

EDJ 2009/83305

AP Baleares, sec. 4ª, A 24-3-2009, nº 65/2009, rec. 323/2008

Pte: Artola Fernández, Miguel Alvaro

Resumen

La AP estima el recurso de apelación interpuesto por el actor, contra el auto dictado en instancia que se revoca, y desestima la excepción de inadecuación del procedimiento invocada por la demandada, ordena en consecuencia, la reanudación y continuación de la tramitación de la demanda de autos con arreglo al procedimiento ordinario. La Sala declara que la existencia de un solo bien formando parte de la sociedad post-ganancial y no habiendo acreditado la demandada por ningún medio de prueba la existencia de dos créditos que dice ostentar frente al actor, nada impide seguir el ejercicio de la acción de división de la cosa común, atribuyendo la propiedad al 50% a cada una de las partes contendientes.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

art.217.1 , art.217.2 , art.217.3 , art.806

RD de 24 julio 1889. Código Civil

art.1398.3

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CARGA DE LA PRUEBA

EL ARTÍCULO 1214 DEL CÓDIGO CIVIL

Alegación de su violación

Sólo ante inversión improcedente del "onus probandi"

COMUNIDAD DE BIENES

COPROPIEDAD O CONDOMINIO

Extinción y efectos

División de la cosa común

Práctica y modos

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Comunero; Desfavorable a: Comunero

Procedimiento:Apelación, Juicio Ordinario

Legislación

Aplica art.217.1, art.217.2, art.217.3, art.806 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.1398.3 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.24.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 23 marzo 2007 (J2007/17972)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos STS Sala 1ª de 28 mayo 2004 (J2004/51808)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos STS Sala 1ª de 30 julio 1999 (J1999/18888)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos STS Sala 1ª de 28 septiembre 1998 (J1998/20147)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos STS Sala 1ª de 19 junio 1998 (J1998/8656)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos STS Sala 1ª de 26 abril 1997 (J1997/2661)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos STS Sala 1ª de 14 marzo 1994 (J1994/2310)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos STS Sala 1ª de 23 diciembre 1993 (J1993/11831)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos STS Sala 1ª de 28 septiembre 1993 (J1993/8384)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos STS Sala 1ª de 23 diciembre 1992 (J1992/12754)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos STS Sala 1ª de 25 mayo 1992 (J1992/5242)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos STS Sala 1ª de 5 marzo 1991 (J1991/2394)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la demanda instauradora del presente litigio, el actor, Dº José Manuel, ejercitaba acción contra Dª Ofelia solicitando la división de cosa común de la vivienda y plaza de garaje litigiosos, respectivamente constitutivos de las fincas registrales núm. NUM000 y NUM001, de modo que terminaba solicitando que, tras los trámites legales pertinentes, se declare:

1. Que las fincas descritas en el hecho cuarto de la demanda, son indivisibles;

2. El cese de la comunidad sobre el inmueble y garaje más arriba referenciados, comunidad entre mi mandante y la demandada.

3. Que el cese de la comunidad se lleve a efecto en periodo de ejecución de sentencia, vendiéndose en subasta pública el inmueble y la plaza de garaje en cuestión, con admisión de licitadores extraños, por el precio inicial que resulta de la valoración practicada siguiéndose el procedimiento establecido en el artículo 655, siguientes y concordantes de la LEC EDL 2000/77463, repartiéndose el precio obtenido en partes iguales entre los litigantes.

Y se condene a la demanda al pago de los intereses de la cantidad que corresponda a mi mandante producto de la subasta, desde la fecha que fue requerida por medio de burofax, ya que ha ocupado la vivienda y disfrutado de la plaza de garaje sin pagar alquiler alguno, obteniendo un enriquecimiento injusto, o en su caso desde la interposición de la presente demanda.

SEGUNDO.- Convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, comparecieron y fueron exhortadas para que llegaran a un acuerdo, no siendo ello posible, y habiendo alegado la parte demandada excepción de inadecuación de procedimiento, de la que se dio dado traslado a la parte actora, el Juzgado acordó dictar al respecto resolución por escrito, continuando la audiencia previa para sus restantes finalidades, conforme al art. 423.2 de la L.E.C EDL 2000/77463. La resolución de tal cuestión se llevó a cabo mediante auto de fecha 22.10.07, en el que se desestimó la excepción de inadecuación de procedimiento planteada por la parte demandada, acordando continuar la tramitación del procedimiento. No obstante, recurrida en reposición dicha resolución, se dictó nuevo auto en fecha 3 de diciembre de 2007 -aclarado mediante auto de fecha 7 de abril de 2008-, objeto del presente recurso, en cuyos fundamentos jurídicos, una vez añadido el contenido de la aclaración, se decía:

