



Roj: **STS 3716/2006 - ECLI:ES:TS:2006:3716**

Id Cendoj: **28079110012006100637**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/2006**

Nº de Recurso: **4163/1999**

Nº de Resolución: **645/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Junio de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de San Sebastian, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía nº 189/97, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Eibar, sobre liquidación y adjudicación de sociedad de gananciales; cuyo recurso fue interpuesto por doña Rosario, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Magdalena Cornejo Barranco y defendida por el Letrado don Joseba Iñiguez Ochoa; siendo parte recurrida don Braulio, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Mónica de la Paloma Fente Delgado y defendido por el Letrado don Alfonso Sanz Araujo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de don Braulio contra doña Rosario.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que: "... se dicte sentencia por la que:

A) SE DECLARE: 1º) Que la Sociedad Legal de Gananciales del matrimonio formado por Don Braulio y Doña Rosario, está integrada por los siguientes bienes y deudas:

1.1) ACTIVO de la sociedad Legal de Gananciales:

A) Metálico líquido íntegramente, en posesión de la demandada que de 13.110.645.- ptas. (más su actualización correspondiente).(sic)

B) Partida de joyas y kilo de oro del apdo. 1.2 del Hecho Tercero.

C) Vehículo Ford fiesta matrícula MG-....-UX.

D) Vehículo Opel Astra matrícula ZG-....-UK.

E) Un Tercio de Embarcación md. 760 matrícula mn-....-....-....

F) Garaje nº NUM000 de Matxaria de Eibar Edificio DIRECCION000.

G) Mobiliario de la vivienda de C/ DIRECCION001 NUM001 - NUM002 NUM003 . de Eibar.

H) Mobiliario de la vivienda de PLAZA000 NUM004 - NUM005 . de Mutriku.

I) Mobiliario de la vivienda de CALLE000 NUM006 - NUM007 . de Eibar.

J) Vivienda de C/ DIRECCION001 NUM001 - NUM002 NUM003 . Inscrita en el Tomo NUM008 del archivo, libro NUM009 de Eibar, al folio NUM010, finca NUM011.



