



Roj: **SAP GR 652/2005 - ECLI:ES:APGR:2005:652**

Id Cendoj: **18087370032005100273**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **3**

Fecha: **13/04/2005**

Nº de Recurso: **77/2005**

Nº de Resolución: **274/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE REQUENA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCION TERCERA

ROLLO: 77/05 - AUTOS: 576/03.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE GRANADA TRES

ASUNTO: LIQUIDACION SOCIEDAD GANANCIALES

PONENTE SR. JOSE REQUENA PAREDES.-

SENTENCIA N U M.- 274

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JOSE REQUENA PAREDES

MAGISTRADOS

D. ANTONIO GALLO ERENA

D. ANTONIO MASCARO LAZCANO

En la Ciudad de Granada, a trece de Abril de dos mil cinco.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial constituida con los Ilmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo 77/05- los autos de Liquidación de Sociedad de Gananciales 576/03 del Juzgado de Primera instancia Nº Tres de Granada, seguidos en virtud de demanda de D Carlos José . contra Dª Esperanza .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que, por el mencionado Juzgado se dictó resolución en fecha 30 De Abril de 2004, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando en parte la demanda formulada por la procuradora Sra. Gutiérrez Martínez, en nombre y representación de D. Carlos José , contra Dª Esperanza , debe formarse el inventario de los bienes del matrimonio de la siguiente forma:

ACTIVO: CASA000 sita en Granada en CALLE000 nº NUM000 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Granada nº 1 al Tomo NUM001 , Libro NUM002 , Folio NUM003 , Finca nº NUM004 .

PASIVO: Préstamo hipotecario nº NUM005 , a favor del Banco de Andalucía con un capital pendiente de 78.406'16 Euros.

-Deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social por valor de 1.122'33 Euros.



Y todo ello sin expresa imposición de costas".

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, al que se opuso la parte contraria; una vez elevadas las actuaciones a éste Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO.- Que, por éste Tribunal se han observado las formalidades legales en ésta alzada.

Siendo Ponente el lltmo.Sr. Magistrado D. JOSE REQUENA PAREDES.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que vino a declarar que el inventario de la sociedad de gananciales esta formado con el activo por el único bien inmueble al que ahora haremos referencia y el pasivo por las dos clases de deudas que se mencionan en el Fallo, se alza la esposa a través de dos motivos.

El primero, ataca la decisión de inaplicar la Ley Personal Alemana, en el régimen económico de la Liquidación de la sociedad matrimonial, reiterando la misma motivos que ya expuso en la instancia en defensa de su aplicación. A los motivos expuestos en la sentencia que baso su rechazo en la Falta de cumplida acreditación del Derecho extranjero que correspondía a la apelante (art. 281 LEC que derogó el invocado art. 12.6 "in fine" del C.C .), y que no hace sino correcta aplicación de la Doctrina Jurisprudencial que una y otra ha reiterado (Portados STS- 5-6-2000) que la falta de prueba o información suficiente sobre los requisitos exigibles en la materia por la legislación extranjera determina como solución jurídica al aplicar la normativa jurídica española (Sentencias 11 mayo 1989, 7 septiembre 1990, 23 octubre 1992, 23 mayo 1994 y 25 enero 1999 ha de añadirse, tal y como se efectuó por la resolución recurrida, que la carga de la prueba del derecho extranjero corresponde a la parte que lo invoca y pretende hacerlo valer, (Sentencias 12 enero y 21 noviembre 1989, 10 julio 1990, 19 junio y 17 diciembre 1991, 13 abril 1992, 10 marzo 1993, 31 diciembre 1994, 13 diciembre 2000, 25 enero y 9 septiembre , sin que el no haber desplegado la actividad precisa al efecto, pueda reprocharse a la pasividad del Juez pues, lejos de lo que sostiene, la carga de la prueba hace que la intervención del Juez solo pueda ser complementaria de la labor de las partes, pero nunca sustitutiva de su inactividad; esto es, los órganos judiciales tiene la facultad pero no la obligación, de colaborar con los medios de averiguación que consideren necesarios (SSTS de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993 ya que no puede en España aplicarse de oficio la Ley extranjera, cuando la misma no ha sido alegada suficientemente (Sentencia de 23 de octubre de 1992).

