



Roj: **SAP SS 1176/2011 - ECLI:ES:APSS:2011:1176**

Id Cendoj: **20069370022011100262**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **14/03/2011**

Nº de Recurso: **2475/2010**

Nº de Resolución: **89/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **YOLANDA DOMEÑO NIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA**

### **GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA**

**Sección / Sekzioa:** 2ª/2.

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000712

Fax / Faxes: 943-000701

N.I.G. / IZO : 20.05.2-07/011302

R.apelación L2 / 2475/2010 - O

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko 8 zk.ko Epaitegia

Autos de 2/2009 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Josefa

Procurador / Prokuradorea: MARIA DEL CARMEN COELLO LOPEZ

Abogado / Abokatua: ANGEL MOLINA HERREROS

Recurrido / Errekurritua: Secundino

Procurador / Prokuradorea: PABLO JIMENEZ GOMEZ

Abogado / Abokatua: GONZALO BARRENECHEA CORREA

### **SENTENCIA Nº 89/2011**

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dña. YOLANDA DOMEÑO NIETO

D/Dña. ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

D/Dña. TERESA FONTCUBERTA DE LATORRE

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a catorce de marzo de dos mil once.

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por las Sras. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Inventario LEC 2000, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a instancia de Dª. Josefa (apelante - demandante), representada por la Procuradora Dª. MARIA DEL CARMEN COELLO LOPEZ y defendida por el Letrado D. ANGEL MOLINA HERREROS, contra D. Secundino (apelado - demandado), representado por el Procurador D. PABLO JIMENEZ GOMEZ y defendido por el Letrado D. GONZALO BARRENECHEA CORREA; todo ello en virtud del



recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 17 de Junio de 2.010 .

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 17 de Marzo de 2003 el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de San Sebastián dictó sentencia , que contiene el siguiente Fallo:

"ACUERDO:

"I.- Que debo ESTIMAR y ESTIMO la demanda presentada el Procurador D. Pablo Jiménez González en nombre y representación de D. Secundino y asistido por el Letrado D. Gonzalo Barrenechea, contra Dña. Josefa , representada por la Procuradora Dña. M<sup>a</sup> Carmen Coello López y defendida el Letrado D. Ángel Molina Herreros; con intervención del Ministerio Fiscal; y

II.- Que debo declarar y declaro DISUELTO el matrimonio celebrado entre ambos cónyuges el día 3 de diciembre de 2000, y

III.- Que debo ACORDAR y ACUERDO las siguientes MEDIDAS DEFINITIVAS las contenidas en el Fundamentos de Derecho Tercero de esta resolución las cuales se dan íntegramente por reproducidas.

Las partes deberán informar a este Juzgado sobre el funcionamiento del régimen de guarda y custodia compartida en el plazo de UN AÑO a partir de la firmeza de la presente resolución y, en todo caso, siempre y cuando concurran otros factores que aconsejen un pronunciamiento judicial; siendo susceptible, si así lo requiriera el caso, nuevo Informe, ya de seguimiento, del Equipo Psicosocial adscrito a este Juzgado.

No procede pronunciamiento alguno en materia de costas."

**SEGUNDO.-** Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fue admitido, y, elevados los autos a esta Audiencia, se señaló día para Votación y Fallo el 7 de Marzo de 2.011.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido todas las formalidades prescritas por la ley.

**CUARTO.-** Ha sido Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. YOLANDA DOMEÑO NIETO.

### FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida.

**PRIMERO.-** Por parte de D<sup>a</sup>. Josefa se ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de fecha 17 de Junio de 2.011, dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 8 de San Sebastián , en solicitud de que se dicte nueva sentencia, estimando el recurso de apelación y concediendo de conformidad con la petición de su escrito de demanda de inventario o, subsidiariamente, incluyendo entre los bienes gananciales, como 3.- Cualquier otro bien o incremento de valor que llegara a acreditarse como perteneciente a la sociedad legal de gananciales los 32.224? extraídos por el Sr. Secundino de las cuentas gananciales (Folios 620 a 660 de los autos), así como el BMW (a valorar en Liquidación) adquirido a nombre de la empresa (para desgravar), pero no con dinero de la misma.

