



Roj: **SAP A 2031/2018 - ECLI:ES:APA:2018:2031**

Id Cendoj: **03065370092018100423**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Elche/Elx**

Sección: **9**

Fecha: **11/06/2018**

Nº de Recurso: **513/2018**

Nº de Resolución: **288/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANDRES MONTALBAN AVILES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE

### SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE

#### Rollo de apelación nº 000513/2018

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6 DE ELX

Autos de Formación de inventario de bienes del régimen económico matrimonial - 000278/2017

#### **SENTENCIA Nº 288/2018**

#### Il'tmos. Sres.:

**Presidente: D. José Manuel Valero Diez**

Magistrado: D. Andrés Montalbán Avilés

Magistrado: D. Marcos de Alba y Vega

En ELCHE, a once de junio de dos mil dieciocho

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Il'tmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Formación de inventario de bienes del régimen económico matrimonial 278/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Elche, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte apelante D<sup>a</sup> Sofía , habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador Sra. Laura Navarro Ros y dirigida por el Letrado Sr. Antonio Sánchez Soler, y como apelada D. Genaro , representada por el Procurador Sra. Cristina Candela Martínez y dirigida por el Letrado Sra. Rosa Sepulcre Coves.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Elche en los referidos autos, se dictó sentencia con fecha 18 de enero de 2017 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "*Que DESESTIMANDO la demanda planteada a instancia de Sofía , representada por la Procuradora Sra. Navarro Ros, contra Genaro , representado por la Procuradora Sra. Candela Martínez, desestimo la adición de bienes solicitada por la parte actora, con imposición de costas a la parte actora.* "

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte apelante D<sup>a</sup> Sofía en tiempo y forma que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde quedó formado el Rollo número 513/2018, tramitándose el recurso en forma legal. La parte apelante solicitó la revocación de la sentencia de instancia y la apelada su confirmación. Para la deliberación y votación se fijó el día 7 de Junio de 2018.



**TERCERO.**- En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Andrés Montalbán Avilés.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Desestima la resolución de instancia la demanda de adición de bienes al inventario de la Sociedad e Gananciales. Recurre la actora y se opone le demandado.

**SEGUNDO.**- Tal como resume la sentencia, se ejercita en la demanda una acción de adición de bienes omitidos en la liquidación de gananciales plasmada en el convenio regulador de 28/5/2013, aprobado por sentencia de divorcio de 20/6/2013. Se actúa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1079 del Código civil.

Los bienes que se pretende adicionar son: una vivienda en Santa Pola valorada en 195.000 € y un depósito a plazo de 245.000 € en Caixa Catalunya hoy BBVA.

Esta Sala comparte lo razonado por el Juez a quo que se da por reproducido.

**TERCERO.**- Comenzando por la vivienda de Santa Pola, segunla histori aregstral, esta es propiedad del demandado desde el año 2014 por donación, de su madre a la que pertenecía con carácter privativo desde el año 1985. La liquidación de la sociedad de gananciales de los padres data, según la certificación registral del mismo año 1985, por lo que no se entiende bien que más de treinta años después, se diga que se liquidó para eludir deudas.

Se afirma que es propiedad de la sociedad por compra siendo la donación de la madre una compraventa encubierta.

Necesariamente ha de traerse a colación, la liquidación de la sociedad de gananciales llevada a cabo por las partes, en 28/5/2013, en la que tras la descripción del activo y pasivo del inventario, expresamente se pacta la renuncia a ejercitar "cualquier reclamación entre si"y estableciendo igualmente de forma expresa que "no existe otro activo ni pasivo de la Sociedad de Gananciales".

En esta tesitura, existen dos posibilidades, o la actora desconocía la existencia del bien supuestamente ganancial y la renuncia podría ser nula, o como sostiene la sentencia apelada, se conocía el bien, quedando las partes vinculadas por lo expresamente pactado.