"ÚNICO.- Procede la estimación del recurso interpuesto, por cuanto es cierto que en el auto impugnado se recoge doctrina jurisprudencial (que se da aquí por reproducida) acerca de la comunidad post ganancial que surge desde que se disuelve la ganancial pero no se liquida, y que es en el momento de la liquidación cuando cesa el derecho que en abstracto poseen los cónyuges sobre la sociedad ganancial, por lo que hasta entonces al no ostentarse un derecho de propiedad sobre bienes concretos, no pueden ejercitarse acciones de división, quebrando esta doctrina en el supuesto de que el momento de la disolución tan sólo exista un bien, que era lo alegado por la actora y acogido en la resolución impugnada.

Siendo cierto lo anterior, también lo es que la parte recurrente en su escrito de recurso y en el de contestación a la demanda (si bien tras plantear las excepciones), hace constar la existencia de dos créditos que su mandante dice ostentar frente al actor, y que éste se limita a negar en el escrito de impugnación del recurso, debiendo entenderse, a la vista de ello, que no puede concluirse a priori la existencia de un solo bien formando parte de la sociedad ganancial, y que discutiéndose por una de las partes la existencia de otros bienes, deberá procederse previamente, conforme a la jurisprudencia antes reseñada y recogida en el auto impugnado, a la liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que este procedimiento no resulta el adecuado existiendo obviamente una falta de competencia objetiva subsiguiente, lo que debe llevar al sobreseimiento del procedimiento.

Las costas se imponen a la parte actora conforme a lo estipulado en el art. 394 de la L.E.C. EDL 2000/77463 "

TERCERO.- En consecuencia, la parte dispositiva del auto dictado por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Palma en fecha tres de diciembre de 2007, resolviendo el incidente de inadecuación de procedimiento surgido en los presentes autos de juicio ordinario en ejercicio de acción de división de cosa común, seguidos con el número 318/07, de los que trae causa el presente rollo de apelación, acordaba literalmente (una vez añadido el contenido del auto de aclaración de fecha 7 de abril de 2008) lo que seguidamente se referirá:

"SE ESTIMA el recurso de reposición interpuesto por la representación procesal de la parte demandada D^a Ofelia, contra auto de 22 de octubre de 2007, acordándose el sobreseimiento del presente procedimiento, con base en las argumentaciones expuestas. Las costas se imponen a la parte actora conforme a lo estipulado en el art. 394 de la L.E.C. EDL 2000/77463 "

CUARTO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma, el cual correspondió a esta Sección Cuarta de Palma de Mallorca en virtud de reparto efectuado por la Oficina correspondiente. Dicho recurso fue instado por la representación procesal de la parte referida en el encabezamiento de esta sentencia como apelante, sin que fuera propuesta prueba en esta fase de apelación por ninguna de las partes del litigio, siguiéndose el recurso con arreglo a los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , quedando el rollo de apelación concluso para dictar la correspondiente resolución en esta alzada; obrando en autos los correspondientes escritos de parte, de apelación y de oposición a la apelación, cuyos argumentos serán objeto de resumen en el fundamento de derecho primero de la presente resolución.

QUINTO.- En la tramitación antedicha se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución apelada.

PRIMERO.- Frente a la resolución de instancia, resumida en los antecedentes de la presente resolución, se alza la representación procesal de la parte apelante en base a las alegaciones que se pasan seguidamente a referir:

"Por error en la apreciación de medio de prueba y carencia de la misma.

PRIMERA.- El objeto de la presente litis es la pretensión de división de cosa común, luego de disuelta después del divorcio la sociedad de gananciales.

La parte demandada plantea la excepción de inadecuación de procedimiento al alegar que debe proceder la liquidación de la sociedad de gananciales que regía el matrimonio. El primer auto dictado, desestimando la excepción formulada por el adverso, nos da la razón y ordena la continuación del procedimiento. El demandado interpone recurso de reposición y se le estima, ordenando la Juez ad quo mediante nuevo Auto, el sobreseimiento. Sobre éste versa nuestra apelación.

