

Roj: **STS 1294/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1294**Id Cendoj: **28079110012010100153**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/03/2010**Nº de Recurso: **864/2006**Nº de Resolución: **106/2010**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP BU 53/2006,**
STS 1294/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3ª, por Dª Camila , representada por el Procurador de los Tribunales D. Cesar Gutiérrez Moliner contra la Sentencia dictada, el día 17 de febrero de 2006, por la referida Audiencia y Sección, en el rollo de apelación 489/2005, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Burgos, en los autos de procedimiento ordinario 398/2000. Ante esta Sala comparece la recurrente Dª Camila , representada por el Procurador D. Cesar Gutiérrez Moliner. No habiendo comparecido la parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Burgos, interpuso demanda de juicio ordinario Dª. Elena , contra Dª. Camila . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "*....dictar Sentencia por la que estimando la presente demanda:*

1º.- *Se declare que el apartamento letra NUM000 de la NUM001 planta alta, con su garaje anejo núm. NUM002 y el cuarto trastero en planta de NUM003 núm. NUM002 del EDIFICIO000 " de Benidorm (Alicante), inscritos en el Registro de la Propiedad nº 3 de Benidorm, al Tomo NUM004 , libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM006 , finca NUM007 y al Tomo NUM004 , libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM008 , finca NUM009 , respectivamente, pertenecen a la extinta Sociedad de Bienes Gananciales de Dª Elena y D. Justiniano , disuelta pero no liquidada, por compra de D. Justiniano a D. Olegario , a Dª Elsa y a D. Virgilio con caudal pertenecientes dicha Sociedad Conyugal y vigente la misma.*

2º.- *Se declare la nulidad radical, por ilicitud de la causa, de la cesión efectuada por D. Justiniano a Dª Camila de los inmuebles en el EDIFICIO000 " de Benidorm (Alicante) descritos en el apartado anterior, e igualmente se declare, por la misma causa de la que es consecuencia, la nulidad radical de la compraventa otorgada sobre dichos inmuebles el día 12.5.99 ante el Notario de Valencia con residencia en Benidorm, Sr. Planelles Chapulí, al nº 1385 de su protocolo, por D. Olegario , Dª Elsa y D. Virgilio a favor de Dª Camila .*

3º.- *Se acuerde la cancelación de las inscripciones de dominio causadas a favor de Dª Camila , a resultados del otorgamiento expresado en el epígrafe anterior, sobre el apartamento letra NUM000 de la NUM001 planta alta, con su garaje anejo núm. NUM002 y el cuarto trastero en planta de NUM003 núm. NUM010 , del EDIFICIO000 " de Benidorm, al Tomo NUM004 , libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM006 , finca NUM007 y al Tomo NUM004 , libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM008 , finca NUM009*



, respectivamente, acordándose a su vez la inscripción del dominio sobre las mismas a favor de la extinta Sociedad de Bienes **Gananciales**, disuelta pero no liquidada, de D^a Elena y D. Justiniano .

4º.- Se declare que el apartamento nº NUM011 de la NUM012 planta del edificio denominado " APARTAMENTO000 ", CALLE000 nº NUM012 de Benidorm (Alicante), inscrito en el Registro de la Propiedad nº 3 de Benidorm al Tomo NUM013 , Libro NUM014 de la Sección 2ª, folio NUM015 , finca nº NUM016 , pertenece a la extinta Sociedad de Bienes **Gananciales** de D^a Elena y D. Justiniano , disuelta pero no liquidada, por compra de D. Justiniano , a D. Luis Enrique , D^a María Angeles , D. Anselmo y D. Bienvenido con caudal perteneciente a dicha Sociedad Conyugal y vigente la misma, acordando la constancia de dicha titularidad en el citado Registro de la Propiedad, mediante la anotación correspondiente - Nota Marginal, artº 95.6 R.H .

5º.- Se declare la nulidad de la escritura de manifestación, aceptación y partición de herencia otorgada por D^a Camila al fallecimiento de su padre ante el Notario de esta residencia Sr. Palacios el día 12.6.02, en cuanto a la inclusión en el caudal relicto, y consiguiente adjudicación, del apartamento número NUM011 de la NUM012 planta del APARTAMENTO000 " de Benidorm (Alicante), inscrito en el Registro de la Propiedad nº 3 de Benidorm, Tomo NUM013 , Libro NUM014 de la Sección 2ª, folio NUM015 , finca nº NUM016 .

