



Roj: **SAP GC 2639/2013 - ECLI: ES:APGC:2013:2639**

Id Cendoj: **35016370032013100292**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **3**

Fecha: **18/10/2013**

Nº de Recurso: **154/2013**

Nº de Resolución: **510/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **RICARDO MOYANO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Illmos. /as Sres. /as

SALA Presidente

D./D^a. RICARDO MOYANO GARCÍA (Ponente)

Magistrados

D./D^a. MARÍA PAZ PÉREZ VILLALBA

D./D^a. MARÍA DEL PINO DOMÍNGUEZ CABRERA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 18 de octubre de 2013.

VISTAS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº Cinco de Telde en los autos referenciados aprobación de inventario nº 656/2012 seguidos a instancia de Agueda , representada por la Procuradora D^a. Petra Ramos Perez y dirigido por el letrado D. Guillermo José García Franco, contra Lázaro , representado por la Procuradora D^a. Sandra Cardenes Hormiga y dirigida por el letrado D. Armando Arencibia Rivero, siendo ponente el Sr. /a Magistrado/a RICARDO MOYANO GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia N° Cinco de Telde, se dictó sentencia en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece: "Que debo estimar y estimo parcialmente la solicitud de formación de inventario propuesta la procuradora de los tribunales Sra. Doreste Castellano, en nombre y representación de doña Agueda , debiendo quedar conformado el inventario de la sociedad de **gananciales** formado por doña Agueda y don Lázaro en la forma descrita en el relato de hechos probados.

Cada parte deberá abonar las costas causadas a su instancia y las comunes lo serán por mitad.

Líbrese oficio a la entidad HELVETIA SEGUROS para que remitan a los presentes autos la póliza de ahorro suscrita por doña Agueda con determinación de su importe en su estado actual.

Dicha resolución fue aclarada por auto de fecha 14 de diciembre de 2.012 en el sentido expresado en el Fundamento de Derecho segundo de la presente resolución.

SEGUNDO.- La referida sentencia, de 21 de Noviembre de 2012 , se recurrió en apelación por la parte demandante y demandada, interponiéndose tras su anuncio el correspondiente recurso de apelación con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo. Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , . Tras ello, se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló para deliberación, votación y fallo 10 de octubre de 2.013.



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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- : Discuten ambos esposos, apelantes, la naturaleza **ganancial** o privativa de algunos elementos del activo o pasivo del inventario de la disuelta sociedad conyugal que analizaremos por separado.

1.- Ganancialidad de la cuota de dominio que ostenta el esposo en la vivienda de la calle CALLE000 (1/7 de la mitad del total, pues la otra mitad pertenece a la difunta madre del esposo, y por tanto los derechos hereditarios del hijo serán de carácter privativo). Se trata de un bien que fue adquirido por los padres del esposo mediante contrato de acceso diferido a la propiedad -al tratarse de vivienda de protección oficial- por documento privado de 1/5/1956 (folio 175 y ss.), si bien la escritura de compraventa no se otorgó hasta el 29/4/2008, una vez fallecido el padre del ahora apelante, por lo que la compraventa se formalizó con la viuda y los siete hijos herederos del difunto. La tesis mantenida por la sentencia apelada es que al haberse adquirido la propiedad constante la sociedad de **gananciales** y por los hijos -no por el padre que suscribió en su día el contrato de acceso diferido a la propiedad- se trata de un bien **ganancial**, como asimismo consta en la nota registral informativa aportada por la esposa. En cambio, el apelante aporta otra nota informativa en que las participaciones constan como privativas, y considera que en realidad el bien lo ha adquirido por herencia de su padre, aunque una mínima parte del precio se haya satisfecho una vez fallecido éste. Subsidiariamente, solicita que se limite el derecho de la sociedad de **gananciales** a la cuota correspondiente al precio satisfecho una vez fallecido el padre del recurrente.

