

## **SAP de Bizkaia de 4 de mayo de 2004**

En Bilbao, a cuatro de mayo de dos mil cuatro.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO N° 516/02, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia n° 1 de Getxo y seguidos entre partes: Como apelante D. Claudio representado por la Procuradora Sra. Imaz Nuere y dirigido por la Letrada Sra. Azcunaga Lucas y como apelada que se opone al recurso Dª Ángela, representada por el Procurador Sr. Santín Díez y dirigida por la Letrada Sra. Sánchez Echebarria.

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 29 de Mayo de 2003 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que, rigiéndose las costas por lo dispuesto en fundamento de derecho cuarto de la presente resolución, debo declarar y declaro que el inventario ganancial a repartir entre Claudio y Ángela está integrado por los siguientes derechos y obligaciones.

-ACTIVO:

-metálico en la cuenta n° NUM000 de BBV, por importe de 70,82 euros.

-metálico en la cuenta n° NUM001 de Caja Rural Vasca, por importe de 13.904,46 euros.

-metálico en la cuenta n° NUM002 de Banco Argentario, por importe de 695,36 euros.

-vivienda provista de garaje y trastero, sita en el n° NUM003 de la CALLE000, de Getxo, con un valor conjunto de los tres elementos (vivienda, garaje y trastero) a fecha de junio de 2.001 de 345.521,86 euros.

-vehículo Opel Astra, Y-....-YE, valorado en 3.155.321 euros.

-mobiliario y enseres de la vivienda anteriormente citada por importe de 751,27 euros.

-PASIVO:

-crédito a favor de Claudio por amortizaciones y abono de intereses realizados en el préstamo de la Caja Rural Vasca hasta diciembre de 2.002 por importe de 19.345,43 euros.

-crédito a favor de Ángela por amortizaciones realizadas en el préstamo hipotecario por importe de 4.808,10 euros.

-préstamo de la Caja Rural Vasca por importe del saldo pendiente a fecha de 12-12-02 de 30.011,25 euros.

-crédito a favor de Claudio por importe de 17.100.000 pesetas (102.773,07 euros), actualizado con el aumento del Índice de Precios de Consumo desde la fecha del contrato mediante la escritura pública de 8 de julio de 1994."

El Auto de instancia de fecha 10 de junio de 2003, aclaratorio de la Sentencia, es de tenor literal siguiente:

"PARTE DISPOSITIVA: SE SUBSANA el error de transcripción advertido en la sentencia de fecha 29 de mayo de 2003, consistente en error de transcripción que en el fundamento de derecho tercero y fallo dice:

"cuenta número NUM002 de Banco Argentaria, por importe de 695,36 euros".

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de demandante 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 757/03 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento, la vista del recurso se celebró ante la Sala el pasado día 18 de marzo de 2004, con asistencia del Letrado de la parte apelante y de la Letrada de la parte apelada Sra. Leza Yeboles, en sustitución de la Letrada Sra. Sánchez Echebarria, quienes informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones.

Terminado el acto, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la deliberación y resolución.

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

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrado DÑA. REYES CASTRESANA GARCÍA.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Iniciada la liquidación del régimen económico matrimonial de D. Claudio y Dña. Ángela, en ejecución de sentencia de divorcio de fecha 18 de junio de 1998, tras obtener el exequatur por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, al amparo de la anterior legislación de la LEC de 1.881, el demandante D. Claudio interpuso demanda de juicio ordinario en impugnación del cuaderno particional realizado por el Contador-Dirigente D. Luis Enrique, de fecha 30 de mayo de 2002, al que se remitía el *art. 1.088 de la LEC de 1881*.

La sentencia dictada en la primera instancia, analizando los inventarios propuestas por la parte demandante y demandada en sus escritos de demanda y contestación, y al amparo de lo dispuesto en el *art. 809-2 de la LECn*, declaró que el inventario ganancial a repartir entre los esposos estaba integrado: (a) En el Activo, por metálicos de las cuentas bancarias abiertas en la BBV, Caja Rural Vasca y Banco Argentaria, la vivienda provista de garaje y trastero, con su mobiliario y enseres y el vehículo Opel Astra Y-....-YE ; mientras que, (b) En el Pasivo, crédito a favor del Sr. Claudio por amortizaciones del préstamo hipotecario hasta diciembre de 2002, crédito a favor de la Sra. Ángela por amortizaciones realizadas en el préstamo hipotecario, saldo deudor por préstamo hipotecario de la Caja Rural Vasca por importe pendiente a fecha de 12-12-02, crédito a favor del Sr. Claudio por importe de 17.100.000 pesetas (102.773,07 euros), actualizado con el aumento del Índice de Precios de Consumo desde la fecha de la escritura pública de compraventa, el 8 de julio de 1994. Por el contrario, la sentencia excluyó del inventario, el importe de saldo de cuentas que pudiera tener la demandada a su nombre, los créditos a favor del Sr. Claudio por el importe de cuotas de comunidad de propietarios, IBI y derramas de la vivienda abonadas hasta diciembre de 2002, el montante de 11.570,96 euros por aportación privativa del Sr. Claudio realizada en la Caja Rural, así como los créditos que ostenta el actor Sr. Claudio frente a la Sra. Ángela por los importes de 12.020,24 euros, por retirada de metálico de la cuenta de la Caja Rural Vasca y de las costas procesales del procedimiento nº 272/98 y del recurso de apelación nº 251/99.-

