



Roj: **SAP MA 346/2017 - ECLI:ES:APMA:2017:346**

Id Cendoj: **29067370052017100137**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **5**

Fecha: **04/04/2017**

Nº de Recurso: **842/2015**

Nº de Resolución: **184/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SOLEDAD VELAZQUEZ MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN QUINTA  
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE FUENGIROLA  
JUICIO ORDINARIO 872/13  
ROLLO DE APELACIÓN CIVIL Nº. 842/15

#### **SENTENCIA Nº.**

Illtmos. Sres.

Presidente

D. José Javier Díez Núñez

Magistrados

D. Melchor Hernández Calvo

Dª. Soledad Velázquez Moreno

En la ciudad de Málaga a 4 de Abril de 2017

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio Ordinario nº 872/13 procedentes del Juzgado de Primera Instancia 4 de Fuengirola, seguidos a instancia de D Basilio , habiendo operado sucesión procesal a favor de D Antonio Salvador Areses Vidal en representación de sus hijos herederos del actor, representado en el recurso por el Procurador D. Miguel Álvaro Fortuny de los Ríos, contra Dª Rita representada en el recurso por la Procuradora Dª Alicia Ruiz Leña, pendientes en esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la Sra. Rita contra la sentencia dictada en el citado juicio.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Fuengirola dictó sentencia de fecha 13 de Marzo de 2015 en el juicio ordinario nº 872/2013 del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así "*Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. De la Rosa Panduro, en nombre y representación de Don Basilio contra Don Basilio , representado por el Procurador Sr. Del Moral Chaneta, se declara que ha de ponerse fin a la situación de proindiviso respecto de los bienes finca registral número NUM000 del registro de la Propiedad número 2 de Mijas, finca número NUM001 del Registro de la Propiedad número 2 de Marbella, y finca número NUM002 del Registro de la Propiedad número 2 de Marbella,,*

*declaro que las finca registral número NUM000 del registro de la Propiedad número 2 de Mijas, finca número NUM001 del Registro de la Propiedad número 2 de Marbella, y finca número NUM002 del Registro de la Propiedad número 2 de Marbella, son indivisible,*

*decreto la extinción del condominio existente sobre ellas y, siendo de imposible división material,*



ordeno la venta de los bienes en el modo que las partes acuerden, y en su defecto, en pública subasta por los trámites de los arts. 637, 638, 655 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con admisión de licitadores extraños y la distribución entre **Don Basilio y Doña Rita** del precio obtenido por mitades indivisas, conforme al proindiviso extinto,

se imponen a cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad por lo que se refiere a la demanda principal ( art. 395 L.E.C .) al no apreciarse mala fe en la demandada. "

**SEGUNDO.-** Contra la expresada sentencia interpuso en tiempo y forma recurso de apelación D<sup>a</sup> Rita , el cual fue admitido a trámite, formulándose oposición por la adversa, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde al no estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala, que tuvo lugar el día 28 de Marzo de 2017, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo ponente la Iltma. Sra. D<sup>a</sup> Soledad Velázquez Moreno.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Alega en primer lugar la apelante, sin solicitar expresamente declaración de nulidad por tal causa, que la Juez que presidía la vista oral no fue la misma que la que presidió la Audiencia Previa.

Sin embargo ninguna nulidad se deriva de la celebración del Juicio por juez distinto de aquel que dirigió la audiencia previa. En este sentido la sentencia de la AP de Guipúzcoa (Sección 3<sup>a</sup>) de 6 de junio de 2005 , en un supuesto similar al presente recoge : "no puede dejar de ponerse de manifiesto que en supuestos en que el proceso se desarrolla en dos fases bien diferenciadas como son la audiencia previa y al juicio, en donde la Exposición Motivos de la Ley 1/ 2000 señala que la finalidad de la primera es la de fijar lo que es objeto de controversia y depurar el proceso, resolviendo cuando antes las eventuales cuestiones sobre presupuestos y óbices, obstáculos procesales de modo que se eviten al máximo las sentencias que no entren sobre el fondo del asunto litigioso y cualquier tipo de resolución que ponga fin al proceso sin resolver sobre su objeto, finalidades estas que tienen pleno reflejo en el proceso ordinario desarrollado en los art. 414 a 430 de la L.E.Civil , reguladoras del tal acto, perfilándose como propias de la audiencia previa y que no admiten confusión con las del acto del juicio, pues este, según expresa la misma exposición de Motivos, contenido en los art. 431 a 433 de la L.E.Civil , se celebra tras haber cumplido la audiencia previa sus finalidades, estando previsto para que se practique la prueba y se formulen conclusiones sobre esta, tras lo cual se dicta sentencia.

