



Roj: **SAP GU 226/2017 - ECLI: ES:APGU:2017:226**

Id Cendoj: **19130370012017100226**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Guadalajara**

Sección: **1**

Fecha: **28/07/2017**

Nº de Recurso: **4/2017**

Nº de Resolución: **167/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ELENA MAYOR RODRIGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

GUADALAJARA

SENTENCIA: 00167/2017

N10250

PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

Tfno.: 949-20.99.00 Fax: 949-23.52.24

MLR

N.I.G. 19130 37 1 2017 0100010

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000004 /2017

Juzgado de procedencia: JDO.PRIMERA INSTANCIA N.7 de GUADALAJARA

Procedimiento de origen: LIQUIDACION **SOCIEDADES GANANCIALES** 0000344 /2015

Recurrente: Camino , Sebastián

Procurador: RAQUEL DELGADO PUERTA, LUIS MIGUEL PALERO DEL OLMO

Abogado: MANUEL VICTOR DELGADO MORANCHEL, SUSANA LOPEZ MARTIN

ILMA SRA PRESIDENTA:

Dª ISABEL SERRANO FRÍAS

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. JOSE AURELIO NAVARRO GUILLÉN

Dª MARIA ELENA MAYOR RODRIGO

S E N T E N C I A N º 167/17

En Guadalajara, a veintiocho de julio de dos mil diecisiete.

VISTOS en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de GUADALAJARA, los Autos de Liquidación **Sociedad de Gananciales** nº 344/15, procedentes del JUZGADO DE 1ª INSTANCIA nº 7 de Guadalajara, a los que ha correspondido el Rollo nº 4/17, en los que aparece como parte apelante-demandada, Dª Camino , representada por la Procuradora de los tribunales Dª Raquel Delgado Puerta y asistida por el Letrado D. Manuel Víctor Delgado Moranchel y, como parte apelante-demandante, D. Sebastián , representado por el Procurador de los tribunales D. Luis Miguel Palero Del Olmo y asistido por la Letrada Dª Susana López Martín, sobre liquidación de **sociedad de gananciales**, y siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dª MARIA ELENA MAYOR RODRIGO.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

SEGUNDO. En fecha 22 de julio de 2016 se dictó sentencia, cuya **parte dispositiva** es del tenor literal siguiente: "FALLO: PRIMERO.- Estimando en parte la Propuesta de INVENTARIO presentada por D. Sebastián frente a Dña. Camino , DEBO ACORDAR Y ACUERDO la formación del Inventario de la **sociedad de Gananciales** entre los litigantes en los siguientes términos:

1. ACTIVO

A) Vivienda sita en la localidad de DIRECCION002 (Guadalajara), C/ DIRECCION000 , URBANIZACIÓN000 , Parcela NUM000 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Sacedón, Tomo NUM001 , Libro NUM002 , Folio NUM003 , Finca nº NUM004 , Inscripción NUM005 .

B) Local comercial sito en Azuqueca de Henares, C/ Cuenca, nº 9, inscrito en el Registro de la Propiedad nº 2 de Guadalajara, Tomo 1.760, Libro 212, Folio 99, Finca nº 15.890, Inscripción 2ª.

C) Vehículo marca Citroen, modelo C5, matrícula VZC . Con respecto a la venta del vehículo por parte del actor por 4.000 euros, tal y como reconoce la parte demandante, el destino del dinero es objeto de valoración en la presente resolución.

D) Vivienda sita en DIRECCION003 , C/ DIRECCION001 nº NUM006 , inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Guadalajara, Tomo NUM007 , Libro NUM008 , Folio NUM009 , Finca NUM010 , Inscripción NUM011 .

E) Fondo de comercio del negocio de papelería del local comercial sito en la C/ Cuenca, 9, de Azuqueca de Henares.

2. PASIVO

A) Cantidad pendiente de pago a fecha 7 de noviembre de 2014 de la hipoteca que grava el local comercial sito en Azuqueca de Henares, Calle Cuenca nº 9.

B) Derecho de crédito que asciende a 33.089'41 euros, a favor de Dña. Camino , por la indemnización percibida en abril de 1992.

C) Derecho de crédito a favor de la Sra. Camino por la herencia percibida según escritura de partición otorgada el 14/10/1997 por importe de 11.268'98 euros.