Contra la misma se alza el actor D. Claudio alegando diversos motivos de apelación contra lo resuelto en la sentencia, sobre inclusión y/o exclusión y valoración de las distintas partidas del inventario y otros extremos, que serán objeto de estudio a lo largo de la presente resolución.

SEGUNDO.- En primer lugar, se alega por la parte apelante incongruencia, en base a que, tratándose de un proceso civil sobre impugnación de Cuaderno Particional emitido por el Contador Partidor Dirimente Sr. Luis Enrique, interpuesto únicamente por el demandante-apelante Sr. Claudio, dentro de los treinta días concedidos a la partes por providencia de fecha 8 de octubre de 2002, dictada en ejecución de sentencia matrimonial para la liquidación del régimen económico, conforme a los trámites previstos en la anterior LECn, sin que la demandada-apelada Sr. Ángela hubiese formulado impugnación alguna ni tampoco reconvencción, sólo podrán ser objeto de debate los motivos de impugnación deducidos por el actor; sin embargo, la sentencia recurrida le deja en peor posición respecto a lo resuelto en el Cuaderno Particional del Contador-Dirimente, y sólo analiza las partidas que deben incluirse y excluirse del inventario, pero nada se resuelve sobre la adjudicación de bienes a los cónyuges.

Este motivo de apelación por incongruencia de la sentencia recurrida es acogido por este Tribunal.

Este juicio a que se refiere el *art. 1088 de la anterior LEC de 1881*, aquí aplicable, según reiterada jurisprudencia ( SsTS de 8 de julio de 1.995, 31 de enero de 1.996 y 25 de mayo de 1996 ), sólo puede tener por objeto la impugnación del cuaderno del dirimente en los puntos que los interesados disientan del mismo, ya que no es este procedimiento un juicio autónomo e independiente del procedimiento particional que se venía realizando en ejecución de la sentencia de separación, en este caso, de ahí que no exista en él una total libertad del objeto litigioso, debiendo las partes limitarse a

impugnar la partición del dirimente, sin que, por ello, sea posible la aprobación de un nuevo cuaderno en todo desvinculado de los ya elaborados por las partes y el contador dirimente.

Sin embargo, la sentencia recurrida procede a una nueva formación del inventario, como si estariamos en el trámite inicial del *art. 809 de la actual LECn* en atención a las propuestas de inventarios contenidos en los escritos de alegaciones de las partes, pecando de incongruencia del *art. 218 de la LEC*, al producirse un desajuste o inadecuación con los términos en que las partes ha formulado sus pretensiones, concediéndose al demandante Sr. Claudio, único impugnante, menos de lo reconocido en el cuaderno particional del Contador Dirimente, el cual no fue impugnado por la Sra. Ángela. Además al circunscribirse a la formación de inventario incurre en incongruencia omisiva, ya que la sentencia recurrida se abstiene de entrar a conocer, dejando imprejuizada, lo relativo a la adjudicación de los bienes a los litigantes.

TERCERO.- En cuanto a las partidas relacionadas con el Activo de la sociedad conyugal, la nica cuestión a analizar se centra en la naturaleza de la vivienda sita en Getxo, C/ CALLE000 nº NUM003 - NUM004 dcha., con garaje anejo y el trastero, que la sentencia, al igual que el cuaderno particional del dirimente, considera ganancial, en base al *art. 1.355 del Código Civil*, por atribución de la condición de gananciales a dichos inmuebles, en base a que en la escritura pública de compraventa los esposos la compran para su sociedad conyugal.

La pretensión del apelante de atribuir a dichos inmuebles el régimen de las adquisiciones mixtas, siendo el 70,66% privativa del apelante y el 29,34 % restante ganancial, -porque al pago del precio de dicha vivienda de 24.200.000 ptas., se aplicó la cantidad de 17.100.000 ptas., procedente del patrimonio privativo del Sr. Claudio, por la venta de la vivienda privativa anterior que había sido donada al mismo por sus progenitores-, no puede prosperar.

