



Roj: **SAP ML 196/2019 - ECLI: ES:APML:2019:196**

Id Cendoj: **52001370072019100196**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Melilla**

Sección: **7**

Fecha: **21/11/2019**

Nº de Recurso: **87/2019**

Nº de Resolución: **73/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **SALUD DE AGUILAR GUALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, SECCIÓN SÉPTIMA CON SEDE EN MELILLA.

Modelo: N10250

EDIF. V CENTENARIO TORRE NORTE PLAZA DEL MAR Nº 3, 2ª PLANTA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 952698926/27 **Fax:** 952698932

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JBH

N.I.G. 52001 41 1 2017 0000205

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000087 /2019

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de MELILLA

Procedimiento de origen: DIH DIVISION HERENCIA 0000036 /2017

Recurrentes: Gregorio , Javier , Melisa , Paulino , Almudena

Procurador: BELEN PUERTO MARTINEZ, ISABEL HERRERA GOMEZ , ANA HEREDIA MARTINEZ, ISABEL HERRERA GOMEZ

Abogado: RAFAEL GAMEZ CARRILLO, NOELIA MARIA MARTINEZ MARTINEZ, NAYIM MOHAMED ALI, NOELIA MARIA MARTINEZ MARTINEZ.

Recurridos: Rocío , Victorio , Jose Ángel

Procurador: CONCEPCION GARCIA CARRIAZO, CONCEPCION SUAREZ MORAN

Abogado: MARIA PURIFICACION PEREZ PADRON, ANA MARIA HIDALGO PEREZ

SENTENCIA nº 73/19

ILTMOS. SRES

Don FEDERICO MORALES GONZÁLEZ

Presidente

Don MARIANO SANTOS PEÑALVER

Dª SALUD DE AGUILAR GUALDA

Magistrados

En Melilla a 21 de noviembre de 2019



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 7ª, de la Audiencia Provincial de Málaga, sede en Melilla, los Autos de DIVISIÓN DE HERENCIA Nº 36/17, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Melilla, a los que ha correspondido el Rollo nº 87/19, en los que consta cuatro recursos de apelación, de un lado, Dª Isabel Herrera Gómez, en nombre y representación de Dª Almudena , Dª Isabel Herrera Gómez, en nombre y representación de Dª Melisa , Dª Ana Heredia Martínez, en nombre y representación de D. Paulino y Dª Belén Puerto Martínez, en nombre y representación de D. Javier y D. Gregorio , habiendo presentado escrito de oposición a los mismos, Dª María CONCEPCIÓN Suárez Morán, en nombre y representación de Victorio , siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dª. Salud de Aguilar Gualda.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En el proceso de referencia, y en fecha 3/7/2019, recayó Sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: *"Se aprueba la propuesta de inventario recogida en el hecho cuarto de la demanda, con la sola exclusión de la finca ARCONSA. No procede aplicar porcentaje para la cónyuge del causante, ya que el régimen matrimonial aplicable a D. Jose Ángel y Dª Almudena era el de separación de bienes. No se hace pronunciamiento condenatorio en costas"*.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpusieron cuatro recursos de apelación: Dª Isabel Herrera Gómez, en nombre y representación de Dª Almudena , Dª Isabel Herrera Gómez, en nombre y representación de Dª Melisa , Dª Ana Heredia Martínez, en nombre y representación de D. Paulino y Dª Belén Puerto Martínez, en nombre y representación de D. Javier y D. Gregorio , y fueron remitidos los autos a esta Audiencia a los efectos oportunos, con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones y personadas las partes, no se han aportado nuevos documentos ni solicitado la celebración de vista, pero sí se solicitó por parte de la representación procesal de Dª Almudena , la testifical de D. Florian y D. Gonzalo , que fue desestimada mediante Auto de 18/11/19, por las razones en el mismo expuestas. Posteriormente, se señaló día y hora para la deliberación, votación y fallo, tras lo cual pasaron los autos al ponente para redacción de la presente resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El recurso presentado por Dª. Almudena , al que el resto de recurrentes se adhieren, alega los siguientes motivos: nulidad de las actuaciones por no haberse declarado la intervención judicial de la herencia, vulneración de normas o garantías procesales por aportación de más documental en el acto de la vista, vulneración de más artículos por la denegación de la práctica de la testifical solicitada en el acto de la vista, inadecuación del procedimiento por vulneración del art. 794 LEC, infracción del art. 9.2 CC en relación con el 1315 y 1316 del mismo cuerpo legal y con el 281 LEC, y vulneración del art. 38 LH en relación con el 93 RH.

