



Roj: **STS 4117/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4117**

Id Cendoj: **28079110012018100669**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2018**

Nº de Recurso: **1719/2016**

Nº de Resolución: **672/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 1157/2016,**  
**STS 4117/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 672/2018**

Fecha de sentencia: 29/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1719/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/10/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE. SECCIÓN 6.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1719/2016

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 672/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 29 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Constanza y D.<sup>a</sup> Delfina, representadas por el procurador D. José Vicente Bonet Camps bajo la dirección letrada de D. José Espasa Mulet, contra la sentencia n.º 94 dictada en fecha 14 de abril de 2016 por la Sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación n.º 80/2016 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1351/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Denia, sobre acción declarativa y constitutiva de nulidad. Ha sido parte recurrida D. Romeo, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Sara Carrasco Machado y bajo la dirección letrada de D. Juan Cayetano Sánchez Bosch, ambos actuando por turno de oficio.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Romeo interpuso demanda de juicio ordinario contra D.<sup>a</sup> Constanza, D. Carlos Alberto, D.<sup>a</sup> Delfina, D.<sup>a</sup> Nicolasa, D. Virgilio y D. Jesus Miguel, estos últimos como hijos y sucesores legales de D. Alberto, y en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"Se declare que la vivienda sita en Javea, C/ DIRECCION000, n.º NUM000 (actualmente finca n.º NUM001 del Registro de la Propiedad n.º dos de Javea) era propiedad ganancial de los cónyuges D. Eliseo y D.<sup>a</sup> Carmela (ambos ya fallecidos) por haberla adquirido ambos a título oneroso, durante su matrimonio, sin haber otorgado nunca capitulaciones matrimoniales.

"Consecuencia de lo anterior, se ordene la rectificación o complemento de la inscripción registral NUM002 .<sup>a</sup> de la finca n.º NUM001 del Registro de la Propiedad n.º dos de Javea, para que figure el carácter ganancial en la adquisición de la misma.

"Se declare nula y sin efecto alguno la Escritura de "cesión de la nuda propiedad a cambio de alimentos" suscrita en fecha 01.03.2007 ante el Notario de Javea D. Antonio Jiménez Clar entre D.<sup>a</sup> Carmela y las sras. D.<sup>a</sup> Constanza y D.<sup>a</sup> Delfina .

"O, subsidiariamente, si no se considerara procedente declararla nula y sin efectos, se restrinjan sus efectos solo a la mitad ganancial que correspondiera a la sra. D.<sup>a</sup> Carmela .

"Ordenando la cancelación o la rectificación (según corresponda) de la inscripción registral NUM003 .<sup>a</sup> de la finca n.º NUM001 del Registro de la Propiedad n.º dos de Javea.

"Con imposición de las costas procesales al (los) demandado(s) que se opusieren".

2.- La demanda fue presentada el 3 de noviembre de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Denia y fue registrada con el n.º 1351/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- D.<sup>a</sup> Delfina y D.<sup>a</sup> Constanza contestaron a la demanda mediante escrito en el que solicitaban la desestimación de las pretensiones contenidas en la demanda con expresa imposición de las costas a la parte actora.

4.- No habiendo comparecido los demandados D. Carlos Alberto, D.<sup>a</sup> Nicolasa, D. Jesus Miguel y D. Virgilio, fueron declarados en situación de rebeldía procesal.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Denia dictó sentencia de fecha 24 de julio de 2015, con el siguiente fallo:

"Que estimando la demanda interpuesta por D. Romeo representado por procurador de los tribunales D. Miguel Llobell y asistido de letrado D. Juan Sánchez Bosch y contra D.<sup>a</sup> Constanza y D.<sup>a</sup> Delfina representadas por el procurador de los tribunales D. José Vicente Bonet y defendidas por el letrado D. José Espasa Mulet y contra D. Carlos Alberto, D.<sup>a</sup> Nicolasa, D. Virgilio y D. Jesus Miguel, hijos y sucesores legales de D. Alberto declarados en rebeldía, debo declarar y declaro:

"1) Que la vivienda sita en Javea, Calle DIRECCION000 n.º NUM000 (actualmente finca NUM001 del Registro de la Propiedad n.º 2 de Javea), era propiedad ganancial de los cónyuges D. Eliseo y D.<sup>a</sup> Carmela, fallecidos, por haberla adquirido ambos a título oneroso durante su matrimonio sin haber otorgado capitulaciones matrimoniales.