En este sentido, SAP Coruña 11/5/2016 y toda vez que para la elaboración del convenio regulador de fecha 21 de octubre de 2010 fue preciso tener en cuenta la escritura de compraventa del inmueble de fecha 4 de abril de 2007 (otorgada constante matrimonio), y que en esta escritura se plasman todos los pagos que el actor habría realizado al vendedor desde el día 2 de mayo de 2003 hasta el 13 de agosto de 2006 (fecha del matrimonio de los litigantes), permite concluir que, al tiempo de la liquidación del régimen económico ganancial a través del convenio regulador de fecha 21 de octubre de 2010, las cantidades abonadas por don Mateo antes de contraer matrimonio para la adquisición del piso ganancial *eran perfectamente cognoscibles por el actor, por lo que sí con base en el principio de la autonomía de la voluntad regulada en el art. 1.255 del Código Civil (EDL 1889/1), en el convenio regulador se inventarió dicho inmueble siendo su valoración consecuencia de la libre y consciente voluntad de los esposos (el valor de la vivienda era superior al establecido en el convenio de liquidación), unido a que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1999, los acuerdos adoptados en el convenio regulador del art. 90 del C. Civil " tienen una significativa fuerza vinculante para las partes, en el sentido de que no habiéndose acreditado ninguna causa que vicie el consentimiento prestado, deberá prevalecer el contenido de los mismos "* y a lo expuesto anteriormente sobre la doctrina de los actos propios, lleva a estimar que, en el caso que se resuelve, no existe omisión alguna - en relación con dichas cantidades - en el convenio regulador, sino al contrario, que las mismas eran conocidas por los cónyuges, que estamos ante cantidades que no fueron incluidas en el convenio regulador pero que necesariamente se conocían en aquel momento, siendo improcedente la pretensión del actor pues, en definitiva, no ha quedado acreditado que la omisión que alega se ha producido en el convenio regulador suponga omisión real en la liquidación, y sí que dichas cantidades abonadas por el actor eran conocidas y no se incluyeron, siendo voluntad de las partes liquidar todo el haber ganancial existente y conocido en aquel momento, de lo que se deduce que su voluntad fue la de excluir del pasivo de la sociedad el importe cuya adición ahora pretende, por lo que no cabe pretender la inclusión en el pasivo de lo que se conocía en aquel momento y se decidió excluir de tal consideración, todo lo cual lleva a estimar el recurso de apelación planteado con revocación de la sentencia de instancia y desestimación de la demanda".

O la SAP Salamanca 8/3/2016 Cuestión a cuyo respecto es conviene insistir en que, como señala la SAP, Civil sección 18 del 18 de marzo de 2009 (ROJ: SAP M 3995/2009 - ECLI:ES:APM:2009:3995), Sentencia: 151/2009



