



Roj: **SAP PO 2515/2007 - ECLI:ES:APPO:2007:2515**

Id Cendoj: **36038370012007100536**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2007**

Nº de Recurso: **544/2007**

Nº de Resolución: **495/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00495/2007

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 544/07

Asunto: LIQUIDACIÓN SOCIEDAD GANANCIALES 823/06

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 1 PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR  
LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

**SENTENCIA NUM.495**

En Pontevedra a veintisiete de septiembre de dos mil siete.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de liquidación sociedad gananciales 823/06, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 544/07, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Filomena , representado por el procurador D. RAFAEL BARRIOS PÉREZ y asistido por el Letrado D. ENRIQUE DEVESA PÉREZ- BOBILLO, y como parte apelado-demandado: D. Luis Andrés , representado por el Procurador D. JOSÉ PORTELA LEIRÓS, y asistido por el Letrado D. MONTSERRAT LORENZO FONT, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pontevedra, con fecha 14 marzo 2007, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador Don Rafael Barrios Pérez, en nombre y representación de Doña Filomena , contra Don Luis Andrés , representado por el Procurador Don José



Portela Leirós, debo declarar que el INVENTARIO de la Sociedad de gananciales que en su momento formaron Don Luis Enrique y Doña Begoña está formado por las siguientes partidas de ACTIVO, sin que exista PASIVO

- 1º.- Derecho de crédito de la sociedad de gananciales contra Doña Begoña por importe de 23.346,30 euros.
- 2º.- Piso NUM000 NUM002 de la casa sita en la C/ DIRECCION000 n NUM001 de Pontevedra.
- 3º.- Piso NUM000 NUM003 de la casa sita en la C/ DIRECCION000 n NUM001 de Pontevedra.
- 4º.- Piso NUM004 NUM003 de la casa sita en la C/ DIRECCION000 n NUM001 de Pontevedra.
- 5º.- Un panteón compuesto por tres nichos, sito en el Cementerio de San Mauro de Pontevedra.
- 6º.- FINCA000 , a viña y prado, de una superficie de 100 m2, sita en Ribadavia.
- 7º.- FINCA000 , a viña, de una superficie de 100 m2 sita en Ribadavia.
- 8º.- FINCA001 , a viña, de una superficie de 700 m2 sita en Ribadavia.
- 9º.- FINCA002 ", a viña, de una superficie de 393 m2, sita en Rivadavia.
- 10º.- FINCA003 ", a viña, de una superficie de 482 m2, sita en Rivadavia.
- 11º.- FINCA004 ", a viña, de una superficie de 366 m2, sita en Rivadavia.
- 12º.- FINCA005 ", a viña, de superficie de 275 m2, sita en Rivadavia.
- 13º.- Un vehículo Mercedes 200 D, matrícula AD-....-D .
- 14º.- Saldos en las cuentas bancarias siguientes:  
Cuenta nº NUM005 de CAIXANOVA: 2.126,12 euros.  
Cuenta nº NUM006 de CAIXANOVA: 6.010,12 euros.  
Libreta de ahorros de Citibank: 738,22 euros.  
Libreta de imposiciones a plazo fijo de Citibank: 36.060,73 euros.

No se aprecian méritos bastantes para efectuar especial imposición de las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Dña Filomena se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día veintisiete de septiembre para la deliberación de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión fundamental que se plantea tanto en primera instancia como en grado de apelación versa sobre el carácter ganancial o privativo de la casa con garaje adosado conocida como "Casa Nova das Adejas" en el régimen económico matrimonial de los cónyuges D. Luis Enrique y Doña Begoña , causantes de las partes, sobrinos de los anteriores.

La sentencia de instancia concluye que el mencionado inmueble tiene carácter privativo de Doña Begoña al haberlo adquirido en virtud de herencia, y por lo tanto a título gratuito ( art. 1346.2º CC ), por la partición realizada "inter vivos" por sus padres, a presencia y conformidad de todos los hermanos, el 29 marzo 1974. No resultando de las actuaciones posteriores de los citados cónyuges elementos suficientes para considerar como ganancial dicho inmueble.