"2) En consecuencia, se ordena la rectificación o complemento de la inscripción registral NUM002 .ª de la finca n.º NUM001 del Registro de la Propiedad de Javea n.º 2 para que figure en la finca el carácter ganancial.

"3) DEBO DECLARAR Y DECLARO NULA y sin efecto alguno, la escritura de Cesión de la nuda propiedad a cambio de alimentos, suscrita en fecha 01/03/2007 ante Notario de Javea D. Antonio Jiménez Clar entre D.ª Carmela y D.ª Constanza y D.ª Delfina .

"Asimismo debo acordar y acuerdo la cancelación y rectificación de la inscripción registral NUM003 .º de la finca NUM001 del Registro de la Propiedad n.º 2 de Javea".

**6.-** La anterior sentencia fue aclarada mediante auto de fecha 14 de septiembre de 2015 y cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

"Se rectifica la sentencia de 24/07/2015, en el sentido de que en el fallo de la misma se debe de añadir con expresa imposición de costas del presente procedimiento a los demandados".

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Constanza y D.ª Delfina .

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el número de rollo 80/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 14 de abril de 2016, con el siguiente fallo:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Josep Vicent Bonet Camps en representación de D.ª Constanza y D.ª Delfina contra la sentencia n.º 168/15 dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º cinco de la ciudad de Denia en fecha 24 de julio de 2015 y los autos de los que dimana el presente rollo, y en consecuencia confirmar como confirmamos íntegramente la misma al estar ajustada a derecho, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas".

#### **TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

**1.-** D.ª Constanza y D.ª Delfina interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Primero.- Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC. El primero de los motivos por infracción procesal se formula por falta de motivación y valoración arbitraria, ilógica e irracional de la prueba con infracción de los artículos 120.3 de la Constitución Española y 216 a 218, 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como 38 LH. Vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Por razón de interés casacional ( art. 477.2.3. LEC). Infracción de los artículos 1300 Cc, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, al resultar necesaria la llamada al procedimiento de todos aquellos contratantes del negocio jurídico cuya nulidad se postula, así como al proceder la sentencia a la rectificación registral de determinados asientos sin ser llamados al procedimiento los otorgantes de las escrituras públicas causantes de dichas inscripciones.

"Segundo.- Por razón de interés casacional ( art. 477.2.3. LEC). Infracción de la jurisprudencia relativa al contrato atípico de cesión a cambio de alimentos. Infracción arts. 1802 a 1808 Cc. No siendo objeto de discusión en el presente procedimiento (a tenor de la demanda, contestación y sentencia) que el título de mis mandantes obedece a un contrato de cesión de inmueble a cambio de alimentos, el Juzgado de Instancia y la sala otorgan al contrato de cesión a cambio de alimentos naturaleza gratuita. En este sentido, la naturaleza onerosa de la cesión a cambio de alimentos ha sido reiteradamente declarada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se trata de una cuestión esencial en el presente procedimiento por cuanto la gratuidad / onerosidad es una nota relevante en orden a la aplicación del artículo 34 de la LH e igualmente en cuanto a los efectos inherentes a la nulidad contractual (1303 Cc. Restitución recíproca de prestaciones en los negocios onerosos).

