



Roj: **STS 2184/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2184**

Id Cendoj: **28079110012020100361**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2020**

Nº de Recurso: **2719/2017**

Nº de Resolución: **298/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 6223/2017,**
STS 2184/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 298/2020

Fecha de sentencia: 15/06/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2719/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/04/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID, SECCION 22.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2719/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 298/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 15 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.^a Carmen , representada por la procuradora D.^a Rocío Arduan Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. Fausto Sánchez Navarrete, contra la sentencia dictada por la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 536/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 18/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Madrid, sobre liquidación de gananciales. Ha sido parte recurrida D. Jose Francisco , representado por la procuradora D.^a María del Carmen Ortiz Cornago y bajo la dirección letrada de D. Luis Zarraluqui Navarro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Rocío Arduán Rodríguez, en nombre y representación de de D.^a Carmen , interpuso demanda de liquidación de gananciales contra D. Jose Francisco , en la que solicitaba:

"[...] se señale día y hora para que, en el plazo máximo de diez días, se proceda a la formación de inventario correspondiente al régimen económico del matrimonio contraído por ellos, mandando citar a los cónyuges, para en definitiva acordar:

"1º.- La aprobación de la propuesta de inventario contenida en el Hecho Noveno y la adopción de las medidas de administración/disposición y de alimentos que se dejan solicitadas en los Hechos Decimoprimer y Decimosegundo, si la parte contraria no asiste a la comparecencia que se señale o se muestra conforme con ellas.

"2º.- Dar a esta solicitud el impulso procesal pertinente si se formulare oposición a la propuesta de inventario presentada por mi representada, para en definitiva dictar en su día resolución mediante la que se declare formado el inventario de la sociedad legal de gananciales referida de conformidad con la propuesta contenida en el cuerpo del presente escrito y se acuerden las medidas de administración/disposición y alimentos solicitadas.

"3º.- Imponer las costas a D. Jose Francisco si se opusiere temerariamente".

2.- La demanda fue presentada el 26 de diciembre de 2012, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Madrid se registró con el n.º 18/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió a señalar fecha para la comparecencia a que se refiere el art. 809 de la Ley 1/2000, citándose a las partes para la misma.

3.- Personado D. Jose Francisco bajo la representación procesal de la procuradora D.^a María del Carmen Ortiz Cornago, se celebró la citada comparecencia el 13 de marzo de 2013, y se convocó a las partes a la celebración de la vista principal para el día 23 de mayo de 2013, a la que comparecieron ambas partes en forma legal.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º. 24 de Madrid dictó sentencia de fecha 15 de junio de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimando parcialmente la demanda interpuesta por D.^a Carmen , contra D. Jose Francisco , debo declarar y declaro que el activo y pasivo de la disuelta sociedad de gananciales en su día perteneciente al matrimonio formado por las partes litigantes es el siguiente:

"1º.-El activo de la sociedad de gananciales de los litigantes está formado por los siguientes bienes y **derechos**:

"1. El pleno dominio de una cuota parte indivisa del 82,55 %, de la vivienda urbana sita en el conjunto residencial denominado " DIRECCION000 ", vivienda NUM000 , en el término municipal de Madrid, con fachada a la CALLE000 , CALLE001 , AVENIDA000 , vía de servicio AVENIDA001 y al ramal cambio de sentido de la AVENIDA000 . Compuesto en total de trece portales.

"Pertenece al conjunto de fincas con acceso por el portal número NUM000 , CALLE000 , número NUM001 .

"Ocupa una superficie útil de 102,06 m2 y construida, incluidos elementos comunes de 135,31 m2.

"Adquirida por los cónyuges con carácter ganancial, junto a las fincas señaladas en 1 las partidas número 2, 3 y 4 a la **mercantil** Vallehermoso, División Promoción S.A.U, mediante escritura de compraventa otorgada el día 6 de junio de 2002 ante el Notario de Madrid D. Miguel Ángel García- Ramos Iturralde, con el número 2.085 de su protocolo, por el precio total de 52.938.250 pesetas, IVA incluido, equivalente a 318.165,29 euros, IVA incluido.



"Dicho precio lo pagaron los cónyuges de la siguiente manera:

"a) A la reserva el 4-4-2000: 4.823,12 euros.

"b) Un 10% la firma del contrato privado: 26.993,41 euros.

"c) Otro 10% aplazado en 15 letras de cambio aceptadas por ambos con vencimientos mensuales sucesivos desde el día 30 de mayo de 2000 contra la cuenta número NUM002 del Banco Popular Español: 31.816,53 euros.

"d) El 80% restante mediante subrogación en la hipoteca con el Banco Santander Central Hispano S.A.

"Inscrita en el Registro de la Propiedad número 11 de Madrid, al tomo NUM003, libro NUM004, folio NUM005, finca número NUM006, inscripción 3ª.

"El dominio sobre el referido inmueble pertenece, por tanto, en pro indiviso, a la sociedad de gananciales, en proporción del 82,55 por 100, y al Sr. Jose Francisco, a título privativo, en proporción del 17,45 por 100.

"2. El pleno dominio de una cuota parte indivisa del 82,55 % de la plaza de aparcamiento número NUM007 en NUM015, integrante del conjunto residencial denominado " DIRECCION000 ", en el término municipal de Madrid, con fachada a la CALLE000, CALLE001 AVENIDA000, vía de servicio AVENIDA001 y al ramal cambio se sentido de la AVENIDA000. Compuesto en total de trece portales.

"El acceso y salida para vehículo se realiza a través de una rampa ubicada entre los A y B, CALLE000 número NUM008.

"Ocupa una superficie construida incluidos elementos comunes de 26,08 m2.

"Se encuentra gravada con la misma hipoteca a favor del Banco Santander Central Hispano S.A.

"Inscrita en el Registro de la Propiedad número 11 de Madrid, al tomo NUM009, libro NUM010, folio NUM011, finca número NUM012, inscripción 3ª.

"Referencia Catastral NUM013.

"El dominio sobre el referido inmueble pertenece, por tanto, en pro indiviso, a la sociedad de gananciales, en proporción del 82,55 por 100, y al Sr. Jose Francisco, a título privativo, en proporción del 17,45 por 100.

"3. El pleno dominio de una cuota parte indivisa del 82,55 % de la plaza de aparcamiento número NUM014 en NUM015, integrante del conjunto residencial denominado " DIRECCION000 ", en el término municipal de Madrid, con fachada a la CALLE000, CALLE001 AVENIDA000, vía de servicio AVENIDA001 y al ramal cambio se sentido de la AVENIDA000. Compuesto en total de trece portales.

"El acceso y salida para vehículo se realiza a través de una rampa ubicada entre los A y B, CALLE000 número NUM008.

"Ocupa una superficie construida incluidos elementos comunes de 26,08 m2.

"Inscrita en el Registro de la Propiedad número 11 de Madrid, al tomo NUM009, libro NUM010, folio NUM016, finca número NUM017, inscripción T.

"Referencia Catastral: NUM018.

"El dominio sobre el referido inmueble pertenece, por tanto, en pro indiviso, a la sociedad de gananciales, en proporción del 82,55 por 100, y al Sr. Jose Francisco, a título privativo, en proporción del 17,45 por 100.

"4. El pleno dominio de una cuota parte indivisa del 82,55 % del trastero número NUM019 en NUM015, integrante del conjunto residencial denominado " DIRECCION000 ", en el término municipal de Madrid, con fachada a la CALLE000, CALLE001 AVENIDA000, vía de servicio AVENIDA001 y al ramal cambio se sentido de la AVENIDA000. Compuesto en total de trece portales.

"Ocupa una superficie construida de 6,72 m2.

"Inscrita en el Registro de la Propiedad número 11 de Madrid, al tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM022, finca número NUM023, inscripción T.

"Referencia Catastral: NUM024.

"El dominio sobre el referido inmueble pertenece, por tanto, en pro indiviso, a la sociedad de gananciales, en proporción del 82,55 por 100, y al Sr. Jose Francisco, a título privativo, en proporción del 17,45 por 100.

"5. El pleno dominio de cuarto trastero número NUM025 en NUM015 , integrante del conjunto residencial denominado " DIRECCION000 ", en el término municipal de Madrid, con fachada a la CALLE000 , CALLE001 AVENIDA000 , vía de servicio AVENIDA001 y al ramal cambio se sentido de la AVENIDA000 .

"Compuesto en total de trece portales.

"Ocupa una superficie construida de 7,21 m2.

"Inscrita en el Registro de la Propiedad número 11 de Madrid, al tomo NUM026 , libro NUM027 , folio NUM028 , finca número NUM029 , inscripción 2ª.

"Referencia Catastral: NUM030 .

"6. El saldo de 1,79 euros existente al día 22/10/2009 en la cuenta abierta a nombre de ambos litigantes en el Banco Santander bajo el número NUM031 .

"7. 11.504 participaciones sociales, del total de 17.708 participaciones sociales, de 10 euros de valor nominal cada una, en que se divide el capital social de la entidad **mercantil** Euromotorhome España S.L. Con CIF B-8159903 y domicilio social en la nave propiedad de esta, situada en la calle Sierra de Guadarrama 16 del parque empresarial San Fernando de Henares.

