



Roj: **SAP B 1194/2018 - ECLI:ES:APB:2018:1194**

Id Cendoj: **08019370122018100259**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **13/03/2018**

Nº de Recurso: **1360/2016**

Nº de Resolución: **338/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA PILAR MARTIN COSCOLLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, planta baixa - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294443

FAX: 938294450

EMAIL:aps12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120138135753

Recurso de apelación 1360/2016 -A2

Materia: Liquidación régimen económico matrimonial

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Liquidación de regímenes económico matrimoniales 472/2014

Parte recurrente/Solicitante: Leticia

Procurador/a: Angel Joaniquet Tamburini

Abogado/a: JOAQUIM JUNCOSA

Parte recurrida: Cipriano

Procurador/a: Ricard Simo Pascual

Abogado/a: Ester Ortín Solé

SENTENCIA N° 338/2018

Magistrados:

Don Miguel Jiménez de Parga Gastón

Doña M^a Pilar Martín Coscolla

Doña M^a Isabel Tomás García

Barcelona, 13 de marzo de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 21 de diciembre de 2016 se han recibido los autos de Liquidación de regímenes económico matrimoniales 472/2014 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Angel Joaniquet Tamburini, en nombre y representación de la Sra. Leticia contra Sentencia de fecha 30/09/2016 y en el que consta como parte apelada el Procurador Sr. Ricard Simo Pascual, en nombre y representación del Sr. Cipriano .



SEGUNDO.- El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Debo de estimar íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. Ricard Simó Pascual en nombre y representación de D. Cipriano asistido por la Letrada D^a Esther Ortín Ollé contra D Leticia representada por el procurador Angel Joaniquet Tamburini asistida por la Letrada Susana Iglesias Declarando que el activo y pasivo de la sociedad de gananciales en su día constituida por los cónyuges están compuesto de las partidas las que conforma n el activo y pasivo que consta en el documento nº 11 de la demanda de inventario presentado por el actor con las siguientes puntualizaciones:

Valor otorgado a los bienes muebles e inmuebles por el actor.

A la Sra. Leticia le corresponde abonar la cantidad de 7642 euros.

Fianza y aval prestados por ambos esposos derivados del arriendo del último domicilio familiar, tal como queda probado l por la manifestación de la Sra. Leticia . e corresponden a la Sra. Leticia abonarlos.

'Fianzas y avales prestados por el actor, quedando acreditado fueron abonados por el actor y no eran correspondientes a la sociedad conyugal. Le corresponde abonarlos a la Sra. Leticia .

Relación de cuentas obtenidas por el alquiler del inmueble propiedad de amos esposos correspondiente a los meses de junio del 2012 a 15 de junio de 2013 por importe de 23.125 euros. Siendo el total a practicar desde la celebración de la vista de 21.3,288,98 euros que adeuda el actor a la Sra. Leticia 6.5945 euros. El actor adeuda a la Sra. Leticia 6.5945 euros.

Fianza y garantía prestada por la inquilina de la vivienda titularidad de ambos litigantes queda acreditado que la Sra. Leticia adeuda 2750 euros tal como queda probado por el interrogatorio del actor y prueba documental. La Sra Leticia le corresponde abonar 2750 euros .

Pasivo se aprueba el pasivo presentado por el SR. Cipriano , en el cual no se incluirá la partida correspondiente a un guardamuebles.

La ejecutada deberá devolver el cuadro propiedad del actor titulado " Reclining Angel de Juan Van Eden" y "Artemisa" del mismo pintor.

En cuanto las costes procesales las partes deberán abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad (Art. 394 LEC)."

