



Roj: **SAP CO 1216/2009 - ECLI: ES:APCO:2009:1216**

Id Cendoj: **14021370022009100413**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **2**

Fecha: **18/09/2009**

Nº de Recurso: **226/2009**

Nº de Resolución: **229/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA MORILLO-VELARDE PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 229/09 .-

Illtmos. Sres.:

Presidente:

D. Antonio Puebla Povedano

Magistrados:

D. José M. Morillo Velarde Pérez

D. José Antonio Carnerero Parra

APELACIÓN CIVIL

Juzgado: 1ª Instancia nº 5 de Córdoba

Autos: Liquidación Sociedad **Gananciales** 481/08

Rollo nº 226

Año 2009

En Córdoba, a dieciocho de septiembre de dos mil nueve.

Vistos por la Sección Segunda de la Audiencia los autos procedentes del Juzgado referenciado al margen, que ha conocido en primera instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Cristina Bajo Herrera, actuando en nombre y representación de doña María Cristina, defendida por el Letrado don Antonio Pedregosa Cruz; siendo parte apelada don Mateo, representado el Procurador don Ramón Roldán de la Haba y defendido por el Letrado don José Baldomero Cabello del Moral.

Es Ponente del recurso D. José M. Morillo Velarde Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- El día dos de marzo de dos mil nueve, el Juzgado de 1ª Instancia dictó sentencia cuya parte dispositiva establece:

«Que debo declarar y declaro que el inventario de la sociedad de **gananciales** formada por D. Mateo y DÑA. María Cristina. lo integran los siguientes bienes :

ACTIVO: Establecimiento mercantil Farmacia instalada y en funcionamiento en Montalbán (Córdoba), calle Empedrada nº 101, existencias, mobiliario y equipos informáticos de dicha oficina, efectivo de caja al tiempo de la disolución.



Inmuebles : Casa en Puente Genil , CALLE000 n ° NUM000 ; Chalet en Córdoba, CALLE001 n ° NUM001 ; Casa solar en CALLE002 n ° NUM002 de Montalbán; Plaza de aparcamiento en Puente Genil, CALLE003 n ° NUM003 ; Finca olivar DIRECCION000 , sita en Puente Genil; Solar pendiente de adjudicar en una unidad de actuación en Puente Genil; Plaza de garaje en paseo del Romeral de Puente Genil;

Muebles: Acciones en Bankinter; Acciones en Banesto; Acciones en la S.L. Ancha del Genil; Acciones en la S. L. Baena Uno; Mobiliario chalet de Córdoba; Vehículo BMW matrículaFFF ; Vehículo marca Golf matrícula ZU-.... ; Saldos de cuentas corrientes y plazos fijos a nombre del esposo a la fecha de la disolución;

Créditos a favor de la sociedad de **gananciales**:

Contra la esposa por los beneficios de 9 años de fincas rústicas privativas no aportados a la sociedad .

Crédito contra el esposo por los beneficios de sus bienes privativos no aportados a la sociedad de **gananciales** .

Crédito contra la esposa por los impuestos devengados por los beneficios de las fincas privativas y abonados con cargo a la sociedad de **gananciales**.

Fondo obligatorio a la Cooperativa Cecofar, Fondo fijo a dicha cooperativa; farmacuenta, saldo cuenta corriente en cooperativa .

PASIVO: Hipoteca sobre el chalet de Córdoba en Bankinter. Débito por compra de la farmacia en su mitad a los herederos de D^a Gregoria ; Existencias a liquidar a dichos herederos; Deudas a Organismos oficiales , IBI casa de la CALLE000 de Puente Genil; IBI de la casa de la CALLE001 de Córdoba; Impuestos y honorarios de Unidad de Actuación de solar pendiente de adjudicar.

Sin pronunciamiento sobre las costas.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se preparó en tiempo y forma recurso de apelación por la parte demandada, que con posterioridad y en virtud del traslado conferido fue interpuesto en base a la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresó, dándose traslado del mismo a la parte contraria por el término legal, que se opuso; tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo.

Esta Sala se reunió para deliberación el día nueve de julio de dos mil nueve.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Son diversas las cuestiones suscitadas en el recurso, deducido contra la sentencia de instancia que llevó a cabo la determinación del inventario de la sociedad de **gananciales**, conforme a los artículos 1397 y 1397 del Código Civil.