El recurso debe ser parcialmente estimado. Nos encontramos en un supuesto del llamado contrato atípico de "acceso diferido a la propiedad" establecido por la legislación de viviendas sociales, por medio del cual los beneficiarios de dichas viviendas obtienen la posesión del inmueble con la obligación de abonar el precio en la forma pactada, reservándose la entidad pública vendedora -Patronato público que gestiona la promoción, etc.- el dominio de las viviendas hasta tanto sea satisfecho la totalidad del precio. En dicho instante se procede a la formalización de la escritura de compraventa, según establece por ejemplo la cláusula tercera del contrato celebrado en este supuesto. La duda está en si dicha escritura tiene carácter constitutivo o declarativo del dominio. En el primer caso, la compraventa no se habría perfeccionado hasta que se otorga la escritura, y en el segundo la escritura es una mera elevación a documento público de la venta ya consumada. La jurisprudencia ha seguido una teoría intermedia: si bien el contrato de acceso diferido a la propiedad es ya un contrato de compraventa traslativo del dominio, este efecto queda bajo reserva -en poder del vendedor- hasta que se amortiza la totalidad del precio. Es decir, se trata de una venta con reserva de dominio. Por tanto, si todo el precio está ya satisfecho se ha consumado la compraventa y transmitido el dominio, aunque la escritura pública se otorgue con posterioridad. No así en el caso de que no se haya satisfecho todavía la totalidad del precio. Recuerda esta doctrina la SAP de Las Palmas de 20/10/2004: "Son varias las Sentencias del Tribunal Supremo que han tenido ocasión de pronunciarse sobre este tipo de contratos, y no solo la de 10 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 8926) a la que cada parte da una distinta interpretación por cuanto además este concreto extremo no era objeto de debate específico en el proceso resuelto por la citada sentencia. Por ello debe acudir a aquellas resoluciones que concretamente se pronuncian sobre la naturaleza de la escritura pública en estos contratos y el momento de adquisición del dominio, y así la Sentencia de 7 de abril de 1993, número 372/1993 (RJ 1993, 2992) , que define el contrato como complejo y atípico de los denominados de acceso diferido a la propiedad, y añade que se está en presencia de un contrato de venta con reserva de dominio hasta tanto no se amortice plenamente el precio convenido y fraccionado, y más adelante hace alusión al momento de otorgar escritura pública la que se califica como «pura solemnización de aquel contrato privado, que prima sobre ésta». En dicha sentencia por el alto Tribunal se casa la sentencia de la Audiencia que tenía por propietario al marido a cuyo favor se otorgó la escritura pública, ya después de divorciado, y se confirma la sentencia de instancia que entendió que la vivienda era de propiedad de la sociedad legal de **gananciales**. Claramente se desecha la posibilidad de que la escritura pública sea constitutiva para el efecto traslativo del dominio, toda vez que al haberse otorgado a favor del varón, únicamente éste habría adquirido el dominio y nunca la sociedad de **gananciales** del matrimonio que estaba vigente al tiempo de la firma del contrato privado.

En la misma línea pero de una mayor contundencia resulta la sentencia de 12 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1794) , en la que se hace, además, una interpretación del artículo 135 del Decreto 2114/1968 (RCL 1968, 1584, 1630, 2063) plenamente respetuosa con la tesis de los apelantes, también aquí sostenida, ya que expresamente establece que verificado el completo pago se produce ipso iure la transferencia dominical."

En el supuesto litigioso, no todo el precio se había abonado a la muerte del padre del esposo apelante, puesto que del precio total de 394,76 ? se abonaron 324,84 ? mediante ingresos periódicos hasta el año 1988, pero quedó sin abonar la suma de 69,92 ?, que se pagó el 28/12/2006, por lo tanto durante la vigencia de la sociedad



de **gananciales**, que se extinguió por sentencia de divorcio de 17/6/2011 . El apelante manifiesta que en realidad el precio sí estaba pagado con anterioridad pero no se encontraron los recibos que lo probaran, por lo que se optó por pagar el resto, pero esta es una argumentación de parte sin sustento probatorio y que además contradice las declaraciones de la escritura pública de venta en la que intervino el propio recurrente.

