



Roj: **SAP C 1381/2013 - ECLI:ES:APC:2013:1381**

Id Cendoj: **15030370052013100169**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **30/04/2013**

Nº de Recurso: **364/2010**

Nº de Resolución: **149/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **DAMASO MANUEL BRAÑAS SANTA MARIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

A CORUÑA

Rollo: 364/10

Proc. Origen: Juicio Verbal 18/07

Juzgado de Procedencia: 1ª Instancia núm. 1 de Muros

Vista el día: 26 de abril de 2011

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

SENTENCIA N° 149/2013

Ilmos. Sres. Magistrados:

MANUEL CONDE NUÑEZ

JULIO TASENDE CALVO

DAMASO MANUEL BRAÑAS SANTA MARÍA

En A CORUÑA, a treinta de abril de dos mil trece.

En el recurso de apelación civil número 364/10, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Muros, en Juicio Verbal núm. 18/07, sobre "liquidación de la sociedad de gananciales", seguido entre partes: Como **APELANTE/APELADO: DON Pablo Jesús**, representada por el/la Procurador/a Sr/a. Gantes de Boado González; como **APELADA/APELANTE: DOÑA Rosario**, representado por el/la Procurador/a Sr/a. Bejerano Pérez.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. **DON DAMASO MANUEL BRAÑAS SANTA MARÍA.-**

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Muros, con fecha 12 noviembre 2009, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. González Cerviño, en nombre y representación de DOÑA Rosario contra Pablo Jesús, representado por el Procurador Don Ramón Uhía Bermúdez, debo aprobar el inventario de bienes propuesto por la parte actora con las siguientes modificaciones:

SE INCORPORAN AL ACTIVO LOS SIGUIENTES BIENES:



1. Finca sita en el Lugar de DIRECCION000 adquirida documento privado por los cónyuges el 8 de mayo de 1996 a Doña Azucena , finca que ocupa una superficie de aproximadamente de 55 metros cuadrados y que aparece descrita documentos privado.
2. Finca sita en el Lugar de DIRECCION000 , con identificación catastral NUM000 del Polígono NUM001 adquirida el 25 de marzo de 2000 a Doña Milagros y a Doña Agustina .
3. Fondo de Pensiones del que es titular DOÑA Rosario NUM002 .
4. Fondo de Pensiones de los que es titular DON Pablo Jesús NUM003 Y NUM004 .
5. La cuenta de depósito abierta constante el matrimonio por Doña Rosario NUM005 .
6. Los fondos denominados Nuevas Tecnologías abierto en BBVA y asociado a la cuenta NUM006 y el denominado Telecom asociado a la cuenta NUM007 .
7. El saldo existente en la cuenta PATAGON OPEN BANK número NUM008 .
8. La empresa constituida constan el matrimonio por Doña Rosario , cuyo nombre social, objeto social y demás circunstancias se desconocen.
9. Cartera de valores depositada en el BBVA a nombre de Doña Rosario : 30 acciones de AACCS, 83 acciones de ACERALIA, 14 acciones de Adolfo Domínguez, 2 acciones de Antena 3 televisión, 407 acciones de Endesa, 52 acciones de Ferrovial, 275 de Iberdrola, 100 acciones de Indra Sistemas, 150 acciones de Repsol IPF, 138 acciones de Sol Meliá, 602 acciones de Telefónica, 150 acciones de Transportes Azkar, 200 acciones de Sol Meliá Finance PRFS y 117 acciones de Dutsche Telekom NPV.

SE EXCLUYEN DEL ACTIVO LOS SIGUIENTES BIENES:

1. La partida G del inventario propuesto por la actora.
2. La partida H del inventario propuesto por la actora.

SE INCORPORAN AL PASIVO LOS SIGUIENTES BIENES:

1. El saldo deudor de 1.123,04 € pendiente de reintegrar y procedente de una deuda asumida por la sociedad el 18 de noviembre de 2003 con la Diputación de A Coruña por anticipo de salario del Sr. Pablo Jesús .

SE EXCLUYEN DEL PASIVO LOS SIGUIENTES BIENES:

1. La partida L del inventario propuesto por la actora.
2. La partida M el inventario propuesto por la actora. "

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpusieron contra la misma en tiempo y forma, recursos de apelación por las partes litigantes que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló celebración de la vista el día 26 de abril de 2011, fecha en la que tuvo lugar.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la apelada solo en lo que concuerden con los siguientes.