Es cierto que el régimen económico matrimonial de los litigantes es el de comunicación de bienes no consolidada, siendo de aplicación el *art. 109 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco*, precepto legal que recoge algunas normas con el carácter de principios generales, pero a los que no cabe dar otro valor que el de reafirmar lo ya previsto en el Código Civil. El régimen establecido en los *arts. 1.396 y ss del Código Civil* es plenamente aplicable a la comunicación foral no consolidada, siendo, por tanto aplicable a las adquisiciones mixtas (adquisiciones con bienes privativos de uno y otro cónyuge, o con bienes privativos de un cónyuge junto con gananciales, e incluso de bienes privativos de ambos cónyuges y gananciales), lo dispuesto tanto en el *art. 1.354 como en el art. 1.355 del Código Civil*.-

CUARTO.- Las siguientes cuestiones controvertidas se refieren al Pasivo del haber ganancial:

A) La consideración de la vivienda conyugal como ganancial, conlleva a examinar el motivo alegado, como subsidiario, por la parte apelante, que impugna también la cuantía del crédito a favor del Sr. Claudio por el reembolso actualizado del importe de 17.100.000 ptas. empleado en la adquisición de la vivienda, garaje y trastero gananciales.-

El *art. 1.358 del Código Civil* contiene una regla general en relación con los créditos que surgen con ocasión de la adquisición de bienes que van a tener calificación distinta de la correspondiente a los fondos con que se obtienen, en el sentido de que habrá de reembolsarse el valor satisfecho "mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación". El *art. 1.398-3º del Código Civil* establece que el pasivo de la sociedad estará integrado por el importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno sólo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad. Por tanto, se trata de deudas de valor, en que el nominal de la cantidad debida ha de actualizarse aplicando el índice de variación del valor de la moneda de modo que en el inventario sea el mismo valor adquisitivo que la inicial cantidad. No cabe referir la estabilización del valor por referencia al valor actual de los bienes.

El Contador Partidor eleva a la cantidad de 31.093.100 ptas. la aportación privativa del Sr. Claudio para la adquisición de la vivienda conyugal, que resulta de aplicar la media entre dos tipos de actualización que realiza, uno, el importe de 21.563.1000 ptas., aplicando a la cantidad de 17.100.000 ptas. el 26,1%, que es el tipo de intereses, al considerarla como un préstamo de carácter personal, y, la otra, como la pretendida por el apelante, el importe de 40.623.100 ptas., resultado de aplicar a la cantidad invertida la misma revalorización que la del inmueble, que asciende al 237,56%, ya que el valor de actual de la vivienda es de 57.490.000 ptas. La sentencia recurrida concede un crédito a favor del Sr. Claudio por importe de 17.100.000 ptas. actualizado con el aumento del Índice de Precios al Consumo desde la escritura pública de 8 de julio de 1994.

Lo expuesto, conduce a que por aplicación de la prohibición de la "reformatio in peius", como imposibilidad de perjudicar al demandante-apelante, este motivo de impugnación debe ser estimado, estableciéndose el importe designado por el Contador-Partidor Dirimente de 31.093.100 ptas. equivalente a 186.873,29 euros.

B) El apelante Sr. Claudio también está disconforme con la exclusión de los gastos y derramas de Comunidad de Propietarios y los Impuestos sobre Bienes Inmuebles etc.

El Cuaderno Particional, incluye en los apartados c) y d ) del Pasivo, las cantidad de 6.800,10 y 2.932,49 euros, como importes satisfecho por el Sr. Claudio por cuotas de comunidad, IBI y derramas hasta mayo de 2002, mientras que la sentencia las excluye del inventario, dado que no se concreta ni se acredita el importe satisfecho.-

Con fundamento igualmente en la incongruencia de la sentencia, tal y como quedó planteada la cuestión litigiosa, se deben incluir dicha partida como crédito del Sr. Claudio, pero en la cantidad consignada de 9.732,59 euros, hasta Junio de 2.001, y no como pretende el apelante hasta diciembre de 2002, puesto que el momento de su determinación lo es "al tiempo de la liquidación" el *art. 1.358 del Código Civil*, es decir, a la fecha del Cuaderno Particional de 30 de mayo de 2002.-

C) Se estima la impugnación del Sr. Claudio respecto a la exclusión tanto del Cuaderno Particional como de la sentencia, de la indemnización percibida de 1.925.245 ptas., equivalente a 11.570,96 euros por el Sr. Claudio

Según la documental aportada como nº 12 y 13 de la demanda <folio 242 y ss de autos>, ha resultado acreditado que el Sr. Claudio percibió de la mercantil Ikei la cantidad de 2.308.669 ptas., correspondiendo el importe de 1.925.245 ptas. a indemnización por rescisión de su relación laboral, y el resto al finiquito y nómina del

mes de abril, que se ingresó el 30 de abril de 1998 en la cuenta corriente común de la Caja Rural Vasca.