Y alega para fundamentar su recurso, en cuanto a la cuota líquida por beneficios no repartidos, fruto de privativos hasta el año 2.007 inclusive, que el Sr. Secundino es propietario del 99,72% de Segurola Excavaciones y, siendo administrador y socio mayoritario de una sociedad, acuerda aplicar todos los beneficios a reservas sólo con la finalidad de sustraerlos al acervo ganancial e impedir repartirlos con ella, que la realidad de los hechos es que, tal y como reconoció en su interrogatorio, D. Secundino , al momento de iniciar su relación con ella, venía a ganar algo más de 300.000 Ptas. al mes y con la ayuda de todo tipo de su padre, organiza una empresa, compra una máquina y luego algunas más, para acabar obteniendo unos beneficios envidiables, y ella en cambio no percibe nada, se queda sin trabajo y tiene que seguir pidiendo a su padre, y que los frutos de los bienes privativos son gananciales per se y su utilización en beneficio propio da lugar a una deuda que, en el caso que nos ocupa, el Sr. Secundino ha de abonarle tanto en relación con las reservas voluntarias como involuntarias, ya que aquéllas aumentan el valor de la sociedad; en cuanto al derecho de crédito contra ella por importe de 43.600?, que, antes de producirse la separación de facto, el Sr. Secundino no sólo no contribuyó al mantenimiento de las cargas familiares, sino que extrajo la casi totalidad del dinero ganancial de las cuentas NUM000 y NUM001 , al mismo tiempo que se quedaba con el BMW, adquirido a nombre de la empresa para desgravar y no incluirlo en los gananciales, y que ha quedado acreditado por Kutxa que el mismo extrajo en fechas próximas a la separación una cantidad no inferior a los 31.224?, que en buena



lógica han de tener el mismo carácter ganancial que los 43.600€ extraídos por ella, su entonces esposa; y, en cuanto al mobiliario, ajuar doméstico y mejoras en la vivienda, que de contrario no se ha aportado una sola factura, una sola prueba de la existencia de mobiliario o de ajuar doméstico y que la vivienda le fue entregada por parte de sus padres, cuando aún estaba soltera, y se le entregó totalmente amueblada.

A la vista de los términos en que ha sido formulado el recurso interpuesto es evidente que se alega por D<sup>a</sup>. Josefa que se ha producido por parte de la Juzgadora de instancia una incorrecta valoración de la prueba practicada y una inadecuada aplicación de la normativa vigente en lo que respecta a los tres extremos que, contenidos en la sentencia, han sido por ella impugnados, pues el resto de los pronunciamientos verificados en la sentencia no han sido cuestionados por ninguna de las partes del procedimiento, quienes no se han mostrado discrepancia alguna en cuanto a ellos, razón por la cual, en cuanto a esos extremos no controvertidos, no procede verificar consideración alguna en esta instancia, en tanto que por el contrario, y en lo que respecta a esos tres extremos mencionados, procede llevar a cabo el examen de las actuaciones, a fin de determinar si se ha producido o no la incorrecta valoración de la prueba que ha sido mencionada y la inadecuada aplicación a la misma de las normas reguladoras de la materia de que se trata, dado que los tres han de estimarse encuadrados en la discusión que con respecto del activo se verificó en el curso del procedimiento, por lo que la inadmisión que menciona D. Secundino en su escrito de impugnación del recurso, en relación a ellos, carece de base y no puede en modo alguno prosperar, aún cuando si ha prosperar dicha alegación con respecto de la pretensión de la referida recurrente de que se incluyan en el activo de la sociedad de gananciales la suma de 31.224 euros y el BMW, adquirido a nombre de la empresa, por cuanto que tales bienes no han sido objeto de discusión en el curso del procedimiento y han sido mencionados por vez primera en esta instancia, constituyendo una cuestión planteada en ella ex novo, que no ha de ser siquiera analizada, por cuanto que ello colocaría a la contraparte en una situación de clara indefensión.

