



Roj: **SAP MU 824/2015 - ECLI: ES:APMU:2015:824**

Id Cendoj: **30030370042015100176**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **01/04/2015**

Nº de Recurso: **69/2015**

Nº de Resolución: **171/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JOSE CARRILLO VINADER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00171/2015

Sección Cuarta

Rollo de Sala **69/2015**

ILMOS. SRES.

D. CARLOS MORE **NO** MILLÁN

PRESIDENTE

D. JUAN MARTÍNEZ PÉREZ

D. FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER

MAGISTRADOS

En la ciudad de Murcia, a uno de abril del año dos mil quince.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial el procedimiento especial para la Liquidación del Régimen Económico Matrimonial (fase de Formación de Inventario) que con el número 223/13 se ha seguido en primera instancia ante el Juzgado Civil número Dos de Jumilla (Murcia) entre las partes, como actor y ahora apelado D. Mariano , representado por la Procuradora Sra. Parra Pérez y defendido por el Letrado Sr. Sánchez Abellán, y como demandada y ahora apelante D^a. Carlota , sucesivamente representada por los Procuradores Srs. Azorín García (ante el Juzgado) y Molina Ruiz-Funes (ante la Audiencia) y defendida por el Letrado Sr. González López, del turno de oficio todos los profesionales, menos el primer Procurador de la demandada. Siendo ponente don FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instancia citado con fecha 27 de enero de 2014 dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la sentencia cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Que estimando parcialmente la propuesta de inventario de D. Mariano , representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Ángela Muñoz Monreal y la oposición presentada por Dña. Carlota , representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Francisco Azorín García: Declaro que el inventario de la sociedad de **gananciales** que estuvo formada por las partes del presente procedimiento se compone I) Respecto del activo: - Vivienda de la C/ DIRECCION000 de Jumilla. - Vehículo BMW-LCC . - Muebles de la vivienda de DIRECCION000 que se determinan en la solicitud del inventario. - El 100 % del usufructo de la finca NUM000 del Registro de la Propiedad de Tarragona. - Los muebles de la finca NUM001 del Registro de la Propiedad de Tarragona que han sido determinados en el punto 2º del escrito de oposición a la propuesta de inventario. II) Respecto del



pasivo: - Importe actualizado de los pagos que haya hecho la demandada del IBI de la vivienda de Jumilla. No se hace pronunciamiento especial en costas, debiendo cada parte abonar las suyas y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, interpuso recurso de apelación D^a. Carlota , solicitando su revocación parcial.

Después se dio traslado a la otra parte, quien presentó escrito oponiéndose al mismo, pidiendo la confirmación de la sentencia.

Por el Juzgado se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, turnándose a la Sección Cuarta donde se registraron con el número de Rollo 69/15. Tras personarse las partes, una vez que se le nombraron Procuradores del turno de oficio, al gozar del beneficio de justicia gratuita, por providencia del día 20 de febrero de 2015 se señaló el de hoy para la votación y fallo de la causa, que ha sido sometida a deliberación de la Sala.

TERCERO.- En la sustanciación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Mariano presentó solicitud de formación de inventario para la liquidación de la sociedad de **gananciales** que había existido con la que fue su esposa, D^a. Carlota , acompañando una relación del activo y pasivo que pretendía.

Convocadas las partes a comparecencia ante el Secretario judicial, la contraparte propuso algunas modificaciones en la propuesta realizada, y se llegó a acuerdos parciales, manteniéndose las discrepancias respecto de otras partidas, por lo que se convocó a las partes a juicio verbal en el que se practicaron las pruebas propuestas, tras lo cual se dictó sentencia que estimaba parcialmente la demanda, sin imposición de costas, excluyendo del activo el 50 % de la cochera habilitada como vivienda de Tarragona y las cenizas del hijo común fallecido, e incluyendo en el mismo el usufructo de otra vivienda en Tarragona. No se incluyen en el pasivo ni los gastos de comunidad de la cochera de Jumilla, ni el préstamo hipotecario de la vivienda NUM000 , ni un crédito a favor de la esposa por la vivienda de Jumilla, que se declara toda ella como un bien del activo **ganancial**.