| Recurso: 98/2009 | Ponente: PEDRO POZUELO PEREZ "...el convenio regulador tiene plena naturaleza de negocio jurídico siendo reconocido por numerosas sentencias del Tribunal Supremo como un negocio jurídico de derecho de familia, reconociéndose la autonomía privada plena de los cónyuges en relación a la disposición de su patrimonio. Así, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1255 y 1256 del Código Civil, es plenamente un negocio jurídico de carácter patrimonial, con plena validez y eficacia ( sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1987 y 26 de enero de 1993). Los cónyuges tienen legalmente reconocida una amplia libertad para contratar e, incluso, para modificar la naturaleza de los bienes que les pertenecen ( artículos 1323 y 1355 del Código Civil), y basta el mutuo acuerdo o la conformidad para provocar que un concreto bien, al cual, en todo en parte pudiera ser privativo, se desplace al patrimonio común. Y es igualmente conocido que a dicho convenio a la hora de interpretar sus cláusulas le es de aplicación las normas sobre interpretación de contratos. Asimismo como declara el Tribunal Supremo "bajo nombre de liquidación de la sociedad de gananciales se comprenden todas las operaciones necesarias para determinar si existen gananciales y su distribución por mitad entre ambos cónyuges, previas las deducciones y reintegros a cada uno de los que son bienes de su pertenencia particular, o de los que los han subrogado, así como de las responsabilidades que fueran imputables al acervo común, constituyendo el saldo resultante el activo verdadero de los gananciales, que ha de dividirse por mitad entre ambos cónyuges y que la partición que toda liquidación de gananciales comporta tiene una naturaleza particional y no transaccional, así la STS 8 Marzo 1995 "En la partición, los copartícipes que la llevan a cabo especifican y concretan en bienes y derechos la cuota abstracta que las corresponde en la titularidad del patrimonio ganancial, pues una vez producida su disolución, la sociedad de gananciales no se atomiza en tantas comunidades como bienes y derechos haya. Es el patrimonio idealmente pensado como una unidad aunque integrado por un conjunto heterogéneo de bienes, derechos y obligaciones, el que está sujeto a una cotitularidad de los cónyuges o sus herederos hasta que no finaliza el estado de indivisión con la partición. Este negocio jurídico no es una transacción, las partes nada discuten sobre sus derechos en la titularidad, y aceptan transformar sus cuotas en ella en titularidad sobre objetos singulares por propias conveniencias. Lo mismo que todo contrato, la partición es el resultado de un equilibrio de intereses, una composición de los mismos, por lo que tan fuera de lugar estaría denominarla jurídicamente transacción como a cualquier contrato oneroso."

En igual sentido, la STS, Civil sección 1 del 30 de octubre de 2008 (ROJ: STS 5797/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5797), Sentencia: 1017/2008 | Recurso: 2336/2004 | Ponente: JOSE ALMAGRO NOSETE declara, con cita de la sentencia de 22 febrero 1994 que "...se trata, en suma, de una liquidación y partición de la sociedad de gananciales en que se han dado a los bienes y a los lotes un valor convenido; que se ha tenido tiempo de notificarla o enmendarla antes del otorgamiento de la escritura pública, y no se ha hecho; y que el recurrente la consintió y firmó libremente, pues no se han probado sus alegaciones de coacciones para hacerlo"...

O la SAP Madrid 22/12/2015 "La liquidación de la sociedad legal de gananciales es un negocio jurídico, en virtud del cual las partes, los cónyuges ponen fin a dicha sociedad, y proceden a la adjudicación de los bienes que la integran, y por lo tanto debe estarse a la voluntad de las partes, siempre que quede clara y patente su voluntad, y partiendo de los hechos que han quedado acreditados en los autos, que se recogen en esta resolución, es indudable que el ahora apelante conocía la existencia de los bienes que ahora pretende adicionar a la herencia, que fue voluntad de ambos cónyuges dar por liquidada la sociedad legal de gananciales como consecuencia de la escritura de 2 de julio de 2012, mediante la adjudicación de los bienes existentes a la entonces esposa, y la adjudicación al ahora apelante de 1.200.000 Eur. que le fueron abonados mediante transferencia bancaria, en caso contrario no se entiende que se incluyera y se atribuyera carácter ganancial a un apartamento en Canarias, cuando según manifestaciones del ahora apelante se adquirió con el resultado de la venta de una vivienda propiedad de la apelada, o que en el convenio firmado el 22 de octubre de 2013 no se recogiera ninguna mención a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, dando a entender que ya se había procedido a su total liquidación".

En nuestro supuesto es claro que la actora conocía la vivienda de Santa Pola. Tal como se afirma en la demanda, presuntamente se la habían comprado a los padres del demandado constante matrimonio, es decir antes de la firma del convenio regulador en el que se liquidan y reparten los bienes gananciales. El demandado, según un audio, codificado en 13/12/2012, que aportan, se habría comprometido a darle a la actora la mitad a la venta de la finca. En esta tesitura pretender ahora, fundándose en una prueba también anterior al convenio, que se omitió incluir en el inventario un bien de la trascendencia de una vivienda, y que debe incluirse ahora, no resulta posible sin vulnerar lo expresamente pactado. Véase que el convenio no deja resquicio a posteriores adiciones, de hecho consta la renuncia expresa a pedírselas a la otra parte, renuncia que excluiría la reclamación de cantidad alguna con cargo a los gananciales.

