



Roj: **STS 2230/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:2230**

Id Cendoj: **28079110012007100396**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2007**

Nº de Recurso: **1555/2000**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 307/2000,**
STS 2230/2007

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Abril de dos mil siete.

En la Villa de Madrid Visto por la Sala Primera de este Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, el recurso de casación contra la sentencia de fecha 26 de enero de 2000 dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de Juicio Declarativo Ordinario de Menor Cuantía número 150/1997, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Fuengirola, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Víctor Requejo Calvo, en nombre y representación de DON Everardo , siendo recurrida DOÑA Lucía , representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Pardillo Landeta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- DOÑA Lucía , formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre liquidación, partición y adjudicación de los bienes de la sociedad de gananciales contra su esposo, DON Everardo , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictase sentencia por la que se decretara la liquidación de la sociedad de gananciales, concretando el activo y el pasivo de la misma y se proceda a la partición y adjudicación del caudal social, atribuyéndose a cada uno de los cónyuges la titularidad dominical plena y el pleno dominio de los bienes que le sean adjudicados, con imposición de las costas a la parte demandada.

2.- Admitida la demanda y emplazada la demandada, compareció el Procurador Don Ernesto del Moral Chaneta, en representación de DON Everardo , contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para "Tenernos por aquietados respecto de la liquidación de la sociedad de gananciales y a la partición y adjudicación del caudal social, previa formación de inventario, en cuyo activo deberá incluirse, además de los bienes que relaciona el demandado en el hecho tercero de la demanda, la vivienda sita en la planta NUM002 del nº NUM000 de la CALLE000 de Fuengirola, y el mobiliario doméstico que se relaciona en el hecho tercero apartado B) de esta contestación, excluyéndose del inventario, por tener carácter privativo, la licencia municipal de transporte de viajeros, taxi nº NUM001 , inventariado con el número A-7 del hecho tercero de la demanda y los beneficios obtenidos en la explotación del taxi, inventariado bajo la letra A-9, del hecho tercero de la demanda, y con imposición de costas a la actora".

3.- El Juez de Primera Instancia Número 3 de Fuengirola, dictó Sentencia con fecha 8 de mayo de 1.998 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando en parte la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Lourdes , en nombre y representación de D^a Lucía , contra D. Everardo se decreta la liquidación de la sociedad legal de gananciales cuyo activo está constituido por los bienes referidos en el fundamento jurídico



cuarto de esta resolución y cuya partición y adjudicación se llevará a cabo en ejecución de sentencia sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución, por la representación de DOÑA Lucía , la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, dictó Sentencia con fecha 26 de enero de 2000 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales D. Enrique Carrión Mapelli, en nombre y representación de D^a Lucía contra la sentencia dictada el ocho de mayo de 1998 en el juicio de menor cuantía nº 150/97 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Fuengirola, la revocamos parcialmente declarando , en su lugar, la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales a liquidar la licencia municipal de transporte de viajeros, taxi nº NUM001 del Ayuntamiento de Fuengirola, y la exclusión del mismo de la vivienda sita en el nº NUM000 de la CALLE000 de la misma localidad, confirmándola en el resto de sus pronunciamientos, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada".

TERCERO.- 1.- El Procurador Don Víctor Requejo Calvo, en nombre y representación de DON Everardo , interpuso recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, de fecha 26 de enero de 2000 , con apoyo en los siguientes, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico.- (artículo 1.692,4º de la LEC, que se subdivide en dos : "A) Violación por aplicación indebida del artículo 1.346,5º del Código Civil por cuanto considera que la licencia municipal de transporte de viajeros, taxi nº NUM001 , del Ayuntamiento de Fuengirola teniendo el carácter de bien privativo de Don Everardo , se ha incluido en el activo de la Sociedad de Gananciales", y "B) Violación por aplicación indebida, del art. 1347, apartado 5º del CC , al incluir la licencia dentro del activo de la sociedad de gananciales por considerarlo como un bien (empresa) de los regulados en el reseñado punto 5º del art. 1347 del Código Civil, razonamiento expresado en el Fundamento de Derecho primero " in fine", que, al ser base y premisa obligada del fallo, paso a rebatir". SEGUNDO.- Por Infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver cuestiones objeto del debate, al amparo del art. 1692,4º de la LEC: "A) Violación de los artículos 1347,3º en concordancia con el artículo 1361 del CC , al excluir del activo de la sociedad de gananciales la vivienda sita en el nº NUM000 de la CALLE000 de Fuengirola", y "B) Violación por aplicación indebida de los arts. 358 del CC y simultáneamente interpretación errónea del art. 362 del CC ".