En primer término, la parte recurrente plantea la nulidad de la sentencia por falta de motivación en relación con las partidas que han sido objeto de recurso, que serán tratadas más adelante.

Dicha pretensión ha de ser desestimada, ya que la sentencia en su conjunto no adolece de una total y absoluta falta de motivación, aunque ésta, además de escueta, pueda parecer insuficiente en algunos aspectos, debiendo considerarse que el artículo 465.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impide retroceder en el trámite y obliga a la subsanación en segunda instancia de los defectos en que hubiera incurrido la resolución objeto de impugnación; y aunque esta Sala ha interpretado dicho precepto en el sentido de que es posible acceder a la nulidad solicitada y a la devolución de los autos al Juzgado a quo para suplir los defectos en que incurra, tal posibilidad queda reservada a los supuestos en que se produzca una negación radical del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con desconocimiento absoluto del derecho a la doble instancia, que aquí habrían de consistir, como se dice, en la carencia de la más mínima motivación respecto del conjunto de pretensiones planteadas por las partes. Y aunque hubiera sido de desear un mayor esfuerzo argumentativo a la juzgadora de instancia, no puede sostenerse que se haya producido una infracción tan grave de sus deberes de motivación, por cuyas razones se ha de abordar directamente el estudio de aquellas cuestiones que el recurso plantea.

SEGUNDO.- La primera de ellas se refiere al carácter **ganancial** de determinados elementos del negocio de farmacia, regentado por la apelante.

Centrando desde el punto de vista de los hechos el problema, ha de indicarse que dicho negocio era de titularidad compartida con otra compañera, al haber adquirido la recurrente, constante el matrimonio, la mitad de la oficina de farmacia. Con posterioridad a la disolución por divorcio de la sociedad de **gananciales**, la demandada adquirió de los herederos de su comunera la otra mitad, en virtud de una cláusula contractual inserta en el primer contrato de adquisición de la mitad de la farmacia, suscrito en virtud de documento privado de 23 de enero de 1983.



Así las cosas, el primer motivo del recurso de refiere a la inclusión, dentro de los elementos que constituyen la base económica de la oficina, de la clientela o fondo de comercio, respecto de los que expresamente señala la apelante no puede aquietarse, mencionando que existe una «muy asentada doctrina jurisprudencial» que los califica como pertenecientes al grupo de los no patrimoniales de la explotación, de los que solamente pueden ser titulares quienes reúnan los requisitos legalmente establecidos para el desempeño de esta faceta de la profesión de farmacéutico.

La aseveración del recurso es radicalmente falsa y por ello ha de decaer, y ello aunque cite la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de junio de 1997, pues se trata de un parecer minoritario que, de suyo, ya contradecía el criterio del Tribunal Supremo expresado en la suya de 17 de octubre de 1987, en la que, citada por la de 14 de mayo de 2003, se dice que la regulación de los requisitos necesarios para regentar una farmacia constituye «una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia», lo que ya permitía desgajar los dos aspectos que el recurso cita, que propician otorgar carácter **ganancial** a la base económica en la medida en que se den los condicionantes del artículo 1347 del Código Civil; cuya línea interpretativa se consolida en la última de las resoluciones citadas, en la que, en franca contradicción con la postura del recurrente, se señala que la base económica de la farmacia «comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físicos-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia.»

Esta conclusión por demás es lógica si se considera que la clientela integra el fondo de comercio y éste consiste en el exceso de valor de una empresa considerada como un ente vivo sobre el valor patrimonial de sus activos netos, que fundamentalmente nace por el factor humano, si bien puede ser una suma de múltiples factores: buen localización, buenas instalaciones preparación profesional del titular de la farmacia y de las personas que en su función le asisten, aspectos que nada tienen que ver con la necesidad de reunir una serie de requisitos de carácter administrativo para acceder a la titularidad de la farmacia, pues, aunque se trate de una actividad controlada, nada obsta a que en la actividad profesional del titular de la oficina se desempeñen criterios y prácticas empresariales que no se diferencian sustancialmente de otros establecimientos comerciales respecto de los que sin ninguna dificultad se considera que la clientela forma parte de la base económica del negocio.

TERCERO.- Dentro de este mismo motivo la parte recurrente impugna la inclusión en el activo **ganancial** de toda la farmacia y no la mitad, puesto que la titularidad exclusiva sobre la misma se completó con posterioridad a la disolución del régimen económico matrimonial.

