



Roj: **SAP C 1060/2019 - ECLI:ES:APC:2019:1060**

Id Cendoj: **15030370032019100180**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **24/04/2019**

Nº de Recurso: **2/2019**

Nº de Resolución: **165/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL JESUS FERNANDEZ PORTO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

A CORUÑA

SENTENCIA: 00165/2019

N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

Tfno.: 981 182082/ 182083 Fax: 981 182081

BP

N.I.G. 15036 42 1 2018 0000386

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000002 /2019

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000071 /2018

Recurrente: Genaro

Procurador: MARTA ISABEL PEREIRA DE VICENTE

Abogado: MARIA DEL MAR BASOA RODRIGUEZ

Recurrido: Constanza

Procurador: MARIA MONTSERRAT NORES RODRIGUEZ

Abogado: ANA MARIA DIAZ SANTE

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña María Josefa Ruiz Tovar, presidenta

Doña María José Pérez Pena

Don Rafael Jesús Fernández Porto García

En A Coruña, a 24 de abril de 2019.

Ante esta **Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña**, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, se tramita bajo el **número 2-2019** el recurso de **apelación** interpuesto contra la sentencia dictada el 5 de octubre de 2018 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado



de Primera Instancia número 2 de DIRECCION000 , en los autos de **procedimiento ordinario** registrado bajo el número 71-2018, siendo parte:

Como **apelante** , el demandado DON Genaro , mayor de edad, vecino de DIRECCION000 , con domicilio en la CALLE000 , NUM000 y NUM001 , NUM002 , provisto del documento nacional de identidad número NUM003 , representado por la procuradora doña Marta-Isabel Pereira de Vicente, y dirigido por la abogada doña María del Mar Basoa Rodríguez.

Como **apelado** , la demandante DOÑA Constanza , mayor de edad, vecina de DIRECCION001 (A Coruña), con domicilio en CARRETERA000 , NUM004 , NUM005 , provista del documento nacional de identidad número NUM006 , representada por la procuradora doña María-Montserrat Nores Rodríguez, bajo la dirección de la abogada doña Ana-María Díaz Santé.

Versa la apelación sobre condena al pago de cantidad por adición de indemnización por despido laboral a liquidación de sociedad de gananciales; ascendiendo la cuantía del recurso a 37.421,77 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Sentencia de primera instancia* .- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 5 de octubre de 2018, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de DIRECCION000 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Se estima la demanda presentada por la Procuradora Sra. Nores Rodríguez, en representación de doña Constanza , contra don Genaro , con los siguientes pronunciamientos:

-Se condena al demandado a pagar a la demandante la cantidad de 34.421,77 euros más los intereses legales desde el día 22/01/2018.

-Se condena al demandado al pago de las costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Coruña, que podrán presentar por escrito ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación. Se advierte a la parte que desee recurrir que deberá constituir un depósito de 50 euros en la cuenta del Juzgado bajo apercibimiento de que, en caso de no verificarlo, no se le dará trámite al recurso.

Así lo acuerdo, mando y firmo".

SEGUNDO .- *Recurso de apelación* .- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por don Genaro , dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se formuló por doña Constanza escrito de oposición al recurso.

Se constituyó por la parte apelante un depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 14 de diciembre de 2018, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO .- *Admisión del recurso* .- Se recibieron en esta Audiencia Provincial el 26 de diciembre de 2018, siendo turnadas a esta Sección Tercera el 2 de enero de 2019, registrándose con el número 2-2019. Por el letrado de la Administración de Justicia se dictó el 11 de febrero de 2019 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal y designando ponente.

CUARTO .- *Personamientos* .- Se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora doña Marta-Isabel Pereira de Vicente en nombre y representación de don Genaro , en calidad de apelante, para sostener el recurso; así como la procuradora doña María- Montserrat Nores Rodríguez, en nombre y representación de doña Constanza , en calidad de apelada. Se dictó providencia mandando quedar el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese.

QUINTO .- *Señalamiento* .- Por providencia de 29 de marzo de 2019 se señaló para votación y fallo el pasado día 23 de abril de 2019, en que tuvo lugar.

SEXTO .- *Ponencia* .- Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Fundamentación de la sentencia apelada* .- Se aceptan y comparten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, que se dan por reproducidos como parte integrante de la presente en aras a inútiles repeticiones.