SEGUNDA.- El Auto de fecha 3 de diciembre de 2007 que se recurre, estima la excepción de inadecuación de procedimiento con fundamento en las alegaciones de la parte demandada en su recurso de reposición contra el Auto de 22/10/2007 y dicta sobreseimiento. Aquel Auto (que revoca el anterior, de fecha 22 de octubre de 2007, y que nos daba la razón), ratifica lo dicho en el primero respecto a la vivienda y plaza de garaje, es decir que se trata de un solo bien aunque estén registrados independientemente (inicio del segundo párrafo del Fundamento de Derecho, único), pero añade, "... que la parte recurrente hace constar dos créditos que su mandante DICE ostentar frente al actor, y que éste se limita a negar". Nosotros nos preguntamos, ¿dónde figuran esos créditos? ¿En qué se fundamenta la Resolución que se recurre para tenerlos por ciertos, cuando si siquiera hay referencia de ellos en el primero de los Autos, y con el sobreseimiento remitimos al procedimiento de la liquidación postganancial?

Dos son los "supuestos créditos" que alega la parte recurrente en reposición del primer Auto y en los que se basa la Juez ad quo para estimar el recurso: Alimentos y Cancelación anticipada de hipoteca. Respecto a los alimentos, ¿dónde está el documento judicial o de otro tipo que lo acredite. La parte demandada podía haber aportado el documento del Juzgado de Familia que lo acreditara, además fue el letrado en el divorcio. Pero es que esa deuda no la hay. Respecto a la cancelación de hipoteca, ¿dónde se nos dice que la haya pagado la demandada? Si así fuera ella tendría el resguardo de pago y los hubiera presentado con la contestación a la demanda. Nada en absoluto se debe a la demandada y por tanto nada tiene que reclamar, excepto lo que le corresponda de la división. La cuenta a la que se refiere la certificación bancaria nada dice sobre lo que ella pretende. Es una cuenta común de demandante y demandada. Lo único que pretende la demandada es beneficiarse a costa de la parte de su marido sobre de la vivienda y la plaza de garaje.

Es del todo punto increíble que la parte demandada-recurrente nos diga en su escrito de 25 de octubre de 2007, recurso de reposición, "Pero ni esos créditos pueden debatirse en este juicio". Es decir, que debemos creer a pies juntillas lo que se nos dice porque sí, y esa SIMPLE ALEGACION SIN RESPALDO PROBATORIO HAY QUE TENERLA POR ACREDITADA. En la contestación a la demanda se podrían haber aportado los documentos acreditativos de esas "deudas" que se dicen, pero no podían hacerlo porque no existen.

La Juez ad quo no ha aplicado el artículo 217.1.2.3 de la LEC EDL 2000/77463 sobre carga de la prueba ni el artículo 281.1. sobre el objeto y necesidad de la prueba. INFRACCION DE LA REGLA DEL "onus probandi". Sentencias de la Sala de lo Civil Sección 1^a del Tribunal Supremo sobre el "onus probandi", la de 17 de octubre de 2007., que en su Fundamento de Derecho Tercero hace referencia a la doctrina del principio expresado sobre la prueba; La S.T.S. 1329/2007, de 14 de diciembre., en su Fundamento de Derecho Cuarto, párrafo 1º EDJ 2007/17972 .

En su contestación a la demanda la parte adversa trata de fundamentar en créditos inexistentes su pretensión para que se desestime la demanda y hace referencia a Jurisprudencia sobre la liquidación de la sociedad de gananciales y la repartición de herencia cuando habla de formar lotes, pues bien, la S.T.S. de fecha 10/02/1997, IC J16/97 y 30/07/1999, IC J269/99 EDJ 1999/18888 , referencias de Lex Nova, nos dicen que: "... que hablar de un bien o dos es una cuestión bizantina". En esa sentencia se trata de dos casas y se determina la pública subasta.

Falta de tutela judicial efectiva que produce indefensión. TERCERA.- Es evidente que la excepción planteada en este caso debe estar respaldada por la documentación que acredite los extremos alegados ya que de no ser así como se puede saber si corresponde a no seguir el procedimiento que pretende la parte demandada. El Auto que ordena el sobreseimiento nos produce una indefensión total pues

exime de la prueba a quien alega y por tanto no nos otorga una tutela judicial efectiva vulnerando el artículo 24.1. de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

En virtud de lo expuesto:

SUPLICO AL JUZGADO: Que habiendo por presentado este escrito, con sus copias, en nombre y representación de mi mandante D. José Manuel, se sirva admitido, y en su virtud dicte resolución por la que se declare tener por interpuesto en tiempo y forma RECURSO DE APELACION contra el Auto de fecha siete de abril de dos mil ocho, respecto de los pronunciamientos concretos que se dejaron enunciados en el escrito de preparación y, previa la tramitación pertinente con el traslado al adverso a los fines legales oportunos, acuerde en definitiva que se remitan los autos a la Ilma. Audiencia Provincial de esta capital como Tribunal competente para resolver esta apelación, y, en consecuencia:

