

SAP de Bizkaia de 5 de febrero de 2002

En Bilbao, a cinco de febrero de dos mil dos.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía nº 665/99, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Baracaldo y seguidos entre partes: como apelantes D. Carlos representado por el Procurador Sr. Ors Simón y con Letrado Sr. G. Vidorreta Lasa y Flor representada por el Procurador Sr. Zubieta Garmendia y con Letrado Sr. J.I. Sasiain Urra.

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 1 de Diciembre de 2000 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Lapresa Villandiego, en representación de D. Carlos, contra Dª. Flor, representada por el Procurador Sr. Zubieta Garmendia, y estimando de igual modo la interpuesta por ésta frente a aquel, debo aprobar y apruebo las Operaciones Particionales contenidas en el Cuaderno confeccionado por el Contador Partidor D. Juan Francisco con fecha 22 de abril de 1999, con las modificaciones contenidas en el Razonamiento Jurídico Décimo de la presente resolución, derivadas de la que luego fueron adjudicadas a la Sra. Flor, lo que implicará que la suma que el Sr. Carlos deberá abonar a la Sra. Flor para compensar las Adjudicaciones realizadas a cada uno, ascenderá a dos millones ochocientas veintinueve mil pesetas (2.829.000 ptas.).

Todo ello, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de ambas partes 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 108/01 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 el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia, que estima en forma parcial, tanto la demanda del Sr. Carlos, como la de la Sra. Flor, aprobando las operaciones particionales practicadas por el contador D. Juan Francisco con las modificaciones y consecuencias que dispone y establece en su razonamiento jurídico décimo, es recurrida en apelación por las dos partes litigantes, por lo que procede el examen de una y otra impugnación, siendo la primera a analizar, siguiendo el mismo orden de la sentencia recurrida y el del tiempo en que fueron formuladas, la promovida por el Sr. Carlos.

SEGUNDO.- Recurso de D. Carlos.

2.1 El primer motivo del recurso de apelación interpuesto por D. Carlos, que cuestiona la no inclusión en el activo de la sociedad a liquidar de los inmuebles reseñados bajo los números 1 a 21 en el cuaderno particional formulado por el letrado D. Gonzalo Vidorreta Lasa, no puede ser estimado.

A diferencia de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco de 1 de julio de 1992 en la que se decide, en los supuestos de separación, que la comunicación no se consolide, liquidándose y dividiéndose como una mera sociedad de gananciales (arts. 95, párrafo 2º y 109), nada se preveía expresamente en la Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 30 de julio de 1.959. Sin embargo, y ante el hecho anterior, calificado por la mayoría de los estudiosos, como una auténtica laguna legal, la doctrina más autorizada se pronunciaba en el sentido de que, en tales supuestos, no existía propiamente comunicación foral y que procedía la liquidación de la misma conforme a la sociedad de gananciales, es decir, bajo las reglas determinadas en el art. 49. Esta tesis ha de considerarse acertada al encontrar apoyo normativo en los arts. 47 y 50 de la Compilación, ya que en ellos se utilizaba el término "cónyuge viudo", único supuesto en el que se producía la comunicación foral propiamente dicha, cuyos resultados podrían ser injustos si se aplican en casos de divorcio o separación judicial, dado que en ellos, y a diferencia de los supuestos de muerte de uno de los cónyuges existiendo hijos comunes, lo que posibilita que estos puedan subrogarse en las titularidades de aquél, siguen viviendo los dos cónyuges, sin que ninguno de ellos, como destaca algún autor, haya desaparecido de la escena, por lo que no dándose ausencia de ninguno de los padres, lo más acorde y procedente es que la persona en cuya consideración se han producido las adquisiciones (anteriores al matrimonio o con independencia del mismo) sea quien reciba las mismas en caso de crisis del matrimonio, operándose la liquidación conforme a las reglas del régimen de gananciales. Esta es la solución, por otro lado, que se acepta en la sentencia dictada, bajo la vigencia de la Compilación, por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco con fecha de 28 de febrero de 1991 en la que se señala que:

"La comunicación foral de bienes tiene su fundamento en la doble consideración del matrimonio, como vínculo entre los cónyuges que compartan identidad de vidas y como relación a través de la cual se prolonga la familia troncal, lo que determina que en el régimen económico del matrimonio se haya establecido, como norma acorde con estos principios, la comunidad entre los cónyuges sobre todos los bienes que procedan

singularmente de cada uno de ellos. Y esta misma consideración de las razones que fundamentan la comunicación foral está excluyendo su aplicación en aquellos casos en los cuales la unidad de vida se ha roto, bien por causa de divorcio o bien por la mera separación entre los consortes, situaciones ambas que, por su propia naturaleza, resultan incompatibles y antagónicas con la institución foral de la comunicación de bienes" y que: "Según lo dispuesto en el art. 43, los efectos de la comunicación operan entre marido y mujer, siendo por ello contrario a la norma que pueda producirse en una situación de disolución del vínculo por sentencia de divorcio, como ocurre en el supuesto contemplado en este recurso casacional, ya que la disolución del matrimonio únicamente da lugar a la subsistencia en los resultados de la comunicación, consolidándolos en el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges dejando hijos comunes, como se infiere de la referencia al cónyuge viudo y al premuerto que contiene el ya apuntado art. 47 de la Compilación", y también en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1996 al argumentar que, cuando el art. 47 de la Compilación establece que en el caso de disolución del matrimonio con hijos la comunicación foral continuará con los descendientes del otro cónyuge, se está refiriendo al supuesto de muerte, al imponer al cónyuge viudo dicha continuación con los sucesores del fallecido, no siendo ese el caso de disolución por separación y luego divorcio, que se disciplina por la normativa del Código Civil.

2.2 El segundo motivo del recurso, que cuestiona, para el caso de admitirse el planteamiento de la sentencia de instancia de que la disolución del régimen de comunicación foral de bienes por causa de separación matrimonial conlleva la aplicación de las normas del código civil de la sociedad de gananciales, la inclusión en el activo, bajo el n° 6 del cuaderno particional del letrado D. Juan Francisco, de la casa señalada con el n° NUM000 del BARRIO000, del concejo de Santurce-Ortuella, tampoco puede ser acogido.

En este punto lo que el recurrente plantea es una nueva cuestión que supone la ampliación, en este trámite de apelación, de su impugnación inicial, sometiendo a revisión y discusión una materia sobre la que no existía polémica, lo que no procede en modo alguno, dado que: a) no cabe suscitar en apelación cuestiones nuevas que no fueron planteadas y debatidas en primera instancia, lo que contraviene los principios de preclusión, contradicción y defensa, acarreando riesgo de indefensión a la parte contraria e impidiendo la escalonada presencia de decisiones judiciales (Sentencias de 16 y 23 de marzo de 1990, 15 de abril y 14 de octubre de 1991, 29 de junio y 29 de diciembre de 1992, 11 de abril, 4 de junio, 22 de julio y 20 de septiembre de 1994); b) los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso. Así lo exigen los principios de rogación (Sentencias 15 de diciembre de 1984, 4 de julio 1986, 14 mayo 1987, 18 mayo y 20 septiembre 1996 y 11 junio 1997), y de contradicción (Sentencias de 30 enero 1990 y 15 abril 1991), por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, de conformidad con la regla "*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*" (Sentencias de 19 octubre 1981 y 28 abril 1990), sin que quepa modificar los términos de la demanda (prohibición de la "*mutatio libelli*", Sentencia de 26 diciembre 1997), ni cambiar el objeto del pleito en la segunda instancia ("*pendente appellatione nihil innovetur*", Sentencias de 19 julio 1989, 21 abril 1992 y 9 junio 1997), y c) el comportamiento de la parte apelante contradice sus propios actos al impugnar ahora la inclusión en el activo del cuaderno particional del contador partidor

lo que ella misma había incluido con anterioridad en el activo de liquidación de su propia cuenta de partición, no habiendo hecho otra cosa en este punto el contador partidor dirimente que aceptar la solución en la que estaban conformes las partes, ya que, como el mismo se cuida de señalar en su cuaderno particional, su función dirimente se concretaba, de acuerdo con la Ley, a la resolución de aquellas cuestiones en las que no existía acuerdo entre las partes, no siendo, desde luego, la que ahora se plantea, una de ellas.