La clave del problema planteado gravita en torno a que la adquisición de la parte que ostentaba la comunera de la apelante fue debida a la aplicación de una cláusula contractual inserta en el documento en virtud del cual se llevó a cabo la compra de la mitad de la farmacia en mil novecientos ochenta y tres, que concretamente establecía el derecho de la recurrente a comprar preferentemente la mitad indivisa que conservaba la transmitente en aquel negocio para el caso de fallecimiento.

El Código Civil tan sólo menciona el derecho de adquisición preferente en el artículo 1352, limitado a los títulos sociales, y en un sentido diverso del derecho de retracto a que se refiere el artículo 1347.4º del mismo texto, pues mientras que el primero de los citados alude al carácter privativo de los nuevos títulos adquiridos en virtud de un derecho conceptuado privativo, el segundo utiliza la perspectiva contraria para proclamar la condición **ganancial** del bien comprado en virtud de un derecho de retracto de tal carácter.

Sin embargo, y por lo que al derecho de adquisición preferente se refiere, ningún inconveniente existe en considerar que los bienes adquiridos en virtud de su desenvolvimiento natural tendrán el carácter correspondiente a la titularidad del bien según el negocio que los introduce en el patrimonio de la sociedad de **gananciales** o de uno de sus integrantes, pues existe a tales efectos identidad de razón entre el retracto convencional y el derecho de adquisición preferente que permite una solución analógica conforme al artículo 4.1 del Código Civil, constituyendo junto con éste uno de los supuestos de subrogación legal (RDGRN de 8 de mayo de 2008).

Antes de proseguir ha de señalarse que la Sala no considera atendibles las razones del recurso cuando pretende justificar el carácter privativo del derecho de adquisición preferente entendiéndolo que su otorgamiento obedece a una especial consideración de la persona de la adquirente, lo cual, con ser cierto, según puede verse en alguna de las expresiones utilizadas en el contrato (extipulación sexta: «Los derechos dominicales de cada uno de los copropietarios no se podrán ceder a terceros sin la autorización escrita de la otra parte, pues el contrato se establece en atención a la persona»), no constituye la razón legal discriminatoria de la ganancialidad o privatividad del derecho adquirido, pues, de un lado, la adquisición de un derecho en atención a determinadas cualidades personales -a no confundir con bienes inherentes al individuo- no escinde de la



persona del adquirente su condición de integrante de la sociedad de **gananciales** nacida de la vigencia legal o convencional de dicho régimen; y de otro, aquella razón no reside en las motivaciones de las partes, aunque se expresen en el contrato, sino en el carácter oneroso o gratuito de la estipulación en concreto.

El análisis de las cláusulas contractuales permite descubrir que nos encontramos ante un negocio atípico y complejo que va más allá de la simple adquisición de la mitad indivisa de la farmacia, extendiéndose al conjunto de relaciones derivadas de su explotación y de la titularidad oficial de la misma, recayente en la persona de la vendedora, para lo que se formularon disposiciones que superaban dicho ámbito, como el establecimiento forzoso para la compradora de una comunidad a constituir entre las contratantes, para el caso de que se autorizase otra oficina en la misma población y la adquiriese aquélla, e igualmente, los derechos de adquisición preferente tanto por negocios inter vivos como mortis causa.

No se desprende de las estipulaciones del contrato motivo alguno que induzca a pensar que el otorgamiento a la apelante del mencionado derecho de adquisición preferente tenga una consideración distinta del carácter oneroso del resto del contrato, mucho menos en el caso de aquel derecho ejercitable en el supuesto de la muerte de la otra comunera, pues la reciprocidad de la cláusula impide otorgarle dicha condición.

