 del Código Civil , lo cual en el Auto recurrido se le niega, al pretenderse una mera compensación o pago en metálico. Entiende la parte recurrente que el Auto recurrido obvia la calificación de "vivienda familiar" que declara la Sentencia; que el art. 1406.4º del Código Civil es aplicable al caso, a pesar de lo expresado por la sentencia de instancia de que la viuda "había dejado de habitarla", pues ello se justificaría por el reciente óbito del marido, dolor viudal y necesidad de consuelo de los familiares; que la norma al referirse "donde tuviese la vivienda habitual", alude claramente al momento de fallecimiento del causante y también al concepto de residencia y no al de permanencia ininterrumpida en la vivienda; que los presupuestos de aplicación del art. 1406.4º del Código Civil son el carácter ganancial de la vivienda, que hubiera sido residencia habitual u hogar familiar de los cónyuges, aunque no lo sea en el momento de partición o liquidación de la masa ganancial, y el fallecimiento de un cónyuge con anterioridad a la liquidación del haber ganancial, cualquiera que hubiera sido la causa de su disolución; que dicho art. 1406.4º contiene un motivo de humanidad para mantener al cónyuge supérstite en el que fue hogar familiar, y el vivir temporalmente la viuda con sus padres no supone inaplicación de este precepto, ni la renuncia de la viuda a este derecho. En el suplico del recurso, se pide a la Sala que "se resuelva la única cuestión que permanece en disputa, relativa a la adjudicación de la vivienda familiar a la viuda, en el sentido de acordar tal adjudicación a la misma".

En el escrito de impugnación del recurso, la parte recurrida aduce, en resumen, que el valor de la citada vivienda se estableció, por acuerdo de las partes, en 8.700.000 pesetas (en la actualidad, 52.288, 05 euros), y dado que, con cargo a la sociedad de gananciales, se había hecho un solo pago a cuenta del precio aplazado de 135.511 pesetas (esto es, 814,44 euros) la participación de la sociedad de gananciales en la adquisición de la vivienda fue del 1,557%. De las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, se alega, resulta que correspondería a la Sra. Araceli la cantidad de 349,89 euros, operaciones que nunca fueron contestadas de contrario sino aceptadas por la recurrente, y que con fundamento en esa exigua cuota y en los artículos 1406.4º y 1407 del Código Civil , se pretende la adjudicación de la citada vivienda. Se argumenta, asimismo,



que aún cuando dichos preceptos tiendan a proteger más al cónyuge viudo, que al patrimonio del ascendiente, tal apreciación no es de aplicación al caso porque la Sra. Araceli , una vez fallecido su esposo, abandonó dicha vivienda y dejó de habitarla, transcurriendo al tiempo del escrito de impugnación 13 años sin que la haya vuelto a ocupar, no necesitando dicha vivienda para residir y que, en este aspecto, no necesita especial protección; que la Sra. Araceli se ha desentendido desde la fecha de fallecimiento del causante de atender, en el porcentaje que le correspondía, el precio aplazado del préstamo hipotecario y todos los gastos generales, suministros y tributos que recaen sobre la vivienda; que la vivienda sólo es ganancial en un 1,557 %, integrándose el resto en el patrimonio privativo del causante y, en su consecuencia, en su caudal relicto; que es preciso que el cónyuge viudo resida en la vivienda en el momento de la liquidación y adjudicación de bienes. En definitiva considera ajustado a derecho el Auto recurrido, solicita la desestimación del recurso de casación.

Con carácter preliminar, antes del concreto examen de lo alegado en el motivo de casación, y teniendo presente que la impugnación gira en torno a un piso que se adquirió en estado de soltero, por el difunto esposo de la recurrente, cuyo pago aplazado se hizo en parte después del matrimonio (se trata de un único plazo), al que se aplica el art. 1354 del Código Civil , entendiendo la recurrente que, por ello, también se le ha aplicar en la partición lo establecido en el art. 1406.4º del Código Civil , resulta conveniente exponer una serie de antecedentes relevantes para la decisión del presente recurso, porque sirven para situar la cuestión objeto del recurso, y determinar si puede considerarse incluido en el ámbito de la modalidad de recurso de casación contemplada en el art. 1687.2º de la LEC :