SEGUNDO.- Y por lo que respecta al primer motivo de impugnación formulado por D<sup>a</sup>. Josefa, que hace referencia, tal y como ya se ha indicado, a la cuota líquida por beneficios no repartidos, fruto de privativos hasta el año 2.007 inclusive, sosteniendo que el Sr. Secundino es propietario del 99,72% de Seguro Excavaciones y, siendo administrador y socio mayoritario de una sociedad, acuerda aplicar todos los beneficios a reservas sólo con la finalidad de sustraerlos al acervo ganancial e impedir repartirlos con ella, dicho motivo ha de ser desestimado, por cuanto que si bien es cierto que ha quedado acreditado en las actuaciones que D. Secundino ha explotado la empresa denominada Excavaciones Seguro, S.L., que el mismo constituyó el 11 de Octubre de 2.000 y por ello antes de contraer matrimonio con la recurrente, y que dicha empresa produjo en el año 2.007 unos rendimientos, también es cierto que ha quedado acreditado en las actuaciones que esos beneficios obtenidos como consecuencia de la mencionada explotación no han salido de ella, ni han sido incorporados a su patrimonio, sino que han sido reinvertidos en la misma, por lo que es evidente que no resulta de aplicación al presente caso lo dispuesto en el art. 1.347 del Código Civil.

En efecto, el mencionado precepto dispone en su párrafo 2º que han de estimarse gananciales los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales, y, aún cuando la apelante ha solicitado la aplicación de dicho precepto, sobre la base de que los frutos de los bienes privativos son gananciales per se y su utilización en beneficio propio da lugar a una deuda que, en el caso que nos ocupa, el Sr. Secundino ha de abonarle tanto en relación con las reservas voluntarias como involuntarias, ya que aquéllas aumentan el valor de la sociedad, sin embargo ha quedado probado en las actuaciones de la prueba practicada, fundamentalmente del informe emitido por D. Fidel que por parte de la empresa se han verificado continuamente inversiones en maquinaria, a fin de poder tener una estructura productiva, y que no se ha llevado a cabo reparto de beneficios, debido a que no dispone de liquidez suficiente para ello, pues la empresa ha precisado disponer de fondos propios para hacer frente a sus necesidades y pervivir a la situación de crisis actual, siendo así que el reparto de beneficios conduciría a la descapitalización de la misma, por lo que es evidente que no nos encontramos ante un supuesto encuadrable en dicho precepto, ni los citados rendimientos han de integrar el activo de la sociedad que los litigantes conformaban, tal y como acertadamente determina la Juez a quo en su resolución, por lo que este pronunciamiento en ella contenido ha de ser íntegramente confirmado.

TERCERO.- Y por lo que respecta al segundo motivo de recurso alegado por D<sup>a</sup>. Josefa y relativo al derecho de crédito contra ella, motivo sobre el que, según lo ya indicado, sostiene que D. Secundino no sólo no contribuyó al mantenimiento de las cargas familiares, sino que extrajo la casi totalidad del dinero ganancial de las cuentas NUM000 y NUM001, al mismo tiempo que se quedaba con el BMW, adquirido a nombre de la empresa para desgravar y no incluirlo en los gananciales, y que ha quedado acreditado por Kutxa que el mismo extrajo en fechas próximas a la separación una cantidad no inferior a los 31.224 euros, que en buena lógica han de tener el mismo carácter ganancial que los 43.600 euros extraídos por ella, dicho motivo no puede ser tomado en consideración, por cuanto que, además de que no procede verificar consideración alguna con respecto de la cantidad que se menciona como defraudada por D. Secundino y con respecto del vehículo citado,



por lo ya indicado previamente de que ambas alegaciones constituyen una cuestión nueva no debatida en el procedimiento y que no ha de ser analizada en esta instancia, el examen de las actuaciones, y en concreto de la documentación aportada e incluso de las propias manifestaciones de la citada recurrente, pone de manifiesto que la misma extrajo, en fecha 20 de Abril de 2.007, de una cuenta existente en la entidad Kutxa la suma de 43.600 euros, sin que haya acreditado en modo alguno el carácter privativo suyo de la mencionada cantidad.

