

## SAP de Bizkaia de 27 de noviembre de 2009

En Bilbao, a veintisiete de noviembre de dos mil nueve.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados, los presentes autos de liquidación régimen económico matrimonial nº 126/08, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Getxo y seguidos entre partes: Como apelante-demandada, D. Jenaro, representado por el procurador Sr. Pedro Carnicero Santiago y defendido por el letrado Sr. Teofilo Gonzalez Martin, como apelada-demandante que se opone al recurso de apelación, D.ª Inmaculada representada por la procuradora Sra. Paula Basterreche Arcocha y defendida por el letrado Sr. Gonzalo Pueyo Puente; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 20 de octubre de 2008.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 20 de octubre de 2008 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que con arreglo a la solicitud de Formación de Inventario interpuesta por D. Inmaculada representado por la Procuradora Sra. Basterreche y asistido del Letrado Sr. Pueyo, y como demandado D. Jenaro representada por el Procurador Sr. Hernández y asistida del Letrado Sr. González debo declarar y declaro que deben incluirse en el inventario del consorcio conyugal los siguientes bienes que conforman el activo y pasivo:

#### 1. ACTIVO

- Local comercial e industrial situado a la derecha del portal, bloque siete del Grupo Sagasti en Cruces-Barakaldo. Inscripción: Registro de la Propiedad de Barakaldo al tomo 915, libro 695 de Barakaldo, folio 146, finca número 26.774A, inscripción 3ª.

- Vivienda unifamiliar señalada con el número NUM000 de la CALLE000 en Berango. Número NUM001 del grupo. Inscripción: Registro de la Propiedad nº NUM002 de Bilbao al libro NUM003 de Berango, folio NUM004, finca número NUM005, inscripción 2ª.

- Negocio de hostelería BAR CIES.

- Vehículo MERCEDES C220 CDI, matrícula ....QQQ

- Vehículo AUDI 80 2.3, matrícula DA-....-DQ

- Motocicleta HONDA SFX, matrícula Q-....-QXJ

- Concesión administrativa respecto del Dº de Uso sobre la parcela de garaje nº NUM006 sita en la planta de NUM007 NUM008 en el parking Bolera de Cruces
- Mitad indivisa sobre el dº de uso preferente respecto del puesto de atraque señalado con el nº NUM009 del Puerto Deportivo en Muelle de Arriluze en Getxo
- Mitad indivisa del velero marca BENETAEAU Fist 25 matrícula .... QO-.....-....
- Derechos consolidados del Plan de Previsión Euskadiko Pentsioak a nombre del pesos en Caja Laboral cuenta nº NUM010
- Dº de reembolso frente al esposo por el importe actualizado de los beneficios obtenidos por el negocio BAR CIES desde el 10 de julio de 2007
- Saldo en cuenta corriente nº NUM011 de la Caja Laboral a fecha de la sentencia.
- Saldo en cuenta corriente nº NUM012 de la Caja Laboral a fecha de la sentencia
- Saldo en cuenta corriente nº NUM013 de la BBK a fecha de la sentencia
- 105 acciones de Telefónica Móviles
- El saldo que la actora tuviere en la cuenta de la BBK nº NUM014 a la fecha de disolución.

## 2. PASIVO

- Saldo pendiente de amortización del préstamo hipotecario por un principal de 120.202,42 euros a favor de la Caja Laboral en virtud de escritura pública de fecha 16/04/97

Asimismo el Sr. Jenaro como administrador del negocio de hostelería denominado Bar Cies deberá dar cuenta mensual de la gestión y rendimientos del negocio y abonar la suma de 600 euros al mes como alimentos a la Sra. Inmaculada en la cuenta que ésta designe al efecto hasta la liquidación de la sociedad conyugal en atención a lo dispuesto en el *art. 1408 CC*.

No procede realizar pronunciamiento de condena en costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación del demandado se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 67/09 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrado D.<sup>a</sup> REYES CASTRESANA GARCÍA.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia se pronunció sobre las diversas cuestiones que los litigantes Dña. Inmaculada y D. Jenaro habían planteado en la fase de formación de inventario, dentro del proceso de liquidación del régimen económico matrimonial de comunicación foral no consolidada, al quedar disuelta por sentencia de divorcio.

Contra la misma se ha interpuesto recurso de apelación por D. Jenaro al discrepar de dicha resolución en dos puntos: 1º) la no inclusión en el pasivo del importe actualizado del valor de sus bienes privativos que fueron gastados en interés de la sociedad ganancial, y 2º) el importe o alcance económico fijado en concepto de alimentos de 600 euros mensuales hasta la liquidación de la sociedad matrimonial en atención a lo dispuesto en el *art. 1.408 del Código Civil*.