Frente a dicha sentencia se interpone recurso de apelación por una de las partes sosteniendo el carácter ganancial del bien sobre los siguientes argumentos:

- 1- El art. 1347.3º CC , es decir, por haber sido adquirido a título oneroso, sosteniendo que en realidad lo que existe es un contrato de vitalicio, no una adquisición hereditaria.
- 2- Subsidiariamente, por razón del art. 1355 CC , dado que ambos cónyuges, de común acuerdo, le han atribuido el carácter de ganancial en sus respectivos testamentos de fecha 6 abril 1989.
- 3- Al amparo del art. 1323 CC que habilita la transmisión de bienes y derechos entre cónyuges.
- 4- Por la doctrina de los actos propios.
- 5- La presunción de ganancialidad, en caso de duda.



Resulta por lo tanto fundamental examinar y calificar el título en virtud del cual se adquiere por ambos cónyuges, o uno solo de ellos, el inmueble que nos ocupa.

SEGUNDO.- La discusión primera y, más relevante, se centra en determinar si Doña Begoña adquiere mediante herencia de sus padres el bien, según partición realizada el 29 marzo 1974, o, del documento en que se refleja, debe deducirse que estamos ante un contrato de vitalicio.

En realidad no consta la totalidad de la partición sino la hijuela perteneciente a Doña Begoña, que es una de las seis realizadas para ser distribuidas entre los seis hermanos, constando en dicha hijuela que se trata de la valoración, liquidación y partición de los bienes propios y gananciales de ambos cónyuges, formando seis lotes iguales, para ser adjudicados, por medio de sorteo, a los susodichos hijos o herederos.

Sin perjuicio de lo que se dirá respecto al contrato de vitalicio, al menos aparentemente, de la hijuela de Doña Begoña se deduce que se ha realizado una partición "inter vivos", practicada por los propios causantes, cuyo amparo legal solo puede encajarse en el art. 1056 CC y concordantes, como una de las formas de partición extrajudicial admitidas en nuestro Derecho, junto con la partición por contador-partidor, la partición realizada por los propios coherederos, y la partición arbitral.

Surge un primer problema apuntado por la parte recurrente, y es la no constancia de testamento en que se sustente dicha partición.

El art. 1.056 del C. Civil, autoriza que el testador lleve a cabo la partición no solo con las solemnidades necesarias para testar, sino también, mediante una declaración de voluntad emitida a través de un acto ínter vivos, sin perder por ello su carácter mortis causa, en cuanto produce sus efectos después de la muerte del testador. Así lo ha declarado la Jurisprudencia, STS de 6 de mayo de 1.945, esta sentencia que luego ha sido reafirmada por la sentencia de 29 de octubre de 1.960, 20 y 28 de mayo de 1.965, afirma que:

"Si bien el art. 1.056 del C. Civil admite que el causante pueda realizar la partición de sus bienes de dos modos distintos, por acto ínter vivos o por disposición de última voluntad no permite entender que sea acto entre vivos al que el texto legal se refiere, ya que en una técnica rigurosa... serán negocios mortis causa los destinados a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio y sobre esta base la división del patrimonio es fundamentalmente un acto mortis causa que tiene clara finalidad sucesoria...".

Por otra parte, aún con alguna disidencia, la doctrina mayoritaria señala como requisito necesario para que pueda practicarse la partición, la existencia de un testamento que pueda ser anterior, simultáneo o incluso posterior a la partición. Habiendo ratificado este criterio el T. Supremo, principalmente a partir de la sentencia de 6 de marzo de 1.945 que citando la sentencia de 13 de junio de 1.903 y 6 de marzo de 1.917, mantuvo que la partición regida por el art. 1.056 CC ha de tener su apoyo en un testamento del que sea complemento, de tal modo que habrá de entenderse que el acto de distribución no solemne (partición) reciba una fuerza y convalidación formal del acto de disposición solemne (testamento).

Posteriormente la sentencia de 6 de mayo de 1.956 sienta que la partición verificada por el difunto "deberá estar respaldada en un testamento anterior o posterior"; en la sentencia de 28 de junio de 1.961 se ratifica la postura de necesidad "de un testamento previo o ulterior" y en la sentencia de 28 de mayo de 1.965 se declara que "una partición ínter vivos no puede coartar la libertad del dueño de los bienes para testar en cualquier tiempo, variando o modificando sustancialmente las condiciones de dicha partición".

En el supuesto no existe vestigio alguno de testamento del que derive la eficacia de la hijuela antes referida, por lo que la distribución de bienes obrante en la misma debe reputarse, en principio, inexistente.