Contra la sentencia interpone recurso de apelación D^a. Carlota , que discrepa de tales pronunciamientos, defendiendo la inclusión en el activo de la cochera habilitada como vivienda de Tarragona y las cenizas del hijo, y en el pasivo de un crédito a su favor del 50 % de las cuotas por gastos ordinarios de comunidad en la cochera de Jumilla y 43.000 ? (o al menos 17.026 ?) por el dinero privativo utilizado para levantar la hipoteca de la vivienda de Jumilla (alternativamente pide que se declara privativa dicha vivienda en el porcentaje del precio por ella pagado).

Del recurso se dio traslado a la parte contraria, que se ha opuesto al mismo, defendiendo el acierto de la sentencia de primera instancia en sus conclusiones, interesando su íntegra confirmación.

SEGUNDO.- Se cuestiona por el apelante la no inclusión en el ACTIVO de las siguientes partidas: la cochera habilitada como vivienda en Tarragona (finca registral NUM001), las cenizas del hijo, y un porcentaje de la vivienda de Jumilla.

A) En cuanto a la cochera habilitada como vivienda en Tarragona (finca registral NUM001 del Registro de la Propiedad nº 3 de dicha localidad) entiende que fue adquirida por ambos cónyuges constante matrimonio en el año 1998, rigiendo el régimen de sociedad de **gananciales**, y el hecho de que tanto la escritura pública de compraventa, como el Registro de la Propiedad hagan constar el carácter privativo de la vivienda no es suficiente para negarle su carácter **ganancial**, pues ello puede ser debido a un error, al regir en Cataluña como régimen legal el de separación de bienes.

La sentencia de primera instancia parte de que no puede aceptarse como acreditado el error del Notario y del Registrador de la Propiedad, pues no hay constancia de la vigencia de la sociedad de **gananciales**, ya que no se ha practicado prueba alguna sobre la vecindad civil de los cónyuges, aparte de que, incluso si rige la sociedad de **gananciales**, ello no impide el pacto de privatividad, que permite atribuir carácter privativo a un bien adquirido constante matrimonio incluso con dinero **ganancial**.

Se cuestiona en la práctica si cabe pacto de privatividad, esto es que, pese a ser **ganancial** el bien adquirido, pueda pactarse por los cónyuges que pase a tener carácter privativo. La libertad de pactos entre los cónyuges parece permitir tal solución, pues el art. 1323 CC , reformado por la Ley 11/1981 y retocado en su redacción por la Ley 13/2005, establece: "Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos." Se superan así las dudas generadas en la anterior redacción y se plasma el carácter general de la libertad de pactos entre los cónyuges, que quedarán sometidos a las reglas generales en cuanto puedan ser fraudulentos para terceros (acreedores o legitimarios), y los posibles



perjudicados (acreedores de la sociedad de **gananciales** y legitimarios) podrán combatirlo ejercitando las acciones de simulación o rescisorias, aunque en el presente caso no se alcanza a ver qué perjuicios pueda causar a los compradores (o sus herederos) tal pacto, pues ambos lo son por partes iguales y han adquirido el dominio en dicha proporción.

Por lo expuesto debe rechazarse este primer motivo del recurso.

B) Se pretende la inclusión en el activo de las *cenizas del hijo común*, que actualmente están en posesión del padre, con la pretensión de que sean divididas por mitad entre ambos progenitores.

La sentencia de primera instancia dedica su Fundamento Jurídico Sexto a esta cuestión, destacando lo inusual de la misma y la inexistencia de jurisprudencia sobre esta materia, llegando a la conclusión de que no es éste el procedimiento adecuado para resolver tan delicada cuestión, al carecer las cenizas del hijo de valor patrimonial.

Frente a ello la apelante pone de manifiesto la actuación abusiva de la contraparte al no entregarle la mitad de las cenizas del hijo común, considerando el presente un procedimiento adecuado para conseguirlo, porque no es que las cenizas no tengan valor económico, sino que es incalculable, aceptando que los hijos no tienen valor patrimonial, pero que son un activo inmaterial de la sociedad de **gananciales** y que, estando fuera del comercio de los hombres, permiten su reparto o liquidación entre los cónyuges, invocando la analogía (art. 4 CC) o los principios interpretativos (art. 3 CC) para resolver esta cuestión en el presente proceso.

