



Roj: **SAP SS 398/2014 - ECLI:ES:APSS:2014:398**

Id Cendoj: **20069370032014100155**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **3**

Fecha: **11/02/2014**

Nº de Recurso: **3426/2013**

Nº de Resolución: **49/2014**

Procedimiento: **Recurso apelación LEC 2000**

Ponente: **LUIS BLANQUEZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA**

**GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA**

**Sección / Sekzioa: 3ª/3.**

SAN MARTIN 41-2ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000713

Fax / Faxes: 943-000701

NIG. PV. / IZO EAE: 20.05.2-12/004438

NIG. CGPJ / IZO BJKN :20.069.42.1-2012/0004438

**R.apelación L2 / E\_R.apelación L2 3426/2013**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko 3 zk.ko Epaitegia

Autos de Inventario LEC 2000 1/2012 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Rita

Procurador/a/ Prokuradorea:OLGA MARIA MIRANDA FERNANDEZ

Abogado/a / Abokatua: M GEMA PEREZ REY

Recurrido/a / Errekurritua: Armando

Procurador/a / Prokuradorea: ISABEL MARIN CANO

Abogado/a/ Abokatua: Mª LUISA SAN MIGUEL LLORENTE

**SENTENCIA nº 49/2014**

ILMOS. SRES.

D. LUIS BLANQUEZ PEREZ

D. IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA

Dña. MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a once de febrero de dos mil catorce.

La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de GIPUZKOA, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Inventario LEC 2000 1/2012, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Donostia a instancia de Rita apelante, representado por el Procurador Sra. OLGA MARIA MIRANDA FERNANDEZ y defendido por la Letrada Sra. M GEMA PEREZ REY contra D. Armando apelado, representado por la Procuradora Sra. ISABEL MARIN CANO y defendido por la Letrada Sra. Mª LUISA



SAN MIGUEL LLORENTE; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 5 de junio de 2013 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.-

Por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Sebastián, se dictó sentencia con fecha 5 de junio de 2012 , que contiene el siguiente FALLO:

"1.- Estimar PARCIALMENTE la solicitud de formación de inventario articulada por la procuradora doña OLGA MARÍA MIRANDA FERNÁNDEZ, en nombre y representación de doña Rita , frente a don Armando , así como la oposición articulada por éste frente a aquella, respecto de la sociedad ganancial del matrimonio formado en su día por ambos y, en consecuencia,

Acuerdo que dicho inventario ha de estar formado de la siguiente forma:

#### ACTIVO:

Está integrado por los siguientes bienes y derechos:

- a. Finca urbana número NUM000 .- Vivienda letra NUM001 de la planta NUM002 del portal número NUM003 de la CALLE000 de Rentería.
- b. Saldo acreedor, a la fecha del divorcio, 11 de enero de 2013, en la cuenta abierta en la entidad Banesto con el número NUM004 .
- c. Vehículo marca AUDI, modelo A-4, matrícula ....-RVB .
- d. Garaje cerrado número NUM005 ubicado en primera planta de NUM006 , en PLAZA000 , en Errentería, finca inscrita en el Registro de la Propiedad número 3 de San Sebastián al Tomo NUM007 , Libro NUM008 , Folio NUM009 , finca NUM010 .
- e. Ajuar familiar, según el listado acompañado a la propuesta de inventario de la parte demandada, folios 52 a 55 de las actuaciones.

#### PASIVO:

Está integrado por las siguientes deudas y obligaciones:

- a. Deuda a favor de Banesto por el saldo deudor a fecha de divorcio, 11 de enero de 2013, como consecuencia del préstamo hipotecario número NUM011 .
- b.- No condenar a ninguna de las partes al pago de las costas procesales".

### SEGUNDO.-

Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fue admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictándose resolución señalando el día 5 de febrero de 2014 para la deliberación y votación .

### TERCERO.-

En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

### VISTO.-

Siendo Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado D. LUIS BLANQUEZ PEREZ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-

Dentro del procedimiento de Formación de Inventario 1/2012, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastián, se dictó sentencia con fecha 5 de junio de 2013 , estimando parcialmente la solicitud de formación de inventario articulada por la procuradora Dña. Olga Miranda Fernández en nombre y representación de Dña Rita frente a D. Armando , representado por la procuradora Dña. Isabel Marín Cano fijando los bienes del activo / pasivo.



Notificada la resolución interpuso contra la misma recurso de Apelación la citada procuradora Dña. Olga Miranda Uranga en nombre de Dña. Rita , recalcando que :

- la vivienda era 54,82% privativa de la esposa y un 45,18% ganancial.

Siendo claro para la parte que :

a).- la demandada cambió de postura.

b).- era claro el origen del dinero de su patrocinada y el destino dado al mismo.