SEGUNDO .- *Objeto del litigio* .- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- Don Genaro y doña Constanza contrajeron matrimonio el 26 de mayo de 1990. Su matrimonio se rigió por el régimen económico de gananciales.

2º.- El 22 de abril de 1994 don Genaro empezó a trabajar bajo dependencia laboral para " DIRECCION002 ".

3º.- En el año 2003 don Genaro y doña Constanza adquirieron una vivienda unifamiliar que constituyó el domicilio familiar.

4º.- En enero de 2011 " DIRECCION002 " comunicó a don Genaro su despido disciplinario.

5º.- El 29 de abril de 2011 don Genaro y doña Constanza vendieron a terceros la vivienda unifamiliar. En la escritura pública consta que él reside en el término municipal de DIRECCION003 y ella en el de DIRECCION001 . El precio se abonó en dos cheques, uno para cada cónyuge.

6º.- Don Genaro promovió el obligatorio acto de conciliación contra su empleador, y posteriormente formuló demanda por despido improcedente contra " DIRECCION002 ". El 20 de mayo de 2011 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social número 2 de DIRECCION000 declarando improcedente el despido, y condenando a la empresa a optar entre readmitir al trabajador o a indemnizarle en la suma de 59.644,24 euros, más salarios de tramitación. Se interpuso recurso de suplicación por " DIRECCION002 ". La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia lo desestimó en su sentencia de 13 de abril de 2012 .

7º.- Doña Constanza formuló demanda solicitando el divorcio, que fue turnada el 26 de abril de 2012 al Juzgado de Primera Instancia número 3 de DIRECCION000 .

El 9 de julio de 2012 ambas partes presentaron ante el Juzgado un convenio regulador del divorcio, solicitando la transformación del procedimiento en divorcio de mutuo acuerdo. En dicho convenio, además de regular la guarda y custodia del hijo común, régimen de visitas, alimentos para él, no atribución del domicilio familiar por haberse vendido con anterioridad, proceden a liquidar la sociedad de gananciales, estableciendo que " *la sentencia de divorcio producirá la disolución del régimen económico matrimonial. Las partes han estado sometidas al régimen económico de gananciales y en este momento acuerdan liquidar el mismo conforme al siguiente reparto* ", inventariando una finca y un vehículo Audi que se adjudicaba a don Genaro , un automóvil Seat a doña Constanza , y aquél asumía el pago de un crédito personal concertado con una entidad bancaria.

Por sentencia de 11 de octubre de 2012 se declaró la disolución del matrimonio por divorcio, aprobando el convenio regulador presentado.

8º.- " DIRECCION002 " consignó ante el Juzgado de lo Social la cantidad de 70.089,40 euros en concepto de principal por la indemnización por despido y salarios de tramitación y posteriormente otros 4.754,14 euros en concepto de intereses. El Juzgado abonó a don Genaro la primera cantidad a medio de mandamiento entregado el 19 de julio de 2012, y la segunda el 18 de febrero de 2013.

9º.- En el año 2016 don Genaro presentó una demanda de modificación de medidas contra doña Constanza , en cuya exposición fáctica se mencionaba la indemnización por el despido. En período probatorio a instancia de doña Constanza se libró exhorto al Juzgado de lo Social para verificar la cantidad cobrada por aquel por el despido improcedente.

10º.- El 20 de enero de 2017 doña Constanza dedujo demanda de liquidación de gananciales, turnada al Juzgado de Primera Instancia número tres de DIRECCION000 , basándose en la no inclusión de los 74.843,54 euros correspondientes a la indemnización por despido, salarios de tramitación e intereses en el inventario formalizado en su día. Por auto de 15 de febrero de 2017 se inadmitió a trámite la demanda por inadecuación del procedimiento, porque lo pretendido no era una liquidación de sociedad, ya efectuada en su día, sino el complemento de la partición mediante la adición de bienes.

11º.- El 23 de enero de 2018 doña Constanza dedujo nueva demanda en procedimiento declaración por razón de la cuantía contra don Genaro , en la que manifiesta formular una reclamación de la cantidad de 37.421,77 euros, exponiendo la ocultación de los 74.843,54 euros cuando formalizaron el inventario de bienes de la sociedad de gananciales, que el Juzgado de Primera Instancia había inadmitido a trámite la nueva liquidación, con indicación de que el complemento debería solicitarse en el procedimiento declarativo correspondiente.