La suma de 69,92 €, que puede parecer una cantidad nimia, no lo es en cuanto al total del precio de la vivienda, pues es casi el 20% del total. Por tanto, hasta que dicha suma no fue satisfecha no se produjo el efecto traslativo del dominio de la vivienda, con lo cual nos hallamos ante una adquisición onerosa de un bien inmueble cuyo dominio se adquiere constante la sociedad de **gananciales**, sin que puedan prevalecer frente a esta realidad las anotaciones registrales, que son meramente presuntivas y en su caso producen efectos frente a terceros pero no entre los propios integrantes de la sociedad de **gananciales**. Ahora bien, es cierto que se trata de una adquisición mixta, pues para el pago del precio se utilizó en parte dinero **ganancial** y en parte dinero ajeno -abonado, en cuanto a la mitad correspondiente al padre del apelante, por éste, para su propia sociedad de **gananciales**-. Procede aplicar pues el art. 1354 del C.C ., que establece la adquisición mixta entre la sociedad de **gananciales** y el patrimonio privativo en el porcentaje correspondiente al dinero empleado. El porcentaje que corresponde al dinero aportado por el esposo de los 69,92 €, que representa el 17,72 % del precio total, es la mitad de dicho importe, y como esta cuota ha de ser repartida entre sus siete hijos, supone que la contribución de la sociedad de **gananciales** al precio total de adquisición ha sido del 1,26% del total.

2.- Crédito de la sociedad de **gananciales** contra la comunidad de herederos del padre de la esposa, por obras de mejora financiadas a costa del caudal común en la vivienda conyugal -bien no **ganancial**, ya que era propiedad de los padres de la esposa-. Este activo fue incluido en la sociedad de **gananciales** ya que consta reconocimiento de deuda en el testamento del padre de la esposa, si bien sin cuantificar, solicitando el esposo-apelante que se cuantifique en los 30.000 € que interesó y que corresponde a la casi totalidad del préstamo concertado con BBVA para financiar la obra (30.050, 61 €) o subsidiariamente en los 28.643,64 € que fueron retirados de la cuenta del citado banco entre enero y marzo del año 2000, o al menos la cuantía del contrato de obra.

La esposa por su parte impugna la inclusión del activo ya que afecta a terceros, y no solamente al padre de la misma -que es quien hace constar el reconocimiento de deuda en su testamento- sino a los herederos de su madre, que no realizó dicho reconocimiento de crédito.

Ningún problema existe en incluir como activo de la sociedad de **gananciales** los créditos de la sociedad de **gananciales** contra terceros, ya que como tales derechos son un bien de la sociedad de acuerdo con el art. 1397 del C.c ., que emplea la expresión en sentido amplio, comprensiva de toda clase de derechos reales u obligacionales de titularidad **ganancial**. Lógicamente, al igual que un bien **ganancial** puede perderse por la reivindicación de un tercero, también un derecho de crédito puede ser combatido por el deudor, y por tanto la inclusión en el inventario tiene simples efectos intraconyugales, es decir, en el caso de que el derecho sea cobrado, el producto obtenido será **ganancial**, pero ello no impide las reclamaciones del tercero frente a la existencia o cuantía del crédito. Basta pues para incluir un derecho de crédito frente a terceros en el inventario con los indicios razonables de la realidad de dicho derecho subjetivo, sin que esta declaración vincule los procedimientos sobre la litigiosidad del crédito entre la sociedad de **gananciales** y el tercero deudor. Y la existencia indiciaria del crédito en este caso es evidente, por reconocimiento de deuda por el padre de la apelante en su testamento, como consecuencia de la "reforma total de la planta alta y cubierta de la casa.", declaración que al tener por objeto un bien **ganancial** con su esposa afecta también a ésta y a sus herederos, a beneficio de los acreedores, sin perjuicio de que tanto los herederos del testador como los de su esposa puedan objetar dicho crédito, lo que nada tiene que ver con la inclusión del derecho como activo de la sociedad de **gananciales** de los aparentes acreedores.