"Tercero.- Por razón de interés casacional ( art. 477.2.3. LEC). Infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria por no otorgar protección a mis mandantes pese a haber adquirido de quien disponía de título inscrito en el Registro de la Propiedad, unido a la errónea consideración del carácter gratuito del título de mis mandantes. Además se infringe el concepto jurisprudencial de la buena fe fijado en la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 12 de enero de 2015. Y ello por cuanto se vulnera la presunción de buena fe que se deriva del mismo. Por otro lado, se exige de mis mandantes unos conocimientos sobre derecho y normas que

son en sí mismos jurídicamente discutibles, e igualmente una supuesta diligencia que va mucho más allá del concepto de buena fe fijado en dicha doctrina.

"Cuarto.- Por razón de interés casacional ( art. 477.2.3. LEC). Infracción del principio de conservación de los contratos a favor *contractus* y de la doctrina del Tribunal Supremo en la materia. En particular sentencia Tribunal Supremo Sala 1.ª Pleno, S 15-1-2013, n.º 827/2012, rec. 1578/2009, Pte: Orduña Moreno, Francisco Javier. La sentencia recurrida declara la nulidad total y sin efecto alguno del contrato otorgado entre mis mandantes y su difunta madre, cuando, en todo caso, (conforme a dicha doctrina) debe mantenerse la validez obligacional del mismo respecto al derecho o propiedad del transmitente".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 6 de junio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.ª Delfina y D.ª Constanza contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Sexta) con fecha 14 de abril de 2016, en el rollo de apelación n.º 80/2016, dimanante del procedimiento ordinario n.º 1351/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Denia".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 11 de septiembre de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 30 de octubre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la aplicación del art. 34 LH en un caso en el que unas hijas se comprometen a prestar a su madre el sustento, habitación, vestido y asistencia médica a cambio de la transmisión de un inmueble que aparece en el Registro de la Propiedad inscrito a favor de la madre, aun cuando se trataba de un bien común perteneciente a su sociedad de gananciales.

En lo que interesa para la resolución del recurso, los hechos más relevantes para entender las cuestiones sometidas a esta sala son los siguientes:

1.- Las partes no discuten que sus padres (D.ª Carmela y D. Eliseo ) se casaron en Javea en 1944 y que no hicieron capitulaciones, por lo que estaban sometidos al régimen de gananciales. En 1955 resultaron adjudicatarios de un piso construido por la Obra Sindical del Hogar. El padre falleció en 1971. En 1985, la administración autonómica valenciana, en cuanto titular de las viviendas construidas por la Obra Sindical en la Comunidad Valenciana como consecuencia de los oportunos trasposos de competencias, y una vez verificada la amortización total del valor de los pisos, otorga las escrituras en las que se declara que se transmite la propiedad por título de compraventa a los beneficiarios. En particular, por lo que se refiere al piso litigioso, la escritura se otorga a favor de D.ª Carmela el 18 de diciembre de 1985. El 21 de diciembre de 1985 se inscribe en el Registro de la Propiedad la escritura de compraventa a favor de D.ª Carmela .

El 1 de marzo de 2007, D.ª Carmela , de una parte, y, de otra, sus hijas D.ª Constanza y D.ª Delfina , otorgan escritura pública en la que las hijas se comprometen a prestar a su madre el sustento, habitación, vestido y asistencia médica a cambio de la transmisión de la nuda propiedad del mencionado piso. En mayo de 2007 se inscribe en el Registro de la Propiedad el título de cesión por mitades indivisas.

2.- Tras el fallecimiento de la madre, el pleito se inicia con la demanda interpuesta por uno de sus hijos, D. Romeo , contra D.ª Constanza , D. Carlos Alberto , D.ª Delfina , y D.ª Nicolasa , D. Virgilio y D. Jesus Miguel como hijos y sucesores legales de D. Alberto .

El demandante solicita que se declare el carácter ganancial de la vivienda de sus difuntos padres con la correspondiente rectificación registral y que se declare nula la escritura de cesión de nuda propiedad de la referida vivienda a cambio de alimentos otorgada por D.ª Carmela -madre de los litigantes- y D.ª Constanza y D.ª Delfina , así como la cancelación o rectificación de la segunda inscripción registral de la vivienda.