"De las 17.708 participaciones sociales, 4.183 participaciones son privativas del Sr. Jose Francisco ; 2.021 participaciones sociales son privativas de la Sra. Carmen .

"8. Crédito de la Sociedad de gananciales contra Dª Carmen por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la cantidad total de 7.738, 17 euros por la parte proporcional de 11,41% del capital social que corresponde a sus 2.021 participaciones sociales que le pertenecen con carácter privativo por la parte de beneficios obtenidos por esta sociedad como consecuencia de no haber abonado a Dª Carmen las retribuciones netas del trabajo y las dietas que le atribuyó entre los años 2004 a 2007 ambos inclusive, y que dicha sociedad se dedujo después como gasto In su contabilidad por lo que los beneficios sería mayores a los declarados.

"9. Crédito de la Sociedad de gananciales contra Dª Carmen por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la cantidad total de 22.027,67 euros por su mitad en el 64,95% del capital social que corresponde a las 11,504 participaciones sociales que le pertenecen al Sr. Jose Francisco con carácter ganancial en Euromotorhome España S.L por los beneficios obtenidos en esta sociedad como consecuencia de no haber abonado a la misma doña Carmen las retribuciones netas del trabajo las dietas que le imputó entre los años 2004 a 2007.

"10. Crédito de la Sociedad de gananciales contra Dª Carmen por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la cantidad de 8.385'46 euros por la parte proporcional de su 11'41% del capital social en los beneficios no repartidos en Euromotorhome España S.L. y llevados a reservas de dicha sociedad, con los que en fecha de 22 de mayo de 2000 se aumentó el capital social en 73.492'16 euros más y en el que se le asignaron gratuitamente a la misma 1.221 participaciones sociales de 6'02 euros de valor nominal cada una, que como frutos y rentas que han producido los bienes privativos durante el matrimonio, son bienes gananciales.

"11. Crédito de la Sociedad de gananciales contra Dª Carmen por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la cantidad de 23.870'25 euros por la mitad que tiene en el 64'96% del capital social que representan las 11.504 participaciones que le pertenecen al Sr. Jose Francisco , con carácter ganancial, en los beneficios no repartidos en Euromotorhome España S.L y destinados a reservas de dicha sociedad con los que el 22 de mayo de 2000 se aumentó el capital social en 73.492'16 euros más y en el que se le asignaron gratuitamente al mismo un total de 4.883 participaciones sociales de 6'02 euros de valor nominal cada una, y de las que , hecho el correspondiente prorrateo, 1.953 participaciones de las asignadas , tiene carácter ganancial.

"12. Crédito de la Sociedad de gananciales contra Dª Carmen por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la cantidad de 5.770' 93 euros por la parte proporcional de su 11'41% del capital social en los beneficios no repartidos en Euromotorhome España S.L y llevados a reservas de dicha sociedad , con los que en fecha de 28 de diciembre de 2006 se aumentó el capital social en 50.577'84 euros más mediante aumento del valor nominal de sus participaciones privativas desde los 6' 02 euros a 10'00 euros cada una con cargo a reservas según balance al 31 de diciembre de 2005.

"13. Crédito de la Sociedad de gananciales contra Dª Carmen por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la cantidad de 16.427' 68 por la mitad que tiene en el 64'96% del capital social que representan las 11.504 participaciones que le pertenecen al Sr. Jose Francisco , con carácter ganancial, respecto a los beneficios no repartidos en Euromotohome España S.L y destinados a reservas de dicha



sociedad, con los que en fecha de 28 de diciembre de 2006 se aumentó el capital social en 50.577'84 euros más mediante aumento del valor nominal de sus participaciones privativas desde los 6'02 euros a 10'00 euros cada una con cargo a reservas según balance al 31 de diciembre de 2005.

"14. Crédito de la sociedad de gananciales contra Da Carmen por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la cantidad de 5.705'00 euros por la parte proporcional de su 11'41 % del capital social en los beneficios no repartidos en la sociedad **mercantil** Euomotorhome España S.L y destinados a reservas voluntarias de dicha sociedad, con los que en fecha de 28 de diciembre de 2006 se aumentó el capital social en 50.000'00 euros más y en el que se le asignaron a la misma 750 participaciones sociales de 10 euros de valor nominal cada una, que tienen carácter privativo suyo.

"15. Crédito de la Sociedad de gananciales contra Da Carmen por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la cantidad de 16.240'00 por la mitad que le corresponde en el 64'96% del capital social que representan las 11.504 participaciones que le pertenecen al Sr. Jose Francisco, con carácter ganancial, respecto a los beneficios no repartidos en Euomotorhome España S.L y destinados a reservas voluntarias de dicha sociedad según balance cerrado al 31 de diciembre de 2005, con las que en fecha de 28 de diciembre de 2006 se aumentó el capital social en 50.000 euros más y en el que se le asignaron al mismo un total de 4.250 nuevas participaciones sociales de 10 euros de valor nominal cada una y de las que hecho el prorrateo 3.117 participaciones de las asignadas tienen carácter ganancial.

"16. Crédito de la Sociedad de gananciales contra D^a Carmen por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la cantidad de 6.517'45 euros que le corresponden por la parte proporcional del 11'41% del capital social que representan las 2.021 participaciones sociales que le pertenecen con carácter privativo, en la cantidad de total de 57.120'51 euros que suman los beneficios declarados y no repartidos en Euomotorhome España S.L en 2006.

"17. Crédito de la Sociedad de gananciales contra D^a Carmen por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la cantidad de 18.552' 74 euros de la mitad que le corresponde en el 64'96% del capital social que representan las 11.504 participaciones que le pertenecen con carácter ganancial en la cantidad de 57.120' 51 euros que suman los beneficios no repartidos en la sociedad **mercantil** Euomotorhome España S.L en 2006.

"18. Crédito de la Sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la devolución de IRPF del ejercicio 2008 cuyo importe se desconoce y que le fue abonada al mismo en el año 2009 después de la disolución de la sociedad de gananciales por sentencia de divorcio, en la cuenta n^o NUM032 de titularidad exclusiva de aquél en el Banco Santander S.A.

"19. Crédito de la Sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la cantidad de 4.897.41 euros correspondiente a la parte proporcional de los 296 días transcurridos desde el día 1/01/2009 hasta el 22/10/2009 de la disolución de la sociedad de gananciales por sentencia de divorcio, de la total devolución de 6.039,04 euros del IRPF del ejercicio 2009 que le fue abonada al mismo en la cuenta n^o NUM032 de titularidad exclusiva de aquél en el Banco Santander S.A.

"20. Crédito de la Sociedad de gananciales contra D^a Carmen por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la suma total de las distintas cantidades de que haya dispuesto la misma para su exclusivo o particular beneficio desde el día 21/04/2008 hasta el día 22/10/2009, fecha de la disolución de la sociedad de gananciales por sentencia de divorcio, de la cuenta n^o NUM031 de la titularidad conjunta en el Banco de Santander, S.A.

"21. El saldo de 22,47 euros, existente al 5-10-2009 en la cuenta bancaria de la titularidad exclusiva del demandado abierta en la Caixa con el número NUM033.

"22. Un crédito de la sociedad contra el demandado por el importe que resulte de actualizar, con referencia al día de la efectiva liquidación, a partir de cada uno de los pagos, las aportaciones realizadas por el Sr. Jose Francisco al plan Europopular Vida Fondo Pensiones (partida 13) constante matrimonio y vigente la sociedad de gananciales.

"23. Un crédito de la sociedad contra el demandado por el importe que resulte de actualizar, con referencia al día de la efectiva liquidación, a partir de cada uno de los pagos, las aportaciones realizadas por el Sr. Jose Francisco al plan Caja de Seguros Reunidos Compañía de Seguros (partida 14) constante matrimonio y vigente la sociedad de gananciales.

"24. Un crédito de la sociedad contra el demandado por el importe que resulte de actualizar, con referencia al día de la efectiva liquidación, a partir de cada uno de los pagos, las aportaciones realizadas por el Sr. Jose



Francisco al plan Santander Pensiones EGPF (partida 15) constante matrimonio y vigente la sociedad de gananciales.

"25. Un crédito de la sociedad contra la actora por el importe que resulte de actualizar, con referencia al día de la efectiva liquidación, a partir de cada uno de los pagos, las aportaciones realizadas por la Sra. Carmen , constante matrimonio y vigente la sociedad de gananciales, al Plan de pensiones de Europopular Futuro fondo de Pensiones, del que es titular la actora.

"26. Los muebles y enseres que componen el mobiliario y ajuar existente en la que fue vivienda familiar, debiéndose incluir los ahora existentes en cuanto no se pruebe documentalmente por ninguna de las partes que los ha adquirido con fondos propios tras la extinción del régimen económico de sociedad de gananciales.

"27. Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 17.358,85 euros por la parte proporcional de su 23,62 del capital social en los beneficios no repartidos en Euomotorhome España S.L. y destinados a reservas de dicha sociedad con los que en fecha 22 de mayo de 2000 se aumentó el capital social en 73.492,16 euros más y en el que se le asignaron gratuitamente al mismo 2930 participaciones más de 6,02 euros de valor nominal cada una, todas ellas de carácter privativo.