Pero es que además la adición de un bien de tal importancia no encuentra cauce procesal por la vía del art 1079 CC.



Como señala la STS 350/15, de 16 de junio de 2015: " La jurisprudencia es muy abundante en este tema y muy sometida a inevitable casuismo. Sin embargo, el interés del recurrente en sujetarse a lo dispuesto en el artículo 1079 del Código civil (EDL 1889/1) choca en primer lugar, con el texto del mismo que no se refiere a valoraciones, sino a objetos o valores, no a valoraciones, al disponer: "La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos." Choca igualmente con la jurisprudencia que lleva a la lesión ultra dimidium que prevé el artículo 1074: Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. Y choca, finalmente, con el principio de favor partitionis. Es claro, que la acción del artículo 1079 del Código civil (EDL 1889/1) está prevista para complementar o adicionar objetos o valores omitidos en la partición, pero no para alterar el valor dado en el convenio de liquidación, suscrito por las partes en el año 2002, ya que en nuestro ordenamiento jurídico, rige el principio de conservación de la partición. 2.- *Es, en definitiva, doctrina actual de esta Sala que a efectos de partición, a que se remite la liquidación de gananciales, la omisión de bienes, siempre que sean de importancia no esencial, se puede adicionar al amparo del artículo 1079y la diferencia de valoración se puede corregir: si es superior al cuarto, por medio del artículo 1074 del Código civil (EDL 1889/1) . Siempre en interés del principio del favor partitionis y reiterando lo declarado jurisprudencial mente* 3.3.- Este mismo criterio es seguido por este tribunal, pudiéndose citar a tal efecto la SAP Murcia (1ª) 463/16, de 28 de noviembre de 2016 , en la que señalábamos que...el sistema del Código Civil en relación la rescisión de las particiones se articula en torno a unas causas generales a todas las obligaciones, tal como se señala en el artículo 1073 CC (EDL 1889/1) y una causa específica de la partición de la herencia que no es otra que la rescisión por lesión a alguno de los herederos en más de la cuarta parte del valor de los bienes que le fueron adjudicados, prevista en el artículo 1074 CC (EDL 1889/1) . Totalmente separada de esta causa específica y con la finalidad de mantener la partición cuando ello fuera posible, se prevé en el artículo 1079 CC (EDL 1889/1) la posibilidad de adicionar la partición cuando se hayan omitido valores o bienes. En relación a esta norma, es reiterada la jurisprudencia que declara su aplicación sólo en aquellos casos que los bienes omitidos sean de escasa importancia con respecto al total de los bienes objeto de la herencia. Así lo señalan las sentencias citadas por el juez a quo y dicho criterio queda resumido en la STS de 13 de marzo de 2012 cuando nos indica que En caso de que en la partición, cualquier clase de ella, se hubieran omitido bienes hereditarios, se procede a una partición adicional, que se contempla en el artículo 1079 del Código civil (EDL 1889/1) y ha sido objeto de numerosa jurisprudencia (así, sentencias de 22 de octubre de 2002, 11 de diciembre de 2002, 13 de marzo de 2003, 18 de julio de 2005, 12 de junio de 2008) y que presupone que los bienes omitidos no sean de importancia, ya que, de serlo, se produciría la nulidad de la partición y práctica de una nueva (lo que destacan las sentencias 11 de diciembre de 2002 y 19 de octubre de 2009). Es una aplicación del principio del favor partitionis (así, sentencias de 13 de marzo de 2003 y 12 de diciembre de 2005). Como bien señala el juez a quo, no es posible adicionar la partición sobre unas cantidades, tanto la reclamación principal como las peticiones subsidiarias, que superan incluso los valores fijados en la partición realizada, pues la acción que debería de haber ejercitado, en caso de que se admitiese que se trata de bienes omitidos, lo que se insiste en que es rechazado por este tribunal, es la acción de anulabilidad de la partición, acción no ejercitada y que por ello implica la imposibilidad de estimar ni la pretensión principal ni ninguna de las subsidiarias contenidas en el suplico de la demanda, lo que supone la íntegra desestimación del recurso de apelación interpuesto".