SUPLICO A LA SALA: Que previa la tramitación procedente, dicte Resolución mediante la que, acogiendo nuestras alegaciones se estime íntegramente este recurso, y dicte nueva Resolución que revoque el Auto recurrido, declare la NULIDAD y retroacción de las actuaciones al momento procesal pertinente, ordenando la continuación del Juicio sobre división de cosa común y condenando expresamente a la parte demandada a las costas de esta apelación."

La representación procesal de la parte apelada se opuso a los motivos del recurso alegando las razones que seguidamente se referirán:

"PRELIMINAR.- De entrada conviene recordar que el Auto de 3 de diciembre de 2007 fue, a instancias de esta parte, completado por el posterior Auto de 7 de abril de 2008, en el sentido de añadir que "Las costas se imponen a la parte actora conforme a lo estipulado en el arto 394 de la L.E.C. EDL 2000/77463 ".

Este concreto pronunciamiento en costas de la primera instancia no ha sido objeto de impugnación alguna por la parte recurrente, de ahí que deba mantenerse en esta alzada para el caso de que sea desestimado el recurso interpuesto de adverso.

"PRIMERA.- Tras la lectura del recurso de apelación deducido por la parte actora, entendemos que pocas cosas cabe añadir a cuanto ya fue alegado por esta parte con ocasión de la interposición del recurso de reposición (fechado el 25/10/2007) interpuesto contra el Auto de 22 de octubre de 2007, y que motivó que la Juez a quo repusiera esta última resolución y acogiera la tesis sostenida por esta parte; por lo que damos en este trámite por reproducidas íntegramente aquellas alegaciones, e interesamos que la tesis sustentada por esta parte sea nuevamente mantenida por la Sala en sede del presente recurso devolutivo.

Con todo, y saliendo al paso de las alegaciones vertidas de adverso en su impugnación, debemos recordar lo siguiente:

1º.- En el previo proceso matrimonial de divorcio, esta parte ya advirtió a la representación del marido (aquí actor y recurrente) que la esposa ostentaba DOS CREDITOS que tenía intención de hacer valer en el correspondiente procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

Esos créditos -que volvimos a relacionar en el recurso de reposición interpuesto por esta parte- eran los siguientes:

a) Uno era un crédito que mi representada ostenta frente a la sociedad de gananciales, al tratarse del cumplimiento de una obligación que se encontraba al cargo de la misma, consistente en el pago tras producirse la separación matrimonial, de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario -y demás gastos derivados del mismo- que gravaba la vivienda conyugal perteneciente a dicha sociedad de gananciales. Se decía que el importe total abonado por mi representada en solitario por dichos conceptos (con la total inhibición del aquí actor) debería figurar incluido en la liquidación de la sociedad, señaladamente en la partida tercera del Inventario del pasivo, según lo dispuesto en el art. 1.398-3º del Código Civil EDL 1889/1 .

b) Y el otro, era un crédito que mi representada ostenta contra el propio actor, dado que aquélla fue la que tuvo que hacerse cargo, también en solitario, de sacar adelante a sus hijas entonces menores de edad, asumiendo una obligación alimenticia que debía haber cumplido el actor en su condición de padre, ascendiendo dicho crédito generado a la cantidad de 25.242'84 euros (sin contabilizar las correspondientes actualizaciones). Dicho crédito, conforme a lo establecido en el art. 1.405 del Código Civil EDL 1889/1 , podrá ser exigido por mi representada en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales mediante la adjudicación de bienes comunes.

2º.- Pues bien, teniendo la parte aquí actora pleno conocimiento de todas esas circunstancias y de la existencia de esos dos créditos, prefirió hacer oídos sordos a todo ello y prefirió embarcarse y acudir a un manifiestamente inadecuado proceso, siendo que en la demanda de que dimana el presente recurso, la parte actora NADA OPONE a la existencia de los dos créditos proclamados por esta parte, de cuya postura pasiva cabría inferir su conformidad con lo aducido por esta parte en el previo proceso matrimonial.