"28. Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 23.8'10,25 euros por la mitad que le corresponde en el 64,96% del capital social que representan 1 as 11.504 participaciones que le pertenece al mismo con carácter ganancial, respecto a los beneficios no repartidos en Euomotorhome España S.L. y destinados a reservas de dicha sociedad con los que en fecha de 22 de mayo de 2000 se aumentó el capital social en 73.492,16 euros más y en el que se le asignara gratuitamente al mismo un total de 4.883 participaciones sociales de 5,02 euros de valor nominal cada una y de las que hecho el correspondiente prorrateo 1.953 participaciones de las asignadas tienen carácter ganancial.

"29. Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 11.956,60 euros por su parte proporcional de 23,62% del capital social en los beneficios no repartidos en Euomotorhome España S.L. y destinados a reservas de dicha sociedad, con los que en fecha de 28 de diciembre de 2006 se aumentó el capital social en 50.577,84 euros más mediante aumento del valor nominal de sus participaciones privativas desde los 6,02 euros a 10,00 euros cada una con cargo a reservas según balance al 31 de diciembre de 2005.

"30. Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 16.427,68 euros por la mitad que tiene en el 64'96% del capital social que representan las 11.504 participaciones que le pertenecen al Sr. Jose Francisco , con carácter ganancial, respecto a los beneficios no repartidos en Euomotorhome España S.L y destinados a reservas de dicha sociedad , con los que en fecha de 28 de diciembre de 2006 se aumentó el capital social en 50.577,84 euros más mediante aumento del valor nominal de sus participaciones privativas desde los 6,02 euros a 10,00 euros cada una con cargo a reservas según balance al 31 de diciembre de 2005.

"31. Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 11.810,00 euros por la parte proporcional de su 23'62% del capital social en los beneficios no repartidos en la **mercantil** Euomotorhome España S.L., y destinados a reservas voluntarias de dicha sociedad, con los que en fecha de 28 de diciembre de 2006 se aumentó el capital social en 50.000,00 euros más y en el que se le asignaron al mismo 1.133 participaciones sociales de 10,00 euros de valor nominal cada una, todas ellas de carácter privativo suyo.

"32. Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 16.240, 00 euros de la mitad que le corresponde en el 64'96% del capital social que representan las 11.504 participaciones que le pertenecen al mismo con carácter ganancial en los beneficios no repartidos en la sociedad **mercantil** Euomotorhome España S.L y destinados a reservas voluntarias de dicha sociedad , con los que en fecha de 28 de diciembre de 2006 se aumentó el capital social en 50.000,00 euros más y en el que se le asignaron al mismo un total de 4.250 nuevas participaciones sociales de 10 euros de valor nominal cada una y de las que hecho el prorrateo le corresponden 3.117 participaciones de las asignadas tiene carácter ganancial.

"33. Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 13.491,86 euros por su parte proporcional de 23'62% del capital social que representan las 4.183 participaciones que le pertenecen con carácter privativo, en la cantidad total de 57.120,51 euros que suman los beneficios no repartidos en Euomotorhome España S.L. en 2006 y destinados a reservas de dicha sociedad.



"34. Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 18.552,74 euros de la mitad que le corresponde en el 64'96% del capital social que representan las 11.504 participaciones que le pertenecen con carácter ganancial en la cantidad de 57.120,51 euros que suman los beneficios no repartidos en la sociedad **mercantil** Euromotorhome España S.L en 2006.

"35. Crédito de la sociedad de gananciales contra el demandado Sr. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 16.018,89 euros por la parte proporcional de 23,62% del capital social que le corresponde sus 4.183 participaciones sociales que le pertenecen con carácter privativo en Euromotorhome España S.L. por la parte de beneficios obtenidos por esta sociedad como consecuencia de no haber abonado a Da Carmen las retribuciones netas del trabajo y las dietas que le atribuyo entre los años 2004 a 2007 ambos inclusive, y que dicha sociedad se dedujo después como gasto en su contabilidad por lo que los beneficios serían mayores a los declarados.

"36. Crédito de la sociedad de gananciales contra el demandado Sr. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 22.027,67 euros por su mitad de 64,96% del capital social que corresponde a las 11.504 participaciones sociales que le pertenecen con carácter ganancial en Euromotorhome España S.L por los beneficios obtenidos en esta sociedad como consecuencia de no haber abonado la misma a Da Carmen las retribuciones netas del trabajo y las dietas que le imputó entre los años 2004 y 2007, ambos inclusive, y que dicha sociedad se dedujo como gasto en su contabilidad por lo que los beneficios serán mayores a los declarados en todos esos años, pues todos los frutos rentas e intereses que producen los bienes gananciales durante el matrimonio son bienes gananciales.

"37. Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 3591,08 euros, saldo acreedor existente al día 22 de octubre de 2009 en la cuenta corriente abierta en el Banco de Santander acabada en 77274, de la titularidad exclusiva del demandado, y del que el mismo dispuso con posterioridad en su exclusivo y particular beneficio.

"38. Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de las cantidades de que haya dispuesto el mismo para su exclusivo o particular beneficio desde el día 21/04/2008 en que discutieron los cónyuges hasta el 22/10/2009 de la disolución de la sociedad de gananciales, de la cuenta núm. NUM031 de la titularidad conjunta en el Banco Santander, S.A.

"39. Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de las cantidades de que haya dispuesto el mismo para su exclusivo y particular beneficio desde el día 21/04/2008 en que discutieron los cónyuges hasta el día 22/10/2009 de la disolución de la sociedad de gananciales, de las distintas cuentas que figuran abiertas a su exclusivo nombre en las diversas Entidades Bancarias a que se refieren las partidas núm. 7 a 12.

"Solo procederá incluir en el activo, por las partidas 44, 45 y 46, aquellas cantidades pertenecientes a fondos comunes, respecto de las cuales se pruebe que un cónyuge dispuso de ellas en su propio y exclusivo beneficio, conforme a las prescripciones del artículo 1390 del Cc.

"2º.- El pasivo social lo integra la siguiente partida:

"1. Préstamo hipotecario a favor del Banco de Santander que grava las fincas reseñadas en las partidas una y dos del activo de la sociedad de gananciales.

"Cada parte soportará las costas causadas a su instancia, siendo las comunes por mitad".

El 4 de septiembre de 2015 se dictó auto cuyos razonamientos jurídicos y del siguiente tenor literal:

"RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.

"[...] El 2º es el relativo al bien número 6 del apartado 1º de los bienes que forman el activo según el fallo de la sentencia, que sí procede la rectificación del error material involuntariamente padecido, en consecuencia, donde dice: "El saldo de 1,79 euros existente al día 22/10/2009 ...", debe decir:

""El saldo de 15,79 euros existente al día 22/10/2009 ...".

"El 3º es el relativo al error material cometido respecto al bien número 18 referente al crédito de la sociedad Gananciales contra D. Jose Francisco rectificándose el referido error, en consecuencia, donde dice:

""Crédito de la Sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la devolución de IRPF del ejercicio 2008 cuyo importe se desconoce... ", debe decir:

""Crédito de la Sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de la devolución de IRPF del ejercicio 2008 cuyo importe asciende a 3.266,00 euros... "



"PARTE DISPOSITIVA.

"Se desestima la petición de rectificación del porcentaje de ganancialidad de los bienes relacionados en los números 1 a 4, ambos inclusive, del activo del fallo de la sentencia interesada por la representación procesal de la parte actora por los motivos expuestos en el razonamiento jurídicos de esta resolución.

"Se acuerda rectificar los errores materiales padecidos en el punto 1º del fallo de la sentencia relativo a los bienes que forman parte del activo de la sociedad de gananciales relacionados en los números 6 y 18, en los términos que se dicen en el razonamiento jurídico de esta resolución".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Carmen .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 536/2016, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 7 de abril de 2017, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

"Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de D.^a Carmen y estimando parcialmente la impugnación formulada por la representación de D. Jose Francisco , contra la sentencia dictada con fecha 26 de octubre de 2015, debemos acordar y acordamos REVOCAR PARCIALMENTE la referida resolución, en los siguientes extremos:

"1º.- Se acuerda modificar las cuatro primeras partidas del activo de la sociedad de gananciales de los litigantes, que quedarán redactadas conforme al siguiente tenor literal:

"1.- El pleno dominio de la vivienda urbana sita en el conjunto residencial denominado " DIRECCION000 ", vivienda NUM000 , en el término municipal de Madrid, con fachada a la CALLE000 , CALLE001 , AVENIDA000 , vía de servicio AVENIDA001 y al ramal cambio de sentido de la AVENIDA000 . Compuesto en total de trece portales...

"2.- El pleno dominio de la plaza de aparcamiento número NUM007 en NUM015 , integrante del conjunto residencial denominado " DIRECCION000 ", en el término municipal de Madrid, con fachada a la CALLE000 , CALLE001 AVENIDA000 , vía de servicio AVENIDA001 y al ramal cambio de sentido de la AVENIDA000 . Compuesto en total de trece portales.