Pero es más, a tan inconsistente motivo de impugnación que no da respuesta a ninguna de las imprescindibles cuestiones que la sentencia apelada considera huérfanas de la necesaria acreditación para la correcta aplicación del derecho alemán, se une el decisivo argumento de entender que la única Ley aplicable, correspondiese a la de la residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, es la española que también es ley personal del marido, al ser España el país en el que, tras la celebración del matrimonio en Alemania en 1980, materializaron la decisiva voluntad, previamente proyectada y consensuada de establecer su residencia con carácter permanente. Razón por la que desde entonces (Noviembre 1980) los esposos han permanecido ininterrumpidamente en ésta ciudad española.

El concepto de residencia habitual (vid STS-13-7-1996), excluye el concepto de domicilio o paradero provisional, accidental o esporádico. Como señala la STS 21-4-1972 , no basta la presencia física de una persona en un determinado lugar para integrar su domicilio, hace falta, además, la residencia habitual con intención de permanecer mas o menos indefinidamente (animus manendi), residencia y domicilio son términos distintos ya que aquella, que es la elegida en la norma de reenvío y no la del domicilio o paradero, exige y requiere la habitualidad (STS 23-4-1970) entendida no como la permanencia mas o menos larga e ininterrumpidamente en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse de forma efectiva y permanente en un lugar (STS 25-9-1954) ya que el simple hecho de permanecer en un sitio por un lapsus de tiempo mas o menos largo, no implica por si, voluntad cierta de permanecer en el ni hacerlo residencia habitual como sede estable jurídica y legalmente de la persona, sino aquella población o País, decía la STS 20-11-1906 a la que la persona se traslada su casa y Familia para ejercer en ella su profesión u oficio por tiempo indeterminado.

La circunstancia imprevista y accidental de que los esposos tras contraer matrimonio en Alemania el 28 de Julio de 1980 se mantuvieran en ese Pais a la espera o hasta el nacimiento del hijo común ocurrido el 17 de Octubre de ese año sin otra razón que evitar los riesgos que suponía el embarazo y al traslado de la madre en ese estado de gestación a España, País al que pocos días después del parto el matrimonio trasladó definitivamente su residencia hacer aplicable, contrariamente a lo defendido por la apelante la Ley española como ley de la primera y, en realidad, única residencia habitual del matrimonio durante sus más de 20 años de duración.



SEGUNDO.- Resuelto lo anterior, el otro motivo del recurso interesa la exclusión del activo del inventario de la que fue la vivienda Familiar sosteniendo que la misma, aun aplicando la Ley española pertenece privativamente a la esposa para recurrente. La adecuada respuesta jurídica a este motivo se ve condicionada por la muy acusada insuficiencia y despreocupación probatoria sobre tan importante extremo, una vez que la misma parte apelante aprovechó el debate de la vista y centró todo su esfuerzo argumental y probatorio no en esta cuestión sino en la analizada en el Fundamento anterior.

Hasta tal punto fue así que, pese a invocarse como motivo subsidiario de oposición al inventario propuesto por el marido, la Juzgadora de instancia aprobó este sin la menor referencia y análisis a esta cuestión litigiosa que se reproduce en la alzada, también, sin réplica del actor al contestar al recurso.

Así las cosas, los escasos datos documentales y las mínimas referencias de los esposos en sus respectivos interrogatorios a tan decisiva cuestión sobre la naturaleza privativa o ganancial del que parece ser el único bien familiar impide en esta sede y estado procesal alterar el sentido del Fallo cuya anulación bien pudo interesar la parte ante la comentada incongruencia omisiva en que incurrió la sentencia. No se ha hecho y el art. 240 y ss de la L.O.P.J. impide ahora acordarlo de oficio. Esto e, pese a la cierta consistencia jurídica más presuntiva que contrastada, que apoya este decisivo motivo del recurso en orden a declarar carácter privativo de la CASA000 en controversia (Finca registral NUM004), la presunción de ganancialidad que opera en virtud del art. 1361 del C.C. no podemos considerarla validamente destruida.