Situación procesal en la que es posible que el Juez o Magistrado sea distinto en una y otra fase, por cuando que en la primera de ellas tan solo se trata de concretar los puntos objeto de debate entre las partes, de depurar el procedimiento de cualquier clase de excepciones dilatorias de naturaleza procesal que imposibiliten entrar en el análisis de la cuestión de fondo, en tanto que el juicio propiamente dicho exige la inmediatez del Juez o Magistrado que posteriormente dicte la sentencia definitiva, de manera que en aquellos casos en los que el procedimiento se desarrolle en unidad de acto y en los que por no existir audiencia previa comprenda en su desarrollo alegaciones de las partes proposición y practica probatoria, se hace indispensable que el órgano judicial, aun en el supuesto de que se interrumpa por cualquiera de las causas contempladas en el art. 193 de la L.E.Civil , sea el mismo que inició la vista."

La consecuencia que de lo anterior se extrae que no la pretendida por los apelantes, dado que aun cuando la audiencia previa se efectuó por un juez distinto, la prueba con absoluta inmediatez se ha mantenido incólume e inalterada, sin perder de vista la doctrina del T.C. 55/1991 de 12 de marzo que expresa con cita de otra resolución anterior 97/1987 que refiere que en tales circunstancias el art. 24 de la L.E. no se extiende a garantizar un juez concreto, sino el presente en las actuaciones y la resolución de lo debatido por un juez, más concretamente por el juez competente al que corresponde el ejercicio de tales funciones o por quien y esto es lo esencial, funcionalmente haga sus veces.

**SEGUNDO.-** Sentado lo anterior entiende la apelante que concurre una inadecuación de procedimiento, dada la necesidad de haber procedido de conformidad con lo dispuesto en los artículos 806 y ss de la LEC .

La citada cuestión ya ha sido resuelta en resoluciones anteriores de esta Audiencia Provincial negando la posibilidad de aplicación del régimen de liquidación previsto en el artículo 806 y siguientes al régimen de separación.

Y así la sentencia de 28 de abril de 2015 : " Rechazada la excepción de inadecuación de procedimiento en la audiencia previa celebrada en la anterior instancia, en el recurso formulado contra la sentencia se articula como primer motivo en el que se fundamenta la vulneración del artículo 806 LEC reiterando las alegaciones contenidas en la demanda sobre la inadecuación del juicio ordinario declarativo tramitado pues



no se trataría solo de decidir la división de tres inmuebles comunes sino también de repartir deudas y otros bienes muebles, siendo de aplicación por eso el procedimiento establecido en dicho precepto al estar previsto para "La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que (...) determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones." en consecuencia, no reduciendo el precepto el ámbito de aplicación de dicho procedimiento solo a la liquidación de sociedad de gananciales, sino a "cualquier régimen económico matrimonial", es el adecuado para la división del patrimonio común adquirido bajo el régimen de separación de bienes cuando, como en este caso, existe una masa común de bienes y obligaciones comunes.