Estamos ante un procedimiento especial cuya finalidad es la "liquidación del régimen económico matrimonial", regulado en el Capítulo II del Título II (De la División Judicial de Patrimonios) del Libro IV (De los Procesos Especiales) de la LEC. El mero enunciado de las rúbricas anteriores pone de manifiesto que dentro de esta clase de procedimiento sólo tienen cabida cuestiones económicas o patrimoniales, no de otra índole, y la propia parte apelante reconoce que estamos ante una cuestión inmaterial.

Además, nos encontramos en la fase de formación de inventario de la sociedad de **gananciales**, y en la misma sólo se pueden incluir en el activo alguno de los bienes o derechos que tengan tal condición, no teniendo cabida las cenizas del hijo fallecido en ninguno de los supuestos el Código civil dedica con carácter principal (los artículos 1346 a 1361) para tratar de fijar los criterios para diferenciar los bienes y derechos privativos de los **gananciales**, no pudiendo incluirse en el inventario los que no tengan tal condición. El único precepto que pudiera tener cierta relación con el caso debatido es el art. 1.346.5º CC , conforme al cual son privativos en todo caso los bienes y derechos no transmisibles inter vivos. Para el caso de que pudiera aceptarse que estamos ante un bien o derecho de carácter patrimonial, la propia parte apelante reconoce que no está en el comercio de los hombres, por lo que no es transmisible a tercero, de ahí que no pueda incluirse en el activo de la sociedad de **gananciales**, pues no sería **ganancial** sino privativo.

En consecuencia, las partes deberán acudir a un procedimiento distinto, donde puedan plantearse cuestiones diferentes, no de carácter patrimonial, en defensa de sus legítimos intereses.

C) Finalmente, con carácter alternativo a la inclusión en el pasivo de un crédito a favor de la apelante, plantea que *la vivienda familiar de Jumilla es, en parte privativa* de ella, al haber aportado dinero privativo (43.000 ? o al menos 17.000 ?) para levantar la hipoteca que pesaba sobre la misma. La consecuencia sería no incluir toda la vivienda en el activo, sino sólo la parte que no es privativa.

Tal pretensión no puede prosperar. Sin entrar ahora a examinar si se ha acreditado la aportación por la actora de dinero privativo para levantar la hipoteca, la fecha a tener en cuenta para determinar el carácter **ganancial** o privativo de la vivienda familiar será la de su compra, que tuvo lugar el 17 de marzo de 2005, y en ese mismo día se suscribió un préstamo con garantía hipotecaria para el pago de parte de precio. La vivienda tiene claramente carácter **ganancial** por la fecha de adquisición y el carácter **ganancial** del precio. La sociedad de **gananciales** es deudora del dinero percibido como préstamo para el pago del precio, y por ello si la esposa ha abonado parte de esa deuda, su único derecho es el de poder reclamar su crédito a la sociedad de **gananciales**, porque el pago se hizo constante la sociedad **ganancial** (art. 1398.3º CC).

En consecuencia, debe rechazarse también este motivo del recurso.

TERCERO.- Respecto del PASIVO, lo que pretende la apelante es que se incluyan en el mismo dos créditos a su favor, el primero del 50 % de las cuotas por gastos ordinarios de comunidad en la cochera de Jumilla y el segundo de 43.000 ? (o al menos 17.000 ?) por el dinero privativo utilizado para levantar la hipoteca de la vivienda de Jumilla.

A) Respecto del *crédito de la mitad de las cuotas por gastos ordinarios de la comunidad de la plaza de garaje vinculada a la vivienda de Jumilla*, la sentencia de primera instancia concluye que se trata de una deuda de



quien usa la vivienda común, por lo que no es a cargo de la sociedad de **gananciales**, invocando jurisprudencia de esta misma Audiencia, de ahí que no incluya dicha partida en el pasivo.

La apelante entiende que la obligación de pagar los gastos de comunidad por dicho inmueble corresponde a la sociedad de **gananciales**, por ser la propietaria del mismo, y no a quién la usa, por lo que debe figurar en el pasivo la mitad de las cantidades hasta ahora satisfechas exclusivamente por ella (documentos 17 a 26 de la contestación a la demanda) y las que vayan siendo pagadas por ella hasta la liquidación total.