"3.- El pleno dominio de la plaza de aparcamiento número NUM014 en NUM015 , integrante del conjunto residencial denominado " DIRECCION000 ", en el término municipal de Madrid, con fachada a la CALLE000 , CALLE001 AVENIDA000 , vía de servicio AVENIDA001 y al ramal cambio de sentido de la AVENIDA000 . Compuesto en total de trece portales.

"4.- El pleno dominio del trastero número NUM019 en NUM015 , integrante del conjunto residencial denominado " DIRECCION000 ", en el término municipal de Madrid, con fachada a la CALLE000 , CALLE001 AVENIDA000 , vía de servicio AVENIDA001 y al ramal cambio de sentido de la AVENIDA000 . Compuesto en total de trece portales.

"2º.- Se acuerda excluir del activo de la sociedad de gananciales de los litigantes, las siguientes partidas:

"22.- Un crédito de la sociedad contra el demandado por el importe que resulte de actualizar, con referencia al día de la efectiva liquidación, a partir de cada uno de los pagos, las aportaciones realizadas por el Sr. Jose Francisco al plan EUROPOPULAR VIDA FONDO PENSIONES (partida 13) constante matrimonio y vigente la sociedad de gananciales.

"23.- Un crédito de la sociedad contra el demandado por el importe que resulte de actualizar, con referencia al día de la efectiva liquidación, a partir de cada uno de los pagos, las aportaciones realizadas por el Sr. Jose Francisco al PLAN CAJA DE SEGUROS REUNIDOS COMPAÑÍA DE SEGUROS (partida 14) constante matrimonio y vigente la sociedad de gananciales.

"24.- Un crédito de la sociedad contra el demandado por el importe que resulte de actualizar, con referencia al día de la efectiva liquidación, a partir de cada uno de los pagos, las aportaciones realizadas por el Sr. Jose Francisco al PLAN SANTANDER PENSIONES EGPF (partida 15) constante matrimonio y vigente la sociedad de gananciales.

"26.- "los muebles y enseres que componen el mobiliario y ajuar existente en la que fue la vivienda familiar, debiéndose incluir los ahora existentes..."



"27.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 17.358,25 euros por la parte proporcional de su 23,62 del capital social en los beneficios no repartidos en EUROMOTORHOME ESPAÑA S.L. y destinados a reservas de dicha sociedad con los que en fecha 22 de mayo de 2000 se aumentó el capital social en 73.492,16 euros más y en el que se le asignaron gratuitamente al mismo 2930 participaciones más de 6,02 euros de valor nominal cada una, todas ellas de carácter privativo...

"28.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 23.870,25 euros por la mitad que le corresponde en el 64,96% del capital social que representan las 11.504 participaciones que le pertenece al mismo con carácter ganancial, respecto a los beneficios no repartidos en EUROMOTORHOME ESPAÑA S.L. y destinados a reservas de dicha sociedad, con los que en fecha de 22 de mayo de 2000 se aumentó el capital social en 73.492,16 euros más y en el que se le asignara gratuitamente al mismo un total de 4.883 participaciones sociales de 5,02 euros de valor nominal cada una y de las que hecho el correspondiente prorrateo 1.953 participaciones de las asignadas tienen carácter ganancial....

"29.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 11.956,60 euros por su parte proporcional de 23,62% del capital social en los beneficios no repartidos en EUROMOTORHOME ESPAÑA S.L. y destinados a reservas de dicha sociedad, con los que en fecha de 28 de diciembre de 2006 se aumentó el capital social en 50.577,84 euros más mediante aumento del valor nominal de sus participaciones privativas desde los 6,02 euros a 10,00 euros cada una con cargo a reservas según balance al 31 de diciembre de 2005.

"30.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 16.427,68 euros por la mitad que tiene en el 64'96% del capital social que representan las 11 .504 participaciones que le pertenecen al Sr. Jose Francisco , con carácter ganancial, respecto a los beneficios no repartidos en EUROMOTORHOME ESPAÑA S.L. y destinados a reservas de dicha sociedad, con los que en fecha de 28 de diciembre de 2006 se aumentó el capital social en 50.577,84 euros más mediante aumento del valor nominal de sus participaciones privativas desde los 6,02 euros a 10,00 euros cada una con cargo a reservas según balance al 31 de diciembre de 2005.

"31.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 11.810,00 euros por la parte proporcional de su 23'62% del capital social en los beneficios no repartidos en la **mercantil** EUROMOTORHOME ESPAÑA S.L. y destinados a reservas voluntarias de dicha sociedad, con los que en fecha de 28 de diciembre de 2006 se aumentó el capital social en 50.000,00 euros más y en el que se le asignaron al mismo 1.133 participaciones sociales de 10,00 euros de valor nominal cada una, todas ellas de carácter privativo suyo.

"32.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 16.240, 00 euros de la mitad que le corresponde en el 64'96% del capital social que representan las 11.504 participaciones que le pertenecen al mismo con carácter ganancial en los beneficios no repartidos en la sociedad **mercantil** EUROMOTORHOME ESPAÑA S.L. y destinados a reservas voluntarias de dicha sociedad, con los que en fecha de 28 de diciembre de 2006 se aumentó el capital social en 50.000,00 euros más y en el que se le asignaron al mismo un total de 4.250 nuevas participaciones sociales de 10 euros de valor nominal cada una y de la que hecho el prorrateo le corresponden 3.117 participaciones de las asignadas tiene carácter ganancial.

"33.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 13.491,86 euros por su parte proporcional de 23'62% del capital social que representan las 4.183 participaciones que le pertenecen con carácter privativo, en la cantidad total de 57.120,51 euros, que suman los beneficios no repartidos en EUROMOTORHOME ESPAÑA S.L. en 2006 y destinados a reservas de dicha sociedad.

"34.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 18.552,74 euros de la mitad que le corresponde en el 64'96% del capital social que representan las 11.504 participaciones que le pertenecen con carácter ganancial en la cantidad de 57.120,51 euros que suman los beneficios no repartidos en la sociedad **mercantil** EUROMOTORHOME ESPAÑA S.L. en 2006.

"35.- Crédito de la sociedad de gananciales contra el demandado Sr. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 16.018,89 euros por la parte proporcional de 23,62% del capital social que le corresponde sus 4.183 participaciones sociales que le pertenecen con carácter privativo en EUROMOTORHOME ESPAÑA S.L. por la parte de beneficios obtenidos por esta sociedad como consecuencia de no haber abonado a D Carmen las retribuciones netas del trabajo y las



dietas que le atribuyo entre los años 2004 a 2007 ambos inclusive, y que dicha sociedad se dedujo después como gasto en su contabilidad por lo que los beneficios serían mayores a los declarados.

"36.- Crédito de la sociedad de gananciales contra el demandado Sr. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de la cantidad de 22.027,67 euros por su mitad de 64,96% del capital social que corresponde a las 11.504 participaciones sociales que le pertenecen con carácter ganancial en EUROMOTORHOME ESPAÑA S.L por los beneficios obtenidos en esta sociedad como consecuencia de no haber abonado la misma a D Carmen las retribuciones netas del trabajo y las dietas que le imputó entre los años 2004 y 2007, ambos inclusive, y que dicha sociedad se dedujo como gasto en su contabilidad por lo que los beneficios serán mayores a los declarados en todos esos años, pues todos los frutos rentas e intereses que producen los bienes gananciales durante el matrimonio son bienes gananciales.

"37.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de las cantidades de que haya dispuesto el mismo para su exclusivo o particular beneficio desde el día 21/04/2008 en que discutieron los cónyuges hasta el 22/10/2009 de la disolución de la sociedad de gananciales, de la cuenta núm. NUM031 de la titularidad conjunta en el Banco Santander S.A.

"38.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de las cantidades de que haya dispuesto el mismo para su exclusivo y particular beneficio desde el día 21/04/2008 en que discutieron los cónyuges hasta el 22/10/2009 de la disolución de la sociedad de gananciales, de las distintas cuentas que figuran abiertas a su exclusivo nombre en las diversas entidades bancarias a que se refieren las partidas núm. 7 a 12.

"No procede hacer expresa imposición de las costas procesales de la presente alzada".

Con fecha 19 de abril de 2017 la sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó auto con la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos acordar y acordamos aclarar el fallo de la sentencia dictada con fecha 7 de abril de 2017, en cuyo pronunciamiento 2º -"se acuerda excluir del activo de la sociedad de gananciales de los litigantes, las siguientes partidas..."-, donde dice:

""37.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de las cantidades de que haya dispuesto el mismo para su exclusivo o particular beneficio desde el día 21/04/2008 en que discutieron los cónyuges hasta el 22/10/2009 de la disolución de la sociedad de gananciales, de la cuenta núm. NUM031 de la titularidad conjunta en el Banco Santander S.A.

38.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de las cantidades de que haya dispuesto el mismo para su exclusivo y particular beneficio desde el día 21/04/2008 en que discutieron los cónyuges hasta el 22/10/2009 de la disolución de la sociedad de gananciales, de las distintas cuentas que figuran abiertas a su exclusivo nombre en las diversas entidades bancarias a que se refieren las partidas núm. 7 a 12".