Alegó fundamentos legales y terminaba suplicando se condenase al demandado al pago de 37.421,77 euros, correspondientes al 50% de la indemnización percibida, con intereses desde la presentación de la demanda.

12º.- El demandado se opuso alegando, en lo afecta al recurso, que había una inadecuación de procedimiento porque no se instaba el complemento de la liquidación, sino una reclamación de cantidad; que los litigantes se habían separado de hecho mucho antes de la sentencia de divorcio, incluso cuando vendieron la casa ya hacía tiempo que estaban separados; la indemnización por despido se percibió con posterioridad, y por lo tanto es privativa. Alegó fundamentos legales y terminó suplicando la desestimación de la demanda, y subsidiariamente que "se estime la proporción de la indemnización correspondiente al tiempo que demandante y demandado estuvieron conviviendo maritalmente, es decir hasta el año 2010, descontando los intereses percibidos".

13º.- Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia en la que, rechazando la excepción procesal, tras un amplio y detallado estudio de la doctrina jurisprudencial, concluye que la indemnización tiene carácter ganancial, condenando a don Genaro al pago de la mitad de su importe a su exesposa. Pronunciamientos frente a los que se alza el demandado.

TERCERO .- *Inadecuación de acción* .- En el primer motivo del recurso de apelación interpuesto por el demandado se alega la "inadecuación de acción", que supuestamente conduciría a la desestimación de la demanda, porque en la misma se indica que se formula una reclamación de cantidad, lo que supone un vínculo contractual entre las partes, no pudiendo estar conforme con la sentencia apelada en cuanto sostiene que de la lectura de la demanda se desprende que se trata de una acción de adición de la partición.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- Debe recordarse que en nuestro derecho, a diferencia de lo que acontecía en Derecho Romano, ya no es precisa la denominación de la acción. La exposición de la acción que se ejercita, de lo pretendido y su causa, solo tiene relevancia en cuanto al procedimiento a seguir. Pero si no existe duda sobre la corrección del procedimiento ordinario por razón de la cuantía en todo caso, la discusión se convierte en inútil. Es estéril, pues no conduciría a nada. Y, desde luego, nunca sería causa de desestimación de la demanda. A lo sumo podría dar lugar a la excepción de defecto en el modo de proponer la demanda, que no se adujo, ni por lo tanto se trató en la audiencia previa para su subsanación.

2º.- Sin perjuicio de reconocer que la demanda simplifica en exceso la cuestión jurídica, al denominarla como "reclamación de cantidad", lo cierto es que como se indica en la sentencia apelada, de su lectura se deduce de forma clara y comprensible lo que se pretende: Se narra el divorcio, el contenido de la liquidación de los gananciales en el convenio regulador, la ocultación del despido, de la indemnización, que doña Constanza se enteró en el año 2016 cuando don Genaro promovió la modificación de medidas basada en su nueva situación laboral, que ella había instado ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 la acción de "adición o complemento a la liquidación de sociedad de gananciales", que se había inadmitido con remisión al procedimiento declarativo correspondiente a la cuantía; y que era eso lo que ejercitaba ahora.

Prueba de todo ello es que ninguna confusión generó a la parte demandada, ahora apelante, ni le impidió esgrimir correctamente los medios de defensa que consideró oportunos.

CUARTO .- *La datación de la disolución de la sociedad de gananciales* .- En el segundo motivo del recurso se muestra la discrepancia con la sentencia apelada sobre la cuestión de cuándo debe datarse la disolución del régimen económico matrimonial, aludiendo a una separación de hecho previa.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- Cuál debe ser el momento que debe tenerse en consideración para determinar el haber del inventario de bienes de la sociedad de gananciales disuelta es una cuestión muy discutida, con soluciones no concordes en la doctrina científica, y con un gran casuismo en la jurisprudencia, que incluso en ocasiones parece contradictoria. El Código Civil establece en su artículo 1345 que la sociedad de gananciales comienza con la celebración del matrimonio, o cuando se otorgue la escritura de capitulaciones matrimoniales pactando que en lo sucesivo rija el régimen económico conyugal de gananciales (si el régimen económico matrimonial pactado, o el presumido por un derecho civil especial o foral fuese otro). El momento del inicio es claro. Hasta ese instante no hay bienes que formen para del activo de este tipo de régimen económico matrimonial, simplemente porque no existe esa sociedad.