SEGUNDO.- El alcance de los recursos supone que el ámbito de conocimiento de este Tribunal concierne a las incorporaciones (salvo la de las fincas 1 y 2 en el activo) y las exclusiones pronunciadas en el fallo, así como a la desestimación del reconocimiento de los derechos de reembolso (partidas A a E del inventario de la promovente) propugnada por el Sr. Pablo Jesús , así como a alguna solicitud de inclusión de su contraparte. Queda así definido el campo en que opera el efecto devolutivo propio de la apelación, si bien no hay alegaciones en cuanto a alguna de las partidas impugnadas, como se indicará oportunamente con la consiguiente aplicación del artículo 465, 5, de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO.- Procede examinar en primer término la alegación primera del recurso del Sr. Pablo Jesús , ya que afecta a la determinación del comienzo del régimen legal de gananciales. Efectivamente en la sentencia recurrida se atribuye a la celebración del matrimonio la fecha del uno de octubre de 1993 , cuando realmente se contrajo el treinta y uno de dichos mes y año (así figura en la sentencia de divorcio y lo admite implícitamente la oposición de la contraparte). Ello repercute sobre lo razonado en dicha resolución respecto de las partidas A y B del inventario propuesto inicialmente. Sentado lo anterior, al referirse los recursos a aspectos individuales



de las partidas, conviene hacer su estudio por el orden del inventario, incluso en los casos de las concernidas por ambos.

CUARTO.- Efectivamente los inmuebles mencionados en el fundamento anterior no son gananciales por haberse comprado constante matrimonio, porque el siete de octubre de 1993, fecha del documento privado a que se refiere la sentencia, aún no se había contraído. El recurso del Sr. Pablo Jesús propugna que ambas fincas son en parte gananciales y en parte privativas conforme al artículo 1.354 del Código Civil, en relación con el 1357 del propio Código. Ahora bien, ese encaje normativo no es correcto, pues en la escritura pública otorgada en agosto de 1994 se les atribuyó por ambos compradores, ya cónyuges, carácter ganancial y nada se arguye en contra de la aplicación del artículo 1355 del mismo cuerpo legal. En el caso presente sucede que en el contrato de compraventa otorgado antes de la boda, con aplazamiento de parte del precio, son compradores ambos futuros cónyuges (no uno de ellos) y, al hacerse en documento privado, no hay tradición, pues, aunque "se autoriza a los compradores a tomar inmediata posesión de la casa y finca objeto de la compraventa" (cláusula quinta), ni consta (artículo 316, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y presunción de posesión de los vendedores conforme al artículo 38, párrafo primero, inciso final, de la Ley Hipotecaria) que se haya hecho uso de esa facultad antes de contraer matrimonio (en la escritura pública incluso se describe la casa como deshabitada), ni tampoco que se haya conferido con efecto transmisorio del dominio (incluso la expresión es equívoca e "inmediata" puede entenderse referido al tipo de posesión, que no excluiría la mediata de los vendedores), habida cuenta de la posibilidad de arrepentimiento contractualmente prevista (cláusula cuarta, inciso final, del documento privado). Así pues ha de concluirse que la adquisición de la propiedad se opera al otorgarse la escritura pública (artículo 1462, párrafo segundo, del Código dicho) y la atribución del carácter ganancial en ese momento es plenamente operativa con arreglo al artículo 1355 del mentado Código. En último término la eficacia de la ganancialidad atribuida tendría el respaldo del artículo 1323 del repetido texto legal, con mayor razón al ser ambos compradores y destinar lo comprado a domicilio conyugal. Sin embargo ello no veda la entrada en juego del posterior artículo 1358, pues el reintegro correspondiente está implícito en la tesis principal de la privatividad parcial de los bienes, naturalmente si se estima justificada la tesis de la parte. Ahora bien, aunque la cantidad señalada de 4650000 pesetas se abonó mediante cheque en la fecha del documento privado y, por tanto, era privativa (el régimen de gananciales no había comenzado), no se probó que fuese solo aportada por el Sr. Pablo Jesús y, por consiguiente, a falta de demostración, ha de entenderse que ambos compradores contribuyeron por igual, con lo que no hay motivo para introducir las correlativas partidas del pasivo, al no alterarse la posición relativa de ambos partícipes.

QUINTO.- Las partidas C, D y E no se discuten en sí mismas, pues el recurso del Sr. Pablo Jesús atañe a la procedencia de inclusión de partidas en el pasivo en relación con ellas, que será objeto de examen posterior.