A) El procedimiento de cuya ejecución dimana el presente recurso de casación es un juicio declarativo de menor cuantía, seguido al nº de autos 161/1990 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Sevilla, promovido por la ahora recurrente, procedimiento que, a su vez, trae causa de un juicio voluntario de testamentaría instado por una de los herederos, Dª Olga , madre del causante, D. Ildefonso , al oponerse la recurrente Dª Araceli , a la sazón cónyuge viuda del causante, a las pretensiones de los herederos. En la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Sevilla, el 10 de octubre de 1991 se razonaba (F. de derecho segundo, folios 415 y 416), al respecto de la calificación jurídica de los bienes integrantes del caudal hereditario, en lo que se refiere a, piso vivienda de la Casa núm. NUM000 y NUM001 de la RONDA000 de Sevilla, inscrito por el causante, en estado de soltero, en los siguientes términos: "ofrece un carácter de privativo, por cuanto los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges, antes de comenzar la sociedad tienen carácter privativo, aunque la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga durante el matrimonio con carácter ganancial -art. 1357 -; en lógica razón a que el derecho nacido del contrato de compraventa, anterior a la sociedad, tenía que ser privativo; es cierto, conforme a la regla legal, que se exceptúa de la anterior regla las compras de la vivienda familiar y del ajuar, a las cuales se aplica el art. 1354 , que hace una distinción entre aportación privativa y ganancial; pero esta norma, interpretada conforme al sentido progresivo y realista del art. 3, apartado 1 del Título Preliminar del CC , resulta inaplicable al supuesto planteado, por cuanto el inmueble fue adquirido sin destino especial por el después causante, aunque al disponer del piso lo destinara libremente a residencia familiar; siendo el importe de la cantidad pendiente de pago del precio -o préstamo hipotecario - el carácter de deuda de la sociedad de gananciales. Pero lo que resulta evidente es que dicho plazo no está sometido a la norma del art. 1406 del CC sobre adjudicación preferencial, porque dicha vivienda fue destinada por voluntad del causante a residencia familiar, que ha perdido, tan pronto como la señora viuda ha dejado de habitarla, trasladando su residencia -según la testifical y su propia confesión, en la posición onceava (sic)- al domicilio de sus padres en la CALLE000 Núm. NUM000 de Alcalá de Guadaíra - Sevilla-".

B) Recurrída en apelación dicha Sentencia por la Sra. Araceli , la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia desestimatoria el 8 de junio de 1992 (rollo de apelación 1829/1991), en la que, tras advertir que el procedimiento había sufrido anomalías, al no haberse practicado en la testamentaría las operaciones de inventario, avalúo y división, por lo que la decisión no podía versar sobre todo lo que no fuera atinente a la formación de inventario, y más en concreto debía referirse la decisión a la consideración con que debían ser incluidos en el inventario los bienes del causante, el piso vivienda antes referido, cuentas corrientes y quién debía considerarse beneficiaria de un seguro de vida del causante (F. de derecho primero y segundo, folios 434 y 435). En lo relativo al piso vivienda de la Casa núm. NUM000 y NUM001 de la RONDA000 de Sevilla, en el fundamento de derecho tercero la Audiencia razonaba del siguiente modo: "Adquirido por el causante, el piso vivienda y su garage, en estado de soltero, aún admitiendo que alguno de los plazos para el pago del precio aplazado con garantía hipotecaria, uno de ellos, se haya podido hacer con dinero ganancial, la aplicación de la regla establecida por el artículo 1357 del Código Civil hace concluyente la consideración de bien privativo del causante. Frente a esta conclusión, pretende la actora en el juicio declarativo ordinario, referir el supuesto al contemplado en el artículo 1354 apoyándose en la excepción que de la vivienda hace el citado 1357 en relación con el 1354. Pero, abstracción hecha de que fue un sólo plazo el que fue pagado con carácter ganancial, lo que conduciría a considerar como tal sólo una muy reducida proporción, lo cierto es que, como resalta la sentencia recurrida, la aplicación de la excepción resulta artificiosa si se contemplan las circunstancias caracterizadoras



de la hipótesis, fechas de adquisición del inmueble y del matrimonio del causante, carencia de destino inicial y disposición muy posterior para residencia familiar; todo ello sin perjuicio de la posible consideración como deuda de la sociedad de gananciales. Por otra parte se intenta traer a colación por la viuda del causante al tratar sobre este inmueble, la preferencia establecida en el número 4º del artículo 1406 del Código Civil ; más al llegar a este punto incide calificadamente la indicación que, a manera de advertencia, fue hecha al principio, porque tal preferencia, como incluida en las reglas que regulan la liquidación de la sociedad de gananciales, ha de quedar obligadamente al margen de esta resolución puesto que, por lo dicho entonces, todo lo que afecta a la liquidación adjudicación o inclusión en los haberes respectivos, ha de reportarse para una fase posterior a la formación de inventario que confina el marco y la materia propia del juicio declarativo tramitado".

