



Roj: **SAP V 6701/2008 - ECLI: ES:APV:2008:6701**

Id Cendoj: **46250370102008100692**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **10**

Fecha: **22/12/2008**

Nº de Recurso: **632/2008**

Nº de Resolución: **796/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA PILAR MANZANA LAGUARDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº 632- 08

SECCIÓN 10ª

**SENTENCIA Nº 796-08**

SECCIÓN DECIMA:

Ilustrísimos Sres.:

Presidente,

D. José Enrique de Motta García España

Magistrados:

Dña. Mª Pilar Manzana Laguarda

D. Carlos Esparza Olcina

En Valencia a, veintidós de diciembre de dos mil ocho.

Vistos ante la Sección Décima de la Itma. Audiencia Provincial, en grado de apelación, los autos de INVENT. LIQ. SDAD. GANAN. nº 384/05, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Gandía, entre partes, de una como demandante- apelado, Dª Eulalia , dirigido por el Letrado D./Dª LAURA LOPEZ-ALMANSA BEAUS, y representado por el Procurador D./Dª PILAR MORENO OLMOS, y de otra como demandado-apelante, D. Enrique , representada por el Procurador D./Dña. MARIA ISABEL FAUBEL VIDAGANY.

Es ponente la Itma. Sra. Magistrada . Doña Mª Pilar Manzana Laguarda.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En dichos autos por el Itmo. Sr. Juez de Primera Instancia nº 1 de Gandía, en fecha 18-03-08, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue : " FALLO : Que estimando en parte la solicitud de formación de inventario de la sociedad de gananciales realizada por el Procurador Sr. Ferrando Cuesta, en nombre y representación de Dª. Eulalia , debo declarar y declaro que los bienes que forman el inventario de la sociedad de gananciales habida entre D. Enrique y Dª Eulalia , son los siguientes: Activo:

1.- Vivienda sita en la CALLE000 nº NUM000 - piso NUM001 - puerta NUM002 , de Gandía, valorada en 90.089,40 euros.

2.- Vehículos Ford Escort matrícula Q-....-QD y SEAT Ibiza matrícula X-....-XO .

3.- Cuenta nº NUM003 , de Bancaja, con un saldo a 25 de octubre de 2.002 de 3.536,07 euros ( según escrito de la parte demandante de fecha 11 de julio de 2.007 y documentación bancaria obrante en autos ).

4.- Cuenta nº NUM004 , de Bancaja, con un saldo a 25 de octubre de 2.002 de 1.548,20 euros ( según escrito de la parte demandante de fecha 11 de julio de 2.007 y documentación bancaria obrante en autos ).



- 5.- Imposición a Plazo Fijo por importe de 15.000 euros, vinculada a la cuenta anterior de Bancaja, cuya imposición tiene como fecha de alta la de 21-11-2.001.
- 6.- Cuenta nº NUM005 , de Bancaja, con un saldo a 25 de octubre de 2.002 de 1.459,19 euros ( según escrito de la parte demandante de fecha 11 de julio de 2.007 y documentación obrante en autos ).
- 7.- Cuenta nº NUM006 , de Bancaja, con un saldo a fecha 25 de octubre de 2.002 de 1.047,10 euros ( escrito de la parte demandante de fecha 11 de julio de 2.007 y documentación obrante en autos ).
- 8.- Cuenta IPF NUM007 , de Bancaja, con un saldo a 25 de octubre de 2.002 de 15.000 euros, más 3.000 euros de renovación de lámina anterior, por lo que el saldo total es de 18.000 euros ( escrito de la parte demandante de fecha 11 de julio de 2.007 y documentación obrante en autos ).
- 9.- Cuenta Fondo de Inversión Cavaldiner nº NUM008 , de Bancaja, con un saldo en el año 2.002 de 4.320 euros ( escrito de la parte demandante de fecha 11 de julio de 2.007 y documentación obrante en autos ).
- 10.- Cuenta de Valores nº NUM009 , de Bancaja, formada por 1500 acciones de Industrias Aragonesas adquiridas antes de septiembre de 2.002.
- 11.- Cuenta nº NUM010 , de Bancaja, imposiciones a plazo fijo, en las que hasta el 4 de diciembre de 2.002 habían tres láminas de plazos fijos de 30.050 euros, 24.000 euros y 24.000 euros respectivamente, en total 78.050 euros. Dicha cuenta de imposiciones a plazo fijo estaba vinculada a la cuenta NUM005 para el pago de intereses, con un saldo a 5 de mayo de 2.003 de 1.081,83 euros ( escrito de la parte demandante de fecha 11 de julio de 2.007 y documentación obrante en autos ).
- 12.- Cuenta ahorro vivienda nº NUM011 , de la entidad Ibercaja, cuyo saldo a fecha 3 de diciembre de 2.002 era de 13.074,83 euros, como así se desprende de la documental obrante en autos.
- 13.- Cuenta nº NUM012 , de la entidad BBVA, a nombre de D<sup>a</sup> Eulalia , con un saldo a fecha 25 de octubre de 2.002 de 4.065,88 euros, como así se desprende de la documental obrante en la causa.
- 14.- Cuenta nº NUM013 , de la entidad Caja Rural Valencia, la cual se trata de una imposición a plazo fijo por importe de 24.000 euros, como así se desprende del extracto bancario obrante en autos.
- 15.- Cuenta nº NUM014 , de la entidad Caja Rural Valencia, la cual se trata de una imposición a plazo fijo de 24.000 euros, como así se desprende del extracto bancario obrante en autos.
- 16.- Cuenta nº NUM015 , de la entidad Caja Rural Valencia, la cual se trata de una imposición a plazo fijo de 60.000 euros, como así se desprende del extracto bancario obrante en autos.
- 17.- Cuenta nº NUM016 , de la entidad Caja Rural Valencia, con un saldo a fecha 28 de octubre de 2.002 de 1.390,04 euros.
- 18.- Cuenta nº NUM017 , de la entidad Caja Madrid, con un saldo a fecha 25 de octubre de 2.002 de 332,96 euros, según la documental bancaria obrante en autos.
- 19.- Fondo de Inversión FIAM nº NUM018 NUM019 , de la entidad Banco Atlántico ( absorbido por Banco de Sabadell ), por importe de 55.697 euros, según se desprende de la documental bancaria obrante en autos.
- 20.- Cuenta nº NUM020 , de la entidad Banco Atlántico ( absorbido por Banco Sabadell ), por importe de 31.078,11 euros.
- 21.- Cuenta nº NUM021 , de la entidad Banco Atlántico ( absorbido por Banco Sabadell ), por importe de 8.700 euros en el cuarto trimestre de 2.002.
- 22.- Cuenta nº NUM022 , de la entidad Banco Atlántico ( absorbido por Banco Sabadell ), por importe de 578,11 euros a fecha 18 de octubre de 2.002.
- 23.- Imposición a plazo fijo por importe de 6.010,12 euros, existente en la entidad Credit Lyonnais España, traspasada posteriormente a Caja Duero, cuya imposición está vinculada a una cuenta con su saldo de intereses de 356,86 euros ( escrito de demanda y documentación bancaria acompañada al mismo ).
- 24.- Y también deberá incluirse en el activo de la sociedad de gananciales los intereses y rendimientos de cada una de las cantidades indicadas, desde la fecha establecida como momento en que se computa el saldo respecto de cada cuenta bancaria o producto financiero.

Pasivo: No existe.

Todo ello sin realizar expresa imposición de las costas procesales



Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación, el cual deberá prepararse ante este juzgado en el plazo de cinco días siguientes al de su notificación. Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia por la representación procesal de Enrique se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación a la sentencia, y previo emplazamiento de las partes ante esta Secretaria, se remitieron los autos a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose para la deliberación, votación y fallo del recurso, el pasado lunes 15 de diciembre, sin celebración de vista, habida cuenta de no haberse practicado prueba ni considerado necesaria su celebración.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la dirección letrada de la parte recurrente se solicita la nulidad de las actuaciones practicadas en la instancia con retroacción de las mismas al momento de la comparecencia de los cónyuges ante el Sr. Secretario para la formación de inventario, para que por Juez distinto al que dictó la resolución recurrida, se adopte la oportuna resolución, y sólo subsidiariamente se solicita la revocación de la sentencia pronunciada y se dicte sentencia de conformidad con lo expuesto. Y en cuanto a esta petición subsidiaria, que, en efecto, parece más una exposición de datos que una concreta impugnación y petición alternativa, se denuncia por el recurrente la tipificación consensual de la que fuera su sentencia de separación de fecha 9 de marzo de 2003 parcialmente ratificada por la de esta Sala de fecha 6 de mayo de 2004; se cuestiona la realidad de la sociedad de gananciales existente entre las partes como regulación supletoria de su régimen económico matrimonial; se denuncian infracciones constitucionales de los artículos 14, 18, 24 núms. 1 y 2 de la Constitución Española, y en cuanto al fondo del asunto, se discute: la naturaleza ganancial de la vivienda conyugal, así como su valoración, los vehículos y ajuar que figuran en la propuesta, las cuentas bancarias y participaciones fondos, la indemnización obtenida como consecuencia de su paso a la reserva activa, la fecha establecida por las sentencia para la fijación de los saldos de las cuentas bancarias, los rendimientos de estas cuentas, y finalmente se solicita se incorpore un pasivo que contenga en tres partidas: un crédito del recurrente frente a la sociedad de gananciales por el importe actualizado de las cantidades por él recibidas del Ministerio de Defensa durante 15 años; otro crédito por el importe actualizado de la aportación privativa para la adquisición de la vivienda que fuera conyugal y finalmente, otro por el valor del usufructo de dicha vivienda.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a las denunciadas infracciones en el procedimiento de separación a que se hace referencia en los hechos nº 1 y 2 del recurso, debe decirse que mal puede ello siquiera dilucidarse en este procedimiento, donde sólo puede ventilarse lo referente a la primera fase de la liquidación de la sociedad de gananciales y no lo que fue, o debió ser, en el anterior y distinto procedimiento de separación, tratándose, por tanto de una cuestión ajena no sólo a esta causa, sino a la sentencia que se recurre.

En cuanto a la infracción de lo dispuesto en el artículo 809 de la LEC, denunciada en el hecho tercero del recurso, debe decirse que no llega a entenderse fácilmente dicho motivo habida cuenta de que basta la simple lectura del acta obrante al folio 91 para claramente comprobar que, en contra de la afirmación sostenida en el recurso, sí se señaló nuevamente la vista, concretamente para el día 20 de octubre a las 12 horas, motivado por no constar contestados los oficios remitidos a las distintas entidades. Y en cuanto a la misma infracción denunciada por la comparecencia del día 20 de octubre, es de ver que al folio 128, tanto por la petición de parte de que se diese traslado de los oficios recibidos, como por la existencia de las numerosas cuestiones planteadas en diversos escritos por quien ahora es recurrente, forzoso fue tener que acordar "quedasen los autos sobre la mesa para dictar la oportuna resolución", como así consta en dicha acta -véase el citado folio 128- lo que así hizo el Sr. Juez de instancia al folio 150 dictando una providencia donde, tras resolver todas las cuestiones planteadas, acordó la celebración de una vista para el día que en la misma consta.

Pero es que además, en ninguna de dichas comparecencias por el recurrente se alegó nada acerca de la incomparecencia de la contraparte, y difícilmente se puede acordar, como se pretende, de oficio por el Juez, en el proceso civil, algo que no le viene interesado por la parte, por cuanto ello es infringir el principio dispositivo y a instancia de parte que rige el proceso civil, bastando solo añadir que para la aplicación de la dicción literal del precepto que anuda a la incomparecencia injustificada de uno de los cónyuges la consecuencia sancionatoria hoy pretendida, se necesita, entre otros elementos la aportación de propuesta alternativa de la contraparte sobre la que efectuar la conformidad porque difícilmente se podría acordar, pues mal podría tenerse por conforme con una propuesta de inventario que jamás en los autos existió por la parte recurrente, toda vez que nunca se aportó al proceso.

TERCERO.- En cuanto a la cuestión planteada en el hecho cuarto del recurso, donde se cuestiona la existencia misma de la sociedad de gananciales, no aporta el recurrente ni un solo dato en contra de la misma; en



efecto, ni siquiera sostiene que el matrimonio fuese contraído bajo otro régimen, o que el primitivo fuese modificado a través de unas capitulaciones posteriores, limitándose a alegar que la sociedad de gananciales es incompatible con las separaciones de hecho que ha tenido su matrimonio por cambios de destino, pero de seguirse su teoría y ser consecuente con la misma debió, al menos, haber señalado desde cuándo y hasta cuándo entendía había estado vigente, a su juicio, la citada sociedad, y desde cuándo regía la separación de bienes; pero, aún así, también tendría que haber interesado la liquidación del período en que, según entiende, estuvo vigente la sociedad de gananciales. Frente a dichas afirmaciones, consta acreditada la celebración del matrimonio en fecha 27 de diciembre de 1.973, y la separación matrimonial a fecha 9 de marzo de 2003, constante aquel matrimonio y ante la ausencia de aportación de capitulaciones matrimoniales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1315 y 1316 del C.Civil rige la sociedad de gananciales, que comienza a la misma fecha de la celebración - art. 1345 del CC - y finaliza cuando por capitulaciones matrimoniales se pacte otro régimen. Mediante dicha sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1344 del C.Civil, se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, de modo que toda duda que surja en la calificación de los bienes como ganancial o privativa debe resolverse mediante presunción legal "iuris tantum" a favor de la primera conforme dispone el art. 1.361 del C.Civil.

Frente a ello el recurrente se limita, como se ha dicho, en el hecho cuarto a meramente cuestionar la citada sociedad, pero sin dato alguno para ello, por lo que necesariamente ha de mantenerse la existencia de la citada sociedad, sin perjuicio de determinar hasta cuándo estuvo vigente, como luego se dirá.

CUARTO.- En su llamado motivo quinto, alega infracción del artículo 14 de la Constitución, porque la solicitante de inventario ha tenido abierta indefinidamente la proposición de prueba solicitando la ampliación de oficios, a lo que debe decirse que si bien es verdad la ingente remisión de oficios existente en los autos, ello está motivado, primero, por la existencia de numerosas cuentas bancarias, que hacen difícil la averiguación del verdadero patrimonio, máxime si quien puede coadyuva a ello, no lo hace, o facilita que se haga, y, segundo, que ningún ataque a la igualdad se produce cuando ambas partes tienen el mismo acceso tanto a la remisión de nuevos oficios como al resultado de los mismos, es decir, que mal puede alegarse dicha infracción cuando las mismas oportunidades e igualdades tienen y han tenido las partes en el proceso.

Asimismo se alega vulneración del artículo 24.1 de la Constitución por la comparecencia ante el Sr. Secretario sin los cónyuges lo que supone infracción, según su parecer, de normas sustantivas y procesales, lo que resulta improsperable habida cuenta de lo ya considerado anteriormente y de que, en definitiva, pretender la aplicación de oficio de un precepto procesal civil como es el art. 809 de la LEC es tanto como desconocer los principios procesales aplicables al proceso civil.

También se alega vulneración en dicho hecho del mismo precepto constitucional por haberse incluido intereses y rendimientos no instados en la solicitud, lo que, además de constituir materia de estudio cuando se examinen las partidas del activo, baste decir por ahora que reclamándose la inclusión de unos determinados saldos, obvio lo es que asimismo deben incluirse los intereses que tales saldos hayan producido

Se alega, además, vulneración del artículo 24.2 de la Constitución por haber sido resuelto el procedimiento por el mismo Juez que dictó unas medidas en el procedimiento de separación, respecto de lo cual, baste la mera alegación de lo dispuesto en el artículo 807 de la LEC: es que conforme a dicho precepto es el mismo Juez que en su día dictó la sentencia de separación, el que ha de conocer de la liquidación, sin que ello suponga contaminación alguna; y si la parte entendió que concurría causa de recusación, así debió plantearlo, pero no pretender que el mismo Juez se abstudiese por una causa que ni entendió concurría, ni concurre.

Se alega vulneración de los principios de concentración y unidad de acto lo que provoca nulidad de la sentencia dado el tiempo transcurrido, pero para ello baste decir que, efectivamente, el procedimiento ha durado más de lo deseable, pero sin que pueda imputarse al Juzgador dilación alguna y sí dilación a causa de la complejidad del procedimiento, unido a los numerosos oficios que ha habido que remitir, así como a la ingente cantidad de escritos que hubo que resolver, lo que impide pueda declararse la nulidad, cuando, además, la misma sólo provocaría la inútil repetición de los mismos oficios ante la pasividad de quien pudo aportar luz sobre los bienes que constituían el patrimonio ganancial.

Finalmente se alega falta de motivación del Juzgador de instancia y para desestimar dicha alegación basta la mera lectura de la sentencia de instancia. En efecto, su clara redacción basta para concluir el estudio lógico y razonado realizado por parte del Juzgador de instancia de los hechos sometidos a su decisión y de las argumentaciones jurídicas utilizadas en la calificación de dichos hechos, que, como se verá, se asumen en su integridad por la Sala.

Ninguna vulneración de derechos fundamentales se ha producido en el desarrollo del presente proceso, siendo facultad del Juzgador acordar o no diligencias finales, cediendo el derecho a la intimidad del recurrente ante la existencia de cuentas sobre las que idéntico derecho al propio tiene la esposa, no procediendo a suspender



el proceso -que a la vez se tilda de dilatado- por las alusiones a proceso penal pendiente, que no se discute los haya, por inadecuación de procedimiento, o por imparcialidad subjetiva del Juez, o por cualesquiera otros motivos imaginables que han sido objeto de petición de suspensión.

QUINTO.- Entrando en los motivos de fondo, y se insiste, aún cuando el recurso parece más un relato de disconformidad que una concreta impugnación, pues no va seguida de una propuesta alternativa, la Sala en su función revisora debe concluir acerca de la inclusión o no de los distintos bienes que enumera en los distintos apartados de su escrito en el inventario practicado.

Y a este respecto, por lo que se refiere a la vivienda sita en la CALLE000 NUM000, necesariamente ha de estarse a lo resuelto en la sentencia de instancia dado el régimen de ganancialidad existente entre los cónyuges desde la celebración de su matrimonio - en el año 1973- y la fecha de adquisición de la vivienda -14 de octubre de 1.975-. En efecto, la respuesta al problema planteado en la alzada relativo a la naturaleza del inmueble discutido la encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 1993 que contempla un supuesto de compraventa a plazos de un inmueble constante el matrimonio bajo la vigencia de la legislación anterior a la reforma de 1981 por lo que aplica la normativa anterior a la actual, con exclusión por tanto de los art. 1354 y 1356 del C.C en su actual redacción, y declara ganancial el bien por aplicación de los art. 1.407 y 1.401-1º del CC entonces vigentes, ya que el primer pago se hizo con dinero ganancial. Así nos dice "Que el carácter de ganancial o privativo de un bien adquirido constante matrimonio ha de determinarse de acuerdo con la legislación vigente al tiempo en que ese bien se integra en el respectivo patrimonio; ... ello, para la solución de la cuestión litigiosa ha de acudir al texto del Código Civil anterior a la reforma llevada a efecto por la Ley de 13 de mayo de 1981 y el antiguo art. 1.407 del Código Civil, equivalente al actual 1.361, establecía la presunción de gananciales de los bienes del matrimonio mientras que no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, y el art. 1.401.1 disponía que eran gananciales "los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos."

Pero es que además si hubiera duda alguna, que no la hay, quedaría afectado por la presunción de ganancialidad contenida en el actual art. 1362 del C.Civil - antes art. 1407 del C.Civil - presunción de las llamadas iuris tantum, que puede ser destruida por prueba en contrario, si bien ésta ha de ser cumplida y satisfactoria, exigiéndose con reiteración, tanto a efectos civiles como registrales, que la justificación se haga mediante la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes, por parte de uno de los cónyuges, sin que baste, por regla general el reconocimiento del marido del carácter dotal o parafernial de determinados bienes"

En el presente caso, siendo ganancial el dinero del pago inicial, pues nada ha intentado, siquiera, acreditar sobre este extremo, atendiendo el criterio favorecedor de la sociedad de gananciales que informaba la legislación entonces vigente y la necesidad de fijar desde el momento de su adquisición el carácter ganancial o privativo del bien, debe considerarse como ganancial la citada vivienda. Y sin que nada tenga con ello que ver, el que fuera o no el domicilio conyugal, se encontraran o no empadronados entonces en ese lugar, o vivieran separados cada uno en un destino pero bajo la vigencia de su matrimonio en el plano personal y del régimen económico matrimonial en el plano económico.

Respecto de su valoración, el recurrente afirma que no es momento procesal para efectuarla, al tiempo que cita sentencias de esta propia Sala que siguen el referido criterio. Más con cita expresa de la reciente sentencia núm. 690-08, de fecha 6 de noviembre de 2008, debe saber el recurrente, que en efecto, esta Sala ha considerado cuando hay controversia acerca de la distinta valoración aportada por las partes a un proceso de inventario y respecto de un bien inmueble, por lo general, y concreto, que basta estar a la existencia del bien en esta primera fase de inventario, y será en la fase posterior, de liquidación, donde deba efectuarse la pericial determinante del valor del referido bien. Más dicha doctrina reiterada, lo es para los casos de conducta activa de ambas partes discutiendo el valor de un determinado bien inmueble, no para el caso como el de autos, en el que por una parte se afirma la inclusión de un bien por determinado valor, y la otra respecto de ese valor no lo impugna, en consecuencia, ha de estar al referido valor, y no puede posteriormente, en esta alzada, introducir una cuestión nueva afectante al valor. Es precisamente ello lo que en la sentencia núm. 690'-08 de fecha 6 de noviembre de 2008 se realiza por la Sala ante un caso idéntico al planteado en la presente resolución.

SEXTO.- En relación a los dos vehículos Ford Scort y Seat Ibiza, su inclusión en el activo del inventario, deriva de la prueba de su existencia al tiempo de la disolución de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.397 número 1 del C.Civil. Y dicha prueba de su existencia la ofrece la testifical de los hijos del matrimonio y la propia conducta procesal del recurrente que en ningún caso alegó su desaparición, y finalmente respecto de uno de ellos el Seat Ibiza la aportación del documento adjuntado a su escrito de interposición del recurso, consistente en la baja en fecha diciembre de 2008 del mismo, lo que reitera su existencia al tiempo de la liquidación. Por lo que se refiere al otro vehículo, el Ford Scort, se pretende por el recurrente, aplicar el art.



1346.3 del C.Civil que determina el carácter privativo de los bienes adquiridos en sustitución de otro privativo, y así dice que éste sustituyó a un Seat 124 privativo del recurrente , ante lo cual debe decirse , como ya dijera esta Sala en su reciente sentencia núm. 704-08 de 10 de noviembre "Que si bien es verdad que el artículo 1346- 3º de Código Civil dice que "son privativos....los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos" debe tenerse en cuenta que, como es lógico, ello es para cuando realmente, se cambia un bien por otro o, con el producto de un bien, se adquiere otro, es decir, se sustituye en verdad un bien por otro; y ello, mal puede predicarse del caso de autos, pues al tratarse de un coche, adquirido en el año 1992 y sucesivamente sustituido por otros, tendría que probar el recurrente que con el valor del último vehículo se adquirió, en su totalidad el que ahora es objeto de controversia, pues de otro modo se daría la paradoja que bastaría adquirir un bien, cualquiera que fuese este, para luego, pretender que los sucesivos bienes adquiridos en sustitución del primitivo, por el lógico desgaste de este, tuviesen la condición del primitivo bien, lo que va contra la más pura lógica, ya que el espíritu del citado artículo es para cuando con la venta del primer bien se adquiere el posterior, procediendo por ello la confirmación de la..."

Y respecto de su valoración nada más que añadir a lo consignado en el fundamento anterior respecto del momento oportuno de efectuarla.

Del ajuar nada va a considerar la Sala desde el momento en que el Juzgador de instancia no lo incluyó en el activo, siendo indiferente que se contuviera o no en la propuesta inicial de inventario, cuando la parte a quien afecta esa exclusión no lo impugna. Y es que el recurrente parece impugnar más la propuesta de solicitud de inventario que el propio inventario, que como es obvio, sólo se contiene en la parte dispositiva de la sentencia de instancia.

SÉPTIMO.- En cuanto a las cuentas bancarias y participaciones de un fondo, no obstante las alegaciones contenidas en el recurso,- motivos octavo y noveno- es lo cierto que todos los saldos, salvo que se acredite cumplidamente lo contrario, necesariamente han de ser incluidos en la masa ganancial, por expresa declaración de la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 así como, incluso, porque reconocido por el esposo que los saldos de sus cuentas son fruto de su trabajo, ello conlleva la ganancialidad de los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1347-1º del Código Civil. Todas las alegaciones y citas jurisprudenciales del recurrente relativas a la falta de voluntad de los cónyuges de formar un acervo común, no son predicables de quien contrae matrimonio en régimen de sociedad de gananciales, sino que dichas citas vienen referidas a aquellas uniones de hecho cuyo patrimonio se pretende dividir sin que hayan pactado régimen económico alguno que regule su unión paramatrimonial. .

La inclusión de dichas cuentas y depósitos lleva consigo la inclusión de sus frutos y rentas conforme a lo dispuesto en el art. 1347.2, si bien , frente a lo opuesto por la actora, lo cierto es que no se contiene en su escrito de solicitud de inventario expresamente la inclusión de dicho concepto, es obvio que el mismo se encuentra implícito en la propia inclusión de la cuenta.

En lo referente a su alegación de no tratarse de trabajo retribuido la percepción de un sueldo como consecuencia de su pase a la reserva activa durante los quince años previstos en el RD que cita , en concreto desde de enero de 1987 a diciembre de 2001, debe decirse que pese al pase a la situación de reserva, según consta al folio 287, ninguna discusión existe acerca del carácter ganancial de los ingresos que percibía el demandado por su profesión antes de dicha pase a la reserva, y en cuanto a los ingresos posteriores a la misma siempre devengados constante la sociedad. Y ello de conformidad con la doctrina emanada del TS entre otras en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2007 , en la que se dice ha de estarse " a dos elementos a considerar para determinar el carácter ganancial o no de una prestación relacionada con los ingresos salariales : la fecha de percepción de estos emolumentos y la distinción entre el derecho a cobrar, que debe coser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por lo tanto no es ganancial, y los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, que tendrán ese carácter" , y ello referido no sólo a las pensiones de jubilación , sino también a las pensiones por jubilación anticipada o la extinción de la relación laboral en un plan de bajas anticipadas o los planes de pensiones hechos efectivos tras la disolución y sin haber efectuado inversión constante la sociedad , así como las indemnizaciones por despido improcedente tras la extinción de la comunidad ganancial. Se cita por el recurrente en apoyo del carácter privativo del dinero que nutrió los fondos y cuentas corrientes que se han incluido en el activo del inventario la sentencia del TS de fecha 22 de diciembre de 1.999 pero como consta en la propia cita que transcribe de ellas se trata de la percepción de esos ingresos procedentes de la nueva situación laboral se han obtenido después de la separación legal; y no cabe duda alguna que lo percibido tras su disolución no pertenece con carácter retroactivo a ésta por poseer una proyección de futuro y no de pasado, pero en absoluto excluye sino al contrario concluye el carácter ganancial de lo que se perciba constante la sociedad.



En consecuencia, no habiéndose acreditado que las cuentas y fondos aludidos se nutrieran con dinero privativo, sino al contrario participar de la naturaleza de ganancial los ingresos percibidos por el recurrente por su condición de funcionario militar en la reserva activa, se está en el caso de desestimar el motivo.

OCTAVO.- En cuanto a la fecha concreta a la que ha de estarse para determinar la disolución de la sociedad de gananciales y en consecuencia, al saldo de las numerosas cuentas corrientes y depósitos que constituían el capital mobiliario de los , entonces, cónyuges, cierto es que el Art. 1.392. 3 del Código Civil establece que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando judicialmente se decrete la separación , pero no menos cierto es que la actual redacción del Art. 807 de la Ley de Enjuiciamiento civil permite iniciar los trámites del proceso liquidatorio ante el Juzgado que esté conociendo del proceso de separación , y por lo tanto antes de dictarse la sentencia que determinará esa disolución. En consecuencia, acertado resulta la decisión del Juzgador de instancia de retrotraer a la fecha de presentación de la demanda de separación, o como explícita a una fecha próxima a la misma, la consideración de tener por disuelta la sociedad de gananciales y en consecuencia, referir a dicha fecha los saldos en cuentas corrientes y depósitos financieros existentes en la sociedad.

En cuanto a los concretos errores que , según su parecer , constan al transcribir los saldos en las cuentas corrientes y fondos que se incluyen en el activo ganancial , cierto es que de venir referidos dichos saldos a fechas distintas, bien pudiera tratarse de un mismo dinero anotado en distintas cuentas y por ello solo virtualmente existente en ambas. Más dicha posibilidad cierta, podía haber sido objeto de la oportuna prueba por parte del recurrente no sólo en la instancia, sino muy especialmente en esta alzada, a través de los oportunos oficios a remitir a las entidades bancarias para determinar la duplicidad de los fondos que nutren las distintas cuentas, más al no hacerlo así no deja de ser una alegación carente de prueba por aquél a quien, en nuestro derecho, se atribuye la carga de la prueba de lo que afirma, sin otras limitaciones que la de tratarse de hechos notorios, favorecidos por una presunción o reconocidos por la parte contraria, circunstancias éstas que no se dan en este caso.

NOVENO.- Finalmente la pretensión deducida ex novo en esta alzada de incluir determinados créditos del recurrente frente a la sociedad de gananciales , no alegados en la instancia, y por consiguiente no sometidos a los principios de contradicción y oralidad propios del proceso civil , deben ser de plano rechazados por no ser momento procesal oportuno para deducir dicha pretensión y de lo s contrario causarse evidente indefensión a la contraparte.

DECIMO.- La improsperabilidad del recurso y, en consecuencia, su desestimación, llevan consigo imponer al recurrente las costas procesales devengadas en esta alzada con motivo de la interposición de su recurso, por aplicación del criterio del vencimiento establecido en el Art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad del Rey

Ha decidido:

Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Enrique .

Segundo.- Confirmar íntegramente la sentencia de instancia.

Tercero.- Imponer al recurrente las costas de esta alzada.

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

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Décima de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.