SEXTO.- El recurso de la promovente impugna la exclusión del activo de las partidas G y H de su inventario. La alegación quinta, 1º, relativa a la G, no es un dechado de claridad. Empieza por señalar que nunca negó, a la vista de la prueba practicada, que "parte de esa cartera de valores tenga naturaleza privativa del Sr. Pablo Jesús" por herencia de su padre o adquisición anterior al matrimonio, pero, al no precisar a cuáles de los valores excluidos atribuye carácter ganancial, no se liberó de la carga de alegar que le concierne (artículos 216 y 465, 5, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con la consiguiente gratuidad del argumento. Después aduce que Dª Rosario también aportó al matrimonio valores adquiridos antes de celebrarse, es decir, privativos, que no obstante se incluyeron como gananciales; como es patente, ello es inconducente al fin pretendido, porque cada partida ha de ser considerada en sí misma y no por comparación con otra. Se arguye así mismo el tiempo transcurrido desde las adquisiciones, en el habrían venido fluctuando e incrementándose gracias a los frutos, pero ello se afirma condicionalmente y ni siquiera se intentó probar, amén de que el carácter ganancial de los frutos no altera la condición privativa de su fuente. El contrato invocado (folio 91) indica la vigencia del régimen de gananciales en el matrimonio, pero no atribuye carácter de tales a los valores a que se refiere. Además el recurso ni siquiera discute la valoración de la prueba documental (en particular, folios 97 a 101, 103, 105 a 108, 115, 156 a 161, 163 a 166, 333 a 339, 341, 346, 348 y 349) determinante del pronunciamiento de exclusión. Por último se pretende la inclusión como gananciales de los frutos de esos valores, pero, aparte de no haberse incluido en su propuesta de inventario, es notorio que los rendimientos de los valores se integran en cuentas bancarias, de modo que su consideración independiente supone una duplicidad, amén de no tener en cuenta que los ingresos gananciales han de soportar los gastos previstos en el artículo 1362 del Código Civil, aparte de otros supuestos específicos (por ejemplo, el del artículo 1363 del propio Código: partida H). En cuanto a esta el recurso no está bien fundado, porque la administración de los bienes de la hija menor es cuestión ajena a la liquidación de gananciales.

SÉPTIMO.- En cambio está bien fundado el recurso de la promovente respecto de la exclusión de la partida L de su propuesta de inventario, porque efectivamente la contraparte mostró su conformidad (folio 80). No puede decirse lo mismo de la partida M, al no poder considerarse probado que los abonos se hiciesen con dinero de la persona indicada, especialmente si se repara en la precariedad económica que a continuación se



le atribuye en la misma alegación; cabe notar, además, que las pretendidas aportaciones se producen cuando ya está pendiente el proceso de divorcio. Dados los términos del fallo puede haber duda, como se señala en la alegación tercera del recurso de la Sra. Rosario , sobre si entendió incluida en el activo la cuenta número NUM009 del BBVA, partida adicionada en el acto de formación de inventario por la promovente y aceptada en él por la contraparte (folio 71); su procedencia es patente, dado el acuerdo de las partes. En la misma alegación se propugna la inclusión de rendimientos de trabajo y de valores transferidos desde dicha cuenta a otra de la misma entidad bancaria, concepto no considerado ni en su propuesta de inventario ni en el acto de formación de este; por lo demás cabe referirse a lo dicho en el fundamento anterior, en el sentido de que, aunque lo percibido sea ganancial, ello no justifica su subsistencia ulterior, porque los ingresos están sujetos a atender las cargas legalmente imputadas a la comunidad ganancial, amén de que iguales conductas sobre los fondos gananciales se achacan a la promovente y aparecen en los extractos reintegros de fondos sin identificación del cotitular que los efectúa (véase también lo argüido en su recurso sobre el saldo de otras cuentas el veinte de septiembre de 2006).

OCTAVO.- La alegación cuarta se opone a la inclusión, por tener saldo nulo en la fecha de disolución, de los fondos denominados Nuevas Tecnologías y Telecom, la cuenta NUM005 del BBVA, el saldo de la cuenta Patagón Open Bank y el fondo de pensiones de que es titular la promovente. Con arreglo al artículo 1397, 1º, del Código Civil procede la exclusión de las partidas que estén en ese caso, sin perjuicio de la posibilidad de acciones de reintegro en caso de fraude, ya que se acepta implícitamente su carácter ganancial, que, de todos modos, en el caso del fondo de pensiones ha de limitarse a las aportaciones hechas al mismo, no al fondo en sí (artículos 1346, 5º, y 1349 del Código Civil y sentencia del Tribunal Supremo de veintisiete de febrero de 2007). Así pues han de excluirse los mencionados fondos de inversión Nuevas Tecnologías y Telecom (folios 188 y 190) y la cuenta del BBVA (folio 189), cuya existencia niega la entidad bancaria (cabe notar que su número no está completo al no reunir veinte dígitos), así como el fondo de pensiones en los términos dichos. En cambio en la fecha de referencia la cuenta Patagón no tenía saldo nulo (folio 191).