3.- La sentencia de primera instancia estima la demanda al considerar que la vivienda tenía naturaleza ganancial y, por tanto, no podía disponer de ella la madre de los litigantes sin la previa liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que necesitaba el consentimiento del resto de herederos del padre fallecido. Considera



además la sentencia de primera instancia que D.<sup>a</sup> Constanza y D.a Delfina no pueden quedar protegidas por el art. 34 LH porque el negocio jurídico realizado con su madre era gratuito.

El juzgado declara que la vivienda era ganancial, ordena la rectificación de la NUM002 inscripción registral de la vivienda para que figure tal carácter ganancial, declara la nulidad del contrato celebrado entre la madre y las hijas por entender que adolece de una nulidad absoluta no subsanable y concluye que no procede la protección registral porque es ese mismo negocio nulo el que accedió al Registro de la Propiedad.

**4.-** Recurrida esta sentencia en apelación por parte de D.a Constanza y D.a Delfina, la Audiencia Provincial dicta sentencia por la que desestima el recurso. Tras confirmar el carácter ganancial de la vivienda, la Audiencia razona que las apelantes no podían quedar amparadas por el art. 34 LH porque ni concurre el requisito de adquisición a título oneroso, al tratarse de una transmisión gratuita, ni el de buena fe, porque las adquirentes "conocían la naturaleza de domicilio conyugal de la vivienda ya que la misma fue adquirida constante el matrimonio habiendo vivido allí desde hacía más de cincuenta años".

**5.-** D.a Constanza y D.a Delfina interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

#### **SEGUNDO.-** *Planteamiento de los recursos*

El recurso por infracción procesal se funda en un único motivo en el que, al amparo del art. 469.1.4º de la LEC, denuncia falta de motivación y valoración arbitraria, ilógica e irracional de la prueba con infracción de los artículos 120.3 de la Constitución Española y 216 a 218, 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como 38 LH. Vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española.

El recurso de casación se funda en cuatro motivos. En el primer motivo se denuncia infracción de los arts. 1300 CC, 38 y 40 LH, y en su desarrollo razona que resulta necesaria la llamada al procedimiento de todos aquellos contratantes del negocio jurídico cuya nulidad se postula, así como al proceder la sentencia a la rectificación registral de determinados asientos sin ser llamados al procedimiento los otorgantes de las escrituras públicas causantes de dichas inscripciones, en concreto, la Generalitat Valenciana. El segundo motivo alega infracción de la jurisprudencia relativa al contrato atípico de cesión a cambio de alimentos y en su desarrollo razona que este negocio jurídico, contra lo que entiende la sentencia recurrida, es oneroso. El tercer motivo denuncia infracción del art. 34 LH por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y en su desarrollo razona que la sentencia no solo califica erróneamente como gratuito al contrato de cesión sino que vulnera la presunción de buena fe. El cuarto motivo impugna la declaración de nulidad del contrato otorgado por las demandadas y su madre y sostiene que debe mantenerse su validez obligacional.

#### **TERCERO.-** *Decisión de la sala*

**1.-** El recurso por infracción procesal, que debió ser inadmitido, se desestima, porque plantea una cuestión impropia de este recurso, por tratarse de una cuestión jurídica referida a las razones del fondo del asunto, es decir, la interpretación y aplicación de las normas que regulan la sociedad de gananciales para dilucidar el carácter privativo o ganancial del piso litigioso.

Puesto que en el desarrollo del motivo se denuncia también que la calificación del bien como ganancial no está motivada, hay que señalar que, contra lo que sostienen las recurrentes, la sentencia recurrida no adolece de falta de motivación, pues explicita las razones por las que considera que el piso era ganancial (la retroacción de los efectos del pago completo y transmisión de la propiedad al momento de la adjudicación de la vivienda, como si fuera una condición suspensiva; la regulación de la sociedad de gananciales contenida en el Código civil en el momento de la adjudicación de la vivienda y en el momento del otorgamiento de la escritura por parte de la Administración). Otra cosa es que la parte recurrente no esté de acuerdo con ese razonamiento, cuestión jurídica que, como se ha dicho, debió plantearse en el recurso de casación.