Esta indemnización por rescisión laboral tiene naturaleza privativa, según la STS de 22 de diciembre de 1999, aplicable al caso enjuiciado, que sostiene que las cantidades percibidas por una indemnización por resolución del contrato tiene carácter privativo, pues las mismas no constituyen la retribución de un trabajo precedente ni un complemento a los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo, proyectándose hacia el futuro.

QUINTO.- En cuanto a la no inclusión de los créditos entre los cónyuges, a los efectos de la adjudicación:

A) La primera partida se refiere a la cantidad de 2.000.000 ptas (12.020,24 euros) que, como anticipo de lo que le correspondiera efectuar en la definitiva partición de la sociedad de gananciales, la Sra. Ángela recibió del Sr. Claudio, que es tenida en consideración en el Cuaderno Particional a los efectos de adjudicaciones, siendo que la sentencia recurrida la excluye. Debe estimarse este motivo de impugnación del apelante en base a lo ya reiterado de que no cabe modificar a peor para el demandante que lo establecido en el cuaderno particional del dirimente.-

B) En relación a las costas judiciales a las que fue condenado la Sra. Ángela en procesos seguidos frente al Sr. Claudio, de la prueba practicada en autos, a través del doc nº 15 de la demanda, se acreditó que la tasación de costas de 20-7-01, efectuada en el rollo de apelación nº 251/99, por la Audiencia Provincial de Vizcaya por importe de 51.781 ptas. (equivalente a 311,21 euros) se aprobó con anterioridad a la liquidación efectuada en el cuaderno particional del dirimente de 30 de mayo de 2.002, y como tal debe ser considerada según el *art. 1.405 del Código Civil*. Por el contrario, no cabe incluir la tasación de costas procesales de 2-10-01 en el proceso nº 272/98 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Getxo, cuya aprobación no se ha realizado hasta el 10 de junio de 2.003 <folios 244 y 541 de autos>, es decir, a posterior al momento de la liquidación.-

SEXTO.- Por contra, debe rechazarse la petición indeterminada realizada por el Sr. Claudio de que se incluyan en periodo de ejecución de esta sentencia, otros bienes, y, en concreto, los saldos y depósitos que la Sra. Ángela pudiera tener en entidades bancarias británicas. El inventario ganancial debe partir de bienes y derechos existentes en el momento de la disolución del régimen económico matrimonial, que hayan resultado acreditados, todo ello sin perjuicio de que la omisión de alguno de ellos conlleva a que se complete o adicione la partición, de conformidad con los *arts. 1.410 y 1.079 del Código Civil*.-

SÉPTIMO.- En resumen de lo hasta ahora expuesto, se aprueba el inventario, la adjudicación y liquidación de la sociedad de gananciales, según el Cuaderno Particional del Contador Partidor Dirimente de 30 de mayo de 2002, con las modificaciones anteriormente señaladas: La inclusión en el pasivo como crédito del Sr. Claudio de la cantidad de 11.570,96 euros, y el reconocimiento de créditos a favor del Sr. Claudio frente a la Sra. Ángela de las cantidades de 12.020,24 euros y de 311,21 euros. Precisar que con relación al cuaderno particional del dirimente también se modifica las cuantías de los créditos de los cónyuges y de la Caja Rural Vasca, por el préstamo hipotecario, ya que debería de haberse fijado al momento de la liquidación (30-5-2002), y no a

diciembre de 2002, pero esta cuestión no ha sido objeto de este recurso de apelación y no puede ser revisada.-

Así el inventario estaría formado por:

A) ACTIVO:

- 1.- Vivienda de Getxo, CALLE000 nº NUM003 - NUM004 con su camarote anejo. . . . .  
.. 328.693,52 euros
- 2.- Participación indivisa de 10/153 avos de la planta baja de dicho inmueble, garaje. . .  
.....  
..... 16.828,34 euros
- 3.- Muebles y enseres de la vivienda . . 751,27 euros
- 4.- Vehículo Opel Astra Y-....-YE . . . 3.155,31 euros
- 5.- Cuenta del BBVA . . . . . 70,55 euros
- 6.- Cuenta de la Caja Rural Vasca . . 13.904,46 euros
- 7.- Cuenta Banco Argentario . . . . . 1.695,36 euros
- TOTAL. . . . . 365.098,81 euros