Por lo que respecta al primero de los créditos reseñados, cabe significar que mi representada es la que tiene en su poder la escritura original de cancelación de la hipoteca (acompañada con nuestra contestación a la demanda como documento nº SIETE) y la carta de pago del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (vid. documento nº OCHO de la misma contestación a la demanda), de ahí que deba presumirse que fue la misma la que efectuó dichos pagos. Es obvio que si el actor hubiera contribuido en alguna cantidad a la amortización del susodicho préstamo hipotecario, lo que ni siquiera ha sido afirmado por el mismo en el juicio, a buen seguro que hubiera aportado los justificantes de dichos pagos (art. 217.3 LEC EDL 2000/77463), lo que evidentemente no se ha producido. Así pues debe tenerse por acreditado que fue mi representada la única que se hizo cargo íntegramente del pago de dichas cuotas hasta la extinción del préstamo con garantía hipotecaria. Y ese crédito contra la sociedad de gananciales debe tenerse en cuenta en el proceso de su liquidación.

Y en cuanto al segundo de los créditos anunciados en el previo proceso de divorcio, tampoco ninguna alusión mereció por la parte actora en la demanda instauradora de la presente litis, máxime cuando en aquel proceso matrimonial se llegaba a cuantificar por esta parte el importe de los alimentos para las hijas menores que hubo de asumir mi representada y que correspondía haber sido abonados por el padre, aquí actor, en cumplimiento de la Sentencia recaída en el proceso de separación matrimonial. Volvemos a decir lo mismo de antes: si el actor hubiera satisfecho los alimentos a que venía obligado, a buen seguro que hubiera aportado los correspondientes justificantes, nuevamente en recta aplicación de la normativa contenida en el art. 217.3 de la LEC EDL 2000/77463 ; por lo que es claro

que no abonó en su día las pensiones alimenticias que tuvieron que ser asumidas íntegramente por la madre. Es llano, pues, que dicho crédito también deberá tenerse en cuenta en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales en el modo anteriormente apuntado.

3°.- Y decimos todo esto porque resulta a estas alturas peregrino que la parte recurrente se queje de que no se ha acreditado la existencia de dichos dos créditos (que tienen visos de absoluta credibilidad), cuando ha tenido tiempo suficiente y sobradas oportunidades de combatidos contradictoriamente y no lo ha hecho, refugiándose en una actitud indolente y tratando de orillar, el adecuado proceso de liquidación de la sociedad de gananciales porque no le conviene en absoluto entrar en él, que es el que necesariamente deberá seguirse para debatir sobre qué partidas deben integrar el activo y pasivo y, en consecuencia, poder conocer qué bienes, de qué forma y en qué proporción o cuota son adjudicados a cada uno de los ex-cónyuges, sin cuya necesaria tramitación es imposible dar por sentado en estos momentos, como erróneamente pretende la parte actora, que el actor ostenta el derecho de propiedad sobre la mitad indivisa de los dos bienes inmuebles y, consecuentemente, se encuentra en posesión de la actio communi dividundo que ejercita a través de su demanda.

4°.- La resolución recurrida no incurre en ninguna de las infracciones que le atribuye la parte recurrente.

No hay vulneración del "onus probandi" por cuanto tras la alegación de la existencia de los dos créditos efectuada por esta parte ya en el previo proceso matrimonial de divorcio, con la aportación de la documentación correspondiente (escritura de cancelación de hipoteca, carta de pago del Impuesto sobre AJD, Sentencia de separación donde se obliga al padre al pago de una pensión de alimentos para sus hijas menores), era obligado para la parte actora acudir al proceso judicial de liquidación de la sociedad de gananciales; siendo que sólo le era dado acudir al ejercicio de la actio communi dividundo en caso de que existiera un solo bien y acreditando cumplidamente la inexistencia de dichos dos créditos, aportando -en recta aplicación de la normativa sobre el levantamiento de la carga de la prueba contenida en el art. 217.3 de la LEC EDL 2000/77463 - las pruebas del pago de los débitos hechos valer por mi representada para ser contabilizados en el proceso de liquidación. Es decir, en las circunstancias concurrentes la carga de la prueba correspondía al actor, habiéndose el mismo cruzado de brazos sin realizar ningún esfuerzo probatorio para acreditar los pagos efectuados por su parte, lógica pasividad si se tiene en cuenta que el actor no ha realizado pago alguno de los denunciados por esta parte.

Y tampoco la resolución recurrida causa indefensión alguna a la parte actora por cuanto, como hemos visto, desde el previo proceso de divorcio conocía la postura de esta parte y, sin embargo, prefirió acudir a este inadecuado procedimiento en vez de instar la liquidación de la sociedad de gananciales, para poderse debatir en su seno todas las cuestiones planteadas por esta parte: la realidad de los créditos ya aducidos en aquel proceso matrimonial y su incidencia en la división, partición y adjudicación de los bienes gananciales a cada uno de los ex-cónyuges.

