



Roj: **SAP M 4451/2010 - ECLI: ES:APM:2010:4451**

Id Cendoj: **28079370242010100125**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **24**

Fecha: **18/03/2010**

Nº de Recurso: **1270/2009**

Nº de Resolución: **338/2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 24

MADRID

SENTENCIA: 00338/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 24ª

Rollo nº: 1270/09

Autos nº: 528/07

Procedencia Juzgado 1ª Instancia nº 3 de San Lorenzo de El Escorial

Apelante: D. Bernardo

Procurador: Dª ELISA SAEZ ANGULO

Apelado: Dª Lourdes

Procurador: Dª PALOMA BRIONES TORRALBA

Ponente: Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

S E N T E N C I A Nº 338

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

Ilmo. Sr. D. Angel Sánchez Franco

Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

EN MADRID, A DIECIOCHO DE MARZO DE DOS MIL DIEZ.

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de formación de inventario número 528/07

procedentes del Juzgado de 1ª Instancia número 3 de San Lorenzo de El Escorial.

De una, como apelante, D. Bernardo representado por la Procuradora Dª ELISA SAEZ ANGULO.

Y de otra, como parte apelada Dª Lourdes representada por la Procuradora Dª PALOMA BRIONES TORRALBA.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.

I. ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha de veintiocho de mayo de dos mil nueve, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de San Lorenzo de El Escorial, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimar parcialmente la propuesta de formación de inventario presentada por Concepción Wanguemert en nombre y representación de Lourdes y estimar parcialmente la oposición a la misma presentada por González Pontón en nombre y representación de Bernardo debiendo declarar que el inventario de la sociedad de gananciales de Lourdes y Bernardo está formado por los siguientes bienes:

ACTIVO

Vivienda unifamiliar pareada sita en Villanueva del Pardillo Calle Lapsislázuli.

Acciones de la entidad Gestimedia Herrero S.L.

Aportaciones de 6000 euros realizadas por el demandado al fondo de pensiones abierto por el mismo con la entidad Barclays.

Participaciones existentes en Fondo de inversión Barclays Gest. Dinámica 100 FI; Barclays garantizado 10 FI; Barclays Small Caps España FI; Barclays garantizado 4 FI; Barclays Gest. Dinámica 300 FI.

Crédito a favor de la sociedad frente al demandado por importe de 454.000 euros.

PASIVO

Crédito hipotecario que grava la vivienda familiar.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas del presente procedimiento".

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de D. Bernardo mediante escrito de fecha dos de septiembre de dos mil nueve, en base a las alegaciones contenidas en el mismo, cuyo contenido se da por reproducido en aras a la brevedad procesal.

CUARTO.- Frente a estas pretensiones, la parte apelada Dª Lourdes mostró su oposición por las razones expresadas en su escrito de fecha veintiocho de septiembre de dos mil nueve, al que en aras de la brevedad nos remitimos y damos aquí por reproducido.

QUINTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Dados los términos en los que queda centrada la litis en el supuesto de autos, se circunscribe la cuestión principal objeto de recurso, a determinar el carácter privativo o ganancial del premio obtenido por importe de 3.000.000 , en el sorteo de la lotería nacional de 23 de agosto de 2.001, décimo número 34991, segunda serie, octava fracción, que se reputa ganancial en la resolución disentida, en la que, consecuentemente con ello, se incluyen en el activo del inventario formado de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes, y que se enjuicia, las participaciones existentes en fondos de inversión abiertos en la entidad bancaria BARCLAYS, así como aportaciones en importe de 6.000 realizadas por el recurrente a fondo de pensiones abierto por este en dicha entidad, y una serie de traspasos por el efectuados en importe total de 454.000 , en su exclusivo provecho, desde la fecha de la separación de hecho, a la de la sentencia de separación, de 5 de enero de 2.006, en cuanto no se correspondieron las disposiciones a la atención de necesidades de la familia.

SEGUNDO.- Postula el recurrente la exclusión de tales partidas del activo del inventario que se enjuicia, al entenderlas de carácter privativo.

Esta pretensión no puede obtener favorable acogida, siendo procedente su desestimación, con confirmación en este punto de la resolución disentida, al ser absolutamente correcta, sin que se acredite en la alzada error por parte de la Juez "a quo", ya de interpretación o aplicación de la norma en vigor, ya de valoración del material probatorio obrante en autos, bien al contrario, esta Sala comparte, suscribe y hace propio lo por ella razonado, careciendo de base para sustituir el criterio objetivo e imparcial de la juzgadora por el interesado de la parte.

Sostiene el apelante que el décimo de lotería arriba descrito, le fue donado a él en exclusiva por su tío, calificando de ilógica otra posibilidad, habida cuenta la enemistad que mediaba entre este y su ex esposa aquí recurrida, y entiende ello acreditado a través del manuscrito del donante fechado a 9 de julio de 2.005, posterior



a la fecha de la separación de hecho, en que así este lo expresa, y luego lo ratifica en calidad de testigo en el curso de la vista practicada en las actuaciones.

La Juez "a quo" con acierto, no otorga crédito a la declaración de este testigo, en atención a la manifiesta enemistad entre este y la actora, teniendo al tiempo en consideración la fecha de la carta manuscrita, confeccionada dos años después de la obtención del premio, y posterior a la separación de hecho de los litigantes, de donde considera que su elaboración no tuvo otro fin, que evitar tuviera la esposa participación en el premio al disolverse la sociedad ganancial.

Esta inferencia, producto de la total y absoluta inmediación, no se revela en modo alguno absurda, arbitraria, ni contraria a la más elemental lógica humana, en ausencia de cuantas exigencias y requisitos en materia de donación vienen impuestos en los artículos 618 y 621 del Código Civil en vigor, así como sin especial designación de partes en el momento oportuno (artículo 1.353 del Código Civil), ningún valor puede atribuirse a la declaración del testigo D^o. Jesús Luis, que parece a la Juez "a quo" oportunista al interés de la parte en el proceso, en atención a la concreta situación, de donde carece de efecto alguno, con mención del principio de seguridad jurídica, y dando prevalencia a la presunción de ganancialidad.

Dicho cuanto antecede, en esta materia de valoración de la prueba efectuada por la Juzgadora de Instancia, se debe señalar que la amplitud del recurso de apelación permite al Tribunal "ad quem" examinar el objeto de "litis" con igual amplitud y potestad con la que lo hizo el Juzgador "a quo" y que por tanto no está obligado a respetar los hechos probados por éste pues tales hechos no alcanzan la inviolabilidad de otros recursos como es el de casación. Ahora bien, tampoco puede olvidarse que la práctica de la prueba se realiza ante el Juzgado de Instancia, y éste tiene ocasión de percibir con inmediación las pruebas practicadas, es decir, de estar en contacto directo con las mismas y con las personas intervinientes. En suma, el principio de inmediación, que aparece en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y con mayor énfasis en la nueva L.E.C., que conforme el proceso civil debe concluir "ad initio" por el respeto a la valoración de la prueba practicada realizada por el Juzgador de instancia, salvo, excepción, que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio. Prescindir de lo anterior es sencillamente modificar el criterio del Juzgador por el interesado y subjetivo de la parte recurrente. Pero aún más, en modo alguno puede analizarse la valoración de la prueba por el Juzgador "a quo" mediante el análisis de la prueba (cualquier medio de prueba) de forma individualizada sin hacer mención de una apreciación conjunta que es la que ofrece el Juzgador. En definitiva, aunque el Tribunal Superior u órgano "ad quem" tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas con las partes (quaestio iuris) para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas de aplicación al caso (SSTS. 21/abr/93, 5/may/97, 31/mar/98 y TC.S. 3/96 de 15 de enero), no es menos cierto que no puede ignorarse que, respecto de aquellas pruebas que han sido practicadas a la inmediación judicial, el Juez "a quo" tiene elementos más fundados para su más precisa apreciación y por tanto su mejor valoración en relación a los supuestos de hecho que constituyen el "factum" debatido. De ahí que en materia de apreciación de la prueba, conforme a una reiterada Jurisprudencia, es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza -principio dispositivo y de rogación-, pero en forma alguna tratar de imponerlas a los Juzgadores (STS de 23 de septiembre de 1996), pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgado de instancia hizo de toda la prueba practicada por la que realiza la parte recurrente, función que corresponde, única y exclusivamente, al juzgador "a quo" y no a las partes (STS de 7 de octubre de 1997). De esta suerte, el error en la valoración de la prueba sólo podrá acogerse cuando las deducciones o inferencias de la sentencia impugnada resulten ilógicas, irracionales o absurdas atendida la resultancia probatoria, lo cual no ha acontecido en el caso enjuiciado, dado que la apreciación de la prueba documental aportada a los autos por el juzgador de instancia, basada en las reglas de la sana

crítica, no ha resultado arbitraria ni irracional, por lo que resulta improcedente realizar una nueva valoración de la prueba sobre este extremo, concluyéndose que la misma ha de ser ratificada por este Tribunal (Cfr. STS de 16 de octubre de 2000).

TERCERO.- A mayor abundamiento, aún cuando quisiera seguirse un criterio contrario al expuesto, de reputarse privativo el décimo de lotería premiado, no podría llegarse a la consideración pretendida, habida cuenta no se acredita por el recurrente que hiciera oportunamente referencia a reserva o condición sobre el metálico, o declaración de privatividad siquiera parcial, siendo lo acontecido, lejos de ello, que en un momento de bonanza matrimonial, vigente la sociedad legal de gananciales, el 25 de agosto de 2.003, dos días después del sorteo, sin hacer referencia a reserva, condición, o derecho de reembolso, aperturó, conjuntamente con la recurrida, cuenta en BARCLAYS, en la que se registro como primer ingreso meritado décimo de lotería, premiado con 3.000.000 .



En consecuencia, aún en el supuesto más favorable a la tesis del apelante, habría de considerarse que el metálico dicho, fue donado por D^o. Bernardo a su familia, o a su esposa en un momento de bonanza matrimonial, realizando una liberalidad para con aquella, o para con su sociedad conyugal, como reiteradamente se viene sosteniendo por esta Sala en igual línea que se pronuncia el TS, Sala 1^a, S 8-10-2004, nº 969/2004, rec. 2717/1998, en la que el alto Tribunal, en resumen argumenta que:

" Aunque la regla general es la de presumir la ganancialidad de los bienes del matrimonio, debiendo probar, quien lo alegue, la privacidad de los mismos, sin embargo, ello cede, por lo menos en lo que se refiere a la relación entre los cónyuges, en el caso de que ambos cónyuges de mutuo acuerdo o uno de ellos haya reconocido a favor del otro esa privacidad, declaración de voluntad que no se ve afectada por situaciones tales como falta de precio, o desproporción del mismo, que no afectan a su validez, todo lo cual cabe tanto cuando se reconoce la privacidad de un bien inicialmente ganancial, como a la inversa, esto es, cuando un bien inicialmente privativo se reconoce como ganancial.

Así, en ausencia de declaración expresa de carácter privativo de aportación alguna por parte del esposo, con omisión de anuncio concreto de reserva o condición sobre las cantidades ingresadas, ni mención sobre el derecho de reembolso, es evidente la voluntad del consorte, de realizar a favor de la sociedad conyugal un desplazamiento patrimonial, de manera que no procede ningún derecho de reembolso, ni inclusión en el pasivo societario de ningún derecho de crédito a favor de aquel,"

De esta manera, la disposición de capital, independientemente de que proceda de una donación, en el haber de la sociedad, en ausencia de toda manifestación sobre ulterior reembolso, es un comportamiento que se encamina a causar estado en beneficio de la sociedad matrimonial, y bien puede considerarse por ello, como ya se ha dicho y reitera ahora, una liberalidad del consorte para con la sociedad conyugal que constituyo con la contraparte, no siendo sino en este momento, una vez producida la ruptura, en situación de patología matrimonial, cuando surge el deseo de reintegro, lo que va contra los propios actos, toda vez que se verificó la disposición libre y voluntariamente por un consorte, mayor de edad y en pleno ejercicio de facultades, sin la concurrencia, ni siquiera aducida, de vicio alguno del consentimiento, con anuencia y conformidad del otro constante el matrimonio y con carácter ganancial, sin reserva, condición, expresión o declaración de ninguna especie.

Así, el artículo 1.355 del Código Civil establece:

"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".

En este sentido, siguiendo la doctrina sentada por la jurisprudencia menor (entre otras, sentencia de 23 de septiembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Álava, y sentencia de 10 de marzo de 1994, de la Audiencia Provincial de Valencia, y de esta propia Sala -sentencia de 14 de septiembre de 2004 -) es posible atribuir el carácter ganancial a un bien, si ello se infiere de la voluntad de los cónyuges, plasmada en los actos y contratos, mediante documento privado y escritura pública, celebrados por aquellos, y aun admitiendo la procedencia del carácter privativo del dinero empleado para la compra, en tanto en cuanto no se hace ningún tipo de manifestación, sobre reserva o condición del carácter privativo de dicho metálico, a fin de propiciar, en el momento oportuno, cual nos ocupa, la reivindicación de dicho carácter privativo del bien adquirido, o en su defecto, el derecho de reembolso conforme al artículo 1.358 de dicho texto legal citado.

No puede olvidarse, por otra parte, que el artículo 1.323 del Código Civil permite al marido y la mujer la transmisión por cualquier título de bienes y derechos, y la posibilidad de celebrar entre si toda clase de contratos, de manera que es factible la transmisión de los bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos, lo que también viene referido a posibles derechos inherentes a favor de cada cónyuge sobre su cuota ganancial, de forma que, con total libertad, se le permiten realizar los contratos que estimen conveniente (Tribunal Supremo, sentencia de 17 de diciembre de 1.997).

Conviene resaltar, a mayor abundamiento, la vinculación, en principio y por regla general, de la doctrina de los propios actos, expresamente aplicable para las adquisiciones conjuntas, aún no descartándose la posibilidad de destruir la presunción "iuris tantum" de ganancialidad por los medios probatorios admitidos en derecho.

En suma, el repetido artículo 1.355 permite que los cónyuges, de común acuerdo, puedan atribuir el carácter ganancial a cualquier el bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio, especialmente si dicho bien pudiera resultar, en otro caso, privativo, por la procedencia de los fondos empleados en la adquisición, y ello quiere decir que el bien al que se le ha atribuido voluntariamente la condición de ganancial lo va a ser de manera



definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición (sentencia de 11 de enero de 2002, de la Audiencia Provincial de Vizcaya).

Procede la desestimación de este motivo de recurso con confirmación de la sentencia de instancia, como se ha dicho, por cuanto resulta probado en las actuaciones, que el metálico procedente de tan repetido premio de lotería, fue obtenido constante el matrimonio, celebrado bajo el régimen vigente de sociedad legal de gananciales, de donde carece el apelante de cualquier derecho de reintegro, sin que proceda declaración de privatividad, y por ende exclusión en el inventario, de las partidas que se expresan en el suplico del escrito de recurso, en sus números 1 a 3, esto es, las participaciones existentes en fondos de inversión abiertos en la entidad bancaria BARCLAYS, que proceden de capital privativo, así como aportaciones en importe de 6.000 realizadas por el recurrente a fondo de pensiones abierto por este en dicha entidad, o los traspasos efectuados por el recurrente en importe total de 454.000 , en su exclusivo provecho, y sin corresponder a la atención de necesidades de la familia, desde la fecha de la separación de hecho, a la de la sentencia de separación, de 5 de enero de 2.006.

CUARTO.- Ni el segundo motivo de recurso, relativo a cuotas de hipoteca, ni ninguno de los subsidiarios pueden obtener favorable acogida, debiendo correr igual suerte desestimatoria que el anterior, toda vez que en el acto de la comparecencia ante el Sr. Secretario del Juzgado de origen, celebrada a los efectos del artículo 809 de la L.E.Civil, a 17 de diciembre de 2.007 (folios 101 y 102 de autos, a los que nos remitimos y damos aquí por reproducidos en aras a la brevedad), omitió el recurrente toda referencia a conceptos que entendiera debían conformar partida del activo o del pasivo del inventario, no deduciendo la pretensión sino al momento de la celebración de la vista que tuvo lugar en las actuaciones a 16 de diciembre de 2.008, en momento en mucho posterior al en que tiene lugar la traba definitiva de la litis, variando esta inadecuadamente, yendo contra los propios actos.

El debate se plantea así extemporáneamente en un momento posterior al de la traba de la litis, con la introducción de cuestiones que no pudieron ser examinadas por la Juez "a quo", pues no fueron objeto del proceso, ni lo pueden ser del recurso, so pena de causar indefensión a la contraparte, lo que nos conduce sin más a la desestimación anunciada de estos motivos, aplicando el criterio que reiteradamente se ha venido siguiendo por esta Sala, sentencia entre otras, y por citar una de ellas, de 24 de octubre de 2.007, donde afirmamos:

"En el supuesto concreto que enjuiciamos nos hallamos ante un procedimiento cautelar, no otro que el establecido para la formación de inventario, paso previo para llegar a la fase de liquidación del régimen económico matrimonial, tal se deduce del artículo 810.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El inventario comienza una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya solicitado la disolución del régimen económico matrimonial, a solicitud de cualquiera de los cónyuges; debiéndose acompañar a la misma (artículo 808 de la LEC.) una propuesta de inventario, en la que consten separadamente las diversas partidas que deban incluirse en aquél con arreglo a la Legislación Civil, así como los documentos que justifiquen las diversas partidas que se incluyen. Esta solicitud formulada por escrito, con firma de Abogado y Procurador, dará lugar a una comparecencia, a la que se citará a los cónyuges, para que con intervención del Sr. Secretario procedan a formar el referido inventario de la comunidad matrimonial, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil para el régimen económico matrimonial de que se trate, aquí sociedad o comunidad de gananciales (artículo 809.1.I de la L.E.C.), y puede suceder que en la comparecencia no aparezca controversia, bien porque, compareciendo ambos consortes, los mismos lleguen a un acuerdo, o bien porque, incompareciendo sin justificación alguno de ellos, se le tenga por conforme con la propuesta de inventario realizada por el cónyuge comparecido (artículo 809.1.II de la LEC.), mas puede ocurrir, que en la comparecencia se suscite controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto inventariado o sobre el importe de cualquiera de las partidas, entonces se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto en el Juicio Verbal. En este supuesto, la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, disponiendo lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes (artículo 809.2 de la LEC.).

Es en dicho momento de la comparecencia de los cónyuges ante el Sr. Secretario, en el que queda trabada la litis, donde quedan fijadas definitivamente las posiciones de las partes, y en el que han de alegarse los puntos en los que hubiere oposición, las excepciones materiales, procesales y cuantas supongan un obstáculo a la válida terminación del proceso mediante sentencia sobre el fondo, de manera que fuera ya de estos momentos procesales no cabe alteración de la postura o ampliación de hechos, en cuanto entraña una variación extemporánea e inadecuada de la litis, sin que quepa en modo alguno modificación de las pretensiones deducidas previamente, pues precisamente en base a estos la contraparte tomará conciencia de la prueba que pueda y considere procedente articular en defensa de su posición, de admitirse otra solución



sería colocada en situación de indefensión, pues de haberse alegado en su momento podría haberse planteado pruebas encaminadas a acreditarlo."

QUINTO.- Pese a la desestimación del recurso, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada, dada la naturaleza de la materia que nos ocupa, de las concretas circunstancias concurrentes, la jurisprudencia recaída en casos análogos y la posibilidad abierta a ello, aún ambigua, por el juego de lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos de la L.E.Civil.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación,

III.- F A L L A M O S

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Bernardo , representado por la Procuradora D^a ELISA SAEZ ANGULO, contra la sentencia de fecha veintiocho de mayo de dos mil nueve, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Lorenzo de El Escorial, en autos de Formación de Inventario número 528/07; seguidos con D^a Lourdes , representada por la Procuradora D^a PALOMA BRIONES TORRALBA, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución; todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Notifíquese la presente resolución, conforme a lo dispuesto en la L.O.P.J. con expresión de sus derechos a las partes.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico en Madrid a