Respecto a la cuantía, la esposa ha declarado que también el padre ayudó a pagar las obras, si bien reconoce un importe de cómo máximo "dos millones y algo" de pesetas en la obra, si bien niega que se empleara dinero del préstamo del BBVA y de ser así tampoco existe una prueba documental concreta de que se haya invertido todo el dinero extraído de la cuenta del BBVA en la obra, mientras que el contrato de obra firmado con el sr. Galindo es por importe de 15.782,58 €, sin contar los materiales, de los que no existen facturas en los autos. Por otro lado, el padre de la esposa reconoció la deuda en el testamento, pero tampoco la cuantificó. Por todo lo cual, discutiendo la esposa la cantidad de dinero **ganancial** empleado -descontado el que aportó el propio padre- y aún siendo evidente por el reconocimiento en testamento que se trató de dinero utilizado en mejoras útiles, pues implicó la reforma "total" de la planta alta y cubierta, resulta adecuado remitir la cuantificación a la tasación o avalúo de la liquidación de la sociedad de **gananciales**.

3.- Exclusión de la hipoteca.- La esposa apelante solicita la exclusión del activo de la hipoteca que grava la finca que es titularidad de la sociedad Gestoría Borrero Pérez S.L., cuyas participaciones sociales en su 49% han sido a su vez declaradas como activo **ganancial** sin controversia. El recurso se basa en que ninguna de las



partes solicitó la inclusión de dicha hipoteca como carga de los bienes **gananciales**, ya que no afecta a ningún bien **ganancial**, sino a la valoración de las participaciones sociales en todo caso.

El apelado admite que ciertamente la hipoteca no es en sí una carga de bienes **gananciales**, pero considera que es oportuna su mención a efectos de ulterior valoración de los bienes en la fase de liquidación.

El motivo ha de ser estimado. Primero, por razones formales, porque las sociedades -y el patrimonio de éstas- al tener personalidad jurídica propia no son bienes que puedan pertenecer al patrimonio **ganancial** ni privativo; sí pertenecerán las participaciones sociales de los cónyuges, en cuyo valor se tendrá en cuenta lógicamente el patrimonio social y las cargas que afronte; por tanto, no procede declarar como hecho probado que forma parte del activo la hipoteca de una finca que no pertenece a la sociedad de **gananciales** sino a una sociedad de responsabilidad limitada en la que el matrimonio ostenta el 49% como activo **ganancial**. Y segundo, por razones de fondo, porque si lo que se pretende con esa declaración de hechos probados es advertir a efectos de tasación de las participaciones que la carga hipotecaria ha de ser tenida en cuenta, contradice los propios fundamentos de la sentencia apelada, en la que se rechaza decidir en este momento procesal si la carga debe minorar o no el valor de la finca a efectos de evaluar el valor de las participaciones sociales, remitiendo esa cuestión, como en efecto debe ser, a la fase de avalúo.

Por todo ello, procede en el inventario simplemente mencionar las participaciones sociales como activo, sin establecer mención alguna a los bienes que pertenecen a la sociedad objeto de dichas participaciones, ni a las eventuales cargas que sufran tales bienes, lo que tendrá que ser analizado en la fase de tasación de las participaciones sociales.