SEGUNDO.- Con relación al primero de los extremos que es objeto de controversia son datos de interés, debidamente acreditados en autos los siguientes:

1º) Ambos litigantes contrajeron matrimonio el día 20 de junio de 1.981, fijando su domicilio en Algorta, bajo el régimen de comunicación foral de bienes (*art. 94 de la Ley Foral*), extinguiéndose por divorcio decretado por sentencia de 17 de diciembre de 2007.

2º) Con fecha 24 de marzo de 1.982 D. Jenaro se adjudica, en virtud de herencia de su padre, la vivienda, trastero y parcela de garaje sito en la calle Aldabas de Algorta <folios 81 y ss de autos>

3º) Con fecha 25 de febrero de 1.994 vende junto con su esposa Dña. Inmaculada la vivienda y el trastero de la calle Aldapas de Algorta por el precio de 16.800.000 ptas (100.970 euros), recibiendo a cuenta la cantidad de 3.300.000 ptas. (19.833,40 euros) <folio 104 de autos>

4º) Con fecha 14 de marzo de 1.994 se abona para la compra de la vivienda de CALLE000 la cantidad de 3.500.00 ptas. (21.035,42 euros) <folio 103 de autos>

5º) El 18 de mayo de 1.994 ambos cónyuges otorgan escritura pública vendiendo los inmuebles de la calle Aldapas de Algorta, percibiendo el resto del precio aplazado de 13.500.000 ptas. (81.136,63 euros) <folios 106 y ss de autos>

6º) El 25 de mayo de 1.994 se otorga escritura de compraventa de la vivienda unifamiliar de la CALLE000 de Berango por el precio total, incluido IVA, de 31.800.000 ptas, del que 11.800.000 ptas. se pagan en metálico y el resto 20.000.000 ptas. a través de crédito hipotecario <folio 15 y ss de autos>, solicitándose otro crédito hipotecario por importe de 4.000.000 ptas. para amueblar la vivienda.

7º) El 18 de septiembre de 1.995 se vende en escritura pública la parcela de garaje de la calle Aldapas de Algorta por el precio de 900.000 ptas. (5.400 euros) <folio 112 y ss de autos> En base a lo expuesto, debe prosperar el motivo de impugnación vertido por el apelante Sr. Jenaro, porque de las anteriores transacciones se deduce, sin ningún género de dudas, que constante el matrimonio de los litigantes, se vendieron los bienes adquiridos por el Sr. Jenaro por herencia de su padre, percibiendo la cantidad de 106.370 euros, y que dicho importe fue destinado a efectuar los pagos correspondientes a la adquisición de la vivienda unifamiliar de Berango. A dichas afirmaciones se llega por el discurrir lógico temporal de las diferentes transacciones y porque el apelante Sr. Jenaro carece de otro patrimonio al margen del incluido en el inventario, que procediese de la venta de los bienes inmuebles heredados de su padre, o que su valor lo hubiera gastado en fines particulares. En conclusión, discrepando de la sentencia de instancia, se tiene por acreditado que el precio obtenido por la venta de los inmuebles adquiridos por el Sr. Jenaro por herencia paterna se han invertido en la adquisición de la actual vivienda que fue familiar y en beneficio de la sociedad económica matrimonial.

TERCERO.- Estamos de acuerdo con que el régimen económico matrimonial es el de comunicación foral no consolidado regulado en el *art. 109 de la Ley 3/1992 de 1 de julio de Derecho Civil Foral del País Vasco*, cuyo párrafo 3º establece que "Si alguno de los bienes de un cónyuge o su valor se hubiese gastado en interés de la familia, se tendrá en cuenta su valor actualizado para pagarlo con los bienes ganados...", siendo de aplicación el régimen establecido para la sociedad de gananciales en el Código Civil, así como la decisión de que la vivienda de Berango es de carácter ganancial por haber sido voluntad de ambos conyuges atribuirle el carácter ganancial, atendiendo a la escritura pública de 25 de mayo de 1.994, por la que la compran D. Jenaro y Dña. Inmaculada con carácter ganancial, constando en misma de forma clara e inequívoca su voluntad de atribuirle el carácter ganancial <folio 21 de autos>.

En consonancia con el principio de libertad de contratación entre los cónyuges plasmado en el *art. 1323 del Código Civil* ("los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos"), el *art. 1355* dispone que "podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga". La posibilidad de provocar el desplazamiento al patrimonio ganancial ha sido reiteradamente admitida por la Dirección General de Registros y del Notariado (Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 7 de octubre de 1992 y 21 de diciembre de 1998). Más recientemente, la de 6 de junio de 2007 señala que "cabe entender que el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio u otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad)".