SEGUNDO.- No se hace especial pronunciamiento sobre las costas generadas en la presente instancia, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

Con fecha 28 de septiembre de 2016 se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Se completa la sentencia de 22 de julio de 2016 en el sentido de indicar dentro del Fallo de la referida resolución que se procederá a la actualización de los derechos de crédito que integran el pasivo de la **sociedad de gananciales**".

TERCERO. Notificada dicha resolución a las partes, por las representaciones de D. Camino y Sebastián se interpusieron sendos recursos de apelación contra la misma; admitidos que fueron, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, se sustanciaron los recursos por todos sus trámites, llevándose a efecto la deliberación y fallo.

CUARTO . En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Antecedentes del recurso de apelación.

El presente recurso de apelación se formula frente a la sentencia dictada en el incidente incoado al amparo del art 809.2 de la LEC , para resolver la controversia surgida con motivo de la formación del inventario de la **sociedad de gananciales**, vigente constante el matrimonio, de D. Sebastián y Dª Camino , que quedó disuelta en virtud de sentencia de divorcio de 7 de noviembre de 2014 .

Dª Camino se alza contra el pronunciamiento de la sentencia dictada en instancia que resuelve incluir en el activo de la **sociedad de gananciales** la vivienda familiar sita en la C/ DIRECCION001 nº NUM006 de DIRECCION003 , pues la considera privativa de ella en cuanto que se adquirió con el importe de la venta de una vivienda exclusivamente de ella.

Por su parte, D. Sebastián impugna la sentencia, en relación al activo, porque no incluye los fondos del depósito de interés creciente de la Caixa nº NUM012 y los saldos de las cuentas corrientes en la que constan los hijos



y ellos, pues son cotitulares y se han nutrido de bienes **gananciales**; y porque incluye el fondo de comercio del local donde desarrolla su actividad el recurrente que debe ser privativo de él. En cuanto al pasivo, solicita la inclusión de un crédito a su favor por el importe abonado por el seguro del vehículo y por su reparación pues son gastos que afectan a un bien **ganancial**; y, por otra parte, la exclusión de los créditos a favor de la Sra. Camino por la indemnización por despido y por la herencia de su padre pues ambos importes se confundieron con el patrimonio **ganancial** y fueron invertidos en la adquisición de bienes **gananciales**.

SEGUNDO. Recurso de D^a Camino .

El escrito del recurso desarrolla, en varios apartados, su oposición a que se incluya en el activo de la **sociedad de gananciales** la vivienda familiar sita en la C/ DIRECCION001 nº NUM006 , de DIRECCION003 , solicitando que se considere privativa pues, si bien fue comprada para la **sociedad de gananciales**, se hizo con dinero de la venta de una vivienda privativa de ella, por lo que sustituyó a la misma.

La Sentencia recurrida señala que, en aplicación de los arts. 1323 y 1355 del CC y de la STS de 8 de octubre de 2004 , que interpreta dichos artículos, la vivienda familiar debe tener carácter **ganancial**, con independencia de que el dinero de procedencia fuera privativo de la esposa, dado que en el otorgamiento de las escrituras públicas de adquisición de la vivienda familiar primera y de la actual, se les otorgó la condición de **gananciales** sin hacer referencia alguna a la procedencia privativa del dinero invertido en su adquisición.

(i). Con este planteamiento debemos recordar que el art 1323 del CC dispone que " *Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos* "; y el art 1.355 del CC establece que " *Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de **ganancial** a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos que se satisfaga. Si la adquisición se hizo en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá la voluntad favorable al carácter **ganancial** de tales bienes* " .

Con esta regulación introducida con la reforma del CC de 13 de mayo de 1981, se proclama, como señala la RDGRN de 25 de septiembre de 1990 " *la libertad de contratación entre los cónyuges, (principio recogido en el art 1323 del CC , respecto del cual el art 1355 CC no es sino una aplicación particular para una hipótesis concreta...), que posibilita a estos para, actuando de común acuerdo, provocar el desplazamiento patrimonial de un concreto bien **ganancial** al patrimonio de uno de ellos, por venta, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado (...) así pues, admitido ese trasvase patrimonial de un bien ya **ganancial**, debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que este ingrese de manera directa y erga omnes en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho negocio causal atributivo (que mantiene su sustantividad y autonomía jurídica pese a su conjunción con el negocio adquisitivo) obedezca a una causa adecuada (...) cual por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el art 1358 etc. Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad pues la virtualidad de esta, a efectos de la calificación del bien, al ser relativa a su ámbito subjetivo (art 1324 CC) queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado.*"

Esta misma doctrina es aplicable, mutatis mutandi, a la adquisición de un bien **ganancial** con fondos privativos de uno de los cónyuges, cuando ambos, de común acuerdo, le atribuyen carácter **ganancial** sin mención alguna a la procedencia de la contraprestación -en caso de adquisición a título oneroso-, ni establecer condición o reserva de derecho de reembolso.