"Debe decir:

""38.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de las cantidades de que haya dispuesto el mismo para su exclusivo o particular beneficio desde el día 21/04/2008 en que discutieron los cónyuges hasta el 22/10/2009 de la disolución de la sociedad de gananciales, de la cuenta núm. NUM031 de la titularidad conjunta en el Banco Santander S.A.

"39.- Crédito de la sociedad de gananciales contra D. Jose Francisco por el importe, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación, de las cantidades de que haya dispuesto el mismo para su exclusivo y particular beneficio desde el día 21/04/2008 en que discutieron los cónyuges hasta el 22/10/2009 de la disolución de la sociedad de gananciales, de las distintas cuentas que figuran abiertas a su exclusivo nombre en las diversas entidades bancarias a que se refieren las partidas núm. 7 a 12"".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Rocío Arduán Rodríguez, en representación de D.ª Carmen , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, ya que la sentencia recurrida vulnera el art. 218 LEC por incurrir en incongruencia interna e ir contra las reglas de la lógica y la razón cuando mantiene en el activo del inventario la partida nº 25



que afecta a la Sra. Carmen y excluye las partidas nºs 22, 23 y 24 que afectan al sr. Jose Francisco, pese a ser unas y otras partidas simétricas y tener las mismas igual razón de ser o fundamento.

"MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, ya que la sentencia recurrida vulnera el art. 218 LEC por incurrir en incongruencia interna e ir contra las reglas de la lógica y la razón cuando excluye del activo las partidas nºs 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36 que afectan al sr. Jose Francisco y mantiene las partidas nºs 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 que afectan a la Sra. Carmen, pese a ser partidas completamente simétricas y tener unas y otras la misma razón de ser o fundamento.

"MOTIVO TERCERO.- Al amparo del ordinal 4º del art. 469. 1 LEC por haber infringido el art. 24.1 de la Constitución, por vulneración del **derecho** fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión como incompatible con un pronunciamiento judicial arbitrario, ilógico o irrazonable, ya que la sentencia recurrida incurre en error patente en la valoración de la prueba de los documentos nºs 64 a 67, 78 a 80 y 90 a 92 de la demanda e informe de bases de cotización obrante en autos cuando excluye del activo del inventario la partida nº 47 relativa al crédito que la sociedad de gananciales tiene contra el sr. Jose Francisco por el importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de todas y cada una de las cuotas de cotización al régimen especial de autónomos de la seguridad social que ha venido realizando la sociedad Euromotorhome España, S.L. por él desde el día 8 de julio de 1.999 de la celebración del matrimonio hasta el día 22 de octubre de 2.009 de la disolución de la sociedad de gananciales como beneficios o dividendos encubiertos.

"MOTIVO CUARTO.- al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC por haber infringido el art. 24.1 de la Constitución, por vulneración del **derecho** fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión como incompatible con un pronunciamiento judicial arbitrario, ilógico o irrazonable, ya que la sentencia recurrida incurre en error patente en la valoración de la prueba cuando estima que no existe mobiliario ni ajuar doméstico en la vivienda familiar y excluye del activo del inventario la partida nº 26".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"MOTIVO PRIMERO.- Infracción por inaplicación de los arts. 1.352 y 1.358 del Código Civil, por cuanto que, haciendo la sentencia recurrida total caso omiso de lo establecido en dichos preceptos, ha excluido del activo del inventario de la sociedad de gananciales disuelta las partidas números 27, 28, 29, 30, 31 y 32 relativas a los créditos que tiene la sociedad de gananciales contra el sr. Jose Francisco por los beneficios no repartidos y destinados a reservas en la sociedad Euromotorhome España, S.L., con cargo a las cuales se hicieron dos sucesivos aumentos de capital, en los que se le asignaron al mismo gratuitamente en cada uno de ellos unas participaciones sociales privativas, o el tercer aumento de capital que se llevó a cabo mediante la elevación del valor nominal de las participaciones sociales de 6,02 euros a 10,00 euros cada una con cargo a reservas, lo que debe dar lugar a **derecho** de reembolso del valor satisfecho, debidamente actualizado al tiempo de la liquidación.

"MOTIVO SEGUNDO.- Infracción por inaplicación de la doctrina jurisprudencial reiterada del tribunal supremo contenida en las sentencias de 24 de marzo de 2003 (2005, 2003), 18 de septiembre de 1999 (5603/1999) y 15 de diciembre de 1989 (9841/1989) que interpretando y aplicando los arts. 1.352 y 1.358 del Código Civil que se consideran infringidos, reconocen a la sociedad de gananciales un **derecho** de reembolso del valor satisfecho debidamente actualizado al tiempo de liquidación cuando las nuevas participaciones sociales se emiten CON CARGO A LOS BENEFICIOS.

"MOTIVO TERCERO.- Infracción del art. 1.347, 2º del Código Civil en relación con el art. 128 de la ley de sociedades de capital por haber excluido la sentencia recurrida del activo del inventario de la sociedad de gananciales disuelta las partidas números 33, 34, 35 y 36 relativas a los créditos que la sociedad de gananciales tiene contra el sr. Jose Francisco por los beneficios no repartidos y destinados a reservas en el año 2006 en la sociedad Euromotorhome España, S.L., sin haberse realizado con posterioridad ningún aumento de capital social con cargo a estas reservas y por los beneficios no declarados u ocultos obtenidos entre los años 2004 y 2007 por el no abono de retribuciones y dietas a la Sra. Carmen .

"MOTIVO CUARTO.- Infracción por resolver la sentencia recurrida puntos y cuestiones como es el del carácter ganancial o no de los beneficios no repartidos y llevados a reservas de la sociedad **mercantil** cuando en este caso no se realiza ningún aumento de capital social con cargo a ellas, sobre el que no se ha pronunciado todavía el Tribunal Supremo y existe notoria jurisprudencia contradictoria y dispar de las Audiencias Provinciales, que es el problema que se suscita en nuestro caso respecto de las partidas nºs 33, 34, 35 y 36 relativas a unos créditos de la sociedad de gananciales contra el demandado por tal concepto y que la sentencia recurrida en contra de la de instancia ha excluido del activo del inventario, pese a haber mantenido las partidas nºs 8, 9, 16 y 17 que afectan a mi representada y que son simétricas y tienen la misma razón de ser y fundamento".



2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 4 de diciembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º.- Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.ª Carmen , contra la sentencia de fecha 7 de abril de 2017, aclarada por auto de fecha 19 de abril de 2017, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación n.º 536/2016, dimanante de los autos de liquidación de sociedad de gananciales n.º 18/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Madrid.

"2º.- Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos interpuestos de contrario. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

"Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo/hicieron mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 9 de marzo de 2020 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 22 de abril de 2020, fecha en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia. La firma de la sentencia se ha demorado debido a los efectos del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

1.- El presente procedimiento se inició por escrito de formación de inventario de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales, disuelta por sentencia de divorcio de 22 de octubre de 2009, que formuló D.ª Carmen contra D. Jose Francisco , con quien había contraído matrimonio el 8 de julio de 1999, dando lugar a los autos de liquidación de régimen económico matrimonial n.º 18/2013, que se tramitaron ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Madrid.

2.- Convocadas las partes a la celebración de la correspondiente comparecencia para la formación de inventario, comoquiera que se suscitó controversia al respecto se siguió el correspondiente incidente de inclusión y exclusión de bienes, que finalizó por sentencia del precitado Juzgado de fecha 15 de junio de 2015, que declaró los concretos bienes y **derechos** que debían formar parte del activo y pasivo de la disuelta sociedad de gananciales constituida en su día por el matrimonio formado por los litigantes. Tras solicitar la actora aclaración de dicha sentencia, el Juzgado dictó auto de fecha 4 de septiembre de 2015, realizando las rectificaciones correspondientes.

3.- Interpuesto por la Sra. Carmen recurso de apelación se opuso el demandado, quien, a su vez, formuló impugnación de dicha resolución. La sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de fecha 7 de abril de 2017, en el rollo de apelación 536/2016, en la que estimó parcialmente, tanto el recurso de apelación como su impugnación, revocando, en consecuencia, en parte la sentencia de instancia.

4.- Contra esta última resolución judicial se interpusieron por la representación jurídica de Dña. Carmen recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

SEGUNDO.- *Recurso extraordinario por infracción procesal*

En este caso, la parte actora basa su recurso en la concurrencia de cuatro concretos motivos de dicha naturaleza que pasaremos a examinar.

1.- *Examen del primero y segundo motivo por infracción procesal*

Al basarse en las mismas infracciones y argumentos ambos motivos serán objeto de resolución conjunta.

El motivo primero, se formula al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, ya que la resolución recurrida vulnera el art. 218 LEC, por incurrir en incongruencia interna e ir contra las reglas de la lógica y la razón, cuando mantiene en el activo del inventario la partida n.º 25, que afecta a la Sra. Carmen , y excluye las partidas n.º 22, 23 y 24, que afectan al Sr. Jose Francisco , pese a ser unas y otras partidas simétricas y tener igual razón de ser o fundamento.



