



Roj: **SAP MU 1735/2003 - ECLI: ES:APMU:2003:1735**

Id Cendoj: **30030370012003100287**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **02/07/2003**

Nº de Recurso: **222/2003**

Nº de Resolución: **219/2003**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO 222/03

Ilmos.Sres.

Don Antonio Salas Carceller

Presidente

Don Francisco J. Carrillo Vinader

Don Álvaro Castaño Penalva

Magistrados

**SENTENCIA Nº 219/2.003**

En la ciudad de Murcia, a dos de julio de dos mil tres.

Vistos por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio de juicio verbal procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Murcia (Familia), seguidos ante el mismo con el nº 10-163/00 -Rollo nº 222/03-, en los que figura como demandante don Jose Miguel , representado por el Procurador Sr. Jiménez- Cervantes Nicolás y defendido por el Letrado Sr. Sánchez López, y como demandada doña Amanda , representada por el Procurador Sr. Aledo Martínez y defendido por el Letrado Sr. Martínez-Escribano Gómez, sobre determinación de inventario previo a la liquidación de la sociedad de gananciales; los cuales penden ante esta Sala en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha 27 de enero de 2003, dictada por el referido Juzgado, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente don Antonio Salas Carceller, que expresa el parecer de la Sala.

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- La expresada resolución contiene el siguiente: "FALLO": «Que estimando parcialmente la impugnación realizada por la SRA. Amanda , debo declarar y declaro que el inventario de la sociedad de gananciales compuesta por aquella y el SR. Jose Miguel es el siguiente, sin hacer expresa condena en las costas de esta instancia:

ACTIVO:

Local comercial registrado con el número NUM000 del Registro de la Propiedad Cinco de Murcia.

Vivienda registrada con el número NUM001 del Registro de la Propiedad Dos de Orihuela.

Local comercial registrado con el número NUM002 del Registro de la Propiedad Dos de Orihuela.

Vivienda sita en el número NUM003 de la CALLE000 de Murcia, registral NUM004 del Registro de la Propiedad CUATRO de Murcia.

Los turismos VO-....-OC y YI-....-Y

**PASIVO:**

Crédito de la SRA. Amanda , con cargo a la mitad ganancial del esposo, por importe de 7.474.469 pts (44.922,46 EUROS).

Crédito de la SRA. Amanda , con cargo a la mitad ganancial del esposo, por el 50 % del negocio familiar explotado por aquél durante la vigencia del matrimonio.

Se declaran propiedad privativa de la esposa las 825.000 pts sobrantes de la subasta del turismo PA-....-PY ."

Segundo.-Contra la misma se preparó e interpuso por escrito, en tiempo y forma, por la parte actora recurso de apelación, con alegación de los motivos en que basaba la impugnación, que fue admitido a trámite, dándose traslado a la parte contraria que se opuso al mismo, elevándose a continuación los autos a esta Audiencia Provincial donde se formó el correspondiente Rollo, en el cual se admitió prueba aportada por las partes y se señaló vista que se ha celebrado el pasado día 24 de junio con asistencia de los Sres. Letrados de las partes que informaron en defensa de sus respectivas pretensiones.

Tercero.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

**II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Primero.- Seguido juicio verbal sobre determinación de inventario previo a la liquidación de la sociedad de gananciales que en su día formaron el actor don Jose Miguel y la demandada doña Amanda , por razón de la controversia surgida al efecto sobre los conceptos que han de integrar el mismo ( artículo 809.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), se dictó por el Juzgado la sentencia hoy recurrida fijando el activo y pasivo correspondiente a dicha sociedad.

La referida sentencia ha sido apelada por el esposo don Jose Miguel en referencia a dos de los pronunciamientos que contiene; que son, en concreto, la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de la vivienda sita en el nº NUM003 de la CALLE000 de Murcia, finca registral NUM004 del Registro de la Propiedad nº 4 de Murcia, por entender que es privativa suya; y el negocio familiar, por entender que el mismo pertenece a los hijos del matrimonio que lo explotan en la actualidad.

Segundo.- La sentencia apelada atribuye carácter ganancial a la vivienda sita en el nº NUM003 de la CALLE000 de Murcia, finca registral NUM004 del Registro de la Propiedad nº 4 de Murcia, por el hecho de que la escritura pública de adquisición de la misma por compraventa, según figura en la misma, del actor don Jose Miguel a don Pedro Antonio , por precio recibido de 435.000 pesetas, se otorgó en fecha 8 de octubre de 1984, fecha en que los litigantes estaban casados y regía entre ellos el régimen de sociedad de gananciales, por lo que resultaría plenamente aplicable la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil en relación con el 38 de la Ley Hipotecaria, sin que quede justificada la donación que se afirma por el actor que le hizo su padre de la referida vivienda ya que, según se razona en la sentencia, no basta para ello la mera declaración de testigos y en todo caso no existe título válido de tal donación, pues el artículo 633 del Código Civil establece como requisito constitutivo o "ad solemnitatem" de la donación de inmuebles que se otorgue en escritura pública, sin que ello conste cumplido y, en todo caso, se habría producido la adquisición para la sociedad de gananciales por usucapación ordinaria, según lo establecido en el artículo 1.940 del citado código.