Así lo ha admitido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8-10-2004 , recogida en la ahora recurrida, cuya doctrina sí es plenamente aplicable al presente caso, a diferencia de lo indicado por el recurrente, y en otras muchas, como la de 25-5-2005, nº 373/2005, que señala que " *los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de contratos (artículo 1323) y, en verdad, un bien obtenido, como indica el artículo 1355, es adquirido como **ganancial**, de manera que la aportación a la **sociedad** conyugal, comunicación de bienes que uno o ambos cónyuges realizan al consorcio **ganancial**, constituye un negocio jurídico válido y lícito al amparo del principio de libertad de contratación que rige entre cónyuges al igual que entre extraños (artículos 1255 y 1323 del Código Civil)* ."

Esta misma Sala sigue la jurisprudencia que se acaba de exponer en su reciente sentencia 52/2017, de 13 de marzo de 2017 y, con anterioridad, en la de 19- 10-2011 , en las que se señala que " *adquirida o no la vivienda familiar con dinero privativo de uno de los cónyuges, no cabe considerarla como privativa ni reconocer crédito alguno a su favor, cuando en la escritura pública se omite toda referencia a reserva o condición sobre el metálico invertido en la adquisición del inmueble, o declaración de privacidad*" .

(ii). La proyección al supuesto examinado de dichas normas y de su interpretación jurisprudencial, nos ha de llevar necesariamente a desestimar el recurso articulado por la Sra. Camino .



De la prueba documental aportada, es cierto, como se indica en el recurso, que resulta acreditado que la esposa, antes de contraer matrimonio, en el año 1982, compró una vivienda, por lo que, tras casarse, seguía siendo privativa de ella, según el artículo 1346.1 del CC. Vendió dicha vivienda después de contraer matrimonio, el 21 de junio de 1993, por importe de 14 millones de pesetas (doc nº 1), manteniendo dicho importe la condición de privativo de ella de conformidad con el art. 1346.3 del CC. Tres días después, ambos cónyuges otorgaron escritura pública para la compra de una vivienda en la localidad de DIRECCION003, por importe de 14.132.075 ptas, estableciendo, como recoge perfectamente la sentencia recurrida, en su estipulación primera, que era "para su **sociedad de gananciales**", sin que se hiciera referencia en ninguna parte del documento a que la mayor parte de dicho importe era privativo de la esposa o su procedencia (doc nº 2).

No obstante, no se pone en duda, dada la proximidad de las fechas y el reconocimiento efectuado por el esposo, que la Sra. Camino aportó sus 14 millones de pesetas para la adquisición de esa primera vivienda familiar, como parte de su precio, presumiendo que el resto (132.075 ptas) se pagaría con dinero **ganancial** conforme al art.1.361 del CC; pero, atendiendo a los términos de la escritura pública de adquisición de la vivienda familiar, en la que ambos cónyuges, presentes en dicho otorgamiento, manifestaron expresa y libremente, sin que conste ni se haya alegado la existencia de un vicio invalidante del consentimiento entonces prestado, que adquirirían la vivienda "para su **sociedad conyugal**", y sin hacer reserva alguna sobre el carácter privativo del dinero invertido, nos hace ver la transformación en **ganancial** de la aportación dineraria realizada por la Sra. Camino, por su propia voluntad no viciada. Lo escriturado es claro, la Sra Camino y su esposo, el Sr. Sebastián, compran y adquieren para su **sociedad conyugal** la vivienda, en una declaración de voluntad de indudable alcance jurídico, que les vincula, por lo que la sentencia, al considerar **ganancial** la nueva vivienda ninguna infracción de los arts. 1345 y 1346 del CC comete pues la Sra. Camino, vía donación, trasforma el dinero privativo aportado en **ganancial**, produciéndose su desplazamiento al patrimonio **ganancial**, con incardinación plena de su actuación en los arts. 1.323 y 1.355 del C.C. No se puede alegar ahora, 22 años después, que no fue su voluntad realizar dicho acto de liberalidad, siendo ello una mera manifestación realizada tras la crisis matrimonial.