En lo que se refiere a la finalización, la legislación aparentemente es clara y unívoca. Así en el artículo 1392 de dicho Código Civil se regulan cuatro causas que suele la doctrina considerar como "automáticas", pues si se produce ese evento, automáticamente se disuelve la sociedad de gananciales ("*concluirá de pleno derecho*"). Causas que serían:



(a) La disolución del matrimonio (muerte de uno de los cónyuges, declaración de fallecimiento o divorcio, conforme establece el artículo 85 del mismo Código). Pero mientras el fallecimiento o la declaración de fallecimiento conllevan la determinación de una fecha exacta, en el divorcio se requiere la existencia de una sentencia firme (artículo 89 del Código Civil), y la disolución del régimen se difiere a dicha firmeza (artículo 95.1 del mismo Código).

(b) La declaración de nulidad del matrimonio, en la que la disolución del régimen se aplaza igualmente al momento de la firmeza de la sentencia que declare esa nulidad (artículo 95.1), sin perjuicio de la especialidades establecidas para este supuesto si uno de los cónyuges hubiese actuado de mala fe (artículo 1395 del Código Civil).

(c) Cuando se decreta la separación judicial, que también se remite la disolución del régimen económico a la firmeza de la sentencia (artículos 83 y 95.1 del Código Civil).

(d) El otorgamiento de capitulaciones matrimoniales optando por otro régimen, que supone la existencia de una fecha concreta y determinada a tener en consideración.

El artículo siguiente, el 1393 del Código Civil, regula una serie de supuestos en los que uno de los cónyuges puede solicitar judicialmente la disolución de la sociedad de gananciales, cuestión que no atañe al caso enjuiciado.

La primera consecuencia sería que podría sostenerse, en lo que aquí interesa, que la disolución no se produce hasta la firmeza de la sentencia decretando la separación o divorcio. Por lo que la aparente conclusión sería que los bienes a inventariar serían los existentes en el momento de la disolución (artículo 1397-1º del Código Civil); y por lo tanto debería datarse a la fecha de la sentencia de divorcio.

2º.- Pero este principio general presenta, en la práctica, múltiples excepciones. Así, se ha mantenido jurisprudencialmente que tampoco resulta admisible que se pretendan inventariar exclusivamente los bienes existentes cuando adquiere firmeza la sentencia de separación o divorcio (que puede dilatarse temporalmente muchos años), si: (a) Se constata que uno de los cónyuges aprovechó ese tiempo intermedio para descapitalizar la sociedad. (b) O a la inversa, que durante ese período intermedio se haya producido un notable incremento patrimonial gracias a la actividad de uno de los litigantes, habiendo cesado la convivencia (y por lo tanto la razón de ser del régimen económico), por lo que también resultaría inadmisibles que se hiciese partícipe al otro cónyuge por una cuestión formal y no real.

Para solventar los problemas prácticos, que pueden conducir a palmarias injusticias, debe tenerse en consideración que no necesariamente debe coincidir la fecha de la disolución del régimen económico matrimonial de gananciales con la fecha que deba tomarse como referencia para realizar el inventario. La declaración de disolución del régimen puede ser posterior en el tiempo, al ser el resultado de una tramitación procesal más o menos larga. Pero la declaración, sin perjuicio de terceros, no tiene que ser necesariamente el punto de partida del inventario; pues el régimen puede haber dejado de existir en la realidad jurídica mucho antes (incluso décadas). Es por ello que se han propuesto doctrinalmente tres posibilidades:

(a) Atender exclusivamente a la fecha en que ganó firmeza la sentencia que decreta la separación o el divorcio (tesis sostenida por Peña Bernaldo de Quirós). Es decir, el inventario estaría formado por el activo y pasivo existente a esa fecha.

(b) Fijar la fecha a tener en consideración en el día de la presentación de la demanda solicitando la nulidad, separación o divorcio (tesis de Lacruz Berdejo); si bien con la salvaguarda de que esta retroacción no perjudicaría nunca a terceros (artículo 1317 del Código Civil).