B) PASIVO:

- 1.- Crédito del Sr. Claudio por adquisición privativa de la vivienda y garaje . . . . .  
186.873,29 euros
- 2.- Credito de la Caja Rural Vasca por préstamo hipotecario hasta diciembre de 2.002. .  
.....  
..... 19.345,43 euros
- 3.- Crédito a favor de la Sra. Ángela por sus aportaciones para el préstamo hipotecario. .  
.....  
..... 4.808,10 euros
- 4.- Préstamo concedido por la Caja Rural Vasca a la fecha 12-12-02 . . . . .  
30.011,25 euros
- 5.- Importes satisfechos por Sr. Claudio por cuotas de comunidad, IBI y derramas hasta  
mayo de 2.002. . . . . 9.732,59 euros
- 6.- Crédito del Sr. Claudio por indemnización . . . . . por resolución de contrato laboral. .  
.11.570,96 euros
- TOTAL . . . . . 262.341,62 euros

El caudal partible asciende a 102.757,19 euros, correspondiendo a cada conyuge 51.378,60 euros.

Así se adjudica, en favor de:

A) D. Claudio :

- 1.- Pleno dominio de la vivienda y su anejo. . . . . 328.693,52 euros
  - 2.- Pleno dominio de la participación indivisa de 10/153 avos del local de garaje. . . . . 16.828,34 euros
  - 3.- Muebles y enseres . . . . . 751,27 euros
  - 4.- Vehículo Opel Astra Y-....-YE . . . 3.155,31 euros
  - 4.- Cuenta corriente BBVA. . . . . 70,55 euros
  - 5.- Cuenta corriente Caja Rural Vasca. . . . . 13.904,46 euros
  - 6.- Crédito a su favor por adquisición de la vivienda, camarote y garaje. . . . . - 186.873,29 euros
  - 7.- Saldo del préstamo hipotecario de la CRV. . . . . -30.011,25 euros
  - 8.- Pagos del Sr. Claudio a la CRV. . . . . -19.345,43 euros
  - 9.- Importes satisfechos por IBI, derramas y cuotas a la comunidad . . . . . -9.732,59 euros
  - 10.- Crédito del Sr. Claudio de indemnización laboral. . . . . -11.570,96 euros
- Total. . . . . 105.869,93 euros

Exceso de adjudicación . . . . . 54.491,33 euros B) DÑA Ángela

- 1.- Cuenta Argentaria. . . . . 1.695,36 euros
  - 2.- Pago de la Sra. Ángela del préstamo hipotecario. . . . . 4.808,10 euros
- Total. . . . - 3.112,74 euros

Defecto de adjudicación. . . . . 54.491,34 euros

A la diferencia a favor de Dña. Ángela habrá de deducir las cantidades de 12.020,24 euros y la de 311,21 euros, por lo que la Sra. Ángela deberá recibir del Sr. Claudio la cantidad de 42.159,89 euros.

OCTAVO.- La estimación parcial de las pretensiones contenidas en la demanda, conlleva la no imposición de las costas procesales causadas en la primera instancia, en virtud del *párrafo 2º del art. 394 de la LECn*. La estimación parcial del presente recurso de apelación, no ha lugar a efectuar pronunciamiento alguno respecto de las costas

procesales causadas en esta segunda instancia, a tenor del *art. 398.2º de la LECn* VISTOS los artículos citados y demás de general 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 parcialmente el recurso de apelación interpuesto por DON Claudio, representado por la Procuradora Dña. Concepción Imaz Nuere, contra la sentencia de 29 de mayo de 2003 y el auto aclaratorio de 10 de junio de 2.003, dictados por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Getxo, en los autos de Juicio Ordinario nº 516/02, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma, en el sentido de que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Claudio contra Dña. Ángela, se aprueba parcialmente el Cuaderno Particional elaborado el día 30 de mayo de 2002 por el Contador-Partidor Dirimente, salvo en que, en el Pasivo de la sociedad de gananciales, debe incluirse como crédito del Sr. Claudio la cantidad de 11.570,96 euros y modificarse las cuantías de los créditos por préstamo hipotecario, y, como créditos entre los cónyuges, las deudas de la Sra. Ángela frente al Sr. Claudio por los importes de 12.020,24 euros y 311,21 euros, en los términos establecidos en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta resolución. Todo ello sin pronunciamiento alguno de las costas procesales causadas en la primera y segunda instancia.-

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