Por todo lo expuesto concluimos que, aun aceptando el carácter privativo del dinero destinado al pago de parte de la primera vivienda familiar, ésta fue **ganancial** y, en consecuencia, también la vivienda familiar sita en la C/ DIRECCION001 nº NUM006 (la que figura en el inventario), que fue adquirida por importe de 312.526,29 euros, con parte del dinero obtenido por la venta de aquella, efectuada en el año 2006 por importe de 333.560 euros, de conformidad con el art. 1346.3 del Cc, pues sustituye a la primera vivienda, sin olvidar que también se le atribuye expresamente el carácter de **ganancial**.

Es cierto, como declara la parte recurrente, que la jurisprudencia tiene dicho reiteradamente que las declaraciones que hagan los contratantes en los documentos públicos (escrituras públicas) tienen un mero valor presuntivo, pudiendo ser desvirtuadas mediante la prueba en contrario, (SSTS de 13 de Febrero de 1958, 15 de Marzo de 1969, 8 de Mayo de 1973, 10 de Octubre de 1988 y 12 de febrero de 1991). Pero, en el presente caso, no existe ningún elemento de juicio que impida atribuir una voluntad ajena de la Sra. Camino a la de conferir carácter **ganancial** a la vivienda adquirida en 1993, al tiempo de su adquisición, máxime teniendo en cuenta que se trataba de la que sería la vivienda familiar; al contrario, consta que tal atribución se realizó no solo en relación a la vivienda adquirida en el año 1993, sino que se reiteró trece años después, en el año 2006, cuando adquirieron la vivienda familiar actual con el dinero obtenido con la venta de aquella, habiendo inscrito en el Registro de la Propiedad las referidas viviendas a nombre de la **sociedad de gananciales** del matrimonio. Es decir, la recurrente tuvo pleno conocimiento, al otorgar la escritura pública, de que la vivienda se adquiriría para la **sociedad de gananciales**, en virtud del régimen matrimonial existente, y era sabedora de la procedencia del dinero con el que se iba a hacer parte del pago de la vivienda, y pese a ello y arbitrándose por el ordenamiento jurídico los instrumentos legales necesarios para dejar constancia de ello, no consta en la redacción de la escritura reserva, ni expresión de ningún tipo por la que pueda admitirse la voluntad de la recurrente de dejar constancia del carácter parcialmente privativo de la adquisición, cuando nada impide que un bien pueda ser en parte privativo y parte **ganancial**, mostrándose conforme en el momento de su otorgamiento y manteniendo dicha posición durante 22 años, hasta que se ha planteado la liquidación de la **sociedad de gananciales**.

En consecuencia, nos encontramos ante una situación jurídica libremente asumida, durante todos estos años, por la ahora recurrente, y que no puede modificarse por el hecho de que se haya disuelto la **sociedad de gananciales**, porque supondría ir contra sus propios actos y contravendría el artículo 7º del Código Civil.

Ninguna incongruencia omisiva se produce en la sentencia por no tener acreditada la procedencia privativa del dinero para adquirir la primera vivienda familiar, conforme a los documentos aportados y el reconocimiento realizado por la contraparte pues, como indica la sentencia recurrida, la vivienda familiar adquirida es **ganancial**



atendiendo a la escritura de compraventa y a la voluntad manifestada por los cónyuges en la misma, sin necesidad de entrar a valorar si se abonó con dinero privativo el precio de adquisición de la misma.

(iii). En cuanto a la petición, que se puede entender realizada con carácter subsidiario por la recurrente, de reembolso del importe aportado para la adquisición de la vivienda conforme al art. 1358 del CC , en el caso de mantenerse la calificación de la vivienda como **ganancial**, alegando la existencia de un desequilibrio económico, debe indicarse, en primer lugar, que es extemporánea pues no se hizo petición en tal sentido en el acto del inventario, precluyendo tal posibilidad y constituyendo su introducción en esta instancia una verdadera mutación del objeto del debate que quedó concretado al carácter privativo o **ganancial** de la vivienda sita en la C/ DIRECCION001 nº NUM006 .

Pero, a mayor abundamiento, lo dispuesto en el artículo 1358 Código Civil , siguiendo la jurisprudencia mayoritaria, dado que el derecho de reembolso viene referido a los supuestos en los que conforme a este Código los bienes sean privativos o **gananciales**, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, no es aplicable a los supuestos en que el carácter **ganancial** o privativo del bien adquirido no deriva de una imposición legal (artículos 1356 y 1357), sino de una atribución voluntaria de los cónyuges a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio (artículo 1355), porque en este caso el carácter no lo impone el Código Civil , sino los cónyuges.