CUARTO.- Admitido el recurso, la Procuradora Doña María Pardillo Landeta, en representación de Doña Lucía , presentó escrito de impugnación.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día veintiuno de marzo del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La acción ejercitada en el presente procedimiento pretende la liquidación, partición y adjudicación de los bienes de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por la demandante Lourdes y el ahora recurrente Everardo , en ejecución de la sentencia firme de separación matrimonial dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, con fecha 22 de enero de 1996, confirmando la del Juez de Primera Instancia de Fuengirola de fecha 8 de mayo de 1998 . Presentado por la parte demandante inventario del activo y del pasivo de la sociedad conyugal, el demandado se opuso, solicitando, de un lado, la inclusión como bien ganancial de la vivienda sita en la planta NUM002 del nº NUM000 de la CALLE000 de Fuengirola y el mobiliario doméstico correspondiente existente en la misma, y de otro lado, la exclusión del activo ganancial en cuanto privativo del esposo, de la licencia municipal de transportes de viajeros, taxi nº NUM001 del Ayuntamiento de Fuengirola, así como los beneficios obtenidos en la explotación del taxi y ocho aparcamientos desde el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, disolución que fija en la fecha sentencia de separación dictada en primera instancia el 28 de noviembre de 1994 .

La sentencia dictada en primera instancia en el presente procedimiento estima parcialmente la demanda interpuesta por Lourdes , considerando ganancial la vivienda litigiosa, y por extensión el mobiliario existente en la misma, por aplicación de la presunción de ganancialidad, excluyendo en cambio del patrimonio ganancial tanto la licencia municipal de taxi, al atribuirle el carácter de bien personalísimo o inherente a la persona, como los beneficios de explotación del taxi, por considerarlos también privativos, desde la disolución de la sociedad de gananciales, que fija en la fecha de la sentencia de separación dictada en primera instancia, y hasta su liquidación. La sentencia dictada en apelación incluye, sin embargo, dicha licencia entre los bienes que integran el activo ganancial, excluyendo en cambio la vivienda que había constituido el domicilio conyugal, por considerar que la misma pertenece a un tercero y nunca ha pertenecido a la sociedad de gananciales.



Para resolver las cuestiones de fondo planteadas la sentencia recurrida, valorando la prueba practicada, declara probados los siguientes hechos, relevantes para la resolución del presente recurso de casación:

a) Que desde la fecha del matrimonio, el 15 de abril de 1973, los cónyuges fijaron como vivienda familiar la sita en la planta NUM002 del nº NUM000 de la CALLE000 de Fuengirola, vivienda que fue construida sobre la azotea de la casa propiedad de los padres de la esposa, no habiéndose hecho declaración de obra nueva respecto de la construcción, ni apareciendo inscrita en el Registro de la Propiedad.

b) Que constante el matrimonio y vigente la sociedad de gananciales que lo regía económicamente, el 31 de mayo de 1984 se adquirió por el esposo a un tercero, con dinero ganancial, la licencia municipal de transporte de viajeros, taxi nº NUM001 del Ayuntamiento de Fuengirola, abonándose igualmente con dinero ganancial los correspondientes derechos municipales y la adquisición del propio vehículo, llevándose a cabo a partir de la transmisión de la licencia la explotación del taxi por el esposo exclusivamente.

SEGUNDO. El primer motivo del recurso se formula al amparo del artículo 1692, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1.346, apartado 5º del Código Civil, y del artículo 1.347 apartado 5º del mismo cuerpo legal.

Pretende en este motivo el recurrente la exclusión del activo de la sociedad de gananciales de la licencia municipal de transporte de viajeros, taxi nº NUM001 del Ayuntamiento de Fuengirola, por considerar la licencia como un derecho de carácter personalísimo o inherente a la persona, y por tanto, privativo, conforme al artículo 1346.5º del Código Civil. Se opone también a su configuración ganancial como empresa, constituida durante la vigencia del matrimonio por uno cualquiera de los cónyuges, a expensas de bienes comunes a que alude el artículo 1347, 5º del Código, entendiéndose que, al haberse concedido a la esposa en la separación una pensión compensatoria, se está indirectamente configurando la explotación del negocio, y por tanto la licencia para su explotación, como bien privativo del esposo.

