



Roj: **SAP BU 894/2003 - ECLI:ES:APBU:2003:894**

Id Cendoj: **09059370032003100420**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **11/07/2003**

Nº de Recurso: **283/2003**

Nº de Resolución: **398/2003**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ESTHER VILLIMAR SAN SALVADOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00398/2003

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres.

Magistrados D. JUAN SANCHO FRAILE , Presidente, D^a MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR y D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE , ha dictado la siguiente.

S E N T E N C I A Nº 398.

En Burgos, a once de Julio de dos mil tres.

VISTOS , por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala núm. 283 de 2.003, dimanante del incidente número 95/02, del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Burgos, sobre liquidación de gananciales, en recurso de apelación interpuesto contra sentencia de fecha 30 de Enero de 2.003, en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandante- apelante, D^a Dolores , mayor de edad, vecina de Burgos, representada por el Procurador D. Javier Cano Martínez y defendida por el Letrado D. Jesús Barrio Marín; y, como demandado-apelado, D. Mauricio , mayor de edad, vecino de Burgos, representado por el Procurador D. Enrique Sedano Ronda y defendido por el Letrado D. Fernando Ciudad Murillo; siendo también parte el MINISTERIO FISCAL . En el presente recurso ha actuado en calidad de Ponente la Ilma. Sra. D^a MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO:

"Se aprueba el siguiente inventario de la sociedad matrimonial: ACTIVO.- 1) Vivienda sita en la C/. DIRECCION000 , nº NUM000 , finca registral NUM001 , inscripción NUM002 del Registro de la Propiedad nº 4, valorada en 56.700 euros; 2) Mobiliario valorado en 1134 euros. PASIVO.- 1) Crédito Hipotecario que pesa sobre la casa, que a fecha 16 de Mayo de 2.002, presentaba un saldo de 16.759,21 euros; 2) Plazos de dicho crédito abonados desde la fecha en que se decretó la separación hasta el 16 de Mayo de 2.002; 3) Interés de los plazos abonados con posterioridad que se hayan satisfecho respecto del saldo que quedaba a fecha 16 de Mayo de 2.002; 4) Pagos del I.B.I. de 1.999, 2.000, 2.001 (en total 220,76 euros); 5) Arreglos de tejado por importe de 1.502,53 euros; 6) Primas del seguro de póliza-hogar de 2.000 y 2.001 (total 186,71 euros); no procede incluir las pensiones en el inventario; ni el equipo electrónico con independencia de valor dado al mobiliario. No procede hacer especial imposición de costas, debiendo cada parte satisfacer las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

2.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación de la demandante se presentó escrito preparando recurso de apelación, que posteriormente formalizó dentro del término que le fue concedido al



efecto. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, lo verificó en tiempo y forma, oponiéndose al recurso mediante escrito que consta en las actuaciones; acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 9 de Julio pasado, en que tuvo lugar.

4.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia apelada, conforme al artículo 809.2 de la LEC, resuelve las cuestiones suscitadas en la formación del inventario de la sociedad matrimonial constituida por la actora, D^a Dolores y el demandado, D. Mauricio y contra ella se alza la parte actora aduciendo tres motivos concretos de impugnación.

El primer motivo impugna la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales el piso valorado, sin tener en cuenta como carga el uso del mismo a favor de la hija menor del matrimonio y de la propia esposa.

La atribución a la esposa e hija menor del matrimonio del uso de la vivienda familiar, en la sentencia de separación, según el artículo 96 del Código Civil y con la temporalidad y provisionalidad que señala el artículo 91 del Código Civil, como dice la STS de 4 de abril de 1997 " no es un derecho de usufructo, como pretende la parte recurrente, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación que es oponible a terceros (STS de 11.12.1992), sin que sea unánime la opinión de si es derecho real: « derecho real familiar» dice la STS de 18.10.1994; «no tiene en si mismo considerado la naturaleza de derecho real», dice la STS de 29.4.1994. En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso (STS de 22.12.1992, 14.7.1994 y 16.12.1995) y en último termino a la familia como dice la STS de 31 de diciembre de 1994".

Siendo, asimismo, doctrina reiterada del TS que " la adjudicación del uso de la que no se puede privar mientras no se decida especialmente, no es un plus de atribución a la hora de partir, sino un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela" (STS de 2 de enero de 1998), o como dice la citada STS de 4 de abril de 1997 " no aparece infracción alguna en la ausencia de valoración del derecho de uso en el momento de liquidación de la Sociedad de Gananciales porque la atribución del derecho de uso no es una carga (a favor de la esposa) que infravalore la propiedad" . También, la STS de 23 de diciembre de 1993 considera que el derecho de uso atribuido a la esposa sobre la vivienda ganancial no es una carga que gravite sobre el inmueble, esto es como una carga que debe descontarse de su valor total, " sino como ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiado por dicha atribución de uso".