Y por último, en la escritura notarial de fecha 25 de junio de 1993 (documento nº 2), que refleja la operación de compraventa de la primera vivienda familiar, como se ha dicho, no se hace mención o reserva de ningún tipo relativa a las concretas cantidades aportadas por parte de la esposa para la adquisición de misma (14 millones de pesetas) o la consignación del hipotético derecho de reembolso que pudiera corresponderle en un futuro, en los términos expresados por el artículo 1398. 3ª del C.C . No se hizo ningún tipo de manifestación a fin de propiciar en el momento oportuno, cual es el que ahora nos ocupa, un derecho de reembolso, por lo que no puede reclamarse ahora.

Por todo lo expuesto, el recurso debe ser desestimado no pudiendo reconocerse a favor de la esposa exclusivamente la titularidad de la vivienda sita en la C/ DIRECCION001 nº NUM006 , de DIRECCION003 ,

(iv). Por último, la recurrente señala que, incluso en el supuesto de considerar que hubo una donación por su parte del dinero utilizado para la adquisición de las viviendas familiares, existiría causa de revocación de la misma por el desequilibrio producido entre los cónyuges y por la situación precaria que se ha producido tras el divorcio, ya que tiene que mantener al hijo, abonar los gastos de la vivienda y no tiene pensión compensatoria.

Estas alegaciones no pueden tener acogida en esta alzada pues introducen un hecho nuevo que no ha sido debatido en la instancia, sin que, por otra parte, sea el procedimiento de la liquidación de la **sociedad de gananciales** y formación de su inventario adecuado para solventar dichas cuestiones.

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado íntegramente.

TERCERO. Recurso de D. Sebastián .

(i). Por el esposo se recurre, en primer lugar, el pronunciamiento de la sentencia que excluye del activo del inventario los fondos del depósito de interés creciente de la Caixa Libreta de ahorro a plazo nº NUM012 , por pertenecer a uno de los hijos de los litigantes, y los saldos de las cuentas corrientes NUM013 , NUM014 y NUM015 de La Caixa, al ser de titularidad de cada uno de los tres hijos, constando los litigantes solo como sus representantes legales, y sin resultar acreditado que los movimientos realizados en tales cuentas fueran con dinero **ganancial** ni que el saldo tuviera otro origen que una mera liberalidad de los padres, siendo los hijos mayores de edad en el momento de disolverse la **sociedad de gananciales**.

El recurrente alega que dichos saldos son **gananciales** como resulta del hecho de que el depósito fuera cancelado por ambos cónyuges el 26 de diciembre de 2014, tras el divorcio, y figuren en las cuentas también como titulares, habiéndose ingresado nóminas de ellos y utilizado los fondos para gastos familiares.

De los certificados emitidos por la entidad bancaria La Caixa en relación con estos fondos, resulta acreditado que las tres cuentas corrientes fueron abiertas en mayo de 2004, figurando en cada una como únicos titulares uno de los hijos del matrimonio que, al ser menores de edad en ese momento, estaban representados por sus padres, los ahora litigantes, sin que éstos figurasen también como cotitulares, no variando dichas titularidades tras alcanzar los hijos la mayoría de edad, lo que se produjo antes del divorcio. De los extractos de dichas cuentas se aprecia igualmente que periódicamente se efectuaban traspasos de los importes existentes en las mismas para constituir depósitos a plazo fijo, siendo uno de ellos el depósito de interés creciente de la Caixa al que se refiere el recurso, abierto el 16 de febrero de 2011 a nombre exclusivamente de uno de los hijos, Leopoldo , mayor de edad en el momento del divorcio.



Es evidente, como señala la sentencia recurrida, que no habiéndose demostrado que los hijos tuvieran ingresos económicos ni que hubieran recibido tales cantidades de terceros, los abonos efectuados en dichas cuentas procedían de donaciones efectuadas por los padres a sus hijos, de su patrimonio **ganancial**, pudiendo entenderse incluidas entre las liberalidades de uso a las que se refiere el artículo 1378 del CC y, por tanto, debe presumirse el consentimiento de ambos cónyuges al hacerlas, lo que no se discute. Por ello, atendiendo a la titularidad exclusiva de los hijos respecto de esas cuentas y del depósito, y que los saldos de las mismas son consecuencia de las donaciones realizadas a su favor por sus padres, aquéllos adquirieron la propiedad de esos importes de manera irrevocable, conforme al artículo 609 del CC, desde el mismo momento que se fueron donando, perdiendo el carácter **ganancial** que inicialmente tenían.