Y la consecuencia de todo ello no puede ser otra que concluir, como ya hemos dejado expuesto a lo largo de nuestros anteriores escritos, que en estos momentos el actor carece de acción y, por lo tanto, adolece de falta de legitimación activa ad causam para pretender la tutela judicial que peticiona en su demanda, de ahí que deba la misma ser rechazada previa la desestimación del recurso de apelación que nos ocupa, manteniéndose la resolución recurrida en todos sus extremos.

En su virtud, SUPlico AL JUZGADO que habiendo por presentado este escrito junto con el justificante de la entrega de su copia a la contraparte, se sirva admitido y tenga por opuesta a esta parte en tiempo y forma al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandante contra el Auto de 3 de diciembre de 2007, completado por el de 7 de abril de 2008, dictados en los presentes autos, ordenando que se eleven las actuaciones originales a la Audiencia Provincial de Baleares para la resolución del recurso, A CUYA SALA SUPlico que en su día, previos los trámites legales de rigor, dicte oportuna resolución por la que, con total desestimación del indicado recurso de apelación deducido de adverso, se mantenga y confirme íntegramente la resolución recurrida; con expresa imposición a la parte actora-recurrente de las costas procesales causadas en la alzada, y con todo lo demás que proceda con arreglo a derecho."

SEGUNDO.- Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, observa la Sala que la representación procesal de la parte demandada interpuso en su día recurso de reposición contra el auto de 22 de octubre de 2007, por el que se denegaba inicialmente la inadecuación de procedimiento, resultando de interés recodar ahora lo que disponía dicho auto (pese a que posteriormente fuera revocado por el que ahora ha sido objeto de apelación):

"Primero. La situación que se crea en el momento en que se decreta el divorcio de las partes, es la de una comunidad postganancial, comunidad que existe desde que se disuelve la ganancial pero no se liquida, es, por tanto, una comunidad de tipo romano, pro indiviso, regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil EDL 1889/1, pero que no recae sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la misma (así lo expresan la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993 EDJ 1993/11831 EDJ 1993/11831 :... «comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial... cotitularidad ordinaria... cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el "totum" ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes...» y, a su vez, se refieren a esta comunidad postganancial las de 23 de diciembre de 1992 EDJ 1992/12754, 28 de septiembre de 1993 EDJ 1993/8384, 14 de marzo de 1994 EDJ 1994/2310, 26 de abril de 1997 EDJ 1997/2661 y 28 de septiembre de 1998 EDJ 1998/20147); en consecuencia, sólo cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias. Doctrina que significa que disuelta la sociedad y no liquidada, no se impide que los bienes integrantes del caudal conyugal queden sometidos, en tanto se practica su liquidación y adjudicación al régimen de la comunidad de bienes (artículos 392 y siguientes del Código Civil EDL 1889/1) y a sus preceptos rectores (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1998 EDJ 1998/8656), pero sin que ello le permita -por aplicación analógica de la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de 21 julio de 1986, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991 EDJ 1991/2394, 25 mayo de 1992 EDJ 1992/5242, 13 octubre de 1998, 28 Jun. 2001 y 28 de mayo de 2004 EDJ 2004/51808, para los supuestos de partición de la herencia- que ejercite la acción de división de cosa común en su condición de heredera de la esposa -en el caso concreto frente a los herederos del marido, al amparo del artículo 400 del Código Civil EDL 1889/1, respecto a una vivienda o al metálico que dice forma parte del patrimonio ganancial, al no haberse, tras la disolución de la herencia, practicado la liquidación de la sociedad de

gananciales y la subsiguiente adjudicación de los bienes que forman parte de ella. En efecto, no liquidada la sociedad de gananciales, ni materializada la partición, no se ha verificado el acto -negocial o judicial- que pone fin a la misma mediante la adjudicación a cada parte de las titularidades activas que forman parte del contenido de la sociedad de gananciales, por lo que no ha cesado ese derecho en abstracto que tienen los cónyuges o sus herederos sobre la misma ni se ha transformado en un derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno, de ahí que al no ostentar un derecho de propiedad sobre los bienes concretos y determinados cuya división pretenden no puede ejercitar la acción planteada.