2.3 El tercer motivo del recurso, en el que se argumenta la discrepancia por el hecho de no haberse incluido, en el activo de la sociedad a liquidar, 944 acciones del Banco Popular Español, más la que se hubieran obtenido como consecuencia del mantenimiento de su titularidad desde el año 1983 hasta la actualidad, debe correr la misma suerte desestimatoria que los dos anteriores.

No existe prueba que vincule las 944 acciones del Banco Popular Español que fueron vendidas por D^a Flor (691 de ellas el día 23 de agosto de 1.983 y las restantes 253 al día siguiente) con las 312 adquiridas por ella el 24 de marzo de 1.973, por lo que afirmándose por el recurrente, que cargaba con la prueba, que dichas 944 acciones no son otras que aquéllas de las que eran titulares ambos cónyuges, por las ampliaciones producidas desde la adquisición de 312 títulos 7 años antes, obvio resulta que la falta de prueba le perjudica. Pero es que, además, tampoco compartimos las argumentaciones que el recurrente desenvuelve para rebatir las consideraciones del Juzgador en torno a los documentos aportados de adverso, dado que, al contrario de lo que el apelante señala, si algo se desprende de los documentos presentados por la contraparte bajo los n^{os}. 34 a 37 (en el documento n^o 35 se hace constar expresamente) es que la propietaria de los títulos era D^a Cecilia, siendo D^a Flor la mera depositante y titular de la cuenta corriente en la que se abonaban sus dividendos (cotéjese el número de cuenta que se hace constar en los documentos 34, 36 y 37 con el que figura en el documento n^o 9 de los presentados con su demanda por el ahora recurrente).

2.4 El cuarto motivo del recurso, formulado por no haberse incluido en el activo de la sociedad a liquidar 1.690 acciones de Iberduero, más las que se hubieran obtenido como consecuencia del mantenimiento de su titularidad desde el año 1983 hasta la actualidad, ha de perecer igualmente, en cuanto se refiere al segundo extremo, pues, con independencia de si lo realmente incluido en el cuaderno particional por el contador partidor dirimente fueron 1.536 acciones y no las 1.690 realmente existentes, cuestión que para ser despejada con seguridad hubiese requerido aclaración o explicación por parte del propio contador, lo que no nos ofrece duda alguna es que la valoración de 3.382.320 pesetas que aparece asignada a los títulos, ya fueran los considerados 1.536 o 1.690, resulta más que generosa. Se debe tener en cuenta en este sentido, de conformidad con lo prevenido en el art. 1.397.2^o del Código Civil, que lo que se debía comprender en el activo era el importe actualizado del valor que tenían las acciones al ser enajenadas, al que le son indiferentes las vicisitudes posteriores que pudieran haberse derivado del mantenimiento de la titularidad de los títulos, y que se debe calcular, a partir del valor que las acciones tenían cuando fueron objeto de venta, conforme a una apreciación objetiva, convirtiéndolo en pesetas actuales. De lo que ya se sigue, dado que no cabe valorar las acciones según el criterio del recurrente, ni tampoco con arreglo a su precio actual, sino, se insiste, conforme al importe actualizado del valor que tenían cuando fueron enajenadas, y como quiera que las mismas fueron vendidas en el mes de agosto del año 1983 por el precio de 339.781 ptas. (es decir, al valor que

cotizaban en el mercado al momento de la transmisión que no es otro que el valor real que en ese momento tenían) siendo el importe actualizado de dicha suma al 25 de noviembre de 1999, en base a los índices generales de precios resultantes de los 17 años transcurridos, según destaca el informe pericial, el ascendente a la cantidad de 846.096 ptas., que la valoración que el contador dirimente asigna a las acciones, con independencia de si las valoradas son 1.536 o 1.690, resulta, como se anticipaba, harto generosa y suficiente, por lo que procede ratificar lo argumentado por la sentencia al considerar que las acciones de Iberduero son, ciertamente, 1.690, pero que la valoración de 3.832.320 ptas. resulta correcta.