El motivo segundo, se articula igualmente al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, ya que la resolución recurrida vulnera el art. 218 LEC, al incurrir en incongruencia interna e ir contra las reglas de la lógica y la razón, puesto que excluye del activo las partidas n.º 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36, que afectan al Sr. Jose Francisco, y se mantienen las partidas n.º 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17, que afectan a la Sra. Carmen, pese a ser partidas completamente simétricas y tener unas y otras la misma razón o fundamento, por lo que, al mantenerse las de ésta y al haber excluido las de aquél, existe una grave incongruencia interna.

En definitiva, se sostiene que la sentencia de la Audiencia adolece de dicho defecto, que no es tanto y propiamente un caso de incongruencia -pues no se ha producido realmente una alteración de los términos del debate en la forma en la que lo planteó el recurrente- sino en la incoherencia, desajuste o falta de correspondencia entre lo razonado y lo resuelto (SSTS 9/2020, de 8 de enero y 144/2020, de 2 de marzo). Estos supuestos han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del **derecho** a la tutela judicial efectiva en su dimensión de obtener una resolución fundada en **Derecho**, puesto que desembocan en un defecto de motivación al resultar ésta irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero; 140/2006, de 8 de mayo; y 127/2008, de 27 de octubre).

En este sentido, la STC 127/2008, de 27 de octubre, en su FJ 2, señala:

"Como este Tribunal ha declarado, teniendo en cuenta que el **derecho** a la tutela judicial efectiva incluye entre sus variados contenidos el que se dicte una resolución fundada en **Derecho**, resulta evidente que no puede reputarse como tal una Sentencia cuya fundamentación discurre por una senda diametralmente opuesta a la del fallo y en la que se motiva lo contrario de lo que se falla (SSTS 138/1985, de 18 de octubre, FJ 8; 16/1993, de 18 de enero, FJ 2; y 25/2006, de 30 de enero, FJ 4). De ahí que sólo una motivación razonada y suficiente permita satisfacer el ejercicio del **derecho** a la tutela judicial, porque una motivación radicalmente contradictoria no satisface los requerimientos constitucionales (STC 54/2000, de 28 de febrero, FJ 3)".

Conforme a lo dispuesto en el art. 1344 del CC, mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla. En definitiva, se proclama la distribución igualitaria entre los consortes de los bienes comunes al tiempo de la liquidación de dicho régimen económico matrimonial, conservando la titularidad de los que sean privativos que, por ostentar tal condición, quedan excluidos del inventario del haber común.

Ahora bien, lo que tiene sentido es que idénticas partidas tengan un tratamiento jurídico diferente en el inventario ganancial, de manera tal que se consideren créditos de la sociedad de gananciales contra uno de los cónyuges, mientras que no sean reputados como tales con respecto al otro. O dicho de otra forma, el cónyuge que cuestione el crédito de la sociedad ganancial contra su persona está asumiendo que, en idénticas circunstancias, el mismo crédito merezca igual consideración jurídica con respecto al otro consorte, dada la naturaleza indivisible de una pretensión de tal clase, ya que no es jurídicamente posible que un mismo bien o **derecho** inventariado sea reputado en la misma sentencia para uno de los cónyuges una deuda con la sociedad y no para el otro.

La jurisprudencia también ha tratado el efecto extensivo del recurso, y así señala al respecto la STS 712/2011, de 4 de octubre, que: "El principio general de que, en segunda instancia, no cabe favorecer la situación de quien no apela ni se adhiere a la apelación, ni es posible entrar en cuestiones consentidas por ese litigante que se ha aquietado a lo resuelto por la sentencia de primera instancia, quiebra en aquellos supuestos en que los pronunciamientos deban ser absolutos o indivisibles por su naturaleza [...]", como es el caso que nos ocupa.

En definitiva, la impugnación de unas partidas, que son inescindibles y como tales tributarias de un idéntico tratamiento jurídico se transmite al otro consorte no recurrente, en tanto en cuanto afecta a la liquidación igualitaria del haber común y evita el dislate de que una misma partida genere un **derecho** de crédito de la sociedad contra uno de los cónyuges y no contra el otro.

La prohibición de la reforma peyorativa supone que los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia no impugnados deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia. Se trata de un principio general que solo admite excepciones, según recordó por ejemplo la sentencia 214/2016, de 5 de abril, "en aquellos supuestos en que los pronunciamientos deban ser absolutos o indivisibles por su naturaleza y también en aquellos supuestos en los que exista solidaridad procesal por ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en idéntica situación procesal" (SSTS de 29 de junio de 1990, 9 de junio de 1998, RC n.º 1039/1994).

No tiene sentido, en una sociedad limitada familiar, en la que los cónyuges son partícipes privativos en distinta proporción, que el mismo aumento de capital a cargo de reservas y adjudicación de participaciones privativas



a título gratuito a cada uno de ellos, genere un **derecho** de crédito de la sociedad ganancial contra la mujer y no contra el que fue su marido.

En este caso, son idénticas las partidas impugnadas 27, 28, 29, 30, 31 y 32 referentes a créditos contra el marido, con las partidas 10, 11, 12, 13, 14 y 15 relativas a créditos contra la mujer, del mismo modo las partidas 33, 34, 35 y 36 concernientes al demandado son las mismas que las partidas 16, 17, 8 y 9 concernientes a la actora, por lo que no se puede sostener la pretensión impugnativa de excluir el **derecho** de crédito ganancial contra el patrimonio de uno de los consortes sin aceptar la misma exclusión con respecto al mismo **derecho** crédito contra el otro.

Igualmente, la exclusión del activo del inventario de las partidas números 22, 23 y 24, relativas a unos créditos de la sociedad de gananciales por el importe que resulte de actualizar, con referencia al día de la efectiva liquidación y a partir de cada uno de los pagos, las aportaciones realizadas por el Sr. Jose Francisco a los planes de pensiones debe extenderse a idéntica partida n.º 25, relativa al plan de pensiones de la esposa.

Por todo ello, se debe dar el mismo tratamiento jurídico a las partidas impugnadas.

2.- Tercer motivo por infracción procesal

El motivo tercero se construye al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, por haber infringido el art. 24.1 de la Constitución, al contener un pronunciamiento judicial arbitrario, ilógico o irrazonable, ya que la sentencia recurrida incurre en error patente en la valoración de la prueba de los documentos n.º 64 a 67, 78 a 80 y 90 a 92 de la demanda e informe de bases de cotización obrante en autos, cuando excluye del activo del inventario la partida n.º 47, relativa al crédito que la sociedad de gananciales tiene contra el Sr. Jose Francisco por el importe debidamente actualizado, al tiempo de la liquidación, de todas y cada una de las cuotas de cotización al régimen especial de autónomos de la Seguridad Social, que ha venido realizando la **mercantil** Euromotorhome España, S.L., por él, desde el día 8 de julio de 1.999, data de la celebración del matrimonio, hasta el día 22 de octubre de 2.009, fecha de la disolución de la sociedad de gananciales.

La sentencia de primera instancia aborda tal cuestión desde una óptica estrictamente jurídica, puesto que excluye la partida 47, correspondiente a las cuotas de cotización a la Seguridad Social, razonando que, conforme al artículo 1362.4 del CC, son cargas de la sociedad de gananciales, los gastos originados por el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge, concepto que cubre las referidas cuotas de cotización; es decir que, partiendo de la base de que los beneficios destinados a abonarlas fueran comunes, constituirían cargas de la sociedad ganancial, y, por ende, no generaría ningún **derecho** de crédito a favor de ésta.

Por su parte, la Audiencia razona en el mismo sentido, al considerar que las cotizaciones son gastos de explotación y no inversión de las ganancias del negocio, que constituyen gastos ineludibles para el ejercicio de la actividad laboral generadora de los ingresos de la sociedad, y, por tanto, deben ser soportadas por la misma.

Pues bien, fácil es deducir de lo expuesto que no nos encontramos ante ningún problema de valoración probatoria sino jurídica, por lo que la vía adecuada de impugnación de tal partida sería a través del recurso de casación y no del extraordinario por infracción procesal, lo que determina la desestimación de tal motivo.

3.- Cuarto motivo por infracción procesal

Por último, el motivo cuarto se articula al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.1 de la Constitución y vulneración del **derecho** fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como incompatible con un pronunciamiento judicial arbitrario, ilógico o irrazonable, ya que la sentencia recurrida incurre en error patente en la valoración de la prueba, cuando estima que no existe mobiliario ni ajuar doméstico en la vivienda familiar y excluye del activo del inventario la partida n.º 26.

El control de la valoración probatoria por parte de este tribunal es excepcional, dado que la casación no conforma una tercera instancia revisora de tan esencial manifestación de la función jurisdiccional. No obstante, exigencias constitucionales admiten un conocimiento corrector únicamente en caso de errores patentes, que sean de tal magnitud que impliquen la vulneración del **derecho** fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, que se generarían en supuestos en que la valoración probatoria se demuestre ilógica, irracional, arbitraria o vulneradora de normas legales atendiendo al canon de razonabilidad que debe imperar en el ejercicio de la función jurisdiccional (SSTS 772/2008, de 21 de julio; 370/2016, de 3 de junio; 127/2017, de 24 de febrero; 471/2018, de 19 de julio, 604/2019, de 12 de noviembre, 655/2019, de 11 de diciembre, 31/2020, de 21 de enero y 144/2020, de 2 de marzo).