(c) Estimar que la resolución judicial que declara la disolución del régimen económico de gananciales debe establecer cuál será la fecha a la que se atenderá para confeccionar el inventario; que puede ser la misma de la resolución, o retrotraerla, bien a la presentación de la demanda, bien a la real ruptura de la convivencia conyugal.

Cualquiera de las dos últimas tesis serviría de contrapunto al cónyuge malicioso que deliberadamente retrasase la tramitación, o se apoderase de patrimonio ganancial.

3º.- Nuestro legislador, pese a que aparentemente se inclinaría por la fecha en que la sentencia ganó firmeza (artículos 83 , 89 , 95.1 del Código Civil), lo cierto es que incurre en una contradicción significativa. En la actualidad parece decantarse por acudir al momento de la admisión a trámite de la demanda.

Debe significarse que en el artículo 1394 del Código Civil (que si bien se refiere exclusivamente a los supuestos del artículo 1393, podría aplicarse analógicamente cuando fuere necesario para los contemplados en el 1392) se menciona que de seguirse pleito "*iniciada la tramitación*" se practicará el inventario. Mención que puede



interpretarse en el sentido de que debe inventariarse lo existente en ese momento, y no en el posterior en que alcance firmeza la sentencia. Interpretación avalada por el contenido del artículo 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando dispone que "admitida la demanda de nulidad separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario". Una interpretación gramatical implica que los bienes a inventariar serán precisamente los existentes en ese momento inicial de admisión a trámite. Obviamente no se pueden inventariar los existentes a cuando alcance firmeza la sentencia, porque es un futuro ignorado. Todo ello sin perjuicio de que la efectiva liquidación deba demorarse a la firmeza de la resolución (artículo 810.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

4º.- En la jurisprudencia se ha establecido:

(a) La regla general viene dada por la aplicación del Código Civil: "La fecha de la disolución del régimen económico matrimonial en casos de procedimientos de separación y divorcio, es la establecida en la sentencia, según el artículo 95 del Código Civil ". Así se aplica en la sentencia de 14 de febrero de 2000 (RJ Aranzadi 676). Matizando la sentencia de 27 de febrero de 2007 (RJ Aranzadi 1632) al establecer que, inicialmente y como regla general: la fecha a la que debe datarse la disolución del régimen de gananciales es la establecida en la sentencia de separación o divorcio, conforme al artículo 95 del Código Civil ; que el Auto acordando medidas provisionales de separación "no determina la extinción del régimen de gananciales, sino que lo que en realidad señala es su continuación, a pesar de la interposición de una demanda de separación y está destinada a proteger los intereses del cónyuge que no tenga la administración de estos bienes, pero no más"; y que si bien se está admitiendo jurisprudencialmente que la separación de hecho consentida por ambos cónyuges, produce la extinción del régimen económico matrimonial de los gananciales, dicha extinción debe ser declarada por el Juez (artículo 1393-3º del Código Civil), por lo que en la sentencia de separación o divorcio deberá fijar el momento o fecha en que esa separación fáctica produjo efectos en cuanto a la disolución del régimen de gananciales.

En la sentencia de 28 de mayo de 2008 (RJ Aranzadi 4159), se reitera que respecto a la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales, debe tomarse como pauta el criterio de la firmeza de la sentencia que disuelve la sociedad de gananciales, conforme a lo establecido en los artículos 95.1, 1392.3 y 1394 del Código Civil ; exigiéndose no solo la sentencia, sino que haya alcanzado firmeza. Postura en la que abunda la sentencia de 17 de marzo de 2010 (Roj: STS 1294/2010); y que se reitera en las de 11 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5216/2015, recurso 1722/2014) y en la 493/2017, de 13 de septiembre (Roj: STS 3270/2017, recurso 1256/2015).