No obstante, se ha de tener en cuenta que el instituto de la usucapación o prescripción adquisitiva no resulta de aplicación en el caso, ya que lo que se discute es si una vivienda, que ha sido habitada por el matrimonio mientras el mismo mantuvo la convivencia, es de carácter ganancial o privativa del esposo, situación en la que la posesión conjunta por ambos cónyuges en absoluto puede generar una alteración de la titularidad por vía de la prescripción adquisitiva en tanto que los beneficios de la situación posesoria tanto aprovechan a uno como a otro de los cónyuges. Además, el hecho de que no se otorgara escritura pública de donación por el padre del actor, don Bernardo , no excluye que la adquisición -formalizada como compraventa- responda a una liberalidad del padre respecto del hijo ( artículo 1.346-2º del Código Civil) mediante el otorgamiento a favor de éste de la correspondiente escritura por parte de quien en su día vendió al padre cuya adquisición nunca quedó formalizada. La demandada se limita a manifestar en el acto de la vista que la vivienda fue adquirida constante matrimonio -en el año 1970 o 1971- y que la pagó su marido con dinero, mientras que por el contrario el hijo del matrimonio Francisco declaró que el piso lo compró su abuelo y que su madre siempre reconoció que el piso era del padre y no de carácter ganancial. También el testigo don Lorenzo manifestó que adquirió conjuntamente con el padre del actor cuatro pisos en el edificio en cuestión, dos para cada uno, con la finalidad de negociar con ellos, y recibió del mismo la cantidad de cuatrocientas mil pesetas según aparece documentado en el documento nº 4 aportado por la parte actora, siendo así que don Bernardo le dijo antes de morir que el piso en que habitaba el actor - aproximadamente desde el año 1993- debía escriturarse a nombre de éste, como efectivamente se hizo. Por otro lado, doña Lidia , hermana del esposo, igualmente



declaró que el piso lo compró su padre para su hermano al cual lo regaló mejorando a ella y a sus hermanas en el testamento como compensación a ello, circunstancia que asimismo quedó demostrada mediante la aportación del referido testamento.

En consecuencia existe prueba suficiente para estimar que la referida vivienda -con independencia de los defectos de identificación en cuanto a la planta en que se encuentra, que son irrelevantes- pertenece al esposo con carácter privativo al haber sido adquirida por título gratuito ( artículo 1.346-2º del Código Civil).

Tercero.- Por lo que se refiere al negocio familiar, que la sentencia impugnada incluye en el pasivo social como crédito de la esposa en cuanto a un 50% de su valor en el momento del cese de la convivencia, aun cuando su encuadramiento debiera ser en el activo por la totalidad de su valor al momento de la separación ( artículo 1.347-5º del Código Civil), no se discute que constante matrimonio se creó un negocio del sector químico que fue explotado por el esposo dándose de alta el mismo en el régimen especial de autónomos con fecha 1 de julio de 1989 para darse de baja en dicho régimen el 31 de diciembre de 1994, constituyéndose a continuación -enero de 1995- la mercantil DIRECCION000 ., siendo socios fundadores los hijos del matrimonio Francisco y Fernando , sin que conste que los mismos hubieran actuado anteriormente en el sector, lo que evidencia que el cese del actor en momento en que la crisis matrimonial ya era patente - la separación se insta en el año 1995- no puede excluir la consideración como ganancial del valor que dicho negocio pudiera tener en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales. De ahí que el recurso ha de rechazarse en cuanto a ello.

Cuarto.- No procede hacer especial declaración sobre costas de esta alzada ( artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

En nombre de S.M. el Rey:

## FALLAMOS

Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Jose Miguel contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Murcia en juicio verbal n° 10-163/00, de que dimana el presente Rollo, la que es de fecha 27 de enero de 2003, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma, salvo en los siguientes pronunciamientos: a) Excluir del activo de la sociedad de gananciales la vivienda sita en el n° NUM003 de la CALLE000 de Murcia, registral NUM004 del Registro de la propiedad n° 4 de Murcia; y b) Incluir en dicho activo el valor del negocio familiar que llevó a cabo el esposo durante el matrimonio referido a la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales, sustituyendo al crédito figurado en el pasivo social a favor de la esposa por el 50% de dicho valor; todo ello sin especial declaración sobre costas de esta alzada.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala y contra la que cabe recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que ha de prepararse ante esta misma Audiencia dentro de los cinco días siguientes a su notificación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.