**CUARTO.-** Otro tanto cabe decir, de la imposición a plazo de 245.000€, que según la actora deposito la sociedad de gananciales en una cuenta de una entidad municipal, PIMESA; damos por reproducido en esencia lo razonado en la sentencia apelada.

En el documento aportado por la propia actora, relación de contratos, aparece una imposición aplazo fijo de dicha cantidad y el documento está fechado en 3/11/2011 por lo que inevitablemente se hizo antes del convenio. Si se hubiera ingresado ahí para ocultarlo como ganancial, como afirma la actora, bien pudo pedir su inclusión en el activo de la Sociedad de gananciales a la firma del convenio. Lo pide ahora a pesar de su renuncia a reclamar al demandado y convenir expresamente que no existía ningún otro activo, no solo de la sociedad sino de la sociedad con tercera personas.

Ciertamente en la cuenta hoy numerada NUM001 , aparece una cancelación de 245.000€ con fecha 10/11/2011, que según la actora debió hacer el demandado. Sin embargo a los efectos de este contencioso habrá de acreditarse que ese dinero pertenecía a la sociedad de gananciales de los litigantes, es decir había de acreditarse que según la tesis de la actora era dinero ganancial.

No se acredita así. La presunción es que las cantidades ingresadas en una cuenta de una Sociedad de Ayuntamiento de Elche pertenecen a este, por más que el demandado por su cargo tenga disposición de las mismas. Pero es que además, en la documentación que cita la recurrente, el Gerente de la mercantil da cuenta de que fue PIMESA quien en 10/11/2010 constituyó una imposición a plazo fijo en la cuenta NUM000 hoy NUM001 , que con fecha 10/11/2011 fue abonado en la cuenta el importe nominal junto con los intereses,



asi consta también en el documento expedido por Caixa de Catalunya y expresamente BBVA informa que la imposición a plazo litigiosa no es del demandado.

Ciertamente la información recibida acredita que el Sr. Juan Luis Presidente de consejo de administración, representante de PIMESA durante el año 2011, y al menos frente al Banco hasta febrero de 2012, estaba autorizado mancomunadamente con el Gerente para disponer de cantidades superiores a 25.000€. Sin embargo, como se dice en la sentencia, no consta que dispusiese del depósito. Lo que resulta definitivo a los efectos de este contencioso es, que dispusiese quien dispusiese del fondo, se trata un dinero que no se acredita fuese ganancial de los litigantes, y por lo tanto no puede figurar en el inventario de la sociedad de gananciales.

**QUINTO.-** Desestimándose el recurso se imponen las costas a la recurrente art. 398 LEC.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español;

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Sofía contra la sentencia de fecha 18 de Enero de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Elche en el procedimiento de Formación de Inventario 278/17, que confirmamos, imponiendo a la recurrente las costas del recurso.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Hágase saber a las partes que esta sentencia no es firme y que contra la misma, cabe *recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación* en los casos previstos en los arts. 468 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberán ser interpuestos en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resueltos, según los casos, por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana o por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, en su caso, los siguientes documentos, sin los cuales no se admitirán a trámite:

1º Justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.- €) en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Tribunal nº 3575 indicando el "concepto 04" para el recurso extraordinario por infracción procesal y el "concepto 06" para el recurso de casación.

2º Caso de ser procedente, el modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la jurisdicción prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y normativa que la desarrolla.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Ponente, estando la Sala reunida en audiencia pública. Doy fe.