Las SSTS 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril, 604/2019, 12 de noviembre, 31/2020, de 21 de enero y 144/2020, de 2 de marzo, entre otras muchas, tras reiterar la excepcionalidad del control de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de segunda



instancia, precisan que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

Pues bien, en este caso, la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, señala que:

"[...] en modo alguno han resultado acreditados cuales son los distintos enseres, objetos y efectos que integran el ajuar familiar, no habiéndose aportado por las partes, ni relación alguna de los mismos, ni posteriormente se ha acreditado o probado la existencia misma de los referidos enseres; máxime cuando además desde el inicio del procedimiento la representación de D. Jose Francisco ha negado la existencia de mobiliario y ajuar familiar, el cual fue objeto de reparto entre los esposos y de que ya, con fecha 30 de enero de 2009, se adoptaron las medidas provisionales coetáneas. De esta forma, su inclusión en el inventario -dándolos por existentes- carece de toda justificación pues sería algo ficticio o irreal y no daría lugar más que a problemas a la hora de su ulterior valoración y adjudicación".

No apreciamos error alguno de valoración probatoria en un razonamiento de tal clase, que se sostiene sobre la base de que los supuestos bienes no han sido individualmente inventariados, por lo que se desconoce cuáles son y no se ha probado su existencia cuando se afirma, por la contraparte, que ya habían sido repartidos. Con tal base fáctica, no es ilógica, irracional o arbitraria, sino plenamente coherente, la conclusión de la sentencia recurrida de que no cabe efectuar una atribución ficticia de unos bienes indeterminados incompatible con la necesaria valoración de su importe, que supondría una adjudicación en vacío a uno de los litigantes y conllevaría la imposibilidad de hacer efectivo un pronunciamiento de tal clase. Dicha valoración no es incompatible con el correo de 5 de marzo de 2012. No conforma, en consecuencia, un error patente, ni afecta a las bases fácticas determinantes de la decisión adoptada, que son las expuestas anteriormente.

TERCERO.- *Primer motivo de recurso de casación*

1.- *Fundamento del primer motivo del recurso de casación interpuesto*

El motivo primero se construye sobre la base de la infracción de los arts. 1.352 y 1.358 del Código Civil (en adelante CC), dado que la sentencia recurrida, haciendo caso omiso de lo establecido en dichos preceptos, ha excluido del activo del inventario de la sociedad de gananciales las partidas números 27, 28, 29, 30, 31 y 32, relativas a los créditos que tiene dicha sociedad contra el Sr. Jose Francisco, por los beneficios no repartidos y destinados a reservas en la sociedad Euromotorhome España, S.L., con cargo a las cuales se hicieron dos sucesivos aumentos de capital, en los que se le asignaron, gratuitamente, en cada uno de ellos, unas participaciones sociales privativas; o el tercer aumento de capital, que se llevó a cabo mediante la elevación del valor nominal de las participaciones sociales de 6,02 euros a 10,00 euros cada una de ellas igualmente con cargo a reservas, lo que debe dar lugar al reembolso del valor satisfecho debidamente actualizado al tiempo de la liquidación.

Pues bien, para la decisión del precitado motivo de casación hemos de partir de unas consideraciones previas, unas de naturaleza fáctica, que conforman antecedentes relevantes de esta naturaleza, y otras de contenido estrictamente jurídico.

2.- *Antecedentes fácticos relevantes*

La **mercantil** Euromotorhome España, S.L., ha llevado a efecto sucesivamente tres aumentos de capital social con cargo a reservas, concretamente en fechas 25 de mayo de 2000, de 73.492,16 euros; 28 de diciembre de 2006, de 50.577,84 euros; y, finalmente, un tercero, en la misma fecha 28 de diciembre 2006, de otros 50.000,00 euros, si bien, en este último caso, mediante la elevación del valor nominal de las participaciones sociales. Todos ellos vigente la sociedad conyugal.

Las nuevas participaciones sociales fueron asignadas a la sociedad de gananciales y a los litigantes en proporción al porcentaje que les correspondía en la titularidad de aquéllas, toda vez que el capital social estaba dividido en 17.708 participaciones, de las cuales la recurrente es actualmente dueña de 2.021 privativas, que representan el 11,41 % del capital social; el demandado tiene 4.183 participaciones de tal naturaleza, que representan el 23,62 % del capital social; mientras que ostentan carácter ganancial las 11.504 participaciones restantes equivalentes al 64,97 % .del capital social.

3.- *Connotaciones jurídicas previas*

Como es bien sabido el aumento del capital social es aquella operación societaria que además de incrementar la cuantía de dicho capital supone una correlativa modificación estatutaria, en tanto en cuanto su montante económico constituye una mención necesaria en los estatutos sociales, con la correlativa indicación de las



concretas participaciones o acciones en que se divide, valor nominal de las mismas y su numeración (art. 23 d de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC).

El incremento del capital social se puede realizar a través de distintos procedimientos técnicos, bien sea por creación o emisión de nuevas participaciones o acciones, o mediante la elevación del valor nominal de las ya existentes (art. 295.1 LSC). El contravalor, que respalda dicho aumento, puede verificarse a través de aportaciones económicas dinerarias (art. 299 LSC), no dinerarias (art. 300 LSC), tener como contrapartida activos ya existentes en el patrimonio social como beneficios o reservas (arts. 295.2 y 303 LSC); o llevarse a efecto igualmente por el mecanismo de compensación de créditos (art. 301 LSC), y, en las sociedades anónimas, además, por medio de la conversión de obligaciones en acciones (arts. 303 y 414 a 418 LSC).

En este caso, no ofrece duda que el incremento del capital social se llevó a efecto por una doble vía, la emisión de nuevas participaciones sociales y el incremento del valor nominal de las mismas. Igualmente no se discute que la aportación de fondos, para cubrir el incremento del capital social y correlativa emisión de las nuevas participaciones sociales, se llevó a efecto a cargo de reservas.

La LSC regula el **derecho** de suscripción preferente de los socios en los arts. 304 y siguientes de la LSC, el cual cuenta con su específico tratamiento jurídico, en sede de bienes gananciales, en el art. 1352 I del CC, según el cual las nuevas participaciones sociales obtenidas mediante el ejercicio de tal **derecho** son privativas del cónyuge titular, así como las cantidades derivadas de la enajenación del **derecho** a suscribir.

Este **derecho** de suscripción preferente no opera cuando el aumento de capital social se lleva efecto con recursos propios de la sociedad **mercantil** como son las reservas societarias, disfrutando, en tal caso, los socios del **derecho** de asignación gratuita de los nuevos títulos, al que se refiere el art. 306.2 II LSC, tal y como sucede en el supuesto litigioso, el cual, de la forma antes expuesta, queda jurídicamente delimitado.

Por su parte, el art. 1347.2 del CC señala que son gananciales: "Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales". La STS 395/1982, de 15 de junio, proclama que: "[...] en cuanto a los beneficios es indiscutible su configuración de frutos, no en el sentido de contraprestación al disfrute por otros de una cosa (cual sucede en el usufructo), pero sí como resultado de una actividad productiva de una organización económica coordinadora de una serie de elementos materiales y personales, para que "fructifiquen", y desde luego incluibles en el número tercero del artículo 1.401 del Código Civil" (en la actualidad art. 1347.2 CC).

En cualquier caso, como señala el art. 1352 II del CC, si para el pago de la suscripción preferente se utilizaren fondos comunes, o se emitieran acciones con cargo a beneficios, se reembolsará el valor satisfecho, siendo éste último el caso que nos ocupa, en que para proceder al aumento del capital social, vigente la sociedad ganancial, se emitieron nuevas participaciones, que fueron adjudicadas tanto a la sociedad ganancial, como a cada uno de los consortes privativamente.

Por consiguiente, se genera un **derecho** de crédito a favor de la sociedad de gananciales, en tanto en cuanto las reservas, que encierran beneficios no repartidos, fueron aplicadas a adjudicar a los cónyuges participaciones de su exclusiva titularidad; mientras que, por el contrario, las reservas destinadas a la emisión y adjudicación de participaciones gananciales no generan ningún **derecho** de crédito a favor de la sociedad conyugal, al convertirse precisamente en bienes de aquélla naturaleza, que serán objeto del oportuno reparto en las operaciones liquidatorias, sin generar ningún **derecho** de crédito de la sociedad de gananciales, extremo éste en que el recurso no debe ser estimado.

Lo razonado no supone infracción de la doctrina de la sentencia del Pleno 60/2020, de 3 de febrero, en la que se determinaba el carácter no ganancial de las cantidades existentes destinadas a reservas al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales, mientras que, en este caso, se utilizaron para la creación y atribución de títulos privativos a los cónyuges vigente dicho régimen económico matrimonial.

En efecto, como señalamos en dicha sentencia, el tribunal "se inclina por la tesis que niega carácter ganancial a las reservas, que permanecen en el patrimonio de la sociedad **mercantil** asentadas en su contabilidad, con la particularidad que se dirá en el caso de la existencia de fraude" y en la conclusión, apartado a) señalábamos que: "Los beneficios destinados a reservas, en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, sometidos al concreto régimen normativo societario, no adquieren la condición de bienes gananciales".