En consecuencia, el motivo del recurso debe ser desestimado ya que dichos importes no deben ser incluidos en el inventario al no constituir un bien **ganancial**.

(ii). En segundo lugar impugna la inclusión, en el activo del inventario de la **sociedad de gananciales**, del fondo de comercio del negocio de papelería del local comercial sito en la C/ Cuenca nº 9 que vienen desarrollando desde el año 2002, pues lo considera privativo de él, conforme al art. 1347.8 del CC, ya que tiene vinculación específica con el ejercicio de su profesión u oficio. La sentencia recurrida señala que, con independencia de su valoración, tiene naturaleza **ganancial** en la medida que el negocio es **ganancial** al constituirse vigente la **sociedad**.

En abstracto es aceptable la distinción entre aspectos profesionales y negociales o empresariales, por lo que, a diferencia de lo indicado en la sentencia recurrida, el hecho de que sea **ganancial** el negocio de la papelería explotado por el matrimonio no implica que todos los elementos integrantes del mismo (fondo de comercio, mercaderías, maquinaria y mobiliario) tengan la misma condición, pudiendo ser privativos.

En la actividad empresarial predomina una organización de los diferentes elementos y personas que participan en el desarrollo del proyecto o negocio, un marcado aspecto mercantilista, comercial o industrial, y un beneficio o capital, bajo el poder de dirección del empresario, en principio sustituible y la mayoría de las veces hasta desconocido para los clientes de los productos o servicios. La STS de 20/11/2000 entendió que la empresa o negocio consiste " *en una cosa nueva, distinta de cada uno de los elementos -entre ellos bienes o cosas materiales- que lo integran, aglutinados por la actividad organizadora del empresario, y se produce la adquisición de modo originario, por la creación o fundación de la empresa, hasta entonces inexistente* ". La SAP de Málaga (6ª) de 1/7/2011 señala al respecto, que "suele considerarse una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas, o como un complejo o universalidad de elementos materiales conectados entre sí por su estructura o disposición, destinados a un uso industrial y aptos para ser puestos en marcha en forma inmediata, o la conjunción de una organización de cosas corporales o incorpóreas que tiene una expectativa de beneficio por sus aptitudes funcionales, de tal modo que sea configurado como una empresa apta para funcionar ()".

Por el contrario, el aspecto personal es más característico de las actividades profesionales; en ellas lo característico es el trabajo y la dedicación del propio profesional en la realización de los actos propios de su profesión, bajo el amparo de la correspondiente titulación (y en su caso colegiación), lograda con sus estudios y esfuerzos, siendo ello personalísimo e intransferible, lo haga él solo, en un espacio acondicionado con los necesarios elementos materiales a dicho fin, o también con la ayuda de sus auxiliares o colaboradores.

Trasladando dichos conceptos al presente supuesto, nos encontramos ante la explotación de una papelería, constituida como un negocio en el año 2002, vigente el matrimonio, de ahí su carácter **ganancial**, lo que no se discute. Pero además, atendiendo a la naturaleza de la actividad desarrollada en la misma, es evidente que es susceptible de continuar de forma autónoma y sin intervención del esposo ya que no está relacionada con sus aptitudes y cualidades profesionales, por lo que el fondo de comercio, las mercaderías, maquinaria y mobiliario de dicha papelería tienen también carácter **ganancial** conforme al art. 1.347.5 del CC, sin que se les pueda otorgar carácter privativo por aplicación del art. 1346.8 del CC, pues no constituyen instrumentos para el ejercicio de una profesión.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado pues el fondo de comercio es **ganancial**, aunque se llega a dicha conclusión por una argumentación distinta a la indicada en la sentencia.

(iii). Por otra parte, en relación con el pasivo, se impugna el pronunciamiento de la sentencia que deniega la inclusión en el mismo de los importes abonados por el Sr. Gil correspondientes al seguro del vehículo, su reparación y el impuesto de circulación, alegando que deben ser recogidos conforme al art. 1393 del Cc, pues se trata de una deuda de la **sociedad de gananciales** abonada con dinero privativo, ya que el vehículo es **ganancial**.