Se dictó auto aclaratorio de fecha 14 de octubre de 2016 cuyo parte dispositiva es la siguiente: "Estimo la petición formulada por el/la Procurador/a Angel Joanique:t Tarnburini de la resolución dictada en el presente procedimiento con fecha30 septiembre de 2016 , en el sentido de que queda definitivamente redactada de la siguiente forma: En el Fundamento primero de la sentencia En fecha 10 de abril de 2010 , debe decir 10 de abril de 2015 se dictó sentencia de disolución de matrimonio por divorcio. En el fundamento segundo y en el fallo, por cuando se indica el importe de 6.5945 cuando debería indicarse 6.594,45 euros."

TERCERO.- El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 30/01/2018.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada D^a M^a Pilar Martín Coscolla .

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Las partes contrajeron matrimonio en Bayona en fecha 3 de julio de 1999, siendo el esposo de nacionalidad holandesa y la esposa española, nacida en La Coruña.

Al tiempo de contraer matrimonio los dos figuran en la partida del Registro Civil como domiciliados ya en la C/ DIRECCION000 nº NUM000 , NUM001 de Castelldefels y allí establecieron el domicilio conyugal desde el inicio de la convivencia marital. Así lo aceptan ambos en los escritos presentados ante el juzgado de instancia, igual que admiten que su régimen económico matrimonial, a falta de capitulaciones matrimoniales, ha sido el de separación de bienes propio de Cataluña conforme al art. 9 del Código Civil español que para regular los efectos del matrimonio remite, a falta de ley personal común o de otra elección de las partes, a la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración.

Por parte del actor la referencia al régimen de separación de bienes ya se contiene en el folio 2 del escrito de demanda de liquidación del régimen económico matrimonial y solicitud de inventario presentado al amparo, según insta, de los arts. 808 y ss. de la LEC y por parte de la demandada, además de no haber negado tal



extremo ni en el acta levantada ante la Secretaria Judicial en fecha 20 de junio de 2014 ni en el acto de la vista oral, se admite también expresamente al hacer referencia a dicho régimen en el folio 16 de su escrito de apelación y al citar como aplicables al caso los arts. 37 y 39 del Código de Familia catalán que son preceptos incluidos por dicho texto dentro de la sección relativa al régimen de separación de bienes (ello al margen del dato de que dicho Código fue expresamente derogado por la Llei 25/2010 que aprobó el libro segundo del Código Civil de Catalunya relativo a la persona y la familia).

Siendo este el régimen económico matrimonial, de entrada el decreto de la Secretaria Judicial de fecha 2 de junio de 2014 admitiendo a trámite la solicitud presentada por el Sr. Cipriano en paralelo a su escrito de contestación en el proceso de divorcio 534/2013, resulta nulo de pleno derecho, como también lo es todo el proceso y la sentencia recaída posteriormente (en la que además se indica erróneamente que se está aprobando el inventario de la "sociedad de gananciales") pues, como explicaremos a continuación, el procedimiento de los arts. 808 y siguientes de la LEC sólo se puede aplicar al régimen de separación de bienes en determinadas circunstancias que aquí no concurren.

Así, debemos partir en materia de disolución del régimen económico matrimonial que la misma se produce ipso iure conforme al artículo 95 del Código Civil estatal con la firmeza de la resolución de separación o de divorcio; si el régimen es de gananciales o de comunidad de bienes o cualquier otro comunitario que implique una "masa común de bienes" lo procedente es su liquidación y el artículo 233-4.2 del Código Civil de Cataluña permite que se pueda solicitar por una de las partes al juzgado en el proceso de nulidad, divorcio o separación, pero tal liquidación sólo se podrá aprobar en la sentencia de dicho proceso si existe consenso entre las partes sobre los bienes que conforman la comunidad y su forma de repartirlos ya que, en caso contrario, debe acudirse para el inventario y posterior liquidación al procedimiento previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC (aunque el art. 808 permite iniciarlo ya una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, en cuyo caso se tramitarán en paralelo, como ha ocurrido en el presente supuesto, si bien improcedentemente, como hemos dicho, al no ser el régimen económico matrimonial el de gananciales ni ningún otro de comunidad de bienes); el art. 95 del CC estatal, en la reforma llevada a cabo por la ley 15/2015 recoge ya expresamente que la sentencia firme aprobará la liquidación del régimen económico matrimonial si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto, por tanto no en caso contrario, al igual que hasta ahora venía diciendo la jurisprudencia.