TERCERO.- Excluido el título sucesorio, la parte apelante sostiene que en realidad estamos ante un contrato de vitalicio. La existencia del denominado vitalicio, como señala la sentencia del TS. de Galicia en sentencia de 5.11.1998, con anterioridad a la Ley de Derecho Civil Gallego (4/95, de 24.Mayo, y la actual Ley 2/2006, de 14 de Junio) no sólo viene de la libertad de la contratación ( art. 1.255 del CC .) sino que su presencia se constata en múltiples resoluciones de la extinguida Audiencia Territorial de La Coruña (20.2.1967) y del propio TS. (23.5.1965, 1.7.1982, 18.4.1984, 13.7.1985, 30.11.87, 3.11.1988, 8.5.1992 y 2.7.1992), convirtiendo la Ley Gallega en notorio lo que llevaba tiempo siendo derecho consultudinario por el uso continuado de la citada modalidad contractual. El propio TSG., en la sentencia reseñada de 5.11.98, se remite a las de 11 de Junio de 1996 y 2.XII.1997.

Se trataba, antes de la Ley 4/95, de 24.Mayo, de un contrato atípico, aleatorio y bilateral, como reseña la sentencia del TSG de 2.XII.1997, al que es innata la facultad resolutoria del art. 1.124 del C. Civil, no exigiéndose ningún requisito formal, siempre que concurren los requisitos necesarios para su validez ( art. 1.278 del CC .), pues supone inexcusablemente obligaciones mutuas, de entrega de bienes a cambio de alimentos y cuidados, en este caso hasta la muerte de una persona. Actualmente, manteniendo las



características de aleatorio y bilateral, se encontraba regulado en los arts. 95 y ss. de la Ley 4/95, de 24 Mayo, de Derecho Civil de Galicia, hasta la nueva Ley 2/2006, de 14 de Junio que lo regula en sus arts. 147 y ss., siendo definido por este de forma casi idéntica al art. 95 de la Ley 4/95: "Por el contrato de vitalicio una o varias personas se obligan respecto a otra u otras a prestar alimentos, en los términos que convengan, a cambio de la cesión de determinados bienes o derechos."

De ello deriva claramente como la causa es para una de las partes, la transmisión que la otra le hace de su capital o de sus bienes, y para ésta, el alojamiento, manutención y toda clase de asistencia durante su vida que aquélla se obliga a prestarle.

Pues bien, de la redacción del documento que obra como hijuela a los folios 75 y ss, no puede concluirse en modo alguno que la que figura como condición primera: "Como consecuencia de coger los bienes de sus padres, los hijos o herederos tienen la obligación de procurarles sustento o manutención adecuado a sus necesidades elementales o dignas de una vida decorosa, y en caso de enfermedad u otras circunstancias adversas están asimismo obligados a socorrerlos y a asistirles a partes iguales. No obstante esta aclaración, en un documento, se establecen las directrices por las que han de regirse los herederos", conlleve la consideración de la existencia de un contrato de vitalicio.

Se trata simplemente de una condición o modo que no puede elevarse a causa del negocio, sino que la voluntad de los cónyuges que pretenden la partición de los bienes entre sus hijos, es precisamente esa, si bien con cierta incertidumbre sobre su eficacia jurídica que, en principio, sería para después de su muerte, como acto mortis causa que se pretendía. Y se dice con cierta incertidumbre dado que, efectivamente, del resto de condiciones parece que los hijos iban a entrar en posesión de los bienes, lo que puede considerarse un acto de permisividad de los padres, pero no una entrega en propiedad de los bienes. Entrega por tal concepto que no solo no consta en el documento sino que mas bien se deduce lo contrario cuando los padres exigen su autorización para determinados actos de los hijos sobre los bienes. Ello no obsta a que los padres pudieran libremente permitir a los hijos el uso y disfrute de los bienes que a cada uno le adjudican, pero no en calidad de propietarios ni a cambio de las atenciones que les exigen. La terminología empleada en el documento refiriéndose a partición, hijuela o herederos, refuerza la inexistencia de un contrato de vitalicio.

No debe olvidarse que, desde antiguo, la Jurisprudencia viene admitiendo como estipulación testamentaria aquella por la que se instituye heredero y se dispone bajo la condición o modo de asistir y cuidar al testado, o incluso a este y su familia, u otras personas. La Jurisprudencia lo ha calificado tradicionalmente como obligaciones "sub modo" las de asistir y cuidar al testador y funerarle ( STS 2 enero 1928 ) o asistir al testador y a ciertos parientes hasta su fallecimiento, funerarles y pagar sus deudas ( STS 13 noviembre 1929 ), o estar en su compañía, cuidándoles y asistiéndoles hasta la muerte del testador y su esposa ( STS 18 diciembre 1953 ), o el cuidado de la testadora hasta su fallecimiento, con abono de los gastos de entierro y funerales ( STS 9 mayo 1990 ).