- K) Local de C/ Estación 11. Inscrita en el Tomo 509 del archivo, libro 265 de Eibar, al folio 177, finca 11.661.
- L) Vivienda de PLAZA000 -Mutriku. Inscrita en el Tomo NUM012 , del archivo, libro NUM009 de Mutriku, folio NUM013 , finca NUM014 .
- 1.2) PASIVO de la Sociedad Legal de Gananciales por importe de 11.388.693.- ptas. y que constituye un crédito exclusivo a favor de D. Braulio en la liquidación de la sociedad de gananciales, que viene constituido por:
- M) Importe de 877.663.- ptas. (mitad del importe de 1.755.326. ptas. por préstamo del Banco de Comercio).
- N) Importe de 10.511.030.- ptas. correspondiente al metálico privativo destinado a la adquisición de la vivienda de DIRECCION001 NUM001 - NUM002 y local del mismo edificio en Eibar, y de la vivienda de PLAZA000 7-3º de Mutriku, referenciado a su valor actualizado.
- 2º) Que Don Braulio ostenta frente a su esposa los siguientes derechos de crédito por importe de 5.946.068.- ptas. a su favor desglosados de la siguiente manera:
- A) Importe de 4.120.000.-ptas. por mandato St. 28/2/96 por cantidades retenidas entre octubre de 1994 y marzo de 1996 en su nómina.
- B) Importe de 576.068 ptas. por gastos de formación del hijo Danel.
- C) Importe de 1.250.000.-ptas. por reparaciones y gastos efectuadas en la vivienda de Eibar, CALLE000 NUM006 - NUM007 .
- D) Cualquier otro que obrando a nombre de Rosario se acredite su ganancialidad.
- y, se condene a Doña Rosario a pasar por dichas declaraciones.
- B) SE ACUERDE:
- 1º) Valorar el inventario formado por el activo ganancial y fijar el remanente de la sociedad de gananciales deduciendo del activo el pasivo ganancial constituido por los derechos crédito de mi mandante frente a la sociedad de gananciales (Activo Neto).
- 2º) La cesación del proindiviso de los bienes gananciales y, siguiendo los criterios de partición expuestos en el Fundamento Jurídico VI, proceder a su adjudicación a los cónyuges en la siguiente forma:
- 2.1) A favor de Doña Rosario el 50% de haber líquido (Activo Neto) previa deducción de las cantidades señaladas que ha de rembolsar o reintegrar con carácter previo a su esposo.
- 2.2.) A favor de Don Braulio el 50% del haber líquido (Activo Neto) declarándose el derecho de recibir de la sociedad de gananciales con carácter previo a la liquidación el importe al que ascienden los derechos de crédito que ostenta frente a la Sociedad, más el importe al que ascienden los derechos de crédito y reembolso que ostenta a su favor frente a su esposa Doña Rosario .
- C) ÚNICAMENTE y para el hipotético supuesto de que la demandada pretenda incluir dentro del activo ganancial; las acciones de mi mandante en la Cía. Mercantil "LEMA, S.A." (4%), "la parte del pabellón o edificio industrial enclavado en el polígono cuatro-bis Industrial, finca nº 6.902 folio 33, inscripción 5ª por herencia de Juan Enrique " en AVENIDA000 nº NUM015 de Eibar (4%) y el consiguiente rendimiento proporcional atribuible de dicho pabellón, de los cuales consta esa titularidad en exclusiva a su nombre según los documentos unidos a esta demanda, se declare así que los mismos son privativos de Don Braulio por su adquisición vía hereditaria declarándose nula e inexistente cualquier documento que contradiga dicha atribución de titularidad exclusiva de Don Braulio a su favor.
- D) Se condene expresamente a la demandada al pago de las costas de este juicio por la vía del art. 523 de la LEC y, además, por su mala fe (F.J. VII)."
- 2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de Doña Rosario contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, en definitiva, se "... dicte Sentencia en su día desestimando la Demanda y declarando que la Sociedad de Gananciales del matrimonio formado por Don Braulio y Doña Rosario está integrada por los bienes expuestos por esta parte en su Escrito de Constestación a la Demanda, acordando valorar el referido Inventario de esta parte, adjudicando a cada uno de los cónyuges el 50% del haber líquido existente, con expresa imposición de costas a la parte demandante."
- 3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fué declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.



4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 2 de junio de 1998 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. ECHANIZ, en nombre y representación de D. Braulio contra D<sup>a</sup> Rosario representada por el Procurador Sr. AMILIBIA, sobre liquidación de gananciales, debo declarar y declaro que el inventario del activo y del pasivo de la sociedad de gananciales del matrimonio contraído en fecha 18-3-70 por D. Braulio y D<sup>a</sup> Rosario queda integrado por las partidas que se describen en el fundamento jurídico TERCERO de esta sentencia y en consecuencia se proceda en ejecución de sentencia, en defecto de acuerdo entre las partes, y con observancia de lo dispuesto en el art. 1.399 y siguientes del CC , por los trámites del Juicio de Testamentaria a la liquidación, partición y adjudicación de los bienes, sin realizar expreso pronunciamiento en costas."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación don Braulio , y sustanciada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de San Sebastian, dictó sentencia con fecha 28 de junio de 1998 (sic), cuyo Fallo es como sigue: "Que estimando como estimamos íntegramente el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana San Martín Azofra en la representación de Don Braulio , formulado contra la Sentencia a en fecha 2 de junio de 1998 por el Juzgado de Primera Instancia Número 1 de los de EIBAR , debemos REVOCAR y REVOCAMOS dicha resolución, en cuanto al Inventario explicitado en el Fundamento de Derecho Tercero) de la Sentencia recurrida, en el que deberán ser modificadas las siguientes partidas: Del Activo.- Letra 1) Acciones de la compañía mercantil TORNILLERÍA LEMA S.A., deberán ser detraídas del mismo, por no tener carácter ganancial. Letra K) las acciones contenidas en dicha letra deben figurar en el inventario como VALORES MOBILIARIOS, en lugar de DINERO METALICO. Letra 1) deberán incluirse los depósitos situados en BANCO DE COMERCIO S.A. por importe de 3.644.009,- Ptas., y en BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA, por importe de 574.765,- Ptas. Debiéndose añadir además los movimientos de todas las cuentas bancarias, que supongan detracción de fondos, tras la separación. LINGOTE DE ORO.- Procede incluirlo en el activo inventariado, por el importe que en su momento se determine. Del Pasivo.- Deberá incluirse la cantidad satisfecha, por Don Braulio , en la cancelación del crédito de 1.500.000,- concertado con Banco de Comercio en fecha 3 de Agosto de 1993, a vencimiento 3 de Agosto de 1994, en la cantidad que resulte probada, como saldo de cancelación. CONFIRMANDO como CONFIRMAMOS los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida. Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta alzada."