Lo dicho, sólo quiebra en el supuesto, como reconoce la propia demandada, de que a la disolución de la sociedad ganancial exista un solo bien ganancial, pues entonces estaríamos ante una comunidad ordinaria no siendo necesarias las operaciones liquidatorias; y eso es lo que acontece en el supuesto que nos ocupa, pues nos encontramos ante un solo bien, la vivienda, debiendo considerarse el aparcamiento sito en el mismo edificio anejo a la misma aun cuando registralmente son dos fincas independientes."

En consecuencia, en dicho auto inicial se desestimó la excepción propuesta, acordando continuar la tramitación del procedimiento; sin embargo, recurrido en reposición, la Juzgadora a quo consideró que "... la parte recurrente en su escrito de recurso y en el de contestación a la demanda (si bien tras plantear las excepciones), hace constar la existencia de dos créditos que su mandante dice ostentar frente al actor, y que éste se limita a negar en el escrito de impugnación del recurso,...", por lo que entendió, a la vista de ello, que no puede concluirse a priori la existencia de un solo bien formando parte de la sociedad ganancial, y que, discutiéndose por una de las partes la existencia de otros bienes, deberá procederse previamente, conforme a la jurisprudencia antes reseñada y recogida en el auto impugnado, a la liquidación del régimen económico matrimonial.

En definitiva, el auto hoy apelado concluyó que este procedimiento ordinario de división de cosa común no resultaba el adecuado, existiendo una falta de competencia objetiva subsiguiente, lo que llevó a acordar el sobreseimiento del procedimiento. Y, tras petición de aclaración por la parte demandada, acordó también la imposición a la actora de las costas procesales.

Así las cosas, aprecia la Sala que la parte actora-apelante cuestiona ahora el acierto del auto impugnado al entender que, si bien en el mismo se ratifica lo dicho en el primer auto respecto a la vivienda y plaza de garaje (es decir, que se trata de un solo bien aunque estén registrados independientemente), sin embargo añade el auto apelado que: "... la parte recurrente hace constar dos créditos que su mandante dice ostentar frente al actor, y qué este se limita a negar". De modo que no cuestiona la apelante propiamente la tesis de fondo del auto recurrido, sino la veracidad de los dos créditos esgrimidos de contrario para desviar el debate de la división de cosa común hacia la liquidación de la sociedad de gananciales; tesis de fondo que, de hecho, tampoco es propiamente cuestionada por la parte demandada-apelada, que basa su pretensión en la efectiva existencia de esos dos créditos.

Consecuentemente, dentro del marco de la jurisprudencia citada en los autos dictados por la Magistrada-Juez de instancia, se cuestiona en autos únicamente la veracidad de los créditos invocados por la demandada y que sirven a ésta para justificar que la cuestión debatida no pueda sustanciarse por la vía del juicio ordinario como acción de división de la cosa común, debiendo serlo por la vía del procedimiento específico de liquidación del régimen económico matrimonial. Por ello, calificando la actora-apelante de "supuestos créditos" los que alega la adversa, créditos derivados de un pretendido impago por el actor de la obligación de alimentos impuesta en su día en la sentencia de separación de fecha 27.1.95, y, asimismo, de la invocada falta de pago por el actor de la cancelación anticipada de hipoteca; aprecia la Sala que, ciertamente, no obra en autos prueba -documental o de otro tipo- que acredite la efectiva pendencia de pago de tal crédito alimenticio, que, de existir, en buena lógica hubiera debido dar lugar a una solicitud de ejecución de la sentencia que imponía la obligación de alimentos. Ni tampoco, en relación con la cancelación anticipada de la hipoteca, presenta la parte demandada el correspondiente resguardo o documento bancario justificador de dicho pago unilateral. Pruebas que obviamente, en ambos casos, debieron haber sido aportadas por la parte que invocaba la existencia de tales créditos (artículo 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 sobre la distribución de la carga de la prueba), limitándose la demandada a aportar la escritura pública de cancelación de hipoteca, que no acredita el origen de los pagos empleados para tal fin, y, a lo sumo, presenta como único bagaje probatorio un justificante de abono del impuesto correspondiente, ascendente a 26.276 pesetas, de fecha 14.9.98. Dándose además la circunstancia de que, siendo la sentencia de divorcio de fecha 13.5.05, y habiendo dejado en ella sin efecto la pensión de alimentos en su día fijada en la sentencia de separación de 27.1.95, habida cuenta de que no consta en autos la reclamación por la vía de ejecución de sentencia de los pretendidos impagos de mensualidades de la obligación de alimentos devengadas desde 1995, se debe concluir que en su mayor parte estaría caducada la acción de ejecución de tales créditos.