Ahora bien, no por ello puede sostenerse la inclusión en el haber de la sociedad de la totalidad de la oficina de farmacia, pues evidente resulta que, conforme al artículo 1397.1 del Código Civil solamente cabe integrar el activo de la sociedad con los bienes existentes en el momento de la disolución y, eventualmente, con aquéllos que sean sustitución de los anteriores por enajenación de éstos, faltando en este caso el requisito temporal que dotaría a la mitad de la farmacia adquirida en segundo lugar de carácter **ganancial**, toda vez que su compra se realizó una vez disuelta la sociedad conyugal; y si bien es cierto que se hizo uso del derecho de adquisición preferente previsto en el contrato de mil novecientos ochenta y tres, no lo es menos que a la disolución del régimen tan sólo existía la expectativa de aquel derecho, sujeto a la condición suspensiva del fallecimiento de la copropietaria de la farmacia, cuyo hecho, independiente de la voluntad de la apelante, sucedió con posterioridad a la extinción de la sociedad de **gananciales**, por lo que la adquisición en sí, una vez nacido el derecho en virtud de la muerte de la comunera, no puede calificarse como uno de los supuestos de subrogación legal que darían lugar a la inclusión del bien en el activo de la liquidación, sobre todo si se tiene en cuenta que tan sólo era ejercitable por la apelante, que ésta no pudo hacerlo efectivo durante la vigencia del régimen matrimonial porque el nacimiento del derecho estaba sujeto a una condición suspensiva que entonces no se había cumplido, y que los fondos necesarios para la compra de la mitad indivisa por fallecimiento de la comunera proceden de la financiación ajena obtenida por aquélla, según consta debidamente acreditado en autos, siendo rigurosamente falso que los préstamos contraídos hubieran de ser devueltos con dinero común que proceda de la explotación de la farmacia, pues los rendimientos que con ella se obtengan no tienen tal carácter una vez disuelta la sociedad de **gananciales**, con independencia de la titularidad común de la mitad de la farmacia.

Así pues, no procede incluir dicha mitad en el inventario y sí el valor que el derecho de adquisición tuviera, afectado por la condición suspensiva antes dicha, en el momento de la disolución del régimen.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso se refiere al crédito reconocido a la sociedad de **gananciales** contra la esposa por los beneficios obtenidos durante nueve años de fincas rústicas privativas de la apelante.

La sentencia de instancia despacha esta partida con el simple argumento de que, conforme a la artículo 1347.2º del Código Civil, son **gananciales** los rendimientos obtenidos por bienes privativos, verdad tan clara como el texto de la norma citada, pero la Sala no alcanza a comprender ni que se haya solicitado así ni que haya tenido respaldo en el órgano jurisdiccional a quo.

Los ingresos obtenidos durante la vigencia del matrimonio han debido tener evidentemente un destino, bien sea el depósito de numerario, inversiones o mejoras en bienes privativos o **gananciales**, la adquisición de otros bienes o al gasto corriente de la familia, según su nivel de vida, incluso liberalidades ordinarias o extraordinarias, etc.

Éstos y no otros, a salvo las dos últimas categorías, en principio, son los conceptos que pueden incluirse en el activo de la sociedad de **gananciales**, esto es, bienes concretos resultado de la obtención de tales ingresos procedentes de bienes privativos cuya existencia no puede invocarse genéricamente por la parte solicitante de su inclusión ni sancionarse judicialmente aludiendo simplemente al carácter **ganancial** de los rendimientos, por lo que correspondió a dicha parte señalar y probar, conforme al artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuál fue el destino concreto que diera lugar a computarlo como un activo de la liquidación, ora en forma de bienes tangibles o de derechos o créditos a favor de la sociedad de **gananciales**, porque la mera alusión al carácter **ganancial** del ingreso no es suficiente a tales efectos. En definitiva, la sociedad no tiene un crédito abstracto incluible en el activo contra el cónyuge perceptor de los ingresos, si no se acredita la aplicación de los ingresos a bienes o derechos que repercutan en el haber de la sociedad.



QUINTO.- En lógica correspondencia con lo razonado en el párrafo precedente, también debe estimarse el siguiente motivo de disconformidad con la sentencia de instancia, que ha considerado pertinente incluir en el activo de la sociedad un crédito contra la apelante por los impuestos pagados a costa del caudal común como consecuencia de la obtención de ingresos privativos.

En la línea de lo razonado más arriba, la sociedad no tendría otro derecho que el de la inclusión en el activo de los fondos o bienes obtenidos como consecuencia de la percepción de ingresos procedentes de bienes privativos, pues siendo ésta el hecho imponible, evidente resulta que los impuestos corren a cargo de la sociedad de **gananciales**, y la deuda por dicho concepto, en cuanto los ingresos benefician a la misma, sería común y no exclusiva del perceptor de los ingresos, que, siguiendo la peregrina teoría del apelado y de la resolución recurrida, habría de aportar a la sociedad el rendimiento obtenido pero soportando él solamente el pago del impuesto correspondiente.