(b) Lo anterior no obsta a que sea también doctrina jurisprudencial [SSTS 26 de abril de 2000 (RJ Aranzadi 3230), 24 de abril de 1999 (RJ Aranzadi 2826), 27 de enero de 1998 (RJ Aranzadi 110), 2 de diciembre de 1997 (RJ Aranzadi 8781), 23 de diciembre de 1992 (RJ Aranzadi 10653), 17 de junio de 1988 (RJ Aranzadi 5113), 26 de noviembre de 1987 (RJ Aranzadi 8689), 13 de junio de 1986 (RJ Aranzadi 3549), entre otras], que, con el fin de mitigar el rigor literal del número tercero del artículo 1393 del Código Civil, para adaptarlo a la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil) y al principio de buena fe (artículo 7 del mismo Código), la finalización real de la sociedad de gananciales puede datarse, en determinadas circunstancias, a la efectiva separación de hecho libremente consentida, no siendo legítimo que se pretenda partir ganancias obtenidas con posterioridad, cuando ya el matrimonio está roto y no existe ese ánimo comunitario. Doctrina jurisprudencial que viene estableciendo sistemáticamente que "rota la convivencia conyugal, no cabe que se reclamen, por un cónyuge, derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos"; si bien exige que "obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia), seria, prolongada y demostrada o acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación, y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia". Es decir, se exige que sea un cese de la convivencia serio, prolongado y demostrado; doctrina que se ha aplicado especialmente a supuestos de separaciones de hecho prolongadas en el tiempo, que al cabo de muchos años varía sustancialmente la fortuna de uno u otro miembro del que aún sigue siendo un matrimonio. Lo que reitera la sentencia del Alto Tribunal de 23 de febrero de 2007 (RJ Aranzadi 656), en un caso de separación de hecho que venía de dieciocho años atrás. Y que confirma la de 21 de febrero de 2008 (RJ Aranzadi 1701) cuando sostiene que "En consecuencia debe entenderse que, producida de modo irreversible la ruptura de la convivencia, los bienes obtenidos por cada uno de los cónyuges no se integran en la sociedad de gananciales, sin perjuicio del derecho de cualquiera de los citados cónyuges a instar su extinción en los términos previstos en el artículo 1.393-3º del Código Civil así como la facultad que les asiste para solicitar las medidas oportunas de carácter económico previas a la solicitud de separación o divorcio... en nada afecta a la pérdida del fundamento de la existencia de dicha sociedad cuya razón de ser se encuentra en la convivencia matrimonial y por ello se hace atribución conjunta



a los cónyuges de lo adquirido a título oneroso por uno de ellos en cuanto se entiende que tal adquisición se produce con la colaboración y sacrificio del otro; de modo que, faltando la convivencia por ruptura matrimonial, puede afirmarse que la sociedad de gananciales ha dejado de existir". Y que se mantiene en la más reciente de 6 de mayo de 2015 (Roj: STS 2755/2015, recurso 1255/2013).

5º.- Consecuencia de lo expuesto es que la disolución del régimen económico de gananciales debe datarse en este caso a la fecha en que alcanzó firmeza la sentencia de divorcio.

La excepción pretendida, de querer datarla a la fecha de la separación de hecho es inviable, como correctamente establece la sentencia apelada. El primer obstáculo, y esencial, es que se desconoce cuándo se produjo esa separación. En la contestación a la demanda simplemente se dice que fue antes de otorgarse la escritura de venta de la vivienda en 29 de abril de 2011 (en la que ya aparecen con distintos domicilios), pero no se indica cuánto tiempo antes. Y, sobre todo, ni se intenta probar una fecha. La única aproximación fue la del padre de don Genaro , al testificar en el juicio, que aludió al año 2008, pero sin mayor apoyo. Testimonio totalmente insuficiente para establecer una consecuencia tan trascendente como es la finalización del régimen económico. Da la impresión de que dijo esa anualidad como podía haber dicho dos años antes o dos después. No es suficiente prueba.

De todas formas, debe tenerse en cuenta que el despido se produjo en enero de 2011, y la vivienda se vendió en abril de 2011, por lo que el despido es anterior a la primera datación de una separación de hecho. El despido se ejecuta vigente el régimen ganancial.

Por otra parte, como ya se recoge acertadamente en la sentencia apelada, no puede obviarse que los litigantes pactaron expresamente en el convenio regulador de su divorcio que "(estipulación quinta): "la sentencia de divorcio producirá la disolución del régimen económico matrimonial", pretendiendo ahora el demandado ir contra sus propios actos al considerar que la sociedad de gananciales se disolvió con anterioridad". Pactada la fecha de disolución a la sentencia de divorcio, no puede ahora plantearse que debe datarse a una no determinada fecha de separación de hecho.