La sentencia recurrida desestima la pretensión del Sr. Gil al no tener por acreditado que dichos importes fueran abonados con bienes privativos de él.

En relación con el abono del seguro del vehículo Citroen VZC , cuyo carácter **ganancial** no se discute, correspondiente al año 2014-2015 por importe total de 385,46 euros, como señala la sentencia que se revisa, la póliza está extendida a nombre de los dos cónyuges y el pago de la prima esta domiciliado en la cuenta bancaria de La Caixa, NUM016 , cuyos titulares igualmente son el matrimonio, por lo que, resulta acreditado que su abono fue realizado con dinero **ganancial** y no privativo, como se alega.

Y a la misma conclusión se llega en relación al abono del importe de 1400,91 euros por la reparación del vehículo, pues fue pagado con tarjeta de crédito Visa Gold a cargo de dicha cuenta bancaria en junio de 2013; y del importe de 129,35 euros correspondiente al impuesto de circulación del año 2014 cuyo abono estaba domiciliado en la misma entidad.

Por ello, debe mantenerse el criterio del Juez de Instancia, pues habiendo acreditado que fueron abonados dichos importes con dinero **ganancial** y no privativo del Sr. Sebastián , se excluye la posible aplicación en estas partidas del apartado 3º del artículo 1.398 del CC .

(iv). También se impugna por el Sr. Sebastián que se incluya en el pasivo, como derecho de crédito de la Sra. Camino , el importe de 33.090,58 euros, parte proporcional de la indemnización recibida por la misma como despido el 30 de abril de 1992, por importe total de 8.148.304 ptas (48.972,29 euros) pues considera que es **ganancial**, ya que se le dio tal carácter, adquiriendo diverso bienes con ello. Con carácter subsidiario, señala que solo le correspondería 17.158,17 euros, en la parte proporcional al tiempo que estuvo trabajando siendo soltera.

La sentencia de primera instancia, para dar respuesta a tal cuestión, aplicó la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 26 de junio de 2007 , que establecía que " *la indemnización por despido se calcula sobre la base del número de años trabajados, y no deberían tener naturaleza **ganancial** las cantidades correspondientes a los años en que no existía la **sociedad de gananciales*** ", aceptando así la pretensión de la parte actora. Es decir, considera que, al incluirse para determinar el importe indemnizatorio por despido unos años trabajados antes de contraer matrimonio, solo debía incluirse en la **sociedad de gananciales** la parte proporcional correspondiente a los años trabajados durante el matrimonio, es decir, a 48 meses trabajados de casada.

En este sentido, como se deriva de la sentencia apelada, la naturaleza **ganancial** o privativa de las indemnizaciones laborales por despido ha sido abordada en diversas ocasiones por la Sala 1ª del Tribunal Supremo (STS 26 de junio 2.007 , STS 18 de marzo , 8 de mayo y 18 de junio 2.008 , 5 de octubre 2016 , entre otras). Desde la sentencia de 26 de junio de 2007, del Tribunal Supremo , se ha operado un giro en la doctrina jurisprudencial al declarar, en orden a determinar la condición, privativa o **ganancial**, de una prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, que ha de tenerse en cuenta la fecha de percepción de dichos emolumentos, de tal manera que si se adquieren durante la **sociedad de gananciales** tendrán esta consideración, mientras que si ello se produce con posterioridad a la fecha de la disolución deben tener la consideración de bienes privativos de quien los percibe. Y añade dicha resolución que debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones, que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes **gananciales** porque son intransmisibles, mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la **sociedad de gananciales**, tendrán este carácter.

Esta es la doctrina que debe aplicarse. Como señala la sentencia recurrida, en supuestos como el que hoy nos ocupa, en que la relación laboral cuyo cese determina el percibo de indemnización ha comenzado antes del matrimonio, y habida cuenta que la indemnización por despido se calcula sobre la base del número de años trabajados, en principio no tiene naturaleza **ganancial** la parte proporcional de la indemnización correspondiente a los años en que no existía la **sociedad de gananciales**.

No obstante lo anterior, resulta acreditado que la indemnización se percibió constante el matrimonio y vigente, por ende, la **sociedad de gananciales**, y quedó integrada en el patrimonio **ganancial**, siendo destinada íntegramente, como reconoce la propia Sra. Camino , a la adquisición de una vivienda para su **sociedad de gananciales**, que tuvieron alquilada.

Por ello, aunque parte de la indemnización tuviera inicialmente naturaleza privativa, al invertirse en la adquisición de una vivienda a la que los cónyuges atribuyeron el carácter **ganancial** sin que la Sra. Camino , con pleno conocimiento de la procedencia del dinero para su adquisición y de que se adquiría para la **sociedad de gananciales** en virtud del régimen matrimonial existente, realizara ninguna mención o reserva relativa a la procedencia del dinero o la consignación del hipotético derecho de reembolso que pudiera corresponderle en



un futuro, en los términos expresados por el artículo 1398. 3ª del C.C . Así, se produjo el desplazamiento de la cantidad recibida al patrimonio **ganancial**, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 1323 y 1355 del CC , debiendo tenerse aquí por reproducido lo expuesto en el Fundamento Segundo de esta resolución, en relación con estos artículos, no pudiendo por ello reconocerle ningún crédito a su favor.

Esto último es lo que se decidió en la STS 373/2005, de 25 de mayo , en cuyo supuesto el importe de la indemnización fue empleado en la adquisición de un vehículo por ambos cónyuges, al que se le atribuyó naturaleza **ganancial**; así como en la STS 596/2016 de 5 Oct. 2016 .

Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado, y debe excluirse del pasivo de la **sociedad de gananciales** el derecho de crédito de 33.089,41 euros favor de la Sra. Camino , por ser dicho importe **ganancial** (partida B).

(v). Por último, las mismas consideraciones deben realizarse en cuanto al derecho de crédito incluido en el pasivo a favor de la Sra. Camino por la herencia percibida de su padre, según escritura de partición otorgada el 14 de octubre de 1997, por importe de 11.268,98 euros.

Indudablemente, el importe de 1.875.000 ptas que correspondió a la Sra. Camino como consecuencia de la partición de la herencia de su padre inicialmente era privativo de ella, de conformidad con el art. 1346.2 del C.c . Pero ambas partes reconocen que dicho importe fue invertido en la adquisición del local sito en la C/ Cuenca nº 9, al que las partes atribuyeron el carácter **ganancial**, por lo que, al no haberse realizado ninguna reserva por parte de la Sra Camino sobre la procedencia de parte del dinero para su adquisición, no se le puede reconocer ningún crédito respecto de la **sociedad ganancial**, en aplicación de los art. 1323 y 1355 del CC anteriormente citados, debiendo tener por reproducido todo lo anteriormente indicado al respecto de estos artículos.

Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado, y debe excluirse del pasivo de la **sociedad de gananciales** el derecho de crédito de 11.268,98 euros a favor de la Sra. Camino , por haber dejado de ser dicho importe privativo (partida C).

CUARTO. Costas procesales. Dada la naturaleza de las cuestiones discutidas y siendo ambas partes recurrentes, no procede hacer imposición de las costas procesales a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Luis Miguel Palero del Olmo, en nombre y representación de D. Sebastián , contra la Sentencia de fecha 22 de julio del año 2.016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Guadalajara , y **desestimando el recurso** presentado por la Procuradora Dª Raquel Delgado Puerta, en nombre y representación de Dª Camino , debemos:

1. Revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, debiendo excluir del pasivo del inventario de la **sociedad de gananciales** las siguientes partidas:

"B) Derecho de crédito que asciende a 33.089'41 euros, a favor de Dña. Camino , por la indemnización percibida en abril de 1992.

C) Derecho de crédito a favor de la Sra. Camino por la herencia percibida según escritura de partición otorgada el 14/10/1997 por importe de 11.268'98 euros".

2. No procede imponer las costas procesales causadas en los recursos de apelación a ninguna de las partes.

Restitúyase al Sr. Sebastián el depósito constituido para la interposición del recurso de apelación, en su caso.

En cuanto al depósito constituido, en su caso, por la Sra. Camino , dese el destino legal.

Contra esta sentencia, se puede interponer recurso de casación por infracción procesal, o por interés casacional, en su caso, cumpliéndose, en ambos supuestos, con los requisitos exigidos por los artículos 469 de la LEC , en relación con la disposición final decimosexta , o 477.2.3 del mismo cuerpo legal . Debiéndose interponer, mediante escrito, firmado por letrado y procurador, y a presentar ante esta misma Sala. Formalizándose dicho recurso en el término de veinte días a contar desde la notificación de esta resolución. Y debiendo, igualmente, procederse al ingreso de la cantidad de 50 euros, en concepto de depósito.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.