**2.-** El primer motivo del recurso de casación se desestima porque se refiere a la necesidad de traer al proceso a quienes intervinieron en la escritura de 1985 (doc. 11 de la demanda).

Se razona en el motivo del recurso que el demandante pretende que sea declarada nula esa escritura. Pero no es así. En la escritura otorgada el 18 de diciembre de 1985 comparecen, por un lado, la madre del demandante y los demandados y, de otra, un representante de la Administración. En la escritura, después de la adjudicación a los beneficiarios de las viviendas construidas por la extinguida Obra Sindical del Hogar, según se decía en la propia escritura, mediante el sistema de acceso diferido a la propiedad, y una vez amortizado en la totalidad su valor, "se procedía a transmitir por título de compraventa a dichos beneficiarios" las viviendas construidas. En la demanda no se solicita la declaración de nulidad de tal escritura, sino la declaración del inmueble como ganancial a pesar de que la escritura solo se otorgara a nombre de la madre, una vez fallecido su esposo, con las





consecuencias que de tal declaración derivarían y que en el presente caso solo afectarían a los herederos de los esposos, y todos ellos son parte en este procedimiento, sin que fuera preciso traer al pleito a la Administración que actuó como vendedora.

**3.-** Los demás motivos se estiman por las razones siguientes.

i) Para resolver el recurso de casación debemos partir de que el inmueble es ganancial. La parte recurrente no ha impugnado por la vía adecuada tal calificación realizada por el tribunal de apelación, pues no hay motivo del recurso de casación que denuncie infracción de los preceptos de los que resultaría el error de la calificación del piso como ganancial.

ii) Partiendo del carácter ganancial del piso hay que tener en cuenta, como marco normativo, tal y como dijimos en la sentencia 21/2018, de 17 de enero:

"1.º) Sociedad de gananciales. Atribución de la titularidad sobre los bienes comunes. En la sociedad de gananciales, puesto que no surge una nueva persona jurídica, ambos cónyuges son titulares de los bienes comunes, pero los diversos objetos no les pertenecen proindiviso, sino que integran el patrimonio común, una masa patrimonial que pertenece a ambos cónyuges. Ambos cónyuges son los propietarios de cada cosa, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total, pero no son titulares de cuotas concretas sobre cada bien.

"Esta forma de atribución de la titularidad sobre los bienes comunes comporta, además, por lo que interesa en este proceso, que los cónyuges y sus sucesores, mientras no liquiden la sociedad, no pueden disponer sobre mitades indivisas de los bienes comunes. Es decir, durante la vigencia del régimen de gananciales no puede considerarse que cada cónyuge sea copropietario del 50% de cada bien. Para que se concrete la titularidad de cada cónyuge sobre bienes concretos es precisa la previa liquidación y división de la sociedad.

"2.º) Comunidad postganancial. Tras la disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, y hasta la liquidación del patrimonio, existe una comunidad universal en la que se integran los bienes que conformaban el patrimonio común ( art. 1396 CC).

"a) Partícipes. Son partícipes de esta comunidad postganancial el viudo y los herederos del premuerto. El viudo es, en primer lugar, cotitular del patrimonio postganancial indiviso. Pero, además, al viudo le corresponde la cuota usufructuaria en la herencia del premuerto, en la que está incluida la cotitularidad que a este último le correspondía en el patrimonio ganancial. En el caso de legado voluntario de usufructo universal sobre la herencia del premuerto, el viudo es usufructuario de toda la herencia y, por tanto, usufructuario de toda la cuota del premuerto en la sociedad de gananciales.