La conclusión es que: Don Genaro generó la totalidad del derecho laboral a la indemnización por despido improcedente constante matrimonio, pues entró a trabajar en 1994. El despido se produjo en enero de 2011, fue declarad

o improcedente por sentencia de mayo de 2011, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia rechazó la suplicación del empresario en sentencia de 13 de abril de 2012 , el primer mandamiento de pago de la indemnización se produjo el 19 de julio de 2012. Y la sentencia de divorcio es de 11 de octubre de 2012 . No hay parte proporcional alguna a calcular.

QUINTO .- *La fecha de percepción de la indemnización .-* En penúltimo lugar se pretende combatir la resolución judicial de primera instancia aduciendo que "la indemnización por despido se percibe con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales", pues "la fecha del mandamiento de cobro (19 de julio de 2012) ésta es posterior al convenio regulador; por lo expuesto la misma tendrá carácter "privativo" de quien la percibe".

El motivo no puede ser estimado.

1º.- La doctrina jurisprudencial clásica para determinar si una pensión por jubilación o incapacidad, o una indemnización laboral por despido improcedente debe tener o no la consideración de bien ganancial está resumida en la sentencia del Tribunal Supremo 26 de junio de 2007 (RJ Aranzadi 3448), reiterando la doctrina contenida en las sentencias de la misma Sala de 29 de junio de 2005 (RJ Aranzadi 4947), 20 de diciembre de 2003 (RJ Aranzadi 9199), 22 de diciembre de 1999 (RJ Aranzadi 9141), 25 de marzo de 1988 (RJ Aranzadi 2430), y posteriormente reafirmada en las sentencias de 18 de junio de 2008 (RJ Aranzadi 3224), 28 de mayo de 2008 (RJ Aranzadi 4159), 18 de marzo de 2008 (RJ Aranzadi 2941) y 5 de octubre de 2016 (Roj: STS 4284/2016, recurso 2613/2014), en las que se recuerda que para dicha determinación deben tenerse presentes dos aspectos:

(a) La fecha de percepción de estos ingresos:

- 1)** Si se adquieren durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tienen la consideración de bienes gananciales (artículo 1347.1º del Código Civil).
- 2)** Si se adquieren con posterioridad a la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales, esas cantidades se considerarán bienes privativos de quien los percibe.

(b) Conceptualmente debe distinguirse entre:

- 1)** El derecho a cobrar estas prestaciones, que en sí mismo considerado es un componente de los derechos de la personalidad. Y como tales intransmisibles, por lo que nunca serán bienes gananciales. La capacidad



laboral, o el derecho al empleo, es un derecho integrado en la personalidad del trabajador (artículo 1346.5º del Código Civil).

2) Las consecuencias, frutos, sueldos, salarios, percepciones dinerarias o productos del trabajo de uno de los cónyuges, es decir, el rendimiento económico del trabajo, que el Código Civil (artículo 1347-1 º) incluye entre los bienes gananciales, y en tal concepto estas ganancias no son bienes inherentes a la persona.

En tal sentido, se venía afirmando desde antiguo que no tiene la consideración de bien inherente a la personalidad las indemnizaciones que proceden de la relación de trabajo y se generaron al amparo de la misma, de modo que no tendría explicación si se prescindiera de tal relación laboral, y toda vez que su carácter es totalmente económico o patrimonial basado en su derecho al trabajo, derecho personalísimo, pero que no se confunde con éste por ser una consecuencia económica y pecuniaria que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador, y, por consiguiente, ingresado en el patrimonio conyugal, integrado al disolverse la sociedad de gananciales parte de estos bienes a liquidar y repartir entre ambos cónyuges o sus herederos. Al no tener la indemnización discutida su fundamentación en un resarcimiento de daños, no puede acogerse al número 6º del artículo 1346 del Código Civil , referido como su texto indica "a los daños inferidos a la persona" de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos. Igual acontece con las prestaciones por jubilación anticipada y subvenciones similares. En suma, que estas indemnizaciones deben seguir el mismo régimen que el salario en relación a su condición de gananciales.

No obstante lo anterior, la precedente doctrina jurisprudencial ha sido matizada a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008 (RJ Aranzadi 2941), seguida posteriormente por la de 28 de mayo de 2008 (RJ Aranzadi 4159), y reproducida en la de 5 de octubre de 2016 (Roj: STS 4284/2016, recurso 2613/2014), en el sentido de que la indemnización por despido constituye una compensación por el incumplimiento del contrato laboral por parte del empresario; por lo