C) La Sentencia dictada por la Audiencia el 8 de junio de 1992 fue recurrida en casación ante esta Sala, por D^a Araceli -recurso de casación nº 3090/1992-, dictándose Sentencia el 7 de junio de 1996 , que es la que precisamente se alega contrariada por el Auto, cuya impugnación casacional nos ocupa, en la que se acordó haber lugar en parte al parte al recurso de casación, casando y anulando la dictada por la Audiencia, y revocando parcialmente la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Sevilla de fecha 10 de octubre de 1991 , en los términos explicitados en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia, confirmándola en el resto no incompatible. Tal revocación parcial afecta precisamente al pronunciamiento relativo a la calificación del antes citado piso, siendo menester reproducir los fundamentos de derecho segundo y quinto de la citada Sentencia de esta Sala:

"SEGUNDO.- El motivo primero, al amparo del art. 1692.4º LEC , denuncia infracción de los arts., 3.1, 1354, 1357, párrafo 2º, y 1406, todos del Código civil , en tanto que la sentencia recurrida no da la eficacia legalmente prevista -exponiendo en síntesis la argumentación- al pago de algunos plazos del precio de la vivienda familiar.

El motivo se estima. Partiendo de que la Audiencia da como probado que sólo uno de los plazos se pagó durante el matrimonio del causante, no hay ninguna duda de que es necesario aplicar la excepción que señala el art. 1357, párrafo segundo , para la vivienda familiar, lo que no han hecho las sentencias de instancia bajo los pretextos de: la exigua cantidad pagada por la sociedad de gananciales respecto del total que se adeudaba por el fallecido esposo; la compra del piso mucho tiempo antes de contraer matrimonio; y que fue muy posterior por ello el destino a hogar familiar.

Estos pretextos se arropan jurídicamente en la llamada a la realidad social en la aplicación de las normas que hace el art. 3.1 C.c .

Es claro que el art. 1357 C.c . es una disposición reciente, pues data de la reforma del Código civil de 1981 . Es peregrino que haya necesidad de esa "adaptación" a la realidad social, y todavía es más incomprensible que ello lleve a la no aplicación de una norma jurídica, expulsándola del sistema jurídico por quienes tienen el deber de aplicarla. Ciertamente que en el caso de autos se dan las circunstancias antes expuestas, a las que se puede añadir la de que el matrimonio se contrajo el 18 de octubre de 1988 y se disolvió por la muerte del esposo a los pocos meses, el 1 de marzo de 1989. Pero el juego de las mismas no puede conducir más que a una crítica del modo en que el legislador ha regulado el tema de la adquisición de la vivienda familiar, no a prescindir del precepto, el cual no se fija más que en el dato de que la vivienda sea familiar, no que se haya comprado para ese destino que, por lo tanto, puede adquirirlo posteriormente, como lo demuestra el art. 91.2 y 3 del Reglamento Hipotecario . Además, los problemas que pueden originar la cotitularidad que impone el art. 1354 son susceptibles de solución en la vía de la liquidación de la sociedad de gananciales, y no en este litigio, en el que se contiene sólo sobre qué bienes son gananciales y qué otros privativos.

La parte recurrida, en relación con el único plazo pagado del precio aplazado de la vivienda familiar, niega que lo haya sido con dinero ganancial, y sostiene que fue con dinero privativo del causante. Pero al no haber recurrida la sentencia, queda firme la declaración de la Audiencia.

QUINTO.- .La estimación del motivo primero del recurso obliga a casar y anular parcialmente la sentencia recurrida, y a que esta Sala, como órgano de instancia, haga los pronunciamientos atinentes al fondo del asunto relacionado con aquél. De acuerdo con la razones expuestas al estimarlo, ha de declararse que el piso-vivienda adquirido por D. Ildefonso según escritura pública de compraventa otorgada el 29 de noviembre de 1982 ante el Notario del I.C. de Sevilla D. Joaquín Cortés García en estado de soltero, pasó a tener como cotitular a la sociedad de gananciales que constituyó con la demandante, correspondiendo a dicha sociedad la cuota que represente el plazo pagado por la sociedad de gananciales del total precio del piso que quedó aplazado. Dicha cuota, que se concretará en período de ejecución de sentencia, formará parte del activo de la sociedad de gananciales disuelta por el fallecimiento de D. Ildefonso , y en su pasivo figurará la misma cuota en la deuda representada por el precio aplazado no satisfecho en el momento del fallecimiento ..." .