Y es en este sentido en el que debe interpretarse la condición impuesta en el presente caso en la Hijuela de Doña Begoña, no constando siquiera si hubo necesidad de llevar a cabo tales actos de cuidado respecto de los padres, ni si los llevó a cabo la propia Begoña o alguno de sus hermanos, algo que resulta fundamental en el vitalicio.

CUARTO.- Intentando agotar las posibilidades, dadas las dudas que plantea la cuestión a la Sala, también pudiera entenderse que estamos ante un supuesto encubierto de sucesión contractual.

Ya desde antiguo el Derecho Romano fué contrario a los pactos sucesorios dado que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte, y por lo tanto los pactos sucesorios son contrarios a la libertad de testar. De ahí que nuestro Código Civil, tributario del anterior, sigue como regla general, y atendiendo a sus antecedentes históricos, la posición abolicionista contraria a la sucesión contractual, como se desprende de los arts. 1271 CC y de los arts. 635 y 658 CC. Si bien cabe decir que existen en el Derecho Común alguna excepción como en la mejora ( arts. 826 y 827 CC ), y en la donación de bienes futuros ( art. 1341 CC ). En Galicia, la Compilación del Derecho Civil de Galicia de 2 diciembre 1963 dejó huérfana la regulación de la sucesión contractual al regir en ella el Código Civil, si bien existía una institución jurídica peculiar, de origen consuetudinario, llamada derecho o mejora de labrar o poseer. La Ley de Derecho Civil de Galicia 4/95, rellena la laguna legal y regula los pactos sucesorios, pero solo a los expresamente previstos en la ley y que son dos: el pacto de usufructo voluntario de viudedad, y el derecho de labrar y poseer, y la apartación o apartamiento. En la actual Ley de Derecho Civil de Galicia se regulan como tales en los arts. 209 y ss los pactos de mejora, la mejora de labrar y poseer, y la apartación.

Por lo tanto, con anterioridad al año 1995 (aunque por lo que se refiere al supuesto que nos ocupa la solución sería la misma con posterioridad a la Ley 4/95), no cabía un pacto sucesorio como el que pudiera reflejarse en la hijuela estudiada ya que, como señala la STS 23 febrero 1999, entre otras, "...el hecho de que el reparto



del acervo patrimonial del testador se instrumente por un acto inter vivos no le confiere cariz contractual, ni le imbuye de fuerza vinculante frente al de cuius. Cualquier tipo de partición es complemento o corolario de una transmisión mortis causa. Sólo se pueden producir efectos traslativos como resultado del fallecimiento del causante..... No se puede adquirir mortis causa de una persona viva...".

QUINTO.- Excluidos por lo tanto como formas de adquisición de la propiedad del bien por uno o ambos cónyuges por título sucesorio o a través de un contrato de vitalicio, no se ha invocado ningún otro título concreto que permita una adecuada calificación jurídica del bien como ganancial o privativo.

A pesar de que la parte apelante cita los arts. 1355 y 1323 CC, sin embargo debe decirse que no tienen sustento fáctico en el supuesto enjuiciado.

El art. 1355 CC prevé que los cónyuges pueden, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a bienes que adquieren a título oneroso. Pero en el presente caso se cuestiona, en principio, la forma de adquisición, si es onerosa o gratuita, y además tal acuerdo no está debidamente acreditado.

La mención del bien en los testamentos de los causantes, realizados en la misma fecha, el día 6 de abril 1989, ante el mismo Notario, como aparentemente gananciales, y su mención como ganancial en la liquidación del impuesto sucesorio al fallecimiento del esposo, fechada el 3 de septiembre 1989, no son determinantes dadas las dudas que ofrece su redacción, puestas en evidencia de forma sugerente por la Juez de instancia, y que se dan por reproducidas, sino también por la contradicción que surge con el último testamento de Doña Begoña, fechado el 3 de mayo 1995, en el que lo califica como propio, privativo, al referirse a la casa con garaje adosado conocida por "Casa da Quinza".

No puede decirse que estemos ante actos inequívocos reveladores de una clara voluntad de mudar la condición jurídica de un bien. Evidentemente, excluida la existencia de un contrato de vitalicio, no puede servir de base a la aplicación del art. 1355 CC.