6º.- Se acuerde la cancelación de la inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad nº 3 de Benidorm (Alicante), a favor de D^a Camila , sobre la finca precedente, nº NUM016 , folio NUM015 , Libro NUM014 de la Sección 2ª, tomo NUM013 .

7º.- Con expresa imposición de las costas a la demandada".

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D^a. Camila , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte Sentencia por la cual acogiendo las excepciones opuestas se desestime sin entrar en el fondo del asunto y subsidiariamente si se entrare en el mismo igualmente se desestime íntegramente absolviendo de ella a mi representada e imponiendo las costa al actor".

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se convocó a las partes a una Audiencia Previa, acudiendo a dicho acto las mismas debidamente representadas, acordándose recibir el pleito a prueba y proponiéndose por las partes las que estimaron pertinentes, señalándose a tal efecto día y hora para la celebración del oportuno Juicio, al que acudieron las partes debidamente representadas por Procurador y asistidas de Letrado, practicándose en dicho acto las pruebas que previamente fueron declaradas pertinentes y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia 3 de Burgos dictó Sentencia, con fecha 29 de julio de 2005 , y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que DESESTIMANDO COMO DESESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Prieto Casado, en representación de D^a Elena , contra D^a Camila , representada por el Procurador Sr. Gutiérrez Moliner, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra, reservando expresamente a la actora las acciones de las que se crea asistida respecto a los bienes y derechos supuestamente integrantes de la sociedad de **gananciales**, para su ejercicio ante el Órgano Judicial que conoció del proceso de separación y a través del correspondiente procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, y todo ello, con expresa imposición a la demandante de las costas procesales causadas "

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a. Elena . Sustanciada la apelación, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos dictó Sentencia, con fecha 17 de febrero de 2006 , con el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Jesús Miguel Prieto Casado contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Burgos en los autos de juicio ordinario 398/2004 con revocación de la misma se dicta otra por la que se estima parcialmente la demanda formulada por doña Elena contra doña Camila , con los siguientes pronunciamiento,

1º Se declara que el apartamento letra NUM000 de la NUM001 planta alta con su garaje anexo número NUM002 y el cuarto trastero en planta NUM003 número NUM002 del EDIFICIO000 de Benidorm (Alicante) inscritos en el Registro de la propiedad número 3 de Benidorm, al tomo NUM004 , libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM006 , finca NUM007 y al tomo NUM004 , libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM006 , finca NUM007 respectivamente, pertenecen a la extinta sociedad de bienes **gananciales** de doña Elena y don Justiniano , disuelta pero no liquidada por compra de don Justiniano a don Olegario , a doña Elsa y a don Virgilio con caudal perteneciente a dicha sociedad conyugal y vigente la misma.

2º Se declara la nulidad radical de la cesión efectuada por don Justiniano a doña Camila de los inmuebles del EDIFICIO000 de Benidorm (Alicante) descritos en el apartado anterior, e igualmente se declara la rectificación de la escritura de compraventa otorgada sobre dichos inmuebles el día 12 de mayo de 1999 ante el Notario de Valencia con residencia en Benidorm Sr. Planelles Chapulí al número 1385 de su protocolo en la que deberá figurar como compradora la sociedad de **gananciales** formada por don Justiniano y doña Elena .



3º Se acuerda la cancelación de la inscripciones de dominio causadas a favor de doña Camila a resultados del otorgamiento expresado en el epígrafe anterior sobre el apartamento letra NUM000 de la NUM001 planta alta con su garaje anexo NUM002 y del cuarto trastero en planta de NUM003 número NUM002 del EDIFICIO000 de Benidorm (Alicante), inscrito en el Registro de la Propiedad número 3 de Benidorm al tomo NUM004 , libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM008 , finca NUM007 , y al tomo NUM004 , libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM008 , finca NUM009 , respectivamente.

4º Se declara que el apartamento número NUM011 de la NUM012 planta del edificio denominado " APARTAMENTO000 " CALLE000 , NUM012 de Benidorm (Alicante), inscrito en el Registro de la propiedad número 3 de Benidorm al tomo NUM013 , libro NUM014 de la Sección Segunda, folio NUM015 , finca NUM016 , pertenece a la extinta sociedad de **gananciales** de doña Elena y don Justiniano , disuelta pero no liquidada, por compra de don Justiniano a don Luis Enrique , doña María Angeles , don Anselmo y don Bienvenido con caudal perteneciente a dicha sociedad conyugal y vigente la misma, acordando la constancia de dicha titularidad en el citado Registro de la Propiedad, mediante la anotación correspondiente.