El Tribunal adelanta que ninguno de los motivos puede prosperar.

En relación a la nulidad solicitada por la recurrente, basada en la no declaración de la intervención judicial de la herencia previa a la formación de inventario, es necesario indicar que la propia demanda (acontecimiento 1) solicitó en el primer otrosí la formación de inventario en base al art. 783.1 LEC.

Tras lo cual, se dictó Decreto de fecha 31/3/2017 (acont. 21) por el que se acordaba:

1. Admitir a trámite la demanda de división judicial de herencia.
2. La intervención del caudal hereditario.
3. Citar apara el inventario a los interesados.

Decreto que resultó ser firme, puesto que no fue recurrido en Reposición por ninguna de las partes, debidamente emplazadas.

Señala entre otras, la SAP Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de 21/12/2009: *" sólo cuando el Juez previamente ha decretado la intervención de dicho caudal, ya de oficio ya a petición de parte, es posible practicar el llamado inventario judicial, en cuanto éste forma parte, junto con la Administración del caudal hereditario, de las posibles actuaciones a practicar por el Juez con motivo de haber decretado la intervención judicial de los bienes de la herencia"*.

Por tanto, habiéndose acreditado la declaración de la intervención judicial de la herencia, se dan por cumplidos los trámites legales oportunos, y por tanto, no procede declarar la nulidad de lo actuado.

En segundo lugar, con respecto a la "más documental" aportada en el acto de la vista celebrada el día 14/2/19, que fue admitida por la juez a quo y que consta en autos, consistente en: certificado expedido por el Consulado



General del Reino de Marruecos en Madrid, Informe del Consulado General del Reino de Marruecos en Sevilla y Resolución de la DGRN, de 21/11/11.

La misma ha de tenerse por presentada y admitida por la simple razón de no crear indefensión a la parte actora. Si bien en la demanda se solicitaba la división judicial de herencia previos todos los trámites legales oportunos, no se fijó en ningún momento como hecho controvertido ni discutido el régimen económico matrimonial, dando por sentado que el mismo era el de separación de bienes. Sin embargo, una vez emplazados los demandados para contestación a la demanda, la representación procesal de D^a Almudena (viuda del causante) alegó que el régimen económico matrimonial debía ser el de gananciales, aportando para su acreditación cierta documental. Por tanto, fue un hecho nuevo del que el actor no tuvo conocimiento hasta que le fue notificada la contestación a la demanda, creándole por tanto indefensión si en el acto de celebración de vista no se le hubiera concedido la palabra para alegaciones al respecto y la oportunidad de presentar la documental que estimase necesario para la oposición a dicho extremo.

Por ello, el motivo decae.