En cambio si el régimen es de separación de bienes no es preciso liquidar propiamente dicho ya que los bienes que se detentan en común lo serán en copropiedad romana o comunidad ordinaria indivisa y por tanto cada parte será ya titular de su porcentaje de propiedad; en estos casos de separación de bienes lo que procede es (tal como ya hemos dicho en nuestras sentencias de 4 de septiembre de 2014 -recurso 592/2013 - y de 7 de noviembre de 2013-recurso 996/2013) la división del bien común, también llamada "división de la cosa común", acción que en Cataluña puede acumularse a la de divorcio conforme a los artículos 232-12.1 y el ya citado 233-4.2 de la Llei 25/2010 del libro segundo del Código Civil de Cataluña , relativo a la persona y la familia, desde su entrada en vigor el 1 de enero de 2011 y, a nivel estatal, desde octubre de 2015 en virtud de la reforma efectuada por la ley 42/2015 en el artículo 437.4-4ª de la LEC ; pero la acción de división de la cosa común sólo puede estimarse en la sentencia de nulidad, separación o divorcio respecto de aquellos bienes sobre los que no exista duda de que pertenecen a ambos cónyuges y cuando exista controversia al respecto habrá que acudir al proceso declarativo que corresponda ante la jurisdicción civil ordinaria (STSJ de Cataluña de fecha 8 de octubre de 2012 y sentencia de esta misma Audiencia Provincial de 22 de marzo de 2015); y si no existe discusión sobre su titularidad conjunta pero no hay un solo bien sino diversos bienes en comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo pide, la autoridad judicial los podrá considerar en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos, conforme al artículo 232-12.2 del CCC; para este último y único caso la Disposición Adicional Tercera apartado 2 de la Llei 25/2010 citada sí remite al procedimiento de los artículos 806 a 811 de la LEC .

Sentado lo anterior, no podía acudirse al procedimiento de los arts. 806 y ss. de la LEC , pensado para discutir si determinados bienes o derechos son privativos o pertenecen a la sociedad matrimonial en un régimen de comunidad, cuando el régimen económico matrimonial de las partes era el de separación de bienes y no se pretende en absoluto formar lotes y adjudicarlos sino determinar titularidades en unos casos e incluso determinar la existencia de derechos en otros, y máxime cuando en el proceso de divorcio ni tan siquiera se ha ejercitado la acción de división de la cosa común para concretar cuáles sean esos bienes a adjudicar, como es de ver en la sentencia de fecha 10 de abril de 2015 dictada en el proceso 534/2013 del mismo Juzgado nº 15 de Barcelona seguido en paralelo entre los interesados, confirmada en sede de apelación por la de esta misma Sección 12ª de fecha 23 de marzo de 2017, en ninguna de las cuales se trata sobre esta cuestión al no haberlo solicitado las partes.



En consecuencia la sentencia apelada, así como todo lo actuado en el proceso de instancia es nulo de pleno derecho por inadecuación del procedimiento.

SEGUNDO.- La nulidad de pleno derecho la apreciaremos de oficio conforme al principio de legalidad procesal recogido en el art. 1 de la LEC que impide a las partes la elección y conformación del proceso y a los tribunales apartarse de lo dispuesto en la ley al respecto. Ya desde la s entencia 95/1983 de 14 de noviembre el Tribunal Constitucional ha indicado que " para la ordenación adecuada del proceso existen presupuestos, formas, y requisitos procesales que, por afectar al orden público, son de necesaria observancia por su racionalidad y eficacia, y que no pueden dejarse en su cumplimiento al libre arbitrio de las partes". Ello conlleva la necesidad del control de oficio por el órgano judicial del cumplimiento de estas normas imperativas, planteándose como cuestión procesal previa en qué medida afectará a la validez de las actuaciones el haberse desarrollado por un procedimiento inadecuado.