El motivo debe ser desestimado.

El planteamiento del recurso lleva a determinar si la licencia municipal de transporte de viajeros, taxi nº NUM001 del Ayuntamiento de Fuengirola, puede tener naturaleza de bien ganancial o debe reputarse privativo del esposo. La sentencia recurrida configura la licencia litigiosa como mero requisito administrativo en orden a la explotación del taxi, adquirido constante el matrimonio, con dinero ganancial, para considerar su necesaria inclusión en el activo ganancial, mientras que la parte recurrente parte de su configuración como un derecho personalísimo, otorgado en atención a su cualificación profesional, para atribuirle carácter privativo.

Resulta difícil, y en ocasiones imposible, separar la licencia administrativa del negocio de explotación, del que constituye presupuesto o requisito necesario, y con tal carácter, parece claro que debe configurarse necesariamente como elemento accesorio e imprescindible de la actividad negocial, como puede ser el propio taxi o la clientela. Efectivamente, la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares de actividades privadas, cuyo ejercicio está administrativamente sometido al cumplimiento de determinados requisitos (estancos, administraciones de loterías, farmacias), y así la doctrina contenida en la sentencia de 31 de diciembre de 1997, y en las por ella citadas, a su vez recogida en la de 27 de marzo de 2000, establece que es preciso determinar, en primer lugar la naturaleza del negocio de explotación, y que en tal sentido deben distinguirse dos facetas. La primera, con arreglo a tal doctrina, vendría determinada en la normativa que establece los requisitos administrativos para el ejercicio de la actividad, que en este caso, estaría constituida por el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros, aprobado por Real Decreto 763/79, que en su artículo 12 especifica quiénes podrán solicitar licencia de autotaxi, fijando la doctrina de esta Sala al respecto de esta cuestión administrativa, que es perfectamente aplicable al caso de autos, que "la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es meramente administrativa, acomodada a la normativa especial que rige los estancos y por tanto se trata más bien de tipo formal impuesta por las exigencias de la Administración que no excluye la civil, en este caso plural, a favor de los litigantes", es decir, como también en relación a una farmacia ha señalado la Sentencia de fecha 17 de octubre de 1987, en referencia a la normativa administrativa que establece los requisitos para ser titular administrativo, "es 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". La segunda faceta, según la doctrina expuesta se halla, "constituída por la denominada base económica del negocio, que comprendería los medios en los que se basa físicamente, clientela, derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de explotación", y esta segunda (la base económica del negocio) es la que perfectamente puede ser constituida como bien ganancial, siempre que concurren los requisitos para la subsunción en alguno de los supuestos especificados en el artículo 1347 del Código Civil.



En atención a lo expuesto, configurándose la licencia en el primer sentido expuesto como una "titularidad formal o simplemente administrativa", y estando además acreditada su posibilidad de transmisión, con arreglo al artículo 14 del referido Reglamento Nacional de Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en automóviles ligeros, aprobado por Real Decreto 763/79, de 16 de marzo, y su contenido económico expuesto, no sólo cabe negar el carácter personalísimo de los derechos anudados a ella sino que debe considerarse la licencia como un bien ganancial en cuanto base económico-necesaria de la explotación del negocio, como así lo ha considerado la sentencia impugnada, en razón al dato objetivo incontrovertido de que se ha tratado de un bien adquirido en constante matrimonio y con fondos gananciales.

Por último, debe significarse que en la sentencia de separación ni se liquida ni se adjudican los bienes que integran el patrimonio ganancial, careciendo de sentido pretender atribuir carácter privativo a la licencia litigiosa en base al otorgamiento a la esposa de una pensión compensatoria, pues la misma se fundamenta no sólo en el caudal y los medios económicos de cada cónyuge sino en otras circunstancias que el artículo 97 del Código Civil enumera, y entre las que se encuentra la edad, el estado de salud, cualificación profesional, dedicación a la familia, duración del matrimonio, entre otros; e igualmente debe entenderse que la fijación de una pensión alimenticia a favor de los hijos de matrimonio no responde sino a la necesidad de garantizar la efectiva satisfacción de sus necesidades por parte del progenitor que, además de salir del domicilio familiar, va a continuar en la explotación del negocio, pero sin que ello presuponga pronunciamiento alguno sobre el carácter privativo o ganancial de la licencia y explotación referidas, como se ha expuesto.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso se formula al amparo del artículo 1692, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1.347,3º y del artículo 1.361 del mismo Código y por aplicación indebida del artículo 358 e interpretación errónea del artículo 361 del mismo Código.