Entrando a resolver sobre esta primera cuestión, en el régimen de separación de bienes es posible que la liquidación sea necesaria cuando existe un patrimonio y deudas pendientes comunes, planteándose la controversia de si el procedimiento de liquidación contencioso previsto en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962, 1892) es el adecuado en un supuesto en el que todos los bienes y deudas son privativos de los cónyuges, aunque en régimen de proindivisión, y no gananciales. La cuestión que se plantea por la recurrente es polémica en la doctrina sin que sean unánimes los pronunciamientos de los tribunales (jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales), si bien es mayoritaria la que considera no ser de aplicación el procedimiento que se inicia en el artículo 806 LEC (RCL 2000, 34, 962, 1892) para la liquidación de bienes y deudas existentes en el seno de un matrimonio que se ha regido económicamente por la separación de bienes, postura que mantiene esta Sala en base a lo siguiente: 1º) la doctrina del Tribunal Supremo ( STS 28 de abril de 1997 ) expresa lo incomprensible que supone la necesidad de acudir al proceso especial universal para liquidar los bienes comunes resultantes de un régimen de separación bienes, cuando dicho régimen de separación absoluta de bienes no resulta impeditivo para que pueda surgir entre los esposos una comunidad de bienes, cuyo régimen es el de cualquier conjunto de cosas en cotitularidad ordinaria y en el que cada cónyuge conserva una cuota concreta o abstracta sobre el total del haber patrimonial comunitario; ello fundamenta la necesidad de acudir a la vía declarativa ordinaria, a falta de acuerdo entre los cónyuges, lo que permite dar lugar de un modo real y efectivo a la división de la cosa común; en el mismo sentido, la STS de 31 de Mayo de 2006 (RJ 2006, 3502) , al establecer que habiendo existido un régimen económico matrimonial de separación de bienes no podía considerarse incluido en dicho régimen ningún bien de carácter común, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar, siendo la normativa aplicable a tales bienes la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil (LEG 1889, 27) ; 2º) en concordancia con la anterior doctrina jurisprudencial, si bien literalmente parece que cabe en el precepto transcrito el régimen de separación de bienes, en la configuración de dicho régimen permite pensar que en tales situaciones no existe un patrimonio común afecto a determinadas obligaciones y que resulte necesario distribuir tras la disolución del régimen matrimonial, pues en este régimen pueden existir bienes o derechos que pertenezcan conjuntamente a ambos cónyuges ( artículo 1.441 CC ), pero no existe propiamente una masa común afecta al levantamiento de las cargas matrimoniales, y así, cabe mencionar el contenido del artículo 1410 del Código Civil , que contiene la remisión a los trámites del juicio universal únicamente para la liquidación de la sociedad de gananciales, que no para los restantes regímenes tipificados en dicho cuerpo legal, de manera que ello permite deducir que los artículos 806 a 810 de la Ley procesal están pensados para la liquidación del régimen de la sociedad legal de gananciales, de igual manera que el artículo 811 de dicho texto legal está destinado a la tramitación de la liquidación del régimen de participación, pudiendo encajar en dicho cauce procesal el régimen de separación de bienes cuando en las capitulaciones se hubiese establecido, para hacer frente a las cargas, un conjunto de bienes y derechos, en cuanto deslindados de los privativos que cada uno de los cónyuges habrá de hacer suyos durante la vigencia de dicho sistema económico- matrimonial, pero inaplicable en aquellos supuestos de absoluta separación de bienes, en la que nos encontramos ante una simple comunidad de bienes, respecto de la que ambos condóminos pueden postular su extinción mediante el ejercicio de la actio communi dividundo, contemplada en los artículos 400 y siguientes del Código Civil (LEG 1889, 27) (en idéntico sentido la SAP de Santa Cruz de Tenerife 513/2002, de 10 diciembre (JUR 2003, 73926) , AAP número 201/2004, de 13 julio (JUR 2004, 315491) y SAP de Madrid de 11 de Abril de 2011 , y SAP Cáceres 22/2014, de 5 febrero ); y, 3º) en el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en el auto nº 11/14 al decir: "se afirma que el citado artículo 806 LEC (RCL 2000, 34, 962, 1892) determina el ámbito de aplicación del procedimiento para la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial, por lo que en su dicción pudiera entenderse contenido el régimen de separación de bienes, sobre todo si tenemos en cuenta que en este régimen de separación pueden existir bienes y derechos que pertenezcan conjuntamente a ambos cónyuges, ( artículo 1441 CC (LEG 1889, 27) ), existiendo igualmente para los que se encuentran casados por este régimen obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, como establece con carácter general el artículo 1318 y de forma particular el 1438, ambos del mismo texto legal citado. No obstante, la doctrina mayoritariamente se ha inclinado por negar la posibilidad de aplicación del régimen de liquidación previsto en el artículo 806 y siguientes al régimen de separación, fundamentalmente por la inexistencia de una masa