"b) Gestión del patrimonio común. Para la transmisión de la propiedad sobre un bien concreto de la comunidad postganancial es precisa la intervención de todos los partícipes. Sin embargo, el contrato obligacional realizado por alguno o algunos de ellos no da lugar a la aplicación del régimen de la nulidad y es posible la eficacia de la transmisión si se produce la adjudicación del bien a los partícipes que lo otorgaron (arg. art. 399 CC). Otra cosa es que, en defensa de su interés en que no se burle su participación en el patrimonio común, los demás partícipes puedan ejercitar una acción para que el bien se integre en el patrimonio postconsorcial (lo que no es exactamente una reintegración derivada de la nulidad).

"[...]

"3.º) Comunidad hereditaria. Mientras no se proceda a la partición del caudal hereditario, integran la comunidad tanto los bienes privativos del premuerto como, hasta que se liquide la sociedad de gananciales y se adjudiquen bienes concretos, la participación del premuerto en el patrimonio ganancial. [...]"

iii) De acuerdo con lo anterior, y partiendo del carácter ganancial del piso, en el momento en que se otorgó la escritura de 1 de marzo de 2007 de cesión de la nuda propiedad a cambio de alimentos, la vivienda integraba la comunidad postganancial, ya que D. Virgilio , esposo de D.ª Carmela , había fallecido en 1971. Por consiguiente, la titularidad de la vivienda pertenecía a todos los que en ese momento eran partícipes de la comunidad postganancial: la viuda (la madre del demandante y los demandados) y los herederos del esposo fallecido (el demandante y todos los demandados). En consecuencia, en su condición de copropietaria, la madre no estaba facultada para transmitir la propiedad de la vivienda. La titularidad de cada cónyuge (y, en el caso, de los demás partícipes de la comunidad postganancial) se concreta con la liquidación y división, que en el caso no se ha hecho.

iv) Lo anterior no determina que el contrato de 1 de marzo de 2007 sea nulo, pues en nuestro sistema jurídico el poder de disposición del transmitente no es un requisito de la validez del contrato, sino de la tradición como modo de adquirir ( art. 609 CC). La validez obligacional del contrato de venta común sin el consentimiento



de todos los comuneros fue la doctrina sostenida por la sentencia 827/2012, de 15 de enero, con cita de la anterior 620/2011, de 28 de marzo, cuya doctrina a este respecto se reitera.

La sentencia recurrida no se pronunció expresamente sobre la validez del contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos celebrado el 1 de marzo de 2007, pero confirmó íntegramente la sentencia del juzgado que, partiendo de la naturaleza ganancial de la vivienda, declaró la nulidad absoluta del contrato lo que, por lo dicho, no es correcto.

v) Precisamente porque la falta de poder de disposición no afecta al título no se plantea si la inscripción convalidó un contrato nulo y si es aplicable el art. 33 LH, sino que lo que se plantea es si las demandadas pudieron adquirir la propiedad por reunir los requisitos del art. 34 LH.

vi) Hay que partir de que, en el caso, el conflicto entre las partes no se suscita en su condición de herederas, pues la acción ejercitada no es la de impugnación del contrato celebrado entre la madre y las hermanas del demandante haciendo valer una simulación que encubriera una donación. Por otra parte, la adquisición que las demandadas pretenden hacer valer no deriva de la invocación de la condición de herederas de su madre en cuanto otorgante de la escritura de 1985, sino de su condición de cesionarias alimentantes en virtud de la escritura de 2007.

vii) Tanto el juzgado como la Audiencia han entendido que no concurren los requisitos del art. 34 LH, por tratarse de una transmisión gratuita y no estar las adquirentes de buena fe.

Esta sala no comparte esta calificación por las razones que se exponen a continuación.

1.ª) En primer lugar, de forma errónea dice el juzgado que se trata de una donación, de un contrato gratuito, y la sentencia recurrida acepta esta calificación por remisión expresa a lo afirmado por el juzgado. Sin embargo, no cabe duda de que la causa del contrato de transmisión de bienes a cambio de prestaciones asistenciales no es la mera liberalidad del transmitente, sino la contraprestación que espera recibir de la otra parte. La asunción de obligaciones por parte de las hijas demandadas comporta que nos encontremos ante un contrato oneroso y no ante un contrato gratuito ( sentencias 366/2009, de 25 de mayo, y 315/1982, de 1 de julio).