El recurrente funda el mismo en la inclusión en el activo ganancial de la vivienda que había constituido el domicilio conyugal, por falta de prueba en contra de su carácter ganancial, y mediante la invocación de la doctrina de la accesión invertida.

El motivo también debe ser desestimado.

Mediante este motivo se pretende introducir en el proceso unos hechos nuevos que afectan a la esencia del objeto mismo del proceso. Como señaló la Sentencia de esta Sala de fecha 25 de septiembre de 1999, y recoge también la más reciente de fecha 30 de enero de 2007, "no cabe la menor duda que la preclusión de las alegaciones de las partes, es el sistema establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que significa que las alegaciones de las partes en primera instancia que conforman el objeto procesal, impide que no se puedan ejercitar pretensiones modificativas que supongan un complemento al mismo, impedimento que debe regir durante todo el proceso, tanto en primera instancia como en apelación...No pudiendo nunca olvidarse que el concepto de pretensiones nuevas comprende a las que resulten totalmente independientes a las planteadas ante el Tribunal "a quo" como a las que suponen cualquier modo de alteración o complementación de las mismas".

Efectivamente, en su escrito de contestación a la demanda, el ahora recurrente alegaba el carácter ganancial de la vivienda que había constituido el domicilio conyugal en base a una supuesta cesión del derecho de vuelo sobre la azotea de la preexistente vivienda de los padres de su esposa. La sentencia recurrida no sólo no aprecia dicha cesión sino que además, excluye la posibilidad de calificar como ganancial tal vivienda configurándola como accesorio de la vivienda preexistente con arreglo al principio "superficie solo cedit" y por aplicación de los artículos 353, 358 y 361 del Código Civil, e incidentalmente, por tanto, reconociendo la titularidad de los padres de la esposa sobre la misma, no obstante el derecho de indemnización que pudiera corresponder a la sociedad conyugal. Para impugnar tal pronunciamiento la parte recurrente no sólo introduce un argumento jurídico diferente pretendiendo la aplicación de la doctrina de la accesión invertida, sino que además a través de la alegación de tal doctrina, introduce en el debate dos hechos nuevos que se precisan para su aplicación, pero no contemplados en su escrito de contestación, ni por tanto, sometidos a contradicción ni prueba: que la edificación litigiosa presenta mayor valor que el vuelo o azotea sobre el que se construyó, y que además, según mantiene el recurrente, se construyó de buena fé. En la medida en que ello es así, dicho planteamiento está totalmente prohibido en casación al implicar indefensión para la parte contraria, privándola de oportunidades de alegación y prueba, con trasgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al verse sorprendida la contraparte por unas alegaciones que no fueron objeto del debate -sentencias de 10-12-91, 18-4-92, 7-5-93, 22-10-93, 2-12-94, 28-1-95, 18-1-96, 7-6-96, 17-6-96, 31-7-96, 2-12-97, 13-4-98, 6-7-98, 29-9-98, 1-6-99 y 23-5-2000, entre otras-, debiendo recordarse que la aplicación del principio "iura novit curia", si bien autoriza a los Tribunales a aplicar las normas que estimen procedentes, así como a modificar el fundamento jurídico de las pretensiones, no les faculta, en cambio, para resolver la cuestión sometida a su decisión trasmutando la causa de pedir o sustituyendo las cuestiones debatidas por otras distintas, cuyo cambio puede significar menoscabo del artículo 24 CE, al desviarse de los términos en que viene



planteado el debate litigioso, vulnerando el principio de contradicción -sentencias 9-3-85, 9-2-88 y 30-12-93 , entre otras-.

CUARTO.- En materia de costas procesales y en esta clase de recursos se seguirá la teoría del vencimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 1715-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; por lo que en el presente caso las mismas se impondrán a la parte recurrente.

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

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

FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Everardo frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 8 de mayo de 1998 .

2º.- Imponer las costas procesales de este recurso a dicha parte recurrente.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Firmado.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, 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.