4.-Carácter **ganancial** de la agencia de seguros.- Se discute en este punto si la actividad que desarrolla el esposo en un local arrendado de la calle Ruiz Muñiz como agente de seguros es una empresa fundada a costa de dinero **ganancial** y por tanto **ganancial** también conforme al art. 1347-5º CC, o bien tal actividad es meramente profesional y por tanto son privativos los instrumentos necesarios para el ejercicio de su actividad, de acuerdo con el art. 1346-8º CC. La frontera entre el concepto de empresa -explotada por empresario individual- y el de actividad profesional puede ser difusa en muchos casos. Existirá empresa cuando se desborda el carácter instrumental de ciertos bienes o derechos al servicio de la actividad profesional para entender que todo el conjunto de elementos personales y materiales destinados a la actividad mercantil son una auténtica "universitas". En este caso, inicialmente la esposa incluyó como activo la agencia de seguros indicando que gestionaba la cartera de seguros de varias compañías; posteriormente se ha comprobado que dicha agencia sólo actúa como mediadora de una única compañía, Helvetia S.A., a la cual pertenece además la cartera de clientes según certifica la propia compañía. El resto de las actividades de gestoría no se desarrollan en el local de la agencia sita en Ruiz Muñiz sino por medio de la Gestoría Borrero Pérez S.L., que tiene otro domicilio social en la calle Franchy y Roca, y cuyas participaciones sociales al 49% son **gananciales**. Es pues una actividad profesional de agente de seguros, que inicialmente desarrollaba el esposo en el domicilio familiar, y posteriormente en un local arrendado, por más de que el propio agente lo haya denominado informalmente "negocio" en sus declaraciones judiciales, e incluso lo haya calificado de "actividad empresarial" en el alta censal de la Agencia Tributaria, lo que se desvirtúa en el propio recibo del Impuesto de Actividades Económicas, donde consta que es "actividad profesional". No consta tampoco inscripción de empresa individual en el Registro Mercantil. Por tanto, se trata de una actividad profesional que utiliza un local y la ayuda puntual de la hija del matrimonio como simples elementos auxiliares de la actividad, que consiste en la mediación para una sola compañía de seguros. Es pues una actividad privativa. En el mismo sentido SAP Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª)##### Sentencia núm. 756/2012 de 19 noviembre AC 2012\2261:" (El término) "establecimientos" ha de ser jurisprudencialmente interpretada, no como mera base física o local de negocio, sino como universalidad de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6667)) y si, desde el punto de vista jurídico mercantil, puede definirse a la "empresa" como una unidad patrimonial autónoma y compleja en la que se integra un conjunto organizado de bienes, derechos y obligaciones, bajo la titularidad y dirección del empresario, es decir, como una universitas o conjunto de elementos organizados con vistas a la producción de bienes o servicios, entre los que figura desde luego el establecimiento como base física, resulta extremadamente forzado aplicar tal calificación a una actividad de carácter individual que se desarrolla a modo de taller profesional, gabinete o consulta de un profesional individual. Y es que no parece que la actividad profesional del demandado, como especialista médico con consulta abierta, pueda entenderse comprendida dentro del impreciso concepto de "empresa", máxime cuando no cabe asumir una noción amplia de dicho término dentro del art. 1.347 del Código Civil. En consecuencia, en tanto que no nos halláramos ante una unidad patrimonial con estructura organizativa y vida propia, susceptible de ser inmediatamente explotada y transmisible en su conjunto, parece convenir mejor a su naturaleza el término "profesión", "arte" u "oficio" que se incluye en otros precepto del Código Civil (por ejemplo, arts. 1, 346 y 1.362)."