En este mismo sentido la sentencia del T.S. de 18 de julio de 1991 razona que "las convenciones sobre régimen matrimonial no constituyen donaciones, ni siquiera si, como en la comunidad universal, implican desplazamientos sin correspectivo". Como recuerda la doctrina, la razón de esta atribución radica principalmente en la comunidad de vida que impone el matrimonio, distinta de los habituales patrones que definen las relaciones jurídicas entre extraños atendiendo a causas onerosas, gratuitas o

remuneratorias. En el matrimonio el interés del cónyuge tiene un significado más amplio y difuso: la contribución a la realización de los fines de la vida en común de cónyuges y de los hijos, la denominada "causa matrimonii" como factor determinante de la razón o causa jurídica de la aportación.

En los supuestos en que los cónyuges expresamente hayan atribuido el carácter ganancial a determinados bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, pero siendo privativo de uno u otro todo o parte del dinero empleado en su adquisición, se ha planteado la cuestión referente a determinar si, no obstante el carácter ganancial del bien (en este caso la vivienda) por así habérselo atribuido expresamente ambos cónyuges en el momento de su adquisición, tendrá el cónyuge que haya aportado dinero privativo para su adquisición un derecho de crédito frente a la sociedad de gananciales por el importe actualizado del mismo.

Al respecto de esta cuestión nada se dice expresamente en el *artículo 1.355 del Código Civil*. Sin embargo, discutido en la doctrina si existirá derecho de reembolso cuando los bienes adquiridos a título oneroso, pero con dinero privativo, se hacen gananciales al amparo del *artículo 1.355 del Código Civil*, la opinión mayoritaria se ha inclinado por la solución afirmativa, por cuanto la donación no se presume y, si bien se acordó, expresa o presuntamente, que el bien así adquirido fuera ganancial, sigue siendo de aplicación el *artículo 1.358*, que dispone que "cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación", conservando el derecho de reembolso del importe privativo que se empleó para la adquisición del bien a que se atribuyó carácter ganancial y debiendo reconocerse a favor del cónyuge correspondiente el pertinente crédito con cargo a la sociedad de gananciales a incluir en el inventario en los términos establecidos en el *artículo 1.398.3º del mismo Código Civil*.

En este sentido hemos encontrado las Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Salamanca de 14 de octubre y 23 de diciembre de 2.008, la de La Coruña de 26 de mayo de 2.009 y la de Asturias de 13 de julio de 2009.

En consecuencia, procede la revocación de la sentencia de instancia en este punto por estimación del primer motivo del recurso de apelación, en virtud del *art. 1.358 del Código Civil*, acreditado como se ha visto que concurren en este caso los requisitos precisos para la aplicación de este precepto y, más concretamente que fue el recurrente quien invirtió el importe de sus bienes adquiridos por herencia paterna, por lo que no cabe sino reconocer al apelante el correspondiente crédito frente a la sociedad matrimonial por el importe actualizado de la suma de 106.370 euros.

CUARTO.- El segundo motivo de impugnación del apelante lo basa en su disconformidad con el importe fijado en concepto de alimentos a cargo de los bienes comunes de 600 euros mensuales a favor de Dña. Inmaculada, de conformidad con el *art. 1.408 del Código Civil*, al estimar procedente el de 300 euros mensuales, en base a la manifestación de que los ingresos reales de la explotación del bar ganancial asciende a la cantidad mensual de unos 1.000 euros.

Alegato que no prospera en base a que la parte apelante efectúa meras alegaciones sobre los verdaderos rendimientos del Bar Cies, que no han resultado averdadas por material

probatorio alguno, siendo en principio contradictorias con los rendimientos declarados fiscalmente y los reconocidos por el apelante según se recoge en la Sentencia de 12 de diciembre de 2.008 dictada por este Tribunal.

QUINTO.- Al estimarse en parte el recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas, de conformidad con los *arts. 394 y 398 de la LECn*.

VISTOS los artículos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por DON Jenaro, representado por el Procurador D. Pedro Carnicero Santiago, contra la sentencia dictada el 20 de octubre de 2.008 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Getxo, en los autos de Juicio Verbal de Inventario nº 126/08, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** parcialmente la misma en el único extremo de incluir en el pasivo el crédito a favor de D. Jenaro frente a la sociedad matrimonial del importe actualizado de la cantidad de ciento seis mil trescientos setenta euros (106.370 euros) que en su día invirtió en la adquisición de bienes gananciales en las fechas indicadas en esta resolución, y todo ello sin pronunciamiento de las costas procesales causadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.