En fecha 30 de julio de 1999 se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "LA SALA ACUERDA: Corregir los errores materiales y salvar las omisiones manifiestas en el Fallo de nuestra Sentencia de fecha 28 de Junio de 1999 , conforme a lo desarrollado en los Razonamientos Jurídicos de la presente resolución, de forma que el Fallo de la misma, en relación con el Razonamiento Jurídico Tercero de la misma, quedará bajo el siguiente tenor literal:

<< FALLAMOS.- Que estimando como estimamos íntegramente el Recurso de Apelación interpuesto por la Procurador de los Tribunales Doña Ana San Martín Azofra en la representación de Don Braulio , formulado contra la Sentencia a en fecha 2 de Junio de 1998 por el Juzgado de Primera Instancia Número 1 de los de EIBAR , debemos REVOCAR y REVOCAMOS dicha resolución, en cuanto al Inventario explicitado en el Fundamento de Derecho Tercero) de la Sentencia recurrida, en el que deberán ser modificadas las siguientes partidas: Del Activo.- Letra j) Acciones de la compañía mercantil TORNILLERÍA LEMA S.A., deberán ser detraídas del mismo, por no tener carácter ganancial. Letra k) las acciones contenidas en dicha letra deben figurar en el inventario como VALORES MOBILIARIOS, en lugar de DINERO METÁLICO, valores se encuentran en posesión de la demanda (sic). Letra l) deberán incluirse los depósitos situados en BANCO DE COMERCIO S.A. por importe de 3.644.009,- Ptas., y en BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA, por importe de 574.765,- Ptas. Debiéndose añadir además los movimientos de todas las cuentas bancarias, que supongan detracción de fondos, tras la separación. LINGOTE DE ORO.- Procede incluirlo en el activo inventariado, por el importe que en su momento se determine. Del pasivo.- Deberá incluirse: 1º.- la cantidad satisfecha, por Don Braulio , en la cancelación del crédito de 1.500.000,- concertado con Banco de Comercio en fecha 3 de Agosto de 1993, a vencimiento 3 de Agosto de 1994, en la cantidad, que resulte probada, como saldo de cancelación. 2º.- La Suma de 10.511.030 pesetas como Derecho de crédito del apelante frente a la apelada demandada por a la adquisición de la vivienda de DIRECCION001 NUM001 - NUM002 NUM003 . y Local del igual portal de Eibar y Vivienda de PLAZA000 NUM004 - NUM005 de Mutriku.- 3º.- La Suma de 4.120.000,- como Derecho de Crédito del apelante frente a la apelada demandada por Retenciones Indebidas según sentencia de este Tribunal dictada en Rollo de Apelación Civil número 3104/95 de fecha 28.02.1996 .- 4º.- La suma de 1.279.687,- como Derecho de Crédito del apelante frente a la apelada demandada por el pago a metálico ganancial de deuda privativa de la demandada referida a la vivienda C/ CALLE000 de Eibar. A las anteriores partidas y cantidades les será aplicable el criterio de actualización conforme a lo dispuesto en el Artículo 1398 del Código Civil . CONFIRMANDO como CONFIRMAMOS los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida. Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta Alzada.>>



TERCERO.- La Procuradora de los Tribunales, doña Magdalena Cornejo Barranco, en nombre y representación de doña Rosario , formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos:

I. Al amparo del artículo 1.692-4 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea del artículo 1.361 del Código Civil y la jurisprudencia interpretadora del mismo.