Asimismo, se da la circunstancia de que, siendo la sentencia de separación de fecha 27.1.95, y resultando una de las consecuencias de la separación judicial, ex artículo 1.392 del Código Civil EDL 1889/1, la conclusión de pleno derecho de la sociedad de gananciales, los créditos invocados, de existir, no lo serían de D^a Ofelia frente a la sociedad ganancial, como se pretende, sino frente al hoy actor, pues nacieron después de aquella fecha, del mismo modo que las deudas de éste no lo serían frente a la sociedad de gananciales.

Recapitulando, no existe constancia en autos de la existencia de una sociedad postganancial integrada por un activo y pasivo plural que precise de una liquidación propiamente dicha y a llevar a cabo en el procedimiento de liquidación de gananciales, sino que únicamente constan los dos bienes inmuebles referidos, vivienda y plaza de garaje, los cuales, como se dice en la resolución de instancia, no cuestionada en dicho punto, pueden considerarse a los efectos que nos ocupan como si de un solo bien se tratara -por ser el aparcamiento, sito en el mismo edificio, como una anejo a la vivienda, aun cuando registralmente sean dos fincas independientes-. En consecuencia, no es aplicable en el caso de autos el criterio general de división de la sociedad de gananciales por el procedimiento específico correspondiente, criterio que, como dice la resolución de instancia y es admitido por la propia demandada, tiene como excepción el supuesto en que exista un solo bien ganancial, pues en tal caso estamos ante una comunidad ordinaria, no siendo precisas las operaciones liquidatorias que el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial establece en sus artículos 806 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, al no existir la masa común de bienes y derechos que justificaría la exigencia de dicho trámite. De suerte que cobra credibilidad la afirmación de la parte actora-apelante, relativa a que lo que verdaderamente pretende la parte

demandada es beneficiarse, a costa de la parte de su ex marido sobre la vivienda y la plaza de garaje, cuyo uso mantiene la demandada, tratando de dilatar así, mediante el empleo de forzados obstáculos procesales, el proceso de división de la cosa común. Proceso que, por todo lo expuesto, fue correctamente planteado por la parte actora, al ser viable en el caso de autos seguir el procedimiento ordinario para la división de la cosa común, con competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia para su conocimiento, pudiendo además haber procedido la parte demandada a solicitar en autos la compensación, en el reparto final, de los créditos que eventualmente pidiera ostentar frente al actor.

Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación, con revocación del auto de fecha 3.12.07, acordando en su lugar, conforme se dispuso en el anterior auto de fecha 22.10.07, la desestimación de la excepción de inadecuación del procedimiento, ordenando, en consecuencia, la reanudación y continuación de la tramitación de la demanda de autos con arreglo al procedimiento ordinario.

ULTIMO.- Al estimarse el recurso de apelación no ha lugar a hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas procesales devengadas en esta alzada, mientras que las derivadas de la primera instancia como consecuencia del presente incidente deben ser impuestas a la parte demandada; todo ello en aplicación de los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463.

VISTOS los preceptos legales citados, concordantes, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Por lo expuesto, la Sala ACUERDA:

1. ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D^o José Manuel, y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales D^{o/a} Miguel Buades Salom, contra el auto dictado por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Palma en fecha tres de diciembre de 2007 (aclarado mediante auto de fecha 7 de abril de 2008), en el que se resuelve el incidente de inadecuación de procedimiento surgido en los presentes autos de juicio ordinario en ejercicio de acción de división de cosa común, autos seguidos con el número 318/07, de los que trae causa el presente rollo de apelación, el cual se REVOCA, ACORDANDO EN SU LUGAR;

2. DESESTIMAR la excepción de inadecuación del procedimiento invocada por D^a Ofelia, y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales D^{o/a} Cristina Juan Morey; ORDENANDO, en consecuencia, la reanudación y continuación de la tramitación de la demanda de autos con arreglo al procedimiento ordinario.

3. No hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas devengadas en esta alzada.

4. Imponer a la parte demandada las costas devengadas en primera instancia por el presente incidente.

Así por este Auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Sr. Miguel Ángel Aguiló Monjo Sra. María Pilar Fernández Alonso Sr. Miguel Álvaro Artola Fernández

PUBLICACIÓN

Extendida y firmada que ha sido la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados indicados en el encabezamiento, procédase a su notificación y archivo en la Secretaría del Tribunal, dándosele publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . Doy fe.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 07040370042009200005