Cuando se opone la parte contraria defiende la tesis mantenida por la sentencia de primera instancia.

Lo primero que llama la atención es que se interese que en el pasivo se haga constar exclusivamente la mitad de las cantidades abonadas, pues si es un crédito de la sociedad de **gananciales** satisfecho con dinero privativo de la esposa, tiene derecho a que en el pasivo se compute la totalidad de ese crédito, no sólo la mitad, pues será al liquidar cuando ella, por ser cotitular de la sociedad de **gananciales**, verá disminuida en la mitad la recuperación de ese importe, ya que la mitad del mismo se le computará en su debe.

Efectivamente, esta Audiencia tiene resuelto, en sentencia de 31 de octubre de 2005, Rollo de apelación 345/05 de la Sec. 1ª, que <<esta Sala viene considerando que tales gastos de comunidad, siempre que se trate de los de carácter ordinario, donde se comprenden prestaciones de servicios de los que exclusivamente se beneficia quien los usó, han de ser satisfechos en exclusiva por el poseedor. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de las Audiencias Provinciales de Alicante (24-10-97 y 15-3-02), Barcelona (24-5-00) y Asturias (5-3-01). También el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de marzo de 2.000 se ha manifestado sobre la cuestión al resolver sobre la inclusión en el pasivo en la liquidación de una sociedad de conquistas, afirmando que "los gastos de conservación y mantenimiento de bienes muebles o inmuebles, de uso exclusivo por parte del demandado, no tienen por qué repercutir a cargo de la hoy actora, al no participar en dicho uso".>>

Por lo expuesto, debe rechazarse el motivo que se examina.

B) También pide que en el pasivo se incluya un *crédito a su favor por importe de 43.000 ?*, porque ella destinó en ese importe de dinero privativo (procedente de una herencia de su madre) para abonar un préstamo con garantía hipotecaria obtenido para el pago de la vivienda **ganancial** de Jumilla. Para el caso de que no se entendiera acreditado que el dinero utilizado para levantar esa carga tuviera ese origen, entiende que no se ha probado de dónde procedían 17.026 ?, por lo que serían privativos de ella, por la proximidad temporal entre la venta de la vivienda por la madre y la entrega del dinero obtenido a la ahora apelante, y por no existir ningún otro dato de que el dinero estuviera en cuentas de la sociedad de **gananciales**.

Tampoco este motivo del recurso puede prosperar, porque, como señala la sentencia de primera instancia, no puede aceptarse que se haya probado que el dinero empleado para levantar la hipoteca proceda de la supuesta herencia obtenida por la apelante de su madre, que habría repartido en vida los bienes, y ello porque no basta el testimonio de las hermanas de la apelante, pues no hay rastro alguno del dinero que se dice obtenido de una venta de la vivienda de la madre, y el recibo de pago del préstamo lleva la firma del marido (folio 108).

En esta materia rige el principio de presunción de ganancialidad (art. 1361 CC), por lo que el dinero existente constante matrimonio en poder de uno u otro

cónyuge se presume **ganancial** salvo prueba en contrario, y es a quien sostiene que era privativo al que corresponde la carga de acreditarlo. En el presente caso la ausencia de cualquier prueba documental de una cantidad tan relevante no puede ser suplida por las declaraciones testimoniales de las hermanas de quien pretende obtener un crédito frente a la sociedad de **gananciales**.

En consecuencia, debe desestimarse también este motivo del recurso.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición a la apelante de las costas ocasionadas en el mismo, tal y como establece el artículo 398.1 LEC .

VISTOS los artículos citados y los de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Dª. Carlota , ante esta Audiencia representada por la Procuradora Sra. Molina Ruiz-Funes, contra la sentencia dictada en el juicio verbal para la formación de inventario dentro del procedimiento de disolución del régimen económico matrimonial seguido con el número 223/13 ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Jumilla, y estimando la oposición al recurso sostenida por D. Mariano , ante esta Audiencia representado por la Procuradora Sra. Parra Pérez, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha sentencia, imponiendo a la apelante las costas causadas en esta alzada.



Notifíquese la sentencia y llévese certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 ? (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y la tasa prevista en la Ley 10/2012, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