El art. 1323 CC tampoco resulta aplicable pues el mismo, que viene a reflejar el principio general de validez de los contratos entre los cónyuges introducido por la Ley 11/1981, derogando antiguas prohibiciones, exige que se acredite el negocio jurídico celebrado entre los cónyuges que sirviera de base para incluir el bien en el patrimonio ganancial. Se invoca el precepto, pero no se invoca título alguno al margen de una supuesta partición hereditaria "inter vivos". Esta partición no puede apoyarse en los testamentos de ambos cónyuges de abril de 1989, en los que lo único se hace es instituir a sus sobrinos, ahora contendientes, en herederos, sin que se contenga negocio alguno de transmisión "inter vivos" entre los cónyuges testadores, y sin que se pueda deducir de los mismos un negocio anterior, que habría de acreditarse mínimamente, como ya hemos señalado anteriormente.

Pero, en todo caso, las dudas sobre el título de adquisición del bien, para conseguir determinar su carácter ganancial o privativo, llevaría a acudir a la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC, sino se acreditase que el bien pertenece privativamente a uno de los cónyuges, concretamente a Doña Begoña.

SEXTO.- Llegados a este punto, hemos de regresar al punto de partida dado que lo que nadie pone en cuestión es la procedencia del bien discutido. Este proviene del patrimonio ganancial de los padres de Doña Begoña, y no puede olvidar la Sala que, a pesar de la invalidez de la hijuela como partición hereditaria de tales causantes, el mencionado documento, que nadie cuestiona en orden a su autenticidad, demuestra, por un lado la procedencia del bien, y por otro, que el mismo no iba destinado a patrimonio alguno del que fuera titular el esposo del Doña Begoña, D. Luis Enrique, quien figura en el citado acto a los meros efectos de "intervenir" a su esposa, lo que no es otra cosa que completar su capacidad al encontrarse la misma limitada con anterioridad a la reforma del Código Civil operada por la Ley de 2 mayo de 1975 que introduce la plena capacidad de la mujer casada, en situación de igualdad con su esposo, para la administración y disposición de sus bienes privativos y gananciales. Pero tal intervención es un hecho elocuente que evidencia su falta de interés directo en el negocio que se realizaba.

Pero además, también debe valorarse que en el citado documento comparecen todos los coherederos de los padres de Doña Begoña, los seis hermanos, y que desde entonces nadie ha discutido, al menos que se sepa, y menos los actuales litigantes, la incorporación del bien discutido al patrimonio de Doña Begoña, o en su caso al del matrimonio que formaba con su esposo, por esa vía. De forma que debe deducirse que en caso de falta de validez de la partición por los causantes a los efectos que interesan, lo único que justifica tal atribución patrimonial es que la voluntad reflejada en el documento ha sido asumida por los propios coherederos, mediante la aceptación de una partición en tal sentido. Estamos así ante una partición efectuada por los herederos.

Hechos suficientes para desvirtuar la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC.



Y sobre la naturaleza del negocio de partición y la forma exigible conviene recordar que por la doctrina del T. S. se ha declarado su carácter contractual y que no requiere especial forma para su validez ( STS 19-6-97 y 18-3-99 ) admitiéndose incluso que el consentimiento a la partición se manifieste en forma tácita entendiéndose implícito por la conducta desarrollada por el heredero ( STS 3-1-1962 ) y así es que advierte la sentencia de 21-5-1966 que la validez del acto jurídico de la aceptación de la partición hecha no puede quedar enervado por la falta de constancia en una forma determinada, especialmente en escritura pública, atendido el principio espiritualista que se proclama, en cuanto a la forma de y expresión del consentimiento, para el negocio de partición (y, en este sentido, también STS 11-6-2003 ).

Dicho lo anterior no cabe sino convenir que, en el presente caso, existió una aceptación de la partición por parte de los coherederos en la forma que pretendían sus padres, respetándola y haciéndola suya, que determinó la atribución a Doña Begoña por vía de herencia la "Casa Nova das Adejas". Por lo tanto, el bien debe tener la consideración de privativo de la citada causante según determina el art. 1346.2º CC .

SÉPTIMO.- Lo expuesto determina la desestimación del recurso por lo que resulta procedente la imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante ( art. 398.1 LEC ).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Elisa contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 1 Pontevedra el 14 marzo 2003 en proceso sobre liquidación de régimen económico matrimonial nº 823/06, confirmando la misma en su integridad, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

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