II.- Al amparo del artículo 1.692-4 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil al haber sido infringido por inaplicación el artículo 1.347-3º del Código Civil .

III.- Al amparo del artículo 1.692-3 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la figura del litisconsorcio pasivo necesario en los casos en que se postula la invalidez y posible nulidad de un contrato de compraventa.

IV.- Al amparo del artículo 1.692-4 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil citándose como infringido por indebida y errónea aplicación el artículo 1.253 del Código Civil .

V.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española .

VI.- Al amparo del artículo 1.692-3 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil referido a la congruencia de las sentencias; y:

VII.- Al amparo del artículo 1.692-4 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil citando como infringido por indebida aplicación el artículo 1.398-3º del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

CUARTO.- Admitido el recurso y dado traslado del mismo a la parte contraria, se opuso al mismo por escrito.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de junio de 2006, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO SALAS CARCELLER

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor don Braulio interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra su esposa doña Rosario sobre liquidación de la sociedad de gananciales del matrimonio contraído con dicha demandada el 18 de marzo de 1970, al haber sido dictada sentencia de separación por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Eibar, confirmada en cuanto a ello por la dictada por la Audiencia Provincial de San Sebastián en fecha 28 de febrero de 1996 .

La demandada se opuso al inventario del activo y el pasivo de la sociedad propuesto por el demandante y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Eibar dictó sentencia de fecha 2 de junio de 1998 por la que estimó parcialmente la demanda fijando los conceptos que habían de integrar el activo y el pasivo de la sociedad debiéndose proceder en ejecución de sentencia, en defecto de acuerdo entre las partes y con observancia de lo dispuesto en el artículo 1.399 y siguientes del Código Civil , por los trámites del juicio de testamentaría, a la liquidación partición y adjudicación de los bienes, sin realizar expreso pronunciamiento sobre costas.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por el actor y la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó nueva sentencia de fecha 28 de junio de 1999 por la que estimó dicho recurso haciendo las oportunas modificaciones en el inventario fijado por el Juzgado, lo que complementó con el auto de aclaración dictado con fecha 30 de julio siguiente, sin hacer especial declaración en cuanto a costas.

Frente a dicha sentencia, con el complemento del auto dictado en aclaración, ha interpuesto el presente recurso de casación la demandada doña Rosario .

SEGUNDO.- Los cuatro primeros motivos del recurso combaten el pronunciamiento de la Audiencia, que en cuanto a ello difería de lo resuelto por el Juzgado, referido a considerar como bien privativo del demandante las cien acciones de la mercantil Tornillería Lema S.A., que integran el 4 % del capital social, al haberlas adquirido por título hereditario de su difunto padre don Juan Enrique , por lo que no habían de integrarse en el activo de la sociedad de gananciales como pretendía la parte recurrente que, para ello, sostenía la validez de la transmisión por venta realizada al actor por el padre de éste constante matrimonio.

Por razones sistemáticas, procede abordar en primer lugar el tercero de los motivos del recurso que se ampara en el artículo 1.692-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario en los supuestos en que se sostiene la invalidez y posible nulidad de un contrato de compraventa, situación que por razones de orden público procesal ha de abordarse incluso de



oficio. La sentencia impugnada sostiene en su fundamento jurídico tercero, apartado 1º, que dichos valores mobiliarios (acciones de la mercantil Tortillería Lema S.A.) son privativos de Don Braulio por proceder de la herencia de doña Silvia, fundadora de dicha empresa, habiendo dispuesto de ellas testamentariamente Don Juan Enrique (madre y padre respectivamente del demandante), en testamento de fecha 15 de febrero de 1978, sin que pueda otorgarse valor alguno a la póliza de transmisión al haberse acreditado que la misma -firmada únicamente por el agente y no por el transmitente- se materializó el mismo día de fallecimiento de quien figuraba como vendedor, hecho ocurrido el 25 de junio de 1978. En realidad lo que viene a sostener la sentencia es que se instrumentó de modo ficticio dicha forma de transmisión onerosa de las acciones, como se hizo respecto de los demás hijos del causante y con igual proporción de títulos, cuando en realidad las mismas se transmitieron por herencia.