2.5 El quinto motivo del recurso trae causa de la inclusión, en las operaciones de liquidación del régimen económico matrimonial de los litigantes, de las cantidades adeudadas por el Sr. Carlos como consecuencia de la "pensión alimenticia fijada en la sentencia de separación".

En este punto sí estamos conformes con la parte recurrente. En efecto, la pensión alimenticia que eventualmente pudiera ser adeudada por el ahora apelante no deriva ni directa ni indirectamente de sus relaciones con el patrimonio común o de aquéllas desenvueltas a través del mismo, se trata de una deuda de carácter personal que podrá serle exigida al deudor por quienes resultan acreedores de la pensión que se afirma impagada en la forma y por la vía correspondiente, pero que resulta absolutamente ajena a la sociedad consorcial de cuya liquidación se trata en los autos, no constituyendo crédito ni deuda social, ni pudiendo por consiguiente incluirse en el activo o el pasivo ganancial.

2.6 El sexto motivo del recurso que cuestiona la inclusión en el activo de los beneficios obtenidos por la explotación de las gallinas, ha de ser, como el anterior, plenamente estimado. Lo pretendido en este extremo por la Sra. Flor se concretaba en la solicitud de inclusión en la cuenta de partición de 700.000 ptas. que afirmaba percibidas por el Sr. Carlos a consecuencia de la enajenación de 2.400 gallinas tras serle concedida su explotación, según afirmaba igualmente, por auto de medidas provisionales de la separación matrimonial. Pues bien, el único auto adoptando medidas provisionales del que se tiene constancia en las actuaciones es el que fue dictado con fecha de 23 de febrero de 1.984, y en dicho auto no aparece mentada por lado alguno la concesión al Sr. Carlos de la explotación de un gallinero. Tampoco existe prueba alguna de que el Sr. Carlos hubiese enajenado, como afirmaba su esposa, 2.400 gallinas ni por supuesto tampoco de que hubiese obtenido como precio por tal supuesta venta la suma de 700.000 ptas. Tampoco reconoce el Sr. Carlos al absolver la posición 14ª que hubiese vendido 2.400 gallinas, y lo deducido por el Juez de Instancia al hilo de su respuesta es una mera especulación, pues la explotación de un gallinero, como la de cualquier otro negocio o industria, no tiene necesariamente porqué ofrecer beneficios, dado que también puede arrojar pérdidas, no habiéndose probado, en forma alguna, que la explotación de las gallinas hubiese generado beneficios, amén de que, se insiste una vez más, lo pretendido por la Sra. Flor no era la inclusión del beneficio que la explotación pudiera haber arrojado sino la de 700.000 ptas. que afirmaba haber percibido su marido por la venta de 2.400 gallinas, lo que tampoco se ha acreditado, como se deja dicho, al no constar prueba alguna ni de la venta ni del dinero que se afirmaba percibido por ella.

2.7 En el séptimo y último motivo de apelación se plasma la disconformidad por la inclusión en la liquidación y consideración a efectos de compensación de las rentas

derivadas de la lonja sita en la c/ Campeta. También este motivo merece ser acogido. Por un lado, por que las rentas derivadas de dicho supuesto arrendamiento ni siquiera fueron incluidas en el activo de la cuenta de partición formulada por el letrado D. Juan Ignacio Sasiaín Urrea a instancia de D^a Flor. Y por otro, porque la presunción en que se basa la sentencia en este punto ha de considerarse desvirtuada por la prueba directa resultante del testimonio ofrecido en esta segunda instancia por D^a Victoria que manifiesta que no existe contrato de arrendamiento y que la lonja se encuentra ocupada pero sin pagar renta alguna.

TERCERO.- Recurso de D^a Flor.