5º Se declara la nulidad de la escritura de manifestación, aceptación y partición de herencia otorgada por doña Camila al fallecimiento de su padre ante el Notario de esta residencia Sr. Palacios de 12 de junio de 2002 en cuanto a la inclusión en el caudal relicto y consiguiente adjudicación del apartamento número NUM011 de la NUM012 planta del APARTAMENTO000 de Benidorm (Alicante), inscrito en el Registro de la Propiedad de Benidorm, tomo NUM013 , libro NUM014 de la Sección Segunda, folio NUM015 , finca número NUM016 .

6º Se acuerda la cancelación de la inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad número 3 de Benidorm (Alicante) a favor de doña Camila sobre la finca precedente, número NUM016 , folio NUM015 , libro NUM014 de la Sección Segunda, tomo NUM013 .

7º Todo ello sin hacer imposición de las costas causadas en ambas instancias".

TERCERO. Anunciado recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por D^a Camila , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por el Procurador D. Cesar Gutiérrez Moliner, los interpuso de la siguiente forma:

Recurso Extraordinario por Infracción Procesal , se articula en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.3º de la LEC , por infracción por inaplicación de lo dispuesto en los arts. 806 a 811, ambos inclusive, de la Ley 1/2000 , que rige el procedimiento para liquidación del régimen económico matrimonial, y el art. 416.1.4ª sobre la excepción de inadecuación del procedimiento.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2º de la LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia, por infracción del art. 218 de la LEC .

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2º de la LEC , por infracción del art. 218.1 de la LEC 1/2000 y de los arts. 216 y 222 de la LEC .

Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4º de la LEC por vulneración en el proceso civil de Derechos Fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución.

Quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2º de la LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y subsidiaria y alternativamente al amparo del art. 469.1.3º de la LEC , por infracción del art. 217 de la LEC .

Recurso de Casación se interpuso en base a los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de LEC , por infracción de los arts. 1392 y 85 del Código Civil .

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC , por infracción de los arts. 1322 y 1377 del Código Civil .

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC , por infracción del art. 1300 del Código Civil .

Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC , por infracción del art. 1301 del Código Civil .

Quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC , por infracción de los arts. 1300 y 1081 del Código Civil .

Sexto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC , por infracción del art. 1347 del Código Civil .

Séptimo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC , por infracción del art. 102 del Código Civil .



Por resolución de fecha 3 de abril de 2006, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Luis Estrugo Muñoz, en nombre y representación de D^a Camila , en calidad de recurrente. Admitido el recurso por Auto de fecha 4 de noviembre de 2008, acordándose señalar el día diecisiete de febrero de dos mil diez , en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D. Justiniano y D^a Elena habían contraído matrimonio en 1962. Tenían una hija, D^a Camila , demandada en este pleito.

2º Los cónyuges se separaron el 2 abril 1998, en que se dictó sentencia en el procedimiento de separación instado por la esposa. Dicha sentencia declaró la separación legal de los cónyuges y la disolución del régimen económico matrimonial. El marido apeló, impugnando los pronunciamientos relativos a la atribución del uso de la vivienda conyugal y la pensión compensatoria; la apelación fue estimada parcialmente por sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 febrero 1999 .

3º El procedimiento de liquidación del régimen de **gananciales** se inició a continuación y la esposa demandante en este litigio, recurrida en casación, presentó propuesta de cuaderno particional, sin que hiciese ninguna alusión a la inclusión de dos apartamentos en Benidorm, cuya ganancialidad se discute en el presente procedimiento.

4º El marido falleció de muerte violenta en el año 2000. Había nombrado heredera a su hija D^a Camila .