Sentado lo anterior, no puede estimarse infringida la doctrina jurisprudencial sobre la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido traídos al proceso como demandados los herederos del enajenante -entre los que se encuentra el propio actor- e incluso el agente que intervino en la operación pues evidentemente los efectos de la sentencia se proyectan exclusivamente a la determinación de si los títulos fueron adquiridos por el esposo a título gratuito -por herencia- o a título oneroso -por compraventa- y en consecuencia si los mismos se integran en el conjunto de los bienes privativos del demandante o en el haber de la sociedad de gananciales, lo que únicamente afecta a los intereses de ambos cónyuges litigantes y no a los de terceros, como podrían ser los demás herederos de don Juan Enrique que, por otra parte, reconocieron ante Notario, junto con sus respectivos cónyuges, una vez separados los hoy contendientes, la realidad de la transmisión hereditaria aunque se instrumentalizara como un negocio oneroso, otorgando el correspondiente complemento de partición.

La jurisprudencia de esta Sala es muy reiterada en el sentido de que únicamente resulta forzosa la llamada al proceso de quienes necesariamente han de resultar afectados por la sentencia que se dicte de modo directo por estar integrados en la relación jurídica controvertida de un modo efectivo y con una situación jurídica inescindible de la discutida con los demandados presentes, de modo que la cosa juzgada habría de afectarles (sentencias de 4 noviembre 2002 y 14 mayo 2003, entre otras muchas), así como que no es necesario llamar al proceso, es decir, que no se produce la falta de litisconsorcio pasivo necesario, respecto a quien ha manifestado su conformidad judicial o extrajudicialmente, expresa o implícitamente, con las pretensiones ejercitadas (Sentencia de 29 de noviembre de 2004 que cita en igual sentido las de 28 diciembre 1973, 26 febrero 1981 y 21 octubre 1991), como en el caso ocurre con el resto de los herederos de don Juan Enrique, que figuraba como transmitente, los que asumieron en declaración efectuada ante Notario la irrealidad de las transmisiones efectuadas y entre ellas la que afectaba al hoy demandante.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- Como ya se ha adelantado, y en la misma línea emprendida por la esposa recurrente de sostener la adquisición onerosa de las acciones constante matrimonio a efectos de integrarlas en el activo de la sociedad de gananciales, lo que ha sido negado por la sentencia recurrida, los motivos primero, segundo y cuarto denuncian, todos ellos a través del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos 1.361, 1.347-3º y 1.253 del Código Civil, con cita de algunas sentencias de esta Sala que se refieren a la interpretación y aplicación de los mismos.

Los tres motivos han de ser rechazados por las siguientes razones: a) El artículo 1.361 del Código Civil establece la presunción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, y en tal concepto no puede considerarse infringido por la sentencia que se impugna ya que la misma no desconoce dicha presunción sino que estima que concurre prueba suficiente que descarta tal carácter ganancial y determina la condición de privativos de los bienes de que se trata. Es cierto que esta Sala exige que la prueba contraria capaz de destruir la presunción "iuris tantum" de ganancialidad sea cumplida y no meramente indiciaria, pero así se ha estimado por la Audiencia y, en consecuencia, ha partido de la presunción general que dicho artículo proclama; b) La invocación como infringido del artículo 1.347-3º del Código Civil, que considera bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos, viene a hacer supuesto de la cuestión en tanto que precisamente la sentencia que se recurre considera que la adquisición de los bienes de que se trata no tuvo lugar por título oneroso, lo que extrae de las propias alegaciones de las partes y de la prueba practicada sobre ellas. Parte así la recurrente de hechos distintos de los que la Audiencia ha considerado probados, los que en su caso habrían de combatirse mediante la alegación de haber sido vulneradas normas valoratorias de la prueba, sin que el motivo pueda fundarse por ello en la vulneración de la norma invocada. Las recientes sentencias de esta Sala de 14 y 20 octubre, y 10 noviembre de 2005, así como las de 9 de febrero y 10 de marzo de 2006, reiteran que está vedado a la parte recurrente en este recurso extraordinario partir de conclusiones fácticas contrarias a las de la sentencia de