Dos son los motivos en los que se basa la impugnación formulada por D^a Flor. En el primero de ellos se plasma la disconformidad de la recurrente en orden al desglose y atribución que se hace de la vivienda unifamiliar y pabellón anexo de la casa señalada con el n^o NUM001 del BARRIO001 de Ortuella. Lo alegado por la recurrente en este punto es, por un lado, que reconociéndose su titularidad o propiedad sobre el terreno en el que asienta la construcción no cabe la accesión inversa que hace operar el Juzgado, en consecuencia con el contador-partidor Sr. Juan Francisco, ya que ello se encuentra vetado por el Código Civil y Jurisprudencia desarrollada al respecto con la derogación del art. 1.404 de dicho cuerpo legal, y por otro, que dichas obras fueron sufragadas en su totalidad por D^a Cecilia con dinero y bienes propios de ella, como en todo caso con patrimonio de la herencia que resulta privativo y de su exclusiva titularidad. Los argumentos de la recurrente no pueden ser aceptados. El primero, porque el artículo 1.404 del Código Civil, en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1.981, no estaba derogado en la fecha en la que se hicieron las obras concernientes al edificio, calificado por la sentencia, sin que tal consideración haya sido desvirtuada por la recurrente, por lo que debe permanecer incólume en esta segunda instancia, como nuevo y completamente distinto al que allí se ubicaba, y, además, porque no se explica ni razona mínimamente, amén la genérica y parcial apreciación de la parte recurrente, la afirmada vulneración del Código Civil y Jurisprudencia aplicable por razón de la accesión invertida que estima producida la sentencia en base a lo señalado por el contador partidor dirimente al considerar que las edificaciones construidas sobre el terreno son de valor superior al del suelo sobre el que se asientan. Y el segundo, porque, como también señala la sentencia de instancia, que, en nuestra opinión, valora de forma plenamente correcta la prueba practicada, no consta acreditado que el nuevo edificio se construyese con dinero ajeno o distinto al que correspondía o era titularidad de ambos cónyuges, debiendo sostenerse lo contrario a tenor del acervo probatorio disponible, que evidencia que todas las licencias y permisos vinculados con las obras fueron solicitados por el Sr. Carlos, a cuyo nombre se giraron igualmente diferentes facturas por suministro de materiales de construcción fechadas, precisamente, en la época en que fueron llevadas a cabo las obras.

Debiendo correr la misma suerte desestimatoria que el anterior, el segundo motivo de apelación en el que se cuestionan las valoraciones dadas a las lonjas de las calles Campeta y Álava y a la casa del BARRIO000 de Ortuella, dado que lo razonado al respecto por la sentencia de instancia en su fundamento jurídico séptimo, que aceptamos en su integridad y damos aquí por reproducido, lo consideramos, por lo justo y equitativo, pleno de sentido común y absolutamente correcto.

CUARTO.- De todo lo anterior se sigue la procedencia de estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Carlos y desestimar el formulado por D^a Flor, debiendo revocarse parcialmente la sentencia de instancia en el único sentido de desestimar la demanda interpuesta por la representación procesal de D^a Flor y dejar sin efecto las modificaciones que establece al cuaderno particional confeccionado por D. Juan Francisco el que procede aprobar y mantener en su integridad.

QUINTO.- En materia de costas procede confirmar el pronunciamiento de la instancia, que ninguna de las partes cuestiona y que se apoya, en primer lugar, para no imponerlas a ninguna de aquéllas, en la especial naturaleza del presente procedimiento.

Siendo así, por lo que se refiere a las costas de esta alzada, que no procede verificar tampoco expresa condena, a salvo las derivadas del recurso interpuesto por D a Flor que, y dado que aquél se rechaza, deberá correr con las mismas.

En atención a lo expuesto

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 la representación procesal de D. Carlos y desestimando el formulado por la representación procesal de D^a Flor, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n° 1 de Baracaldo, con fecha de 1 de diciembre de 2000, en los autos de juicio de menor cuantía 665/99, y ello en el único sentido: 1°) de desestimar la demanda interpuesta por la representación procesal de D a Flor, y 2°) dejar sin efecto las modificaciones que establece al cuaderno particional confeccionado por D. Juan Francisco, el que procede aprobar y mantener de forma íntegra y en sus propios términos, debiendo confirmarse la sentencia en lo demás, y todo ello sin verificar expresa condena en las costas de esta alzada, a salvo las derivadas del recurso de apelación interpuesto por D a Flor que se imponen a la misma.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente el día 18 de marzo de 2002, de lo que yo la Secretario certifico.