De los transcritos razonamientos jurídicos interesa significar, dado el objeto de la presente modalidad de recurso de casación, cómo se destaca que los problemas que pueden originar la cotitularidad que impone el



art. 1354 del Código Civil, son susceptibles de solución en la vía de la liquidación de la sociedad de gananciales, y no en este litigio, en el que se contiene sólo sobre qué bienes son gananciales y qué otros privativos.

D) Por Auto de 24 de abril de 1997, el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Sevilla acordó declarar terminado el juicio de menor cuantía, continuando el voluntario de testamentaría, que se sigue con igual nº de autos 161/1990.

El 30 de septiembre de 1998, la Audiencia Provincial de Sevilla dictó Auto resolutorio del recurso de apelación, interpuesto por Dª Olga, contra el Auto del Juzgado de Instancia nº 9 de Sevilla de fecha 16 de julio de 1997, dictado en el incidente surgido en el juicio de testamentaría. En el fundamento de derecho segundo, interpretando el art. 839 del Código Civil, de manera diferente a como lo hizo el Juzgado, y habiendo quedado acreditado que la única heredera del causante es su madre Dª Olga, y está en el uso de la facultad que le otorga el art. 839, ejercita su derecho de conmutación a metálico del usufructo viudal que corresponde a la Sra. Araceli, estimando el recurso de apelación, acordando la procedencia de la facultad de conmutación a metálico del usufructo viudal.

E) Mediante Auto de 23 de febrero de 1999, el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Sevilla acordó fijar el derecho usufructuario de la Sra. Araceli en 2.712.490 pesetas; asimismo concretar la cuota ganancial del piso adquirido por D. Ildefonso en el 1,557 % del valor total del inmueble, considerando la misma como activo y siendo el pasivo la misma cuota en la deuda representada por el precio aplazado según el fundamento cuarto de dicha resolución, y dejando a las partes las vías que consideren oportunas para debatir el resto de cuestiones planteadas en la relación con la disolución de gananciales.

F) Recurrido en apelación el anterior Auto del Juzgado por Dª Olga y Dª María Cristina y Dª Beatriz, la Audiencia Provincial dictó Auto el 14 de enero de 2000, cuyo fundamento jurídico primero conviene transcribir: "La parte apelante se muestra disconforme con la resolución de instancia y solicita su revocación en lo que respecta exclusivamente al fundamento de derecho 5º y lo concordante con su parte dispositiva. Y ello por entender que la sociedad de gananciales está liquidada, que sólo resta el pago de la misma. Efectivamente el presente procedimiento se inicia en su día como juicio voluntario de testamentaría, en el cual fue necesario como cuestión previa la liquidación de la sociedad de gananciales. Efectuadas todas las operaciones de liquidación de la misma y mostrando ambas partes su conformidad en la comparecencia efectuada el día 8 de mayo de 1997 (folio 526), el usufructo de la Sra. Araceli recae sobre la mitad de la herencia es decir sobre 6.308.116 ptas; quedando valorado el usufructo en 2.712.490 ptas, cantidades en las que las partes muestran su conformidad, conforme consta en el escrito de 15 de febrero de 1999 (folio 613). Estableciéndose por sentencia firme de esta Sala, la conmutación en metálico a la Sra. Araceli el usufructo correspondiente y satisfecha la legítima del cónyuge viudo la adjudicación en su condición de heredera a la parte actora hoy apelante. Teniendo en consideración que en este mismo procedimiento se tramitó y disolución (sic) la sociedad de gananciales, por ser previo como ya queda expuesto a la cuestión suscitada en este proceso y mostrando las partes su total acuerdo con la cuantificación tanto del activo como del pasivo de dicha sociedad, ofreciendo la parte obligada al pago el abono de la cantidad correspondiente a la Sra. Araceli es decir 56.718 ptas., procede acceder a ello, dando con ello cumplimiento a las resoluciones y acuerdos que se han ido dictando en el proceso". En la parte dispositiva del Auto la Audiencia acordó estimar el recurso de apelación, revocar parcialmente la resolución objeto de recurso y "Que el Juzgado de procedencia debe continuar conociendo del presente procedimiento del que sólo resta el pago en metálico a la Sra. Araceli del usufructo viudal y el pago en metálico del líquido de la liquidación de la sociedad de gananciales. Satisfechos los cuales deberán ser entregados los bienes a los herederos, hoy apelantes".