Por otra parte, tiene razón la recurrente cuando señala que dicho concepto ha de entenderse como un gasto de administración ordinaria de bienes privativos, incardinable en el artículo 1362.3 del Código Civil.

SEXTO.- Escasa consistencia ofrece el motivo quinto del recurso, relativo a la no inclusión en el activo **ganancial** de determinados fondos de pensiones del recurrido. Tales instrumentos tienen una fecha de contratación posterior a la disolución del régimen, y el argumento esgrimido por la recurrente para sostener su pretensión es que «No es atrevido pensar que dichos productos financieros, los cuales fueron adquiridos entre el 9 de febrero y el 11 de julio de 2008, se realizaron con efectivo del caudal **ganancial**».

Puede que, efectivamente, no sea atrevido pensarlo, pero esta consideración es insuficiente para plasmar en una resolución judicial un pronunciamiento con la trascendencia del pretendido por la parte recurrente, que quiere evitar así el cumplimiento de la carga que le dispensa el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en tal sentido. Ha de tenerse en cuenta que el apelado tiene bienes propios susceptibles de generar rendimientos que, tras la disolución del régimen, no son se incluyen en la liquidación del régimen, o que pueden haber sido enajenados y con su producto permitir la contratación de tales fondos, sin que, por otra parte, se haya demostrado la distracción de fondos comunes por parte del recurrido sobre la que construir una presunción en el sentido interesado por la parte apelante.

SÉPTIMO.- El siguiente motivo impugna la falta de inclusión en el pasivo de un crédito contra la sociedad de **gananciales** por la mitad de las cantidades pagadas por la recurrente en concepto de mantenimiento de los hijos comunes, gastos del chalet que constituía la vivienda familiar y de la hipoteca que lo grava.

En este sentido, ha de entenderse que se refiere a las sumas pagadas por la esposa una vez disuelto el régimen matrimonial en virtud de la sentencia de divorcio, pues ningún crédito se ostenta por dicho concepto durante su vigencia, toda vez que la procedencia de los fondos, la explotación de la oficina de farmacia, tiene carácter **ganancial** y al sostenimiento de una carga común han sido destinados.

Sin embargo, una vez producida la extinción de la sociedad de **gananciales**, se da la circunstancia de que existen gastos que son a cargo de ambos litigantes y que pueden haber sido satisfechos por uno solo de ellos, lo que, evidentemente, no da lugar a un crédito contra la sociedad, pues tales gastos son posteriores a su vigencia, sino a favor del que sufragó el gasto, que tendrá por ello la condición de acreedor personal de su ex cónyuge, y puede usar de la facultad contenida en el artículo 1405 del Código Civil.

Pero de ello se desprende que tales créditos que uno de los partícipes en la comunidad postganancial tenga contra el otro no forman parte del pasivo de la sociedad, ya extinta cuando nace del derecho, sino que la acreditación del mismo y su reembolso en cuanto a la mitad de los citados gastos corresponden a la fase de liquidación en sentido estricto, pues como establece el artículo 1398 del Código Civil, en el pasivo solamente se han de incluir las deudas que sean a cargo de la sociedad.

El motivo, pues, ha de ser desestimado.

OCTAVO.- Finalmente, la estimación del recurso en cuanto a la exclusión de la presente liquidación de la mitad de la oficina de farmacia adquirida con posterioridad a la extinción de la sociedad de **gananciales**, hace ocioso el examen del último motivo, relativo al crédito que se dice ostentar contra la sociedad de **gananciales** por el importe de los préstamos contraídos para su adquisición.

NOVENO.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso.

VISTOS los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS



Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña María Cristina contra la sentencia dictada con fecha dos de marzo de dos mil nueve por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Córdoba, debemos revocarla y la revocamos en el sentido de excluir del activo de la sociedad de **gananciales** la mitad indivisa de la farmacia y sus enseres sita en la calle Empedrada, nº 10, de Montalbán, incluyendo en su lugar el valor actualizado del derecho de adquisición preferente sobre la misma establecido en el contrato de 23 de enero de 1983, el crédito contra la apelante por los beneficios de nueve años de fincas rústicas privativas y el crédito contra la misma por los impuestos devengados por los bienes de las fincas privativas y abonados con cargo a la sociedad de **gananciales**, confirmando dicha resolución en todo lo demás. Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas de la segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y verificado, expídase testimonio de la misma que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