El demandante, por lo demás, no discute que las demandadas no cumplieran las prestaciones asistenciales a las que se comprometieron, lo que en su caso hubiera podido hacer valer mediante el ejercicio de la acción resolutoria prevista en el propio contrato para tal eventualidad.

2.ª) En segundo lugar, como dijo la sentencia 928/2007, de 7 de septiembre, "la jurisprudencia suele identificar la buena fe con la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si se quiere, con el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa. Sin embargo, sentencias como las de 25 de octubre de 1999, 8 de marzo de 2001 y 11 de octubre de 2006 también consideran desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia "de la negligencia del ignorante". La concepción "ética" de la buena fe, según la cual no basta la simple ignorancia de la realidad, sino que se precisa una actuación diligente, que va más allá de la simple consulta del Registro, ha sido confirmada por la sentencia de 12 de enero de 2015 (Rec. 967/2012).

En el caso, partiendo de los hechos probados, esta sala no puede compartir el juicio de la sentencia recurrida sobre la mala fe de las demandadas y, por el contrario, entiende que los hechos probados no destruyen la presunción de buena fe, entendida como creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa y como ignorancia de que la titularidad del derecho no correspondía a su transferente en la forma que proclamaba el asiento registral.

El error de las recurrentes sería excusable si se tiene en cuenta que la apariencia de titularidad exclusiva de la madre venía amparada por el otorgamiento por parte de la Administración de una escritura a su favor en la que se declaraba que se le transmitía la propiedad por título de compraventa y que tal escritura se otorgó años después de la disolución de la sociedad de gananciales, pues el esposo y padre había fallecido en 1971. Es relevante, por tanto, que la sociedad se hubiera extinguido varios años antes y que la adquisición de la propiedad de la vivienda se efectuara en virtud de un sistema que se calificaba como de acceso diferido de la propiedad, lo que podía fundar la creencia de que la propiedad se adquiriría en el momento en el que la Administración así lo reconocía y por esa razón otorgaba la escritura. El propio hecho de que la escritura fuera otorgada por un organismo de la Administración Pública y la presunción de legalidad que acompaña a la actuación administrativa avalaría que las demandadas no dudaran de que la vivienda pertenecía en exclusiva a su madre.

4.- Por todo lo expuesto, procede concluir que, si bien la vivienda litigiosa fue adquirida como ganancial por los padres del demandante y los demandados, las ahora recurrentes quedan protegidas en su adquisición por aplicación del art. 34 LH. Procede por ello estimar el recurso de casación, anular la sentencia recurrida y



asumir la instancia. Al asumir la instancia procede estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y, por lo dicho, estimar la demanda en el solo extremo de declarar que el piso litigioso fue adquirido por los padres del demandante y de los demandados para su sociedad de gananciales.

**CUARTO.- Costas y depósito**

Conforme a los arts. 394.1 y 398.1 LEC se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se imponen las costas del recurso de casación.

Dada la estimación parcial de la demanda y la estimación parcial del recurso de apelación no se hace especial declaración en cuanto a las costas de las instancias.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Delfina y D.ª Constanza contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Sexta) con fecha 14 de abril de 2016, en el rollo de apelación n.º 80/2016, dimanante del procedimiento ordinario n.º 1351/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Denia.

**2.º-** Casar la sentencia recurrida, que se deja sin valor alguno y en su lugar dictar sentencia por la que se estima la demanda en el único extremo de declarar que la vivienda sita en Javea, C/ DIRECCION000 , n.º NUM000 (actualmente finca n.º NUM001 del Registro de la Propiedad n.º dos de Javea) fue adquirida como ganancial por los cónyuges D. Eliseo y D.ª Carmela , y se desestima en todo lo demás.

**3.º-** Imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

**4.º-** No imponer las costas del recurso de casación y ordenar la devolución del depósito constituido para su interposición.

**5.º-** No imponer las costas de primera instancia ni las de la apelación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.