Ciertamente, y como se señala en la resolución impugnada, los importes existentes en cuentas que existan las distintas entidades bancarias a nombre de uno u otro cónyuge o a nombre de ambos se presume ganancial, salvo que se demuestre otra cosa, de conformidad con lo establecido en el art. 1.361 del Código Civil, el cual establece que los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales, salvo que se acredite que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, y, puesto que en el presente caso la mencionada apelante ha sostenido que la suma de 43.600 euros le pertenecen debido a que constituyen los ahorros de su primera comunión, sin aportar justificación de tipo alguno en relación a dicha alegación, no puede por menos que concluirse que la suma por ella retirada de la entidad Kutxa ha de ser incluida en el inventario de la sociedad de gananciales que los litigantes constituyeron en su momento, al contraer matrimonio, como integrante del activo de la misma, tal y como ha sido igualmente ha sido resuelto en la sentencia de instancia, la cual también en cuanto a este extremo ha de ser confirmada.

CUARTO.- Y por lo que se refiere al tercer y último motivo de recurso alegado por D<sup>a</sup>. Josefa, relativo al mobiliario, ajuar doméstico y mejoras en la vivienda de su propiedad, en relación al cual ha mantenido que de contrario no se ha aportado una sola factura, una sola prueba de la existencia de mobiliario o de ajuar doméstico y que la vivienda le fue entregada por parte de sus padres, cuando aún estaba soltera, y se le entregó totalmente amueblada, el mismo ha de ser igualmente desestimado, por cuanto que si bien es cierto que ha quedado acreditado en los autos que la vivienda que fue conyugal, y en la que residieron la mencionada recurrente y D. Secundino, la recibió la misma en fecha 12 de Septiembre de 2.001 por vía de donación cuando el matrimonio ya se había celebrado, dado que tuvo lugar el 3 de Diciembre de 2.000, también es cierto que no se ha justificado en modo alguno que la referida vivienda fuera donada con el mobiliario y el ajuar doméstico existente en la actualidad en su interior, por lo que tales elementos, así como las mejoras en ella introducidas han de estimarse sin duda alguna gananciales.

Desde luego, y de conformidad con lo determinado en el ya citado art. 1.361 del Código Civil, así como con la presunción iuris tantum de ganancialidad en él contenida, el mobiliario y el ajuar existente en la vivienda propiedad de D<sup>a</sup>. Josefa, que sin duda alguna es privativa, lo cual no se cuestiona, dado que la recibió por vía de donación, han de estimarse gananciales, puesto que no ha probado la misma en modo alguno que tales elementos existieran y se hallaran en el interior de la vivienda en el momento en que le fue entregada por vía de donación, como han de estimarse gananciales las mejoras en ella introducidas, dado que se han verificado necesariamente constante matrimonio, sin que se haya justificado que se hayan efectuado con dinero privativo, tal y como ha sido acordado por la Juez a quo, que ha resuelto su inclusión en el activo de la sociedad que ambos litigantes conformaron, en unos pronunciamientos contenidos en la sentencia por ella dictada que no han quedado desvirtuados por las consideraciones que se vierten en el escrito del recurso interpuesto, por lo que los mismos han de ser confirmados, con desestimación del motivo analizado y consiguiente confirmación íntegra de la mencionada resolución.

QUINTO.- Puesto que ha sido desestimado el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. Josefa, deberá la misma abonar el importe las costas devengadas en el curso de la presente instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 de la ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 394 del mismo cuerpo legal.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos ha sido conferida por la Soberanía Popular y en nombre de Su Majestad el Rey.

## FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. Josefa contra la sentencia de fecha 17 de Junio de 2.010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Donostia-San Sebastian, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la mencionada resolución, manteniendo los pronunciamientos contenidos en la referida resolución e imponiendo a la citada apelante el importe de las costas devengadas en el curso de la presente instancia.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario Judicial certifico.