SEGUNDO. Realizada la anterior exposición de antecedentes, procede examinar la procedencia del recurso de casación formulado.

Para ello, no podemos olvidar que el alcance del recurso de casación basado en el art. 1687.2º de la LEC de 1881, con harta frecuencia ignorado en los recursos basados en el citado precepto, a cuyo efecto es conveniente recordar que esta Sala, en Sentencia dictada el 26 de abril de 1999, que cita la de fecha 12 de diciembre de 1.998, destaca que el recurso previsto en el art. 1687.2º de la LEC 1881 es "un recurso especialísimo que, desde luego, desborda los límites taxativos de la casación, pues si esta clase de recurso defiende la nomofilaquia, en el recurso especial de ejecución de sentencia lo que se protege en la intangibilidad del fallo que está en fase de realización efectiva, lo que determina que tenga un ámbito muy limitado. Por ello la sentencia de esta Sala de fecha 28 de mayo de 1.982, como epítome de doctrina jurisprudencial, determina que lo único y esencial de esta clase de recursos es evitar la contradicción entre lo ejecutoriado y lo acordado para su cumplimiento."; y, como igualmente se declaró en Sentencia de 6 de mayo de 2005, "el recurso de casación, establecido en el artículo 1687.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene por finalidad, según reiterada doctrina jurisprudencial (por todas, STS de 9 de abril de 1996), no la de contrastar el contenido de la sentencia y la ley, para verificar la estricta sujeción de aquella a los mandatos de ésta, sino la de cotejar las actuaciones dictadas para la ejecución con el fallo definitivo que adquirió firmeza, a fin de corregir contradicciones, desviaciones



o extralimitaciones no amparadas por la resolución devenida intangible; son los términos del fallo los únicos a tener en cuenta en el juicio comparativo que debe hacerse, frente a la resolución judicial que se dictó para su efectividad, y que en el recurso es el objeto de la impugnación, de manera que ésta procede cuando los autos recurribles resuelvan puntos esenciales no controvertidos en el pleito, ni decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado".

Siendo así que la Sentencia de esta Sala de 7 de junio de 1992, que se alega contrariada por el Auto recurrido, señalaba en el segundo fundamento de derecho de la misma que "los problemas que pueden originar la cotitularidad que impone el art. 1354 son susceptibles de solución en la vía de la liquidación de la sociedad de gananciales, y no en este litigio, en el que se contiene sólo sobre qué bienes son gananciales y qué otros privativos", resulta de toda evidencia que el Auto recurrido no contraría la expresada Sentencia de esta Sala, ya que en la misma no se atribuye a la vivienda integrante del caudal hereditario el carácter de bien privativo, y no se ignora "la cuota que represente el plazo pagado por la sociedad de gananciales del total precio del piso que quedó aplazado" que como se dispuso en tal Sentencia, "se concretará en periodo de ejecución de sentencia, formará parte del activo de la sociedad de gananciales disuelta por el fallecimiento de D. Ildefonso, y en su pasivo figurará la misma cuota en la deuda representada por el precio aplazado no satisfecho en el momento del fallecimiento". La solicitada resolución sobre la adjudicación de la vivienda, no procede, porque es cuestión ajena al ámbito del presente recurso de casación en la medida en que las cuestiones relativas a la adjudicación de los bienes, previa la liquidación de la sociedad de gananciales, quedaron expresamente al margen de lo decidido en las instancias y en la Sentencia dictada en sede casacional que se dice contrariada, que estaba ceñida a la calificación de los bienes integrantes del caudal relicto, y, por consiguiente, en modo alguno existe contradicción entre lo resuelto por el Auto recurrido y en la expresada Sentencia de esta Sala.

Por todo ello, el motivo de casación fenece.

TERCERO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas causadas (artículo 1.715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Araceli, contra el Auto dictado en grado de apelación el 14 de enero de 2000 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Sexta, dimanante del procedimiento de ejecución de autos del juicio de menor cuantía nº 161/1990, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Sevilla de Santiago de Compostela, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en el presente recurso; líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Jesús Corbal Fernández. Clemente Auger Liñán. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Clemente Auger Liñán, 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.