común de bienes que propiamente no hay en este régimen ya que en el mismo las cargas del matrimonio son atendidas por los propios bienes de los cónyuges y los pronunciamientos judiciales sobre contribución a las cargas del matrimonio o la compensación económica al otro cónyuge son propios de la sentencia previa dictada en el proceso matrimonial ( artículo 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962, 1892) ), exigiendo la literalidad del precepto que examinamos la existencia de una masa común de bienes y derechos sugerida a determinadas cargas y obligaciones, lo que hace preciso no sólo la existencia de una masa común sino que ésta esté sujeta a cargas y obligación, situación que, según el artículo 1362 del Código Civil (LEG 1889, 27) , se da en la sociedad de gananciales pero no en el régimen de separación de bienes para el que los artículos 1318 y 1348 antes citados fijan esa carga para cada uno de los cónyuges y no para una hipotética masa común. La doctrina entiende como justificación para que el legislador emplee la expresión cualquier régimen matrimonial , a la necesidad de posibilitar su aplicación a ciertos derechos forales en los que existen comunidades de bienes que contemplan una masa común de bienes a liquidar, como la comunidad de bienes del derecho catalán, la sociedad conyugal de conquistas y el régimen de comunidad universal de derechos de Navarra, la comunidad foral de bienes del País Vasco o la comunidad de los artículos 37 y siguientes de la compilación de Aragón."

**TERCERO.-** Reitera la apelante la petición de declaración de nulidad por simulación de las capitulaciones matrimoniales por la que el matrimonio pasó a regirse por el régimen de separación de bienes, frente al de sociedad de gananciales que lo regía con anterioridad.

El Tribunal Supremo afirmó en sus Sentencias de 23 de Septiembre 1990 y 16 de Septiembre 1991 que la simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta, sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público. En parecidos términos se manifestó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 septiembre de 1989 al expresar que "el concepto jurisprudencial y científico de la simulación contractual es un vicio de la declaración de voluntad de los negocios jurídicos, por el cual ambas partes de común acuerdo y con el fin de obtener un resultado frente a terceros -que puede ser lícito o ilícito-, dan a entender una manifestación de voluntad distinto de su interno querer". En definitiva, la simulación total o absoluta, "simulatio nuda", contraventora de la legalidad, implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los arts. 1.275 y 1.276 del Código Civil y, por tanto, la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita ( STS de 28 abril 1993 ).

Dadas las dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos -que se encubre por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad-, es obligado a acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el art. 1.253 del Código Civil , y con su base, apreciar comportamientos simulados absolutos cuando con arreglo a un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, se evidencia que el contrato no ha tenido, en definitiva, la causa que nominativamente expresa ( SSTS de 1 Julio , 16 y 19 Septiembre y 5 Noviembre de 1988 ).

Frente a la simulación absoluta o "nuda simulatio" se encuentra la simulación relativa, sobre cuya dualidad se expuso en Sentencia del Tribunal Supremo de 18/07/1989 -recogida en la otra del mismo Alto Tribunal de 28 de Abril de 1993, en la que el TS casó la sentencia y desestimó la demanda en la que se interesaba la declaración de nulidad absoluta de unas capitulaciones matrimoniales otorgadas en escritura pública, en la que se había acordado con el esposo demandado el nuevo régimen de separación de bienes- que: "calificada la simulación de total o absoluta -la llamada "simulatio nuda"-, la misma por su naturaleza esencialmente contraventora de la legalidad (la cual como es sabido, al no estar específicamente regulada o contemplada en el CC, ha sido estructurada por la doctrina más decantada, y frente a la tesis de que pueda ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y declarada -vicio de la voluntad-, pues, la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los artículos 1.275 y 1.276 , y por tanto con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita; y se puede distinguir una dualidad, o simulación absoluta, cuando el propósito negocial inexistente por completo por carencia de causa -quo debetur aut quo pactetur- y la relativa que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado), ostenta una afinidad cuasi pública con los institutos que en su juego operativo se prevalecen de la significativa tutela de la intemporalidad o imprescriptibilidad de aquellas acciones que persiguen la destrucción de lo así "simulado" y el prevalecimiento de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficción efectuado. En definitiva, el Código Civil, fiel a la teoría de la causa, regula dos supuestos o clases en cuanto a su falsedad o fingimiento: uno, el más general y operativo en la práctica, en la que la falsa declaración es el fiel exponente de la carencia de causa y que configura la llamada simulación absoluta, y el otro, aquél en que la declaración represente la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado o, simplemente, simulación relativa".





La simulación relativa se caracteriza en materia contractual ( STS de 22/12/87 ) por "encubrir un convenio, con inexistencia real, otro con realidad causal", lo que permite declarar la nulidad del negocio simulado o ficticio y mantener la validez del negocio disimulado cuando éste obedece a una causa verdadera y lícita".

En aplicación de la anterior doctrina, lo que hay que recordar a la recurrente es que no justifica ninguna causa de la simulación absoluta. Efectivamente afirma que la razón por la que se otorgó la escritura de capitulaciones matrimoniales -modificando el régimen económico matrimonial- fue la de salvaguardar el patrimonio familiar. Si esto fuera así, habría visos de la existencia del pacto de fiducia, en el sentido de que se creaba una apariencia frente a terceros, pero que, entre ambos cónyuges, se había acordado proteger el patrimonio familiar.

Frente a ello no existe ninguna prueba de tal afirmación dando por reproducidos a tal efecto los razonamientos de la resolución recurrida, como reconoce la propia apelante al hacer referencia a pruebas inadmitidas o no practicadas.

Por otra parte como establece la sentencia de esta Audiencia de 29 de enero de 2014 : "Las capitulaciones matrimoniales es la convención celebrada por quienes van a ser cónyuges, o por quienes ya lo son, con el fin principal de fijar el régimen económico al que deben sujetarse los bienes de un matrimonio. Realmente el *Código Civil* ( *LEG 1889, 27* ) no contiene una definición de qué son las capitulaciones, sino que se refiere directamente a su contenido:" En las capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio ( artículo 1325 )". Pero, siendo el fin principal no es el exclusivo, ya que el citado precepto establece la posibilidad de incluir en la escritura pública de capitulaciones matrimoniales " cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo", como puede ser el pacto de administración sobre los bienes gananciales ( *artículos 1375 CC* ), donaciones de bienes futuros para el supuesto de muerte ( *artículo 1341.2 CC* ), mejoras o promesas de mejorar ( arts. 826 y 827 del mismo Código ).

Y en el supuesto enjuiciado, la pretensión del impugnante en modo alguno puede tener favorable acogida. En este sentido resulta ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 18 de mayo de 2012 cuando establece que "..... SEGUNDO.- Centrado en los precedentes términos el objeto del recurso, el mismo debe ser rechazado y confirmado lo acertadamente resuelto por la Juzgadora "a quo" puesto que, la escritura de capitulaciones matrimoniales y de disolución de la sociedad de gananciales otorgada el día 2 de noviembre de 1.985 responde a una causa verdadera y lícita, cual es la de proceder a la sustitución del régimen económico matrimonial, con el objeto de dejar a salvo de futuras incidencia en el ejercicio de la actividad empresarial del marido, parte del patrimonio conyugal, sobre el cual, en esos momentos, no pesaba ninguna deuda o embargo, aun cuando hubieran existido con anterioridad. La liquidación de la sociedad de gananciales se llevó a cabo y se adjudicó a cada una de las partes un concreto lote, renunciando expresamente a las acciones de rescisión por lesión y a todas aquellas otras a que hubiere lugar como consecuencia de la misma. La liquidación de la sociedad de gananciales está sometida al principio de autonomía de la voluntad de las partes, como todo negocio jurídico, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 1.255* del Código Civil y, salvo perjuicio de tercero, los cónyuges pueden establecer los pactos que estimen pertinentes.

Esta disolución y liquidación de la sociedad de gananciales ha venido operando así durante veintidós años, durante los cuales el marido, haciendo uso de la escritura de capitulaciones matrimoniales, ha celebrado en base a ella cuantos negocios jurídicos ha tenido por conveniente. Pero no sólo lo ha hecho durante esos veintidós años, sino que, también lo ha realizado constante el proceso del que trae causa el presente recurso, en el que solicita la declaración de nulidad de la misma, a pesar de lo cual no duda en emplearla ante un embargo de la Tesorería General de la Seguridad Social, en claro perjuicio de tercero y en contra de la propia pretensión deducida en el mismo. Olvidando que no se puede ir contra sus propios actos, ejecutados tanto antes como después de interponer la demanda que nos ocupa.

La causa de la escritura de capitulaciones, entendiéndose por tal lo que el propio *artículo 1.275* del Código Civil establece, es, precisamente, la que guió a las partes; y no fue otra que disolver la sociedad, liquidar la misma y repartir entre los cónyuges el patrimonio ganancial; la finalidad perseguida por los mismos de proteger parte del patrimonio familiar de las eventuales incidencias negativas que pudieran producirse como consecuencia de la gestión empresarial del marido, es un mero motivo, que no puede ser confundido con la causa del contrato. Por otro lado, dicha finalidad no sería ilícita y no determinaría la nulidad absoluta del negocio jurídico y, en otro caso, desear una simulación relativa, como bien aduce la parte demandada, carecería de acción por estar la misma caducada, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 1.301* del Código Civil .

Pero es que, además, de considerarse que la causa fuere ilícita, comportaría una causa torpe, contemplada en el *artículo 1.306* del citado Código que, de igual modo, privaría de acción al actor, tanto si la culpa estaba sólo de parte de él - *artículo 1.306.2*- como si lo hubiere estado por parte de ambos contratantes - *artículo 1.306.1*-.



A ello no puede obstar que en el transcurso de los años existan determinados bienes que figuren como privativos de la esposa y que él estime que carecía de bienes propios para su adquisición, puesto que han sido reconocidos como tales por el propio actor, libremente, en documentos públicos. Declaración que puede responder a múltiple fines lícitos, como pensión compensatoria, o donación por la dedicación absoluta de la esposa al hogar y a la educación de los hijos, como reiteradamente le tiene también reconocido; sobre todo, teniendo en cuenta que consta que la misma tiene la profesión de enfermera y dejó de trabajar para dedicarse al cuidado de los hijos.

Es decir, la causa se presume en los contratos y debe probar su inexistencia y debe probar su inexistencia o su ilicitud quien la pretenda, cosa que el actor de ningún modo ha efectuado....."

Aplicando la anterior doctrina no ha probado la apelante ni la inexistencia de causa ni su ilicitud, y en última instancia si la causa hubiese sido la alegada: evitar el pago de la multa que le pudiera ser impuesta la actora reconviniendo carecería de acción.

**CUARTO.** - Por último y respecto a la reclamación de indemnización, debe ponerse de manifiesto en primer lugar que la misma debió ser objeto de un proceso independiente, dada la clara improcedencia de la reconvención sobre este extremo y la incidencia de las resoluciones que en materia de Familia han recaído.

Al margen de ello correspondía a la actora reconviniendo haber precisado la cantidad que reclamaba en concepto de indemnización, de qué conceptos concretos se derivaba, la valoración de los bienes etc. Pues bien ninguno de esos conceptos se recoge, por lo que difícilmente ni la juzgadora de instancia ni esta Sala podría reconocer derecho indemnizatorio alguno, generando por lo demás una clara indefensión a la parte contraria que desconoce qué cantidad se le está reclamando y por tanto privándola de proponer y practicar prueba al respecto.

En atención a lo expuesto procede la desestimación del recurso de apelación y, consecuentemente con ello, la confirmación del fallo judicial de la sentencia apelada.

**QUINTO.**- De conformidad con lo previsto en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procederá imponer las costas procesales devengadas en esta alzada a la parte apelante.

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

#### **FALLAMOS:**

Que **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Rita contra la sentencia de 13 de Marzo de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Fuengirola en autos de juicio ordinario número 872/13, confirmando íntegramente la misma, debemos acordar y acordamos imponer las costas procesales devengadas en esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta resolución, al Juzgado de Primera Instancia de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública, en la Sala de Vistas de este Tribunal de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.