NOVENO.- En el apartado segundo de la misma alegación cuarta se combate la inclusión de la cartera de valores depositada en el BBVA a nombre de la promovente; no hay prueba que justifique su carácter privativo, pero consta que en la meritada cuenta de valores a la fecha de referencia solo quedaban las acciones de Sol Meliá Finance preferentes con valor nominal de veinte mil euros. Con arreglo al artículo 1397, 1º, del Código Civil procede la exclusión de los demás valores enumerados en el apartado nueve de las incorporaciones al activo del fallo apelado, con la misma posibilidad indicada en el fundamento anterior. Tampoco se probó que respecto a la empresa constituida constante matrimonio, cuya exclusión se propugna en el apartado tercero de la alegación, opere el principio de subrogación real de bienes privativos (artículo 1361 del propio Código). Cuestiones distintas son su valor real y las consecuencias de ello.

DÉCIMO.- El recurso del Sr. Pablo Jesús , en su alegación cuarta, sostiene que en la adquisición de la partida C del inventario propuesto por la promovente se invirtieron 4635000 pesetas procedentes de la venta de activos financieros privativos. Ciertamente no es obstáculo que en la escritura pública no se hiciese constar esa aportación (artículos 1355 y 1358 del Código Civil), ni ello supone renuncia del derecho al reembolso, al requerir aquella, conforme a notoria y reiteradísima jurisprudencia declaración expresa, clara y terminante o hechos concluyentes de significado inequívoco en ese sentido, pero es preciso probar la privatividad del dinero en cuestión para vencer el efecto del artículo 1361 del mismo Código . Se justifica que el pago confesado en la escritura pública del precio de 4635000 se efectuó mediante cheque bancario de igual importe emitido por el BBVA el diecisiete de marzo de 2000. fecha también del otorgamiento de aquella, cargado en cuenta ganancial, a la que se traspasaron seis millones de pesetas desde otra en la que se abonaron por ventas de valores privativos del Sr. Pablo Jesús (folios 85, 86, 87 y 350). Así pues está probado que el dinero empleado en la adquisición era privativo del Sr. Pablo Jesús .

UNDÉCIMO.- No puede decirse lo mismo en lo concerniente a los dos automóviles. Ningún elemento de juicio se aporta en cuanto al de la partida E) del inventario propuesto por la promovente. Respecto del de la partida D) se alega una transferencia de fecha dieciocho de marzo de 2003, cuando el coche se compró en junio de 2002, amén de no justificarse el carácter privativo de la suma transferida (folios j88, 227 y siguientes).

DUODÉCIMO.- En el caso del fondo de pensiones ha de darse la razón a la alegación sexta del recurso del Sr. Pablo Jesús , tanto por su anterioridad al matrimonio (folio 408), como por lo razonado antes en relación con el de la promovente (artículos 1346, 5º, y 1349 del Código Civil y sentencia del Tribunal Supremo de veintisiete de febrero de 2007), naturalmente con la salvedad del derecho al reembolso de las aportaciones de dinero ganancial.

DECIMOTERCERO.- Las costas de apelación se rigen por el artículo 398, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLO**

Estimamos parcialmente los recursos de apelación interpuestos, revocamos parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de: 1) entender incluida en el activo la cuenta número NUM009 del BBVA; 2) suprimir de las incorporaciones al activo del fallo recurrido los fondos de pensiones (números 3 y 4 de las incorporaciones), sin perjuicio del derecho al reintegro conforme al citado artículo 1358 de las aportaciones de dinero ganancial, la cuenta del BBVA (número 5), los fondos de inversión Nuevas Tecnologías y Telecom (número 6) y la cartera de valores (número 9), excepto las acciones preferentes de Sol Meliá Finance; 3) incorporar al pasivo el reembolso, con arreglo al precepto citado, de la cantidad de veintisiete mil novecientos cuarenta y siete euros y seis céntimos (27947,06 euros), equivalente a cuatro millones seiscientos cincuenta mil pesetas, y 4), suprimir la exclusión del pasivo de la partida L) del inventario propuesto por la promovente; no hacemos especial pronunciamiento sobre las costas causadas por los recursos. Decretamos la restitución de los depósitos, que llevará a cabo el Juzgado de procedencia, y la devolución a él de las actuaciones, con certificación de la presente, que es firme.

Así por esta sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, juzgando definitivamente en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.