5º Lo que se discute en el presente procedimiento es si dos apartamentos situados en Benidorm tienen la cualidad de bienes **gananciales**. A los efectos de una mejor comprensión se van a denominar EDIFICIO000 y APARTAMENTO000 . Los hechos probados en relación a la adquisición de estos dos apartamentos son los siguientes:

a) EDIFICIO000 . De los documentos aportados se deduce que D. Justiniano adquirió el apartamento mediante un contrato privado de compraventa el 7 octubre 1998. Figura en los autos una carta del comprador a los vendedores en la que les comunica que lo cede a su hija D^a Camila .

b) APARTAMENTO000 . El apartamento fue puesto a la venta a finales de 1998; los propietarios vendedores confirmaron que la venta se concertó con D. Justiniano en un documento privado, otorgado el mes de diciembre de 1998, que se elevó a público el 3 de marzo de 1999. En la actualidad figura inscrito a nombre de la hija y heredera.

6º D^a Elena demandó a su hija, D^a Camila . En la demanda pidió que los apartamentos descritos se declararan **gananciales** por considerar que en el momento de la compra aun estaba vigente la sociedad constituida por el matrimonio, al no haber sido firme la sentencia de separación hasta el 22 de febrero de 1999 . Se opuso la demandada, para quien tales adquisiciones tuvieron lugar una vez disuelta ya la sociedad de **gananciales**.

7º La sentencia del juzgado de 1ª instancia nº 3 de Burgos, de 29 julio 2005 , desestimó la demanda, reservando expresamente a la actora las acciones de las que se crea asistida respecto a los bienes que supuestamente integren la sociedad de **gananciales**. Dice que se produjo una especial relevancia de la fecha de la disolución del régimen. Señaló que: a) de los hechos probados se deduce que la esposa no tuvo ninguna intervención en la adquisición de los dos apartamentos, puesto que los cónyuges ya estaban separados; b) utilizando las sentencias de esta Sala sobre los efectos que deben atribuirse a la separación de hecho, entiende que la separación de los cónyuges ya estaba decretada con el auto de medidas provisionales, siendo además incuestionable que desde hacía 16 meses se encontraban separados de hecho, "por lo que carecía de todo sentido pretender que el primer y esencial paso para liquidar la sociedad conyugal[...], se hiciera tomando como fecha de referencia la de la firmeza de la sentencia de separación"; c) la sociedad de **gananciales** se encuentra sin liquidar, y d) el régimen había quedado ya extinguido tiempo atrás, siendo sustituido por el de separación.

8º Apeló la demandante. La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3ª, de 17 febrero 2006 , estimó el recurso de apelación. Los argumentos son: a) especial relevancia del momento de la disolución del régimen y en base a la STS de 30 enero 2004 , concluye que la sentencia de separación quedó firme después de dictada la de apelación, por lo que la disolución de la sociedad de **gananciales** no se produjo hasta febrero 1999; b) partiendo de lo anterior, considera que los apartamentos adquiridos por el marido en 1998 eran **gananciales**; c) la cesión efectuada por el padre a favor de la hija del EDIFICIO000 era nula.



9º Contra esta sentencia interpone Dª Camila recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, admitidos ambos por auto de 4 noviembre 2008 .

1º RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO. Van a examinarse conjuntamente el *primer motivo* del recurso extraordinario por infracción procesal, juntamente con los motivos *segundo* y *cuarto* , por razones de sistematización.

El primer motivo denuncia la infracción de los Arts. 806 a 811 de la LEC en relación con el artículo 416.1.4ª LEC, al acusar la inadecuación de procedimiento, mientras que el segundo expone la existencia de una incongruencia omisiva, por falta de pronunciamiento de la sentencia impugnada sobre la referida inadecuación de procedimiento. Los motivos primero y segundo deben ser examinados conjuntamente con *el cuarto* , al referirse éste a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que la resolución recurrida le ha producido al no pronunciarse sobre la inadecuación de procedimiento.

Los motivos primero, segundo y cuarto se desestiman.

1º Respecto de la incongruencia omisiva denunciada por la recurrente en el segundo motivo, si bien es cierto que, efectivamente, la Sentencia de Apelación no se pronunció sobre la excepción de inadecuación de procedimiento oportunamente interesada, sobre la que sí lo hizo la sentencia de primera instancia, el motivo no puede ser estimado, por incurrir en la causa de inadmisión prevista en el artículo 469.2 LEC , que, en este momento procesal, se convierte en causa de desestimación. Exige el legislador que, para que pueda considerarse procedente el recurso extraordinario por infracción procesal contra una resolución que adolezca de un determinado defecto de naturaleza adjetiva, dicha infracción debe ser denunciada en la instancia. Pues bien, con carácter previo a la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, ante la omisión de pronunciamiento sobre la inadecuación de procedimiento, pretensión que podría entenderse tácitamente desestimada, la parte recurrente en casación, demandada en el procedimiento y que adujo la mencionada excepción, debió interesar el complemento de sentencia como requisito previo a la interposición del presente recurso, puesto que la Sala de Apelación hubiera podido complementar la resolución con el pronunciamiento interesado, sin que pueda ser admisible que la parte, obviando dicha posibilidad, acuda directamente al recurso extraordinario con la finalidad de anular la sentencia por incongruencia omisiva.