En este sentido, esta misma Sala en su Sentencia de fecha 21 de mayo de 2003 (nº 290) ha expresado que " si la vivienda se adjudicara al cónyuge que resulta titular del uso, lo lógico es que se le adjudique al precio de mercado, pues para él el uso no representa ningún gravamen. Pero si se adjudica al otro cónyuge lo lógico es que la vivienda se le adjudique por su valor de mercado disminuido en el valor del gravamen, pues dicho cónyuge adquiere la propiedad de la vivienda gravada con en el uso. De todo lo anterior se desprende que el problema de valoración del gravamen que representa el uso de la vivienda no es un problema de inventario de la sociedad de gananciales, pues, como hemos dicho, la valoración o no de dicho gravamen dependerá del cónyuge que al final resulte adjudicatario. El problema de valoración del uso es mas bien un problema de valoración de la vivienda cuando se formen los lotes a repartir entre las partes. En este sentido, lo más práctico es hacer en ese momento procesal, y no ahora, dos valoraciones de la vivienda según aparezca o no gravada con el uso, para que se tenga en cuenta una u otra según el cónyuge que resulte adjudicatario de la misma. Es por esa razón, y no por otra, por lo que el uso de la vivienda debe excluirse del pasivo de la sociedad de gananciales".

En supuesto de autos, dado que la esposa demandante, titular del derecho de uso de la vivienda junto con la hija menor del matrimonio, reconocido en la sentencia de separación, es la única que solicita la adjudicación en la liquidación de gananciales de la vivienda familiar, sin oposición por parte del demandado, la consecuencia lógica que se deriva es que para aquella el derecho de uso no puede entenderse como gravamen que deprecie el valor de la vivienda.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En segundo lugar, se impugna la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales, el mobiliario valorado, sin que exista prueba alguna que acredite su valoración.



Lleva razón la parte demandante y apelante de que no se ha valorado el ajuar y el mobiliario familiar, cuya existencia no puede cuestionarse desde el momento que la propia sentencia de separación atribuye su uso junto con el de la vivienda a la esposa e hijos, por ello ante la dificultad de averiguar su contenido y valoración, acertadamente el juez se sirve de un criterio ponderado tasándolo en el 2% del valor de mercado de la vivienda (1.134 euros), aplicando por analogía los criterios que establece el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones que en su artículo 35 valora el ajuar domestico en el 3% del valor catastral de la vivienda habitual del matrimonio, salvo que los interesados acrediten fehacientemente uno mayor y, en la misma línea, el artículo 6.h) de la Ley 50/1977 de 14 de noviembre, a los efectos de su valoración en el Impuesto sobre el Patrimonio.

El motivo se rechaza.

TERCERO.- El tercer motivo impugna la sentencia por la no inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales, las pensiones impagadas y reconocidas de contrario p9or el demandado.

El propio demandado ha reconocido una deuda a favor de su esposa en concepto de pensiones atrasadas y debidas, desde octubre de 1999 (fecha de la sentencia de separación) hasta mayo de 2002 (fecha del juicio) en una cuantía líquida de 1.774.803 pesetas (826.000 pts +20.640 pts + 550.000 pts +398.164 pts), o lo que es igual, 10.667 euros.

Ahora bien, el juez a quo está en lo cierto cuando afirma que esa deuda que el esposo tiene frente a la esposa no forma parte del inventario de la sociedad de gananciales, ni del activo ni del pasivo, ya que no es una deuda o crédito de la sociedad frente a los cónyuges, sino personal entre ellos, sin perjuicio de que en su momento procede su compensación, lo que tendrá lugar en la fase siguiente propiamente de " liquidación del régimen económico matrimonial" conforme a lo dispuesto en el artículo 810 de la LEC y artículo 1396 y siguientes del Código Civil y, especialmente, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 1405 del Código Civil que establece que " si uno de los cónyuges resultare en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente".

CUARTO.- Al desestimarse el recurso las costas procesales han de imponerse al recurrente (artículo 398.1 de la LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Javier Cano Martínez, en la representación que tiene acreditada en autos, contra la sentencia de fecha 30 de Enero de 2.003 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Burgos (actual Juzgado de Instrucción nº 2) en el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial nº 95/2002, seguido entre Dª Dolores contra D. Mauricio , procede su confirmación, con expresa imposición de las costas procesales del recurso a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de apelación, notificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la dictó, estando celebrando audiencia pública el Tribunal en el día de su fecha. Doy fe.