instancia; y c) El artículo 1.253 del Código Civil dispone que para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba se requiere que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Es sabido que la prueba de la simulación contractual ha de obtenerse por lo común a través de indicios o presunciones ya que precisamente en la simulación se trata por las partes de dar apariencia de validez al negocio que se aparenta como realizado. En el caso, el hecho base para apreciar la situación de simulación viene dado por la circunstancia de que la presunta transmisión onerosa de las acciones a todos los herederos -y, entre ellos, al demandante- tiene lugar precisamente el mismo día del fallecimiento del transmitente sin que conste la firma del mismo en la transmisión, que se acredita con la sola firma de corredor de comercio, y singularmente se ha de tener en cuenta que tal transmisión onerosa carecía de sentido ya que ante la inminencia del fallecimiento, dada la enfermedad terminal del transmitente, dichas acciones habrían de pasar a los herederos a título de herencia como, en el caso de que efectivamente se hubiera operado una enajenación onerosa, se habría de integrar en el caudal hereditario el precio obtenido que, a continuación, pasaría nuevamente a los propios herederos. Como esta misma Sala tiene declarado con reiteración, la prueba de la simulación negocial se obtiene generalmente mediante presunciones que desmienten las declaraciones formales de la escritura de transmisión ( sentencias de 27 abril 2000, 20 mayo 2002, 22 julio 2002, 3 octubre 2002, 24 septiembre 2003 y 29 junio 2005 ) y la presunción establecida no tiene por qué ser la consecuencia de una deducción unívoca ( sentencias de 5 de febrero, 16 de junio, 8 de julio y 19 de diciembre de 2003, 25 de mayo y 24 de noviembre de 1998 ). Sólo cuando la misma sea irrazonable, por faltar notoriamente el enlace preciso y directo requerido en el artículo 1.253 del Código Civil puede ser casada la sentencia de instancia ( sentencias de 19 de julio de 2002 y 16 de junio de 2005 , entre otras muchas), lo que no ocurre en el caso examinado.

Por ello, como ya se adelantó, han de ser rechazados los motivos primero, segundo y cuarto.

CUARTO.- El quinto motivo del recurso viene amparado en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española . Mantiene la recurrente que tal vulneración se ha producido de dos formas distintas: a) A través del auto de aclaración dictado por la Audiencia Provincial con fecha 30 de julio de 1999 que, según se afirma, vino a modificar "inaudita parte" lo inicialmente resuelto hasta el punto de incluir en el pasivo de la sociedad ganancial una partida de 10.511.030 pesetas sobre la que ni siquiera se argumentó durante la vista de apelación y que expresamente había sido excluida del inventario por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia; y b) Al incluir en el pasivo de la sociedad conyugal, tanto la sentencia como el auto aclaratorio, determinadas partidas sin fundamentación alguna.

La sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2004 señala que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se satisface con el estudio y consideración de las pretensiones de la parte y la respuesta razonada a las mismas; no exige que se conteste afirmativamente a ellas ni, mucho menos, que la valoración de la prueba sea en determinada forma. La sentencia del Tribunal Constitucional nº 150/2001, de 2 de julio recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva supone el de obtener una decisión motivada sobre la pretensión deducida, pero que el artículo 24.1 de la Constitución Española no garantiza el acierto del órgano judicial en cuanto a la solución del caso concreto. La sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2005 , cuya doctrina resulta de aplicación al caso, dice que «tal derecho resulta vulnerado cuando se priva a su titular del acceso a la jurisdicción, cuando personado en ella no obtiene respuesta, cuando obteniendo respuesta esta carece de fundamento jurídico o dicho fundamento resulta arbitrario o cuando, obteniendo respuesta jurídicamente fundamentada el fallo no se cumple. En el caso, la sentencia de instancia no ha vulnerado el derecho fundamental de la recurrente; no basta el mayor o menor acierto del juzgador en la valoración del material probatorio o en la aplicación de la norma jurídica para que la resolución pueda calificarse de arbitraria con relevancia constitucional. Lo que en el motivo se propone es que por esta Sala se proceda a una nueva y tercera instancia».

Es cierto que la Audiencia, a petición de la parte recurrente en apelación, dictó un auto de aclaración de sentencia que amplió notablemente el fallo de la misma resolviendo sobre determinadas partidas del inventario cuya consideración se había omitido en el fallo anterior. En primer lugar ha de ser rechazada la protesta referida a la falta de traslado a la contraparte de la solicitud de aclaración o rectificación, lo que no aparece previsto en los artículos 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dada la especial naturaleza de este remedio que no comporta la existencia de nuevas alegaciones y mucho menos la formulación de nuevas o distintas pretensiones, pues se limita a la solicitud de integración del fallo según el ámbito y objeto de la apelación, que versa sobre aquellos extremos de la sentencia de primera instancia perjudiciales para el recurrente que, no habiendo sido aceptados expresamente por el mismo, se trasladan íntegramente a la consideración del tribunal "ad quem" con la única limitación de la prohibición de la "reformatio in peius". En el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior, que es la que se encontraba vigente al sustanciarse la apelación, el ámbito del recurso se extendía por tanto a dicha disconformidad entre las



pretensiones del recurrente en primera instancia y la respuesta obtenida del Juzgado, sin que resulte objetivado en autos lo referido expresamente en el acto de la vista acreditada por una simple diligencia del Secretario, contrariamente al sistema de la apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que incluye un escrito de preparación en el que han de expresarse concretamente los pronunciamientos objeto de impugnación (artículo 457.2). Así la inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales de una partida de 10.511.030 pesetas según el referido auto aclaratorio no genera indefensión alguna para la recurrente, pues fue objeto de discusión en el proceso al haber solicitado el actor su inclusión en el pasivo (apartado 2.2 de la demanda) y si el Juzgado no al incluyó en su sentencia, resulta claro que podía hacerlo el Tribunal de Apelación mediante la nueva y distinta valoración de la prueba practicada. En cuanto a otra partida por "retenciones indebidas" la propia recurrente reconoce que sí solicitó el actor apelante en la segunda instancia su inclusión en la sentencia, alegando ahora la posibilidad de un enriquecimiento injusto dada la solución adoptada en la apelación, lo que desde luego queda fuera de la aplicación del principio de tutela judicial efectiva de que se trata.

También se aduce por la recurrente que no ha obtenido la tutela judicial por absoluta falta de motivación en cuanto a la inclusión de determinados conceptos en el inventario, lo que ha de ser rechazado ya que en realidad se está adentrando en la cuestión fáctica y en la valoración probatoria que lleva al tribunal a considerar si se han acreditado o no determinadas disposiciones y si se han retirado determinadas cantidades de cuentas bancarias, lo que no puede ser combatido en casación si no es a través de la invocación de haber sido infringidas concretas normas de valoración probatoria.

Por ello ha de ser también desestimado el motivo quinto del recurso.

QUINTO. - El sexto se refiere a la vulneración de la exigencia de congruencia de las sentencias y cita como infringido el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al amparo del nº 3º del artículo 1.692 de la misma Ley. Se afirma por la recurrente que en el apartado 1º del pasivo se dispone que habrá de incluirse la cantidad satisfecha por don Braulio en la cancelación del crédito de 1.500.000 pesetas concertado con Banco de Comercio en fecha 3 de Agosto de 1993, a vencimiento 3 de Agosto de 1994, en la cantidad que resulte probada como saldo de cancelación, siendo así que el actor en el suplico de su demanda, y posteriormente en apelación, tan solo interesó la inclusión de la mitad (877.663 pesetas) del importe total de dicha cancelación.