2º En relación con el motivo primero, esto es, la denuncia de inadecuación de procedimiento por entender que se había vulnerado lo dispuesto en los artículos 806 a 811 LEC las razones de la desestimación son las siguientes: a) el procedimiento escogido es el adecuado, toda vez que el objeto del pleito era la declaración de naturaleza **ganancial** de unos bienes concretos y la petición de determinadas consecuencias derivadas de tal declaración, por tanto, no la liquidación de la sociedad de **gananciales**, con los trámites previstos en las disposiciones que se consideran infringidas.; b) aún en el supuesto de que el procedimiento seguido no hubiese sido el adecuado, la estimación del recurso extraordinario únicamente podría tener lugar si dicha inadecuación hubiera producido la indefensión de la parte que lo alega, que debe ser cierta, real y efectiva y probada por la parte a quien afecta (SSTC STC 217/98, 205/91, 139/94 y 164/96, 198/97, 100/98 y 218/98 , entre otras). Si bien la parte recurrente en el motivo cuarto expone que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al habersele privado de la respuesta a la citada excepción procesal, en ningún momento argumenta de qué forma se le ha ocasionado dicha indefensión y qué trascendencia tiene la misma en orden a la resolución de la controversia (asimismo, la sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2008 , entre otras), y c) Además, el procedimiento seguido en este caso fue el del juicio ordinario, procedimiento con mayores garantías procesales para las partes, sin que la resolución que pone fin al pleito impida la presentación de la pertinente demanda de formación de inventario, de acuerdo con el Art. 806 LEC , limitado, por el carácter de cosa juzgada que la naturaleza de los bienes litigiosos determinada en este procedimiento tenga en el ulterior proceso de liquidación de la sociedad de **gananciales**.

TERCERO. *El tercer motivo* del recurso extraordinario denuncia nuevamente infracción del artículo 218.1 LEC así como de los artículos 216 y 222 del mismo texto legal, ya que, según manifiesta la recurrente, la sentencia infringe también el principio de la justicia rogada y el de cosa juzgada material. Entiende que en la demanda se solicitaba la declaración de nulidad radical de la cesión efectuada por D. Justiniano a Dª. Camila , de los inmuebles en el EDIFICIO000 de Benidorm e igualmente la nulidad radical de la compraventa otorgada sobre dichos inmuebles el día 12 de mayo de 1999 y sin embargo, en el fallo de la Sentencia se declara la rectificación de la escritura sobre dichos inmuebles en la que deberá figurar como comprador la sociedad de **gananciales** formada por D. Justiniano y Dª. Elena .

El motivo debe ser desestimado.

El suplico de la demanda, en su apartado segundo, establece que «se declare la nulidad radical, por ilicitud de la causa, de la cesión efectuada por D. Justiniano a Dª Camila de los inmuebles en el EDIFICIO000 »