En tercer lugar, en cuanto a los testigos propuestos por el recurrente, ciertamente en un momento inicial fueron admitidos mediante Decreto de fecha 3/2/19 (acontec. 304), procediéndose de hecho a su citación a través de sendas cédulas (acontecim 307 y 308), sin embargo, en el acto de la vista, la juez a quo denegó su testifical, puesto que entendió, y así lo entiende también este Tribunal, que la cuestión controvertida del procedimiento no era otra que la fijación de los bienes que formarían parte del inventario en base al régimen económico matrimonial, y esto no se puede entender como una cuestión fáctica sino jurídica, es decir, tan solo procedía la determinación del mismo por la documental aportada y en todo caso, por la aplicación de la ley y la doctrina jurisprudencial relativa a la materia. La testifical de los contables que llevaron a cabo durante cierto tiempo la contabilidad o la asesoría mercantil y fiscal del causante y su esposa, no iban a poder fijar de ninguna de las maneras el régimen económico del matrimonio, por tanto se entendió que dichas testificales devenían inútiles para la causa. Y así lo entiende este Tribunal.

De hecho, dicha denegación ha sido efectuada, como se mencionaba en los antecedentes, mediante Auto de esta Sección, de fecha 18/11/19.

Por tanto, el motivo decae.

Con respecto a la inadecuación del procedimiento y consiguiente vulneración del art. 794 LEC, debiendo acudir a un procedimiento declarativo para la determinación del régimen económico, relacionado con la vulneración del art. 9.2 CC, hemos de decir, como en los anteriores párrafos, que aunque el procedimiento que nos atañe es el de división judicial de herencia, los codemandados en sus escritos de contestación a la demanda invocaron como hecho controvertido el carácter ganancial de los bienes del relictos, por entender que ese era el régimen económico que regía en el matrimonio. Por esta razón la sentencia de la juez a quo fundamenta y motiva extensamente dicho extremo. Y siguiendo su tesis, por aplicación de la propia ley y de la documental aportada, se entiende que el régimen que regía en el matrimonio del causante y su esposa era el de separación de bienes. Y ello es así porque de las certificaciones del Consulado de Marruecos en Sevilla y Madrid, presentadas como "más documental" por la parte actora en el acto de la vista, se extrae literalmente que según el art. 49 del Código de Familia marroquí, cada uno de los cónyuges posee su propio patrimonio (*En cuanto a la cuestión de la gestión de los bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio, sin perjuicio de la regla de separación de sus respectivos patrimonios, los cónyuges podrán, en principio, acordar un modo de gestión de los bienes adquiridos en común, en un documento separado del acta de matrimonio. En caso de desacuerdo, se remitirán a las reglas generales de prueba para que el juez evalúe la contribución de cada uno de los cónyuges a la fructificación de los bienes de la familia*). Es decir, que si bien el Reino de Marruecos no tiene prestablecido un régimen económico, sí establece que en principio cada uno mantiene su patrimonio y si quisieran llegar a otro acuerdo, el de ganancialidad o el de participación, éste tendría que recogerse en un documento distinto del acta de matrimonio.

Por tanto, es justo lo contrario al régimen establecido en España (salvo en determinadas comunidades autónomas), donde el régimen que se presume es el de gananciales y si no, han de firmarse las correspondientes capitulaciones matrimoniales ante Notario. En el caso de Marruecos, se presume el régimen de separación de bienes y si se desea que rija otro, habrá de hacerse constar en documento aparte.

Pues bien, dicho documento jamás fue redactado y firmado por los cónyuges, por lo que resulta imposible presumirlo, por mucho que de forma posterior y ya en España, una vez obtenida la **nacionalidad**, realizaran actos donde se recogieran frases tales como: "casados en régimen de gananciales", o, "con carácter presuntivamente ganancial" (extremos que debían haber sido comprobados por el Notario y que no lo fueron). La ganancialidad no se presume en el régimen marroquí, por lo que no podemos entender que al inscribir el matrimonio en el Registro Civil español, el matrimonio cambie, sino que cuando un acto jurídico celebrado



en el extranjero tiene acceso a nuestro Registro, no cambia, no muta, el acto es el mismo, sólo se reconoce aquí, se le da publicidad registral. Es decir, la pareja no se volvió a casar en España aplicándosele el régimen presumible aquí, sino que inscribió el matrimonio celebrado en Marruecos bajo su rito y sus condiciones jurídicas. Por tanto, el matrimonio celebrado en el año 57 en Marruecos debe permanecer tan cual, inalterado, con el régimen económico que en su día se dispusiera allí, lugar de celebración del mismo, y con la ley nacional de los contrayentes, independientemente de que con posterioridad éstos adquieran nueva **nacionalidad** y consecuentemente, nuevo lugar de residencia. Todo ello porque de forma posterior los cónyuges no firmaron ningún documento que modificase de forma expresa su régimen económico, tal y como establece el código de familia marroquí.