5.- Saldo de cuenta corriente del BBVA de terminación numérica 338.- El esposo solicita la inclusión como activo del saldo del cual dispuso unilateralmente su ex cónyuge. Sin embargo, ha quedado acreditado que se trata de una cuenta corriente aperturada sólo a favor de la esposa, y en la que los ingresos eran exclusivamente los de la pensión del padre de ésta, por lo que dado que era ella la que atendía básicamente a su padre y que en el testamento el padre no hizo mención alguna a su yerno, hay que entender que o bien eran disposiciones en depósito para que los gestionara su hija en sus necesidades, o bien, en lo que excedieran y pudieron ser utilizados por la propia hija, eran donaciones a la misma, y solamente a ella, ya que no se ingresaron nunca en las cuentas de las que era titular el apelante. Conforme al art. 1353 del C.C. las donaciones sólo son **gananciales** si se hacen a los cónyuges conjuntamente, mientras que el art. 1346-2 considera privativas las atribuciones a título gratuito a un cónyuge. En este caso, el móvil que pudiera animar al donante, que la hija empleara el dinero sobrante en los gastos de su propia familia, no eliminaría la condición de donación exclusiva a dicha hija y por tanto la condición de bien privativo del bien, y ni siquiera consta que dicho móvil operara como carga de la donación, lo que además no tendría consecuencias en la sociedad de **gananciales** porque en caso de ser incumplida produciría la resolución de la donación, y la reversión de bienes al donante, art. 647 del C.C., pero ningún derecho generaría para la sociedad de **gananciales**.

6.- Gastos de estudios de Carolina.- Solicita el esposo apelante que se le abonen los gastos de alimentos abonados a la hija común, mayor de edad, pagados con sus propios bienes desde la fecha de la sentencia de divorcio. La pretensión no puede ser estimada, ya que el derecho de alimentos que pesa sobre los progenitores incluso extinguida la patria potestad, con arreglo al art. 142 y ss. del C.C., deja de ser una carga de la sociedad de **gananciales** desde la extinción de dicha sociedad por la sentencia de divorcio. Ciertamente es que ambos progenitores deben contribuir a los alimentos, y si uno de ellos, una vez disuelta la sociedad de **gananciales**, ha pagado alimentos en exceso, por orden judicial, podría solicitar el reintegro al otro, conforme al art. 145-2 del C.c.; pero en este caso mediante una acción personal de un progenitor contra el otro, lo que nada tiene que ver con la sociedad de **gananciales**, pues como decimos las cargas alimenticias, una vez disuelta la sociedad conyugal, son cargas individuales de cada progenitor y no deudas **gananciales**.

Por lo demás, en este caso ni siquiera ha existido mandato judicial de pago de exceso de alimentos, sino una obligación unilateral de pago de alimentos asumida voluntariamente en escritura de 3/3/2011 por el apelante. En cualquier caso, como decimos, los alimentos de los hijos tras la disolución de la sociedad de **gananciales** no son ya una carga **ganancial**, sino individual, fuera del caso excepcional del art. 1408 del C.C. que se refiere a un supuesto de muerte de uno de los consortes.

ULTIMO: En cuanto a las costas, por aplicación de los arts. 394 y 398 de la LEC 1/00, no se atribuyen.

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

FALLO

Que se debe estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^a. Agueda y D. Lázaro contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N^o 5 de Telde de 21 de Noviembre de 2012 en los autos de aprobación de inventario n^o 656/2012, modificando dicha resolución exclusivamente en los siguientes particulares: 1) La cuota **ganancial** de la vivienda de la CALLE000 es del 1, 26% del total (o el cociente que corresponde a ese porcentaje en la parte que es de titularidad del esposo). 2) Se elimina la mención a la hipoteca de la finca propiedad de la Gestoría Borrero Pérez S.L. como elemento del activo de la sociedad de **gananciales** de los hechos probados de la sentencia, por no ser procedente incluir en el activo de la sociedad de **ganancial** las cargas de bienes ajenos, sin perjuicio de lo que resulte en la valoración de las participaciones sociales de la Gestoría. Todo ello, sin hacer en esta alzada expreso pronunciamiento sobre costas.

Llévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes, y con certificación de la misma, devuélvanse los autos al Juzgado de Procedencia para su ejecución y cumplimiento.

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

PUBLICACION.-Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos/as. Sres./as Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo./a Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario, certifico.