de Benidorm (Alicante) descritos en el apartado anterior, e igualmente se declare, por la misma causa de la que es consecuencia, la nulidad radical de la compraventa otorgada sobre dichos inmuebles el día 12.5.99 ante el Notario de Valencia con residencia en Benidorm, Sr. Planelles Chapulí, al nº 1.385 de su protocolo, por D. Olegario , D^a Elsa y D. Virgilio a favor de D^a. Camila ». Pero también es cierto que en el apartado 3º del mismo suplico se solicita que «Se acuerde la cancelación de las inscripciones de dominio causadas a favor de D^a Camila , a resultas del otorgamiento expresado en el epígrafe anterior, sobre el apartamento letra NUM000 de la NUM001 planta alta, con su garaje anejo núm. NUM002 y cuarto trastero en planta de NUM003 núm. NUM002 , del EDIFICIO000 " de Benidorm (Alicante), inscritos en el Registro de la Propiedad nº 3 de Benidorm, al Tomo NUM004 , libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM006 , finca NUM007 y al Tomo NUM004 , libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM006 , finca NUM007 y al Tomo NUM004 , libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM008 , finca NUM009 , respectivamente, acordándose a su vez la inscripción del dominio sobre las mismas a favor de la extinta Sociedad de Bienes **Gananciales**, disuelta pero no liquidada, de D^a Elena y D. Justiniano ». Así las cosas, resulta que ambos pedimentos, tomados literalmente, son contradictorios, porque en el punto segundo se solicita la nulidad radical de la compraventa del inmueble sito en el EDIFICIO000 " , en cuyo negocio jurídico aparecía como parte compradora la demandada. Sin embargo, en el punto tercero se pide que se acuerde la cancelación de las inscripciones de dominio causadas a favor de la hija sobre la referida vivienda y anejos, acordándose a su vez la inscripción del dominio de éstos a favor de la sociedad de **gananciales** formada por el fallecido Sr. Justiniano y la actora. La defectuosa redacción del suplico de la demanda lleva a la Audiencia a estimarla parcialmente, por incompatibilidad de solicitudes, puesto que, para acordar la nulidad de la compraventa, se debería haber llamado al proceso al resto de partes intervinientes en el negocio cuya nulidad se pretende, esto es, los vendedores D. Olegario , D^a Elsa y D. Virgilio por constituir su presencia un litisconsorcio pasivo necesario. Es más, de la lectura del conjunto de la demanda y del suplico se concluye fácilmente que la parte actora no busca la anulación de la compraventa, sino que pretende que los inmuebles litigiosos figuren a su nombre y al del ex marido fallecido, no al de su hija. Además, las consecuencias de la nulidad radical no son otras que la reposición de la realidad jurídica al momento en que el negocio anulado fue celebrado, con obligación de las partes de restituirse en las cantidades y bienes entregados. Por ello, de haberse estimado la pretensión de nulidad, que no podría acogerse en ningún caso por falta del litisconsorcio antes referido, se habría anulado la compraventa con reposición de la titularidad a los vendedores y obligación de entregar a la compradora el precio entregado en 1999, pero, en ningún caso, podría haberse accedido a lo solicitado en el punto tercero del suplico, por incompatibilidad con el anterior pronunciamiento. Al rechazarse dicha nulidad y acordarse solamente la de la cesión, la Audiencia decidió que «no es necesaria la nulidad total [de la escritura de compraventa] , lo que obligaría a los compradores [quizá quiso decir vendedores] a otorgar una nueva escritura, pudiendo decir estos que ya cumplieron con su obligación de escriturar a nombre de quien les dijo el comprador. Basta con proceder a la rectificación de la escritura en la forma que autoriza el artículo 153 del Reglamento del Notariado según el cual "los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales intervivos podrán ser subsanados por el Notario autorizante, su sustituto o sucesor en el protocolo, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiera originado o sufrido (...)», estimando solo parcialmente la demanda, pues, aunque se rechaza la pretensión de nulidad, se acuerda la rectificación de la escritura de compraventa, cuya consecuencia directa es la del asiento registral correspondiente en los términos pretendidos por la demandante.

De ahí que deba ser desestimado el motivo, toda vez que la Sentencia acuerda el medio idóneo para acceder a la pretensión de la parte lo que no supone una alteración sustancial del *petitum* ni implica otorgar algo diferente de lo pedido.

CUARTO. El motivo quinto denuncia la infracción del artículo 217 LEC , que regula las reglas de la carga de la prueba en el proceso civil. Se argumenta que la Sentencia impugnada establece que la supuesta adquisición de los inmuebles por la demandada carece de toda prueba, cuando tal valoración es errónea a tenor de los medios probatorios aportados al proceso que prueban la titularidad de los fondos entregados para la compra.

El motivo ha de ser desestimado.

La valoración de la prueba documental y de testigos efectuada por la recurrente desvirtúa la realizada por la Sala de Apelación, si bien por realización de un análisis partidista e interesado, dirigido a intentar la convicción de esta Sala de que la prueba escogida debe ser estudiada bajo el prisma de la propia recurrente, obviando otros medios probatorios que impiden llegar a la conclusión que ella pretende y pasando por alto que la Sala de Apelación ha realizado una valoración conjunta de la prueba que no resulta arbitraria, ilógica ni contraria a derecho y, por tanto, inatacable para la Sala, aunque dicha valoración sea contraria a los intereses de la parte. (SSTS 20 de abril, 18 de junio y 28 de noviembre 2009 y 4 de febrero de 2010, de entre las más recientes). Ninguna de estas circunstancias se produce en el presente caso, sino que estamos ante un intento de convertir el recurso en una tercera instancia tratando de sustituir la apreciación probatoria que ha realizado la Audiencia por la sin duda parcial de la recurrente.



2º RECURSO DE CASACIÓN.

SEXTO. El *Primer motivo* denuncia la infracción de los Arts. 1392 y 85 CC . La sentencia recurrida atribuye a la sociedad de **gananciales** la titularidad de los inmuebles, pese a que la comunidad no puede ser la de **gananciales** que quedó disuelta por la muerte, sino una comunidad post-**ganancial**.

El motivo se estima.

A pesar de una argumentación no demasiado clara, lo que se deduce de lo dicho por la recurrente es que la disolución del régimen devino firme y, en consecuencia debería en este motivo haberse aplicado el Art. 1392 CC que considera causa de disolución de la sociedad de **gananciales** la sentencia firme de separación de los cónyuges.

Las razones para su estimación se basan en la firmeza de la disolución del régimen producida en la sentencia de separación, porque esta parte no fue recurrida por el marido y ello de acuerdo con lo que dispone el artículo 95 CC. La sentencia dictada en 1ª Instancia resultó firme en la declaración de separación y en la de disolución porque esta parte de la decisión no se recurrió, por lo que la separación de los cónyuges no se produjo el 4 de febrero de 1999, como afirma la esposa demandante, sino el 2 de abril de 1998, fecha de la sentencia de 1ª Instancia, firme en este aspecto.

Como afirma la sentencia de 18 marzo 2008 , sentencia firme es aquella contra la que no procede recurso alguno, ya sea por su propia naturaleza, ya sea por haberlo consentido las partes (arts. 369 LECiv en relación con el art. 245.3 LOPJ) y en el presente litigio, ambas partes consintieron las decisiones de la sentencia de 1ª Instancia relativas a la causa de separación y a la disolución del régimen económico matrimonial, porque solo se recurrió lo relativo a la pensión compensatoria y a la atribución del uso de la vivienda conyugal. Devino firme, por tanto, la declaración de disolución del régimen como consecuencia de la separación (art. 95 CC) y a partir de aquel momento los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges no gozaban de la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC . Por ello, la esposa demandante y ahora recurrida debería haber probado que los bienes cuya ganancialidad reclama, fueron adquiridos con dinero **ganancial** y al no haberlo hecho, corresponde declarar privativos del marido los apartamentos cuya ganancialidad se reclama. (SSTS 20 enero 2004, 27 febrero 2007, 18 marzo y 28 mayo 2008).

SÉPTIMO. La estimación del primero de los motivos del recurso de casación exime a esta Sala de entrar a examinar los restantes.

OCTAVO. La estimación del primer motivo del recurso de casación determina su estimación y la anulación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3ª, de 17 febrero 2006 , reponiéndose en su lugar la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Burgos de 29 de julio de 2005 .

La estimación del recurso de casación determina que no se impongan las costas del mismo a ninguna de las litigantes; procede no imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal por haber sido estimado el de casación.

Procede imponer las costas de la 1ª Instancia a la demandante Dª Elena , así como las del recurso de apelación.

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

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Camila contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª de 17 febrero 2006 , dictada en el rollo de apelación nº 489/2005.

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º En su lugar se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Burgos, de 29 julio 2005 , cuyo fallo dice: "*Que DESESTIMANDO COMO DESESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Prieto Casado, en representación de Dª Elena , contra Dª Camila , representada por el Procurador Sr. Gutiérrez Moliner, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra, reservando expresamente a la actora las acciones de las que se crea asistida respecto a los bienes y derechos supuestamente integrantes de la sociedad de **gananciales**, para su ejercicio ante el Organismo Judicial que conoció del proceso de separación y a través del correspondiente procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, y todo ello, con expresa imposición a la demandante de las costas procesales causadas*".



4º No se estima el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de Dª Camila contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 17 febrero 2006 .

5º No se imponen las costas causadas por ambos recursos a ninguna de las litigantes.

6º Se imponen a la demandante Dª Elena las costas de la 1ª Instancia y de la apelación.

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 Rios.- Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, 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.

FONDO DOCUMENTAL CEND