Por tanto, el motivo decae.

En relación al reglamento hipotecario alegado por los recurrentes, el art. 93.1. señala: *Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas, y el 94.1: Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial.*

Pues bien, descendiendo a nuestro caso, nos encontramos con que todas las notas simples que constan en el procedimiento cuentan con la siguiente inscripción de titularidad: *Jose Ángel, casado con Almudena, titulares del pleno dominio del 100% (la totalidad) de esta finca, con carácter presuntivamente ganancial, en virtud de la escritura de extinción otorgada en Melilla, ante el Notario D. Carlos Norzagaray Belón, el 7 de octubre de 2002, con protocolo 1554, según costa en su inscripción 2ª, de fecha 31 de enero de 2005, al folio 177, tomo 543, libro 542.*

Si acudimos a dicha escritura, que también consta en el procedimiento (aportada en la comparecencia ante la LAJ del Juzgado para formación de inventario, celebrada el día 15/5/18), en la misma se procede a la extinción de la sociedad WEIL, CASTILLA Y MOHAMED, S.L., liquidándose los bienes propiedad de la misma, de tal forma que a D. Jose Ángel se le adjudica aparte de un dinero en metálico, el 100% de la propiedad de las 14 fincas que vienen señaladas en el hecho cuarto de la demanda (folios 33 a 55 de la escritura). De esta manera, la adjudicación de dichas fincas se hace con carácter exclusivo y privativo a D. Jose Ángel, y es por ello que entendemos que el Registrador, al inscribir las fincas lo hizo con carácter presuntivamente ganancial, puesto que las mismas solo tenían un titular, y no había documento alguno que probara la ganancialidad de las mismas ni del régimen económico matrimonial, probablemente porque así quiso el matrimonio que fuera en virtud del régimen económico que tenían y mantenían desde la celebración de su matrimonio.

Por tanto, el motivo decae.

Por último, en relación a los bienes que se fijan para la formación del inventario, ciertamente mediante comparecencia celebrada el 14/5/18, todas las partes acordaron con respecto a la finca ARCONSA, que la misma debía quedar fuera del inventario. Por lo que no se ha suscitado discusión alguna al respecto, confirmando así la decisión de la juez a quo.

Por todo ello procede por tanto, confirmar el fallo de la sentencia de 3/7/19, que incluye en el caudal relicto los bienes señalados en el hecho cuarto de la demanda, a excepción de la finca Arconsa, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO.- En materia de costas será de aplicación el art. 398 en relación con el 394 LEC, imponiéndose las de esta alzada a los recurrentes, que han visto desestimadas sus pretensiones.

Vistos los artículos citados y demás de legal y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos íntegramente el Recurso de Apelación interpuesto por Dª Isabel Herrera Gómez, en nombre y representación de Dª Almudena, y todos los presentados en adhesión, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Melilla, en los autos de División de herencia nº 36/17, y confirmamos de igual modo dicha resolución, con expresa condena en costas a los recurrentes.

Notifíquese a las partes la presente resolución haciéndoles saber que dejando a salvo el supuesto contemplado en el ordinal 3º del artículo 477 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil la presente resolución agota la vía jurisdiccional ordinaria.

Devuélvanse, en su momento, los autos originales al Juzgado de su procedencia junto con testimonio de la presente resolución para ejecución y cumplimiento de lo resuelto.



Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