Como señalan las sentencias de esta Sala de 4 de noviembre de 2004 y 10 de noviembre de 2005, entre otras muchas, «la incongruencia extra petitum es la discordancia entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, en el sentido de que en éste se contienen pronunciamientos que no han sido objeto de aquél», pero ha de tenerse en cuenta que no se trata de un concepto puramente formal sino que la concordancia exigible es de carácter material. De ahí que en realidad no exista incongruencia pues si lo de que se trata es de reflejar la amortización por el esposo de una deuda ganancial con bienes propios resulta necesaria la inclusión en el pasivo de la totalidad de lo satisfecho por éste, lo que al disminuir el activo en la misma cantidad comportará que realmente y en definitiva la deuda sea satisfecha por la sociedad y, al liquidarse ésta, que la mitad de dicha amortización sea de cargo de la esposa que es lo realmente interesado en la demanda, teniendo en cuenta que el artículo 1.398-3ª del Código Civil dispone que se incluirá en el pasivo de la sociedad el importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad.

Por ello, también ha de ser desestimado este motivo.

SEXTO.- El séptimo motivo del recurso, subsidiario del quinto, sostiene por la vía del artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción del artículo 1.398-3º del Código Civil y la doctrina jurisprudencial sobre el mismo en referencia al apartado del pasivo que contempla el "pago con dinero privativo de viviendas gananciales" según detalla el auto de aclaración y que se cuantifica en 10.511.030 pesetas, ya que entiende la parte recurrente que se ha procedido a actualizar el importe de lo invertido en su día por el esposo de modo contrario a los criterios legales y jurisprudenciales sobre el modo de llevar a efecto la actualización.

La sentencia impugnada considera probado que el actor invirtió la cantidad propia de 623.816 pesetas en la amortización de préstamos por importe total de dos millones de pesetas solicitados para la adquisición de bienes inmuebles de carácter ganancial, siendo así que la actualización de dicha cantidad se ha efectuado por la sentencia impugnada determinando el porcentaje de dicha cantidad sobre el valor total de adquisición (31,19 %) y aplicando el mismo porcentaje al valor actual de los bienes, por lo que aquella cantidad de 623.816 pesetas quedaría ahora actualizada en 10.511.030 pesetas. Se viene a operar así de modo similar al supuesto de bienes adquiridos mediante precio, en parte ganancial y en parte privativo, contemplado en el artículo 1.354 del Código Civil (desde la reforma que significó la Ley 11/1981, de 13 de mayo) en el que la propiedad corresponde pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas, pues en tal caso la participación del cónyuge que invirtió dinero privativo en la adquisición se refleja en un porcentaje de la propiedad del bien. Pero se trata de algo distinto cuando, como aquí sucede, lo ocurrido es que uno de los cónyuges ha aplicado caudal propio para la amortización de los



préstamos obtenidos y que son de cargo de la sociedad, supuesto en que lo que ostentará será un crédito contra la misma actualizable con arreglo a los índices de depreciación de la moneda que es a lo que se refiere el artículo 1.398-3º del Código Civil en relación con el artículo 1.364 del mismo Código , según el cual «el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común», como recoge la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1996 , citada por la parte recurrente si bien con error en su fecha que refiere al día 9 del mismo mes y año.

En consecuencia dicho motivo ha de ser estimado.

QUINTO.- Procede por ello la estimación parcial del recurso sin especial declaración sobre costas del mismo ( artículo 1.715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) ni sobre las causadas en ambas instancias.

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

## FALLAMOS

Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Rosario , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección Tercera) con fecha 28 de junio de 1999 en autos de juicio declarativo de menor cuantía número 189/97, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Eibar , y en consecuencia, confirmamos la expresada resolución salvo en el particular referido al apartado 2º del pasivo de la sociedad de gananciales en el que se sustituye la cantidad de 10.511.030 pesetas por la que resulte de la actualización de la cantidad de 623.816 pesetas desde la fecha de amortización total de los préstamos a que se refiere la demanda en el apartado 2.2 del pasivo del inventario que contiene, todo ello sin especial declaración sobre costas de ambas instancias ni sobre las del presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Xavier O'Callaghan Muñoz,- Antonio Salas Carceller.- Antonio Gullón Ballesteros. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, 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.