Por todo ello, se debe estimar el recurso de casación con respecto a las partidas 27, 29 y 31, ratificando al respecto la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Madrid, y confirmar la exclusión de las partidas 28, 30 y 32 llevada a efecto por la Audiencia, lo que supone igualmente la exclusión por extensión de las partidas 11, 13 y 15 al guardar plena identidad de razón.

CUARTO.- Segundo motivo de recurso de casación



Infracción por inaplicación de la doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 24 de marzo de 2003, 18 de septiembre de 1999 (5603/1999) y 15 de diciembre de 1989 (9841/1989) que interpretando y aplicando los arts. 1.352 y 1.358 del Código Civil, que se consideran infringidos, reconocen a la sociedad de gananciales un **derecho** de reembolso del valor satisfecho debidamente actualizado al tiempo de liquidación cuando las nuevas participaciones sociales se emiten con cargo a los beneficios.

El caso de la STS 277/2003, de 24 de marzo, se trataba de un supuesto de cesión gratuita del cónyuge a favor de su padre del **derecho** de suscripción preferente en un aumento de capital social, que no es el supuesto que nos ocupa, en que la ampliación se lleva a efecto a cargo de reservas, mediante la asignación gratuita de las nuevas participaciones sociales a la sociedad gananciales y a cada uno de los litigantes, toda vez que el capital social estaba constituido por títulos gananciales y privativos de cada cónyuge.

En cualquier caso, sobre la interpretación del art. 1352 párrafo segundo del Código Civil la precitada sentencia con un razonamiento *obiter dicta*, en tanto en cuanto no constituía fundamento del fallo, señalaba:

"El párrafo final de artículo estructura una nueva manifestación del **derecho** de reembolso, garante del dogma de equilibrio entre las distintas masas de patrimonios, en el caso de que: 1º) se pague la suscripción de las nuevas acciones con fondos comunes, en donde sin perjuicio de mantener el mismo carácter las nuevas acciones suscritas con la de la titularidad de las pretéritas, se prescribe que la comunidad en el costo se resarza del importe o precio de la suscripción; 2º) o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, que, inicialmente, puede contener alguna dificultad: es sabido que, en general, y por ello el artículo no lo incorpora a la esfera de privatividad del cónyuge socio, los beneficios -dividendos o primas- a que tenga **derecho** el cónyuge como titular de las acciones, habrán de seguir la regla general de la ganancialidad del art. 1.347-2 (comunidad en las cargas y accesoriedad en la relación de los intereses a los bienes o acciones fructíferas), por lo que, cuando en el supuesto de hecho contemplado, esos beneficios no se han recibido y por ello la sociedad no los ha disfrutado y aplicado a subvenir a sus cargas, sino que -en una especie de autorización inversora- han servido para compensar el precio de las nuevas acciones así suscritas, parece lógico, con independencia, de que tales acciones prosigan su decurso privativo, se genere un **derecho** de reembolso a favor de la sociedad. Y esa llamada "autorización inversora", como acto de administración recayente en bienes comunes, no puede, en rigor, escamotearse por una decisión unilateral del cónyuge socio, que, como suele acontecer, sin conocimiento del consorte aplica tales beneficios al pago compensatorio de las acciones suscritas; esa conducta puede atacarla en vía de ineficacia el cónyuge no socio, puesto que semejante gestión inversora precisaría la participación conjunta -art. 1.375-; mas, en la praxis un serio obstáculo proviene del art. 1384 al permitir la libre administración y disposición del cónyuge "a cuyo nombre figuran o en cuyo poder se encuentren los títulos valores" que -aparte de su defectuosa redacción y riesgos para el consorte no actuante en esta materia, parece como si disipara el control reseñado e inutilizara la denominada "autorización inversora", máxime si, en la técnica bursátil o societaria, la aplicación de los beneficios al pago de la suscripción opera con algún automatismo: la solución de coherencia estará en viabilizar esa práctica de decisión unilateral sin perjuicio de la eventual impugnación del consorte no actuante, con lo que se agiliza el tráfico **mercantil** y no se antepone las cortapisas de la exigencia formal de esa autorización o aquiescencia previas por parte del otro cónyuge: ese remedio no hace sino reproducir en algún sentido aplicatorio el art. 1.322 del nuevo Código".

La segunda sentencia, cuya doctrina se considera infringida, es la STS 731/1999, de 18 de septiembre, cuyo supuesto de hecho no guarda identidad de razón con el caso que enjuiciamos, en tanto en cuanto su objeto consistió en determinar el carácter que tenían las acciones nominativas, que el marido había recibido en la constitución de una sociedad **mercantil**, en contraprestación a la aportación no dineraria efectuada, en estado de casado, de un negocio titularidad de su padre, que fueron consideradas privativas, sin que fuera óbice para ello la circunstancia de la transformación y ampliación de dicho negocio privativo del marido con cargo a fondos comunes, pues con arreglo a los artículos 1.359 y 1.360 del Código civil, la mencionada sociedad ganancial sólo tiene **derecho** al reembolso del valor satisfecho actualizado (art. 1.397.3º C. civil).

La tercera, y última de las sentencias citadas en el recurso, es la STS 942/1989, de 15 de diciembre, en el que no se había acreditado la concurrencia del supuesto de hecho del art. 1352 del CC, lo que determinó precisamente la desestimación del recurso de casación fundado en su infracción, al señalar la referida resolución:

"[...] toda vez que no reconocido por la Sala sentenciadora de instancia que, hubiesen sido adquiridos por doña Elena, primera esposa de don Esteban, bienes a costa o en sustitución de bienes privativos de ella, como tampoco acciones u otros títulos de participaciones sociales, suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos, cantidades obtenidas por la enajenación del **derecho** a suscribir, ni que para pago de suscripciones se hubiesen utilizado fondos comunes o emisión de acciones con cargo a beneficios, faltan los presupuestos precisos e ineludibles a fines de la aplicación de la normativa contenida en tales preceptos".

**QUINTO.- Tercer motivo de casación**

Infracción del art. 1.347.2º del Código Civil en relación con el art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital por haber excluido la sentencia recurrida del activo del inventario de la sociedad de gananciales disuelta las partidas números 33, 34, 35 y 36, relativas a los créditos que la sociedad de gananciales tiene contra el Sr. Jose Francisco , por los beneficios no repartidos y destinados a reservas en el año 2006 en la sociedad Euomotorhome España, S.L., sin haberse realizado con posterioridad ningún aumento de capital social con cargo a estas reservas, y por los beneficios no declarados u ocultos obtenidos entre los años 2004 y 2007, por el no abono de retribuciones y dietas a la Sra. Carmen .

En relación con el carácter no ganancial de las cantidades destinadas a reservas, partidas 33 y 34 del inventario, nos hemos pronunciado en sentencia 60/2020, de 3 de febrero, del Pleno de esta Sala 1.ª en la que concluimos:

"En definitiva, de lo razonado hasta el momento obtenemos las conclusiones siguientes:

"a) Los beneficios destinados a reservas, en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, sometidos al concreto régimen normativo societario, no adquieren la condición de bienes gananciales.

"b) Los dividendos, cuyo reparto acordó la junta general de socios, tienen naturaleza ganancial.

"c) No pierden tal condición jurídica y deberán incluirse como activo de la sociedad legal de gananciales, los beneficios cuyo acuerdo social de reparto se hubiera acordado vigente la sociedad ganancial, aunque su efectiva percepción se materialice tras la disolución de la misma.

"d) En los supuestos de fraude de ley, los beneficios no repartidos se podrán reputar gananciales, y como tales incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común".

En cuanto, a las partidas 35 y 36, que se corresponden con las partidas 8 y 9 relativas a la demandante, no se entienden bien en que se fundamenta el recurso; pues si son créditos de la Sra. Carmen , por retribuciones no percibidas por la misma, le corresponde a ésta su reclamación contra la sociedad **mercantil**. Si supusieron la creación de gastos ficticios no son beneficios percibidos en concepto de dividendos y como tales gananciales. Tampoco se recurre con base en los arts. 1390 y 1391 del CC, lo que además conformaría una cuestión nueva, y hemos dicho además que las cantidades destinadas a reservas, al tiempo de la disolución, no son créditos de la sociedad ganancial.

Esta exclusión abarca a las partidas 16, 17, 8 y 9 respectivamente del inventario al guardar identidad de razón y ser tributarias del mismo tratamiento jurídico.

SEXTO.- Costas y depósito

La estimación parcial de los recursos interpuestos determina no se haga especial imposición de las costas procesales (art. 398 LEC).

Procede la devolución del depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional 15, apartado 8 LOPJ).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto y en consecuencia excluir las partidas del inventario 8, 9, 11, 13, 15, 16, 17 y 25, sin hacer especial imposición de costas.

2.º- Estimar en parte el recurso de casación, revocando la sentencia recurrida dictada por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 7 de abril de 2017, en el rollo de apelación 536/2016, en el sentido de desestimar el recurso de apelación interpuesto con respecto a las partidas 27, 29 y 31, sin imposición de costas.

3.º- Se devuelven los depósitos constituidos para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.