Durante la vigencia de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la solución más habitual era la de declarar sin más la nulidad de lo actuado y remitir a las partes al proceso que correspondía según la cuantía o la materia. Sin embargo, la constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva propició el surgimiento de una tendencia proclive a la subsanación de irregularidades formales y conservación de las actuaciones convergente en un principio general de interpretación y aplicación de las normas procesales conforme al sentido más favorable a la efectividad de aquél derecho . El procedimiento, en cuanto mero instrumento, deja de concebirse en términos absolutos, por lo que puede afirmarse que el seguido para la resolución de un caso concreto puede resultar perfectamente apto para ello aunque no sea el inicialmente previsto y por mucho que las normas que lo regulan sean de orden público, porque el derecho a la tutela judicial efectiva está por encima de estas consideraciones. El Tribunal Constitucional así lo da a entender cuando afirma la inexistencia de un derecho fundamental a procesos determinados (Sentencias del Tribunal Constitucional 17/1985 ; 2/1986 ; 41/1986).

Tal tendencia jurisprudencial está reflejada actualmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, que en su art. 227 permite declarar de oficio la nulidad siempre que no proceda la subsanación pero, sobre todo, establece que en ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que aprecie falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.

En el presente caso la falta de competencia objetiva es evidente y no es en absoluto subsanable, ya que se ha acudido a un proceso especial del libro IV de la LEC previsto para liquidar cualquier régimen económico matrimonial que determine la existencia de una masa común de bienes y que contempla en el artículo 809 la celebración de una vista con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, en caso de controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas; en definitiva permite acudir al juicio verbal cuando se discute si un bien concreto y determinado es común de la sociedad conyugal o privativo de alguno de los cónyuges y por tanto si debe estar incluido o no en el inventario, inventario cuya formación es el objeto del procedimiento; y, en el caso del régimen de separación de bienes de Cataluña, como hemos visto, el objeto es hacer lotes y adjudicar bienes concretos sobre cuya copropiedad en comunidad ordinaria indivisa no exista duda alguna, por lo que en puridad lo aplicable sería el art. 810 y no el 809 de la LEC .

En cambio en el supuesto que nos ocupa se pretende por el instante (una vez que se ha desistido de la consideración de la vivienda y trastero sitos en la AVENIDA000 número NUM002 , NUM003 , NUM004 de Barcelona porque ya han procedido a su venta y reparto del precio) obligar a la señora Leticia a que entregue un aval económico de cuyo importe al parecer responde un plazo fijo a nombre de los dos (obligación de hacer), que se declare que los dos cónyuges son acreedores de la hermana de la señora Leticia por un dinero que le prestaron en su día y que la señora Leticia afirma que le donaron (declaración de un crédito frente a tercero, que además no ha intervenido en el procedimiento), que se determine qué bienes están dentro del ajuar familiar y cuál es su valoración, que se obligue a la demandada a devolver determinadas obras de arte, en concreto cuadros, que él considera de su propiedad; como "derechos de crédito de la sociedad conyugal contra los esposos" pide que: "b.2.a" se determine que la señora debe a la "sociedad conyugal" 7259,25 ? por gastos personales de ella como suministros de su vivienda y salario de la señora de la limpieza que estaban domiciliados en la cuenta donde él ingresaba su nómina, "b.2.b" que se declare que él le debe a ella 1300 ? por el subsidio de maternidad que se percibió en una cuenta del actor (la demandada en este punto indica que se le adeudan 1400 ?), "b.2.c" que se declare que ella percibió la fianza del contrato de arrendamiento de la que fue vivienda conyugal cuando se rescindió tras separarse por lo que le debería la mitad, "b.2.d" que se declare que nada se adeudan las partes por la fianza y garantías prestadas por la señora Leticia por el arriendo del piso sito en la CALLE000 n° NUM005 donde se trasladó a residir al principio de la separación y donde ya no reside, "b.2.e" que se declare que nada se adeudan las partes por la fianza y garantía prestadas por él