Para la parte era obvio y así constaba, que la adquirió en estado de soltera y previamente al matrimonio, que fue ella quien atendió el crédito hipotecario, y finalmente que cara a la Hacienda Foral fue ella la que se desgravó y no él, sin que se le devolviera el dinero según recoge el artículo 1.358 del C.C .

Dado el doble planteamiento manejado por la parte recurrente analizaremos este en un primer lugar pese a que lo correcto sería estudiar si efectivamente la demandada cambió la postura inicial asumida, ya que de ser así resultaría fuera de lugar el siguiente análisis.

Es claro que sería la recurrente la que adquirió en estado de soltera, es decir, antes del matrimonio una vivienda, contrayendo matrimonio exactamente a los seis meses de la compra, pasando entonces a ser la vivienda del matrimonio, compra para la que tuvo que asumir una hipoteca, jugando entonces por un lado, el contenido del artículo 1346 frente al artículo del mismo texto legal 1.361, al establecer la presunción de entender como ganancial todo aquello que no se pruebe perteneciera a uno solo de los cónyuges.

Con carácter general nuestro legislador estableció unas pautas, unas presunciones de ganancialidad salvo que se acreditara fehacientemente la privación, con lo que a la postre todo dependería de las pruebas articuladas de cada litigante, con el inconveniente, que se repite de manera machacona en este tipo de pleitos, cual es, que mientras todo va bien para que precisar / puntualizar y luego ya resulta demasiado tarde.

#### **SEGUNDO.-**

En relación al pretendido cambio de postura de la parte demandada, tras el examen de los autos cabe comprobar como se inicia el procedimiento con la propuesta por escrito que hace la Sra. Rita recogiendo en el Activo la vivienda familiar sita en la CALLE000 nº NUM003 , señalando a renglón seguido como no se entendía ganancial al 100%, puesto que se adquirió con el dinero obtenido con la venta de otra casa propiedad de la esposa, concretamente un ático en la citada CALLE000 sin número, hoy nº NUM012 , indicando además como canceló la hipoteca otorgada por Caja Laboral.

Y al comparecer el demandado el 10 de abril de 2013, en la sede del Juzgado al objeto de proceder a su propuesta de inventario, si nos atenemos al Acta levantada tendríamos respecto del Activo como manifestó su conformidad con los puntos 1 ( vivienda ), 3 ( cuenta de Banesto ) y 4 ( vehículo Audi A-4 ).

A continuación se unia el escrito de su procuradora Dña. Isabel Marin Cano en donde dentro del Activo aparecía la vivienda como ganancial pero sin la menor referencia a los porcentajes antes aludidos, centrándose luego en las participaciones de Frutas Beti-Ona como algo privativo del Sr. Armando .

En la vista se pondría de manifiesto que respecto a la vivienda había dos posturas, una de entender el bien ganancial al 100% y otra en donde se diferenciaban dos partes, una ganancial y otra privativa, dualidad según la impugnante inasumible ante el contenido del Acta levantada en razón a las dos propuestas de inventario.

Ello daría pie para que en el recurso la parte impugnante refiriera como en la inicial comparecencia frente a la Secretaria del Juzgado, la demandada respecto a la vivienda manifestara su conformidad, expresamente su conformidad con los puntos 1, 3 y 4, dando así lugar a que ninguna necesidad se viera de acreditar nada al respecto. Y si bien se nos podría indicar, que nada ni nadie protestó al respecto también es cierto, que el órgano judicial marcó de manera concreta y expresa la actuación de cada parte.

Y ello efectivamente cabe relacionarlo con la frase o argumento del Juzgador indicando, que para nada se había acreditado por la actora de manera adecuada el carácter privativo del primer inmueble, ni que el dinero obtenido por su venta se dedicara a la adquisición de la segunda, amén de mediar dos años entre la venta y la posterior compra.

Claramente el artículo 1.355 del C.C . establece la posibilidad de que los cónyuges atribuyan la condición de ganancial a los bienes adquiridos dentro del matrimonio cualquiera que sea la procedencia del dinero, añadiéndose en un segundo párrafo, que si la adquisición se hizo de manera conjunta y sin atribución de cuotas se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial.



La experiencia nos demuestra, en situaciones como la presente, como efectivamente en el momento de que una pareja adquiere lo que constituirá su vivienda familiar, con el deseo de que sea allí donde desarrollen su vida en común y materialicen sus aspiraciones, no es el momento idóneo para plasmar si el dinero lo pone exclusivamente uno o los dos y en que cantidad / proporción , y menos para recoger que siendo solo uno el del dinero, el piso se pondrá a nombre de uno solo. Dando, eso si lo mismo, el mayor, menor ó nulo conocimiento que se tenga de lo establecido en el C.C. pero habiendo en todo caso de asumir las consecuencias.

Aquí el supuesto es sutilmente diferente ya que con lo recogido en el Acta por la Sra. Secretaria del Juzgado en la presentación de los inventarios se marcó, concretó, la materia objeto de debate, no cayendo en ello el Juzgador, quien en buena lógica aludía a una falta de prueba, resultado de la inicial aceptación de la demandada, debiendo en consecuencia aceptar respecto a la vivienda en las proporciones ya indicadas, una parte como ganancial y otra como privativa, tal y como defendió la recurrente desde el inicio del procedimiento.

Al objeto de limar de manera definitiva todo tipo de dudas tendríamos por último, tal y como destacó la recurrente, que en la escritura notarial de 23 de noviembre de 1999, ya se plasmaba como la Sra. Rita "adquirió en estado de soltera", sin que el dato de ser luego disfrutada por el matrimonio cambiara nada, al ser adquirida antes del enlace matrimonial, todo ello a valorar junto a las declaraciones del Sr. Armando , dentro del precedente proceso de divorcio en donde, según la parte, reconoció que su esposa había contribuido a la compra de la vivienda en mayor medida , o a la falta de alusión a la contribución al pago de la hipoteca en las declaraciones del Sr. Armando a Hacienda

### **TERCERO.-**

En lo relativo a las participaciones sociales en la mercantil Frutas Beti -Ona S.L. son claros los artículos 1.344 y 1.347 de nuestro C.C . en relación a los rendimientos de trabajo y capital.

El Juzgador con buen criterio y a tenor del artículo 1346.3 del C.C . entendió que las participaciones sociales eran privativas, y que difícilmente se podía pretender la inclusión de los frutos de dichas participaciones ya que no existían repartos de beneficios entre los socios por previo acuerdo de ellos, sin embargo un más detenido examen de los factores aquí a ponderar nos lleva a un resultado bien diverso.

Nadie discute que en un concreto momento y con un saldo negativo ( año 1993 ) queda el Sr. Armando y sus otros dos hermanos en igualdad de condiciones en orden a porcentaje en la mercantil, siendo a partir de entonces cuando el trabajo y esfuerzo de los tres ( cuatro años ) van paulativamente compensando las pérdidas hasta llegar a tener indiscutibles beneficios, que para nada reparten sino que invierten de nuevo creando una reserva voluntaria, alcanzando los 174.435,38 euros en el año 2.011.

Esto es lo sirve de base para rechazar la petición de la Sra. Rita , es decir, que no habiendo repartido nada a nada tiene derecho, sin caer en el detalle que en tanto su entonces esposo se dedicaba en cuerpo y alma a sacar adelante el negocio de Frutas Beti - Ona ella hacia lo propio en otros campos, o dicho de otra manera, si el podía hacer lo que hacia era porque ella atendía otros aspectos de la familia, sumando esfuerzos y resultados, con lo que entendiendo como señala nuestro T.S., que los beneficios no repartidos equivalen a los frutos, resulta indiscutible que el incremento generado en una tercera parte pertenece al matrimonio extinguido, es indiscutiblemente ganancial, al margen de que se repartiera o no.

No llegamos tan lejos como la parte cuando alude poco menos que a un fraude a la sociedad de gananciales con la postura de no repartir las ganancias, ya que quizás precisamente ese exceso de celo fue lo que permitió que salieran adelante, pero lo que resulta incuestionable es el carácter ganancial, en una tercera parte ya que son tres los hermanos, debiendo en consecuencia estimar el recurso en este punto con la enunciada matización.

Dada la estimación de la impugnación no procede la condena en costas.

Vistos los artículos pertinentes y demás de general aplicación

### **FALLAMOS**

Estimando el recurso de Apelación interpuesto por la procuradora Dña. Olga Miranda en nombre y representación de Dña. Rita contra la sentencia de 5 de junio de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Donostia-San Sebastián en el procedimiento de Formacion de Inventario nº 1/2012, hemos de incluir en el activo :

1.- El 45,18% de la finca urbana nº NUM000 , vivienda letra NUM001 de la planta NUM002 edel portal nº NUM003 de la CALLE000 , siendo privativo el 54,82 %.



2.- Las reservas voluntarias en la mercantil Beti - Ona a la fecha de la disolución de los gananciales, atendiendo al 33,33% titularidad del Sr. Armando .

Todo ello sin expresa imposición de costas

Devuélvase a Rita el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Dentro del plazo legal devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia junto al testimonio de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del T.S.. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículos 477 y 479 de la LECn ).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn ).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 1895.0000.00.3426.13. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos ( DA 15ª de la LOPJ ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario Judicial certifico.