No se ha traído a los autos la escritura de compraventa de esta casa sorprendentemente, en la que, al parecer, compareció exclusivamente la apelante como compradora. No consta que se hiciera constar en ella el carácter privativo, de la adquisición, todo lo contrario, parece que se hizo remisión a la aplicación del régimen económico que correspondiera, o así al menos, aparece en la inscripción Registral. No consta la forma de pago estipulada. En la inscripción registral se hace constar que D^a Esperanza adquirió en ese momento, además, de esta casa otra finca de la que nada se ha alegado. No consta la forma de pago ni el origen y naturaleza del dinero empleado en la compra. Pese a que la apelante aportó escritura de venta con su madre y hermanos de una finca destinada a Hotel en Alemania realizada 13 días antes de la compra de la que fue luego vivienda y hogar familiar de los litigantes (Doc. K) no consta sin embargo el destino de esa venta ni su directa e íntegra aplicación a la adquisición del carmen en controversia realizado por escritura de el 17- Abril-1984. Todo los extractos bancarios aportados, por la razón que sea, al ser posteriores a esa fecha 9-5-1984 a 16-7-84, tampoco permiten aclarar el carácter privativo de la compra.

En tales circunstancias no hay pues base literosuficiente para hacer aplicación de la regla del art. 1346.3 del CC., como tampoco para descartar, aún en ese supuesto, la posible aplicación del art. 1358 -copropiedad privativa y ganancial, y la no menos fundada aplicación del art. 1355, que cabe tácitamente entender a la permanente decisión de gravar esa vivienda con préstamos hipotecarios con los que levantar y atender las necesidades de la sociedad de gananciales.

Por otro lado, si el ingreso el 26-Mayo-1984 en la cuenta corriente indistinta de los esposos por importe de 22.393.297 ptas. -parece- que en moneda extranjera, guarda relación con la herencia de la apelante y la venta a que se refiere el Doc. J, de fecha 23-5-1984, lo que debió hacerse y no se hizo en la instancia era proponer su inclusión en el pasivo del inventario, como crédito de la apelante contra la sociedad de gananciales (art. 1364 y 1358) cuestión que ahora plantea brevemente en su recurso, "ex novo" vedada a la Sala sin perjuicio a las acciones y adiciones que sea permitidos al inventario en la fase de liquidación, en la que también podrían alojarse, las alusiones hechas por el esposo en su interrogatorio a las obras de mejora en la vivienda familiar con cargo a bienes gananciales en recta y aplicación del art. 1359 del C.C.) de haberse declarado o por mejor decir probados, su carácter privativo de la controversia de vivienda.

El inventario aprobado pues presenta graves carencias imputables a las partes; sorprende que no exista metálico alguno, ni joyas, ni bienes muebles, ni vehículos ni otros enseres, o ajuar a incluir en el activo y que el pasivo, que aceptan los cónyuges pese a las omisiones que se han dejado expuestas, no concreta la fecha de la separación de hecho, tampoco los abonos realizados con posterioridad al cese de la convivencia y durante la comunidad postganancial en orden a la mas justa y ordenada liquidación de la sociedad. Sin embargo, pero consentido todo ello y fracasados los motivos del recurso deviene obligada la confirmación de la sentencia de instancia.

TERCERO.- En orden a las costas de este recurso, las dudas fundadas de hecho y de derecho que gravitan en torno a las operaciones posesiones liquidatorias de la sociedad determinan como más adecuada decisión la de no hacer expresa imposición de las mismas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal dispone, el siguiente



FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre de D^a Esperanza contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 3 de Granada en proceso de disolución de sociedad de gananciales bajo el n^o 576/03 de fecha 30-4-2004 debemos confirmar y confirmamos la citada resolución sin hacer expresa imposición de las costas de esta apelación a ninguna de las partes.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