para el arriendo del piso sito en DIRECCION001 número NUM006 donde se trasladó a residir al principio de la separación y "b.2.f" realiza una rendición de cuentas como "comunero al que se ha cedido la gestión y administración del arrendamiento de la vivienda de la AVENIDA000 " y admite que le debe a ella parte de las rentas cobradas desde el 1 de junio de 2012 al 15 de junio de 2013 por alquilar la vivienda común de la AVENIDA000 ; como resumen de todos estos apartados entrecuadrados y tras compensarlos unos con otros concluye que existe un "derecho de crédito de la sociedad conyugal contra los esposos de 65,35 ?". Y en la partida del pasivo se refiere también a un derecho de crédito contra la "sociedad conyugal" de 30.802,99 ? por el dinero que adelantó en su día para afrontar la hipoteca común del piso adquirido por mitad.

La demandada por su parte presentó su propio inventario el día de la comparecencia ante la Secretaria Judicial el día 20 de junio de 2014 manifestando puntuales acuerdos en relación con las cuentas bancarias excepto la de Bankia, discrepando en cuanto a "los créditos de la sociedad contra los esposos", reclamando al actor la mitad del importe de fianzas y garantías por el arrendamiento de la vivienda de DIRECCION001 número NUM006 , así como la mitad de las rentas percibidas por el alquiler de la vivienda del piso de la AVENIDA000 desde abril de 2012 hasta abril de 2013 y pidió daños y perjuicios por las rentas dejadas de percibir por la presunta resolución anticipada por parte del actor del contrato de arrendamiento que habían suscrito sobre la vivienda de propiedad común y la ulterior ocupación por el mismo de dicha vivienda (se pretende que se analice si hubo o no una resolución indebida de contrato de arrendamiento con un tercero y si de ello se derivaron perjuicios para la parte); discrepa de los bienes que forman el ajuar familiar y de la titularidad de las obras de arte discutidas.

Todas estas cuestiones, tratándose de un matrimonio contraído bajo el régimen de separación de bienes, en el que no existe una comunidad de bienes ni ninguna sociedad conyugal, no pueden decidirse ni resolverse en el procedimiento de los artículos 806 a 809 de la LEC , en el que ni tan siquiera existe un trámite de alegaciones con demanda y contestación que permita a las partes y al tribunal un cabal conocimiento de los hechos y de los argumentos jurídicos, con la indefensión que ello conlleva para las primeras y la dificultad y, en la práctica, real imposibilidad para resolver adecuadamente como se denota claramente en la sentencia apelada. La incompetencia objetiva resulta pues evidente ya que las partes, precisamente por estar casadas en régimen de separación de bienes, deben interponer como cualesquiera otras personas independientemente de que hayan estado unidas o no por vínculo matrimonial, las demandas procedentes en los juicios declarativos que correspondan ante la jurisdicción civil ordinaria en reclamación de cantidades, reconocimiento de derechos, planteamiento de acciones reivindicativas, solicitud de indemnización de daños y perjuicios, etc. Solo cuando sus bienes y derechos estén determinados podrán plantear, primero, la división de la cosa común y después en su caso acudir a los arts. 806 y siguientes para formar lotes y adjudicarlos a uno y otro.

TERCERO.- Dada la declaración que se efectúa y que no procede entrar en los motivos de apelación planteados, no cabe efectuar un especial pronunciamiento en costas.

FALLO

Declaramos la nulidad de pleno derecho de la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2016 y de su auto aclaratorio de 14 de octubre de 2016, así como de todo lo actuado en el proceso 472/2014 del Juzgado de primera Instancia nº 15 de Barcelona , careciendo de efecto alguno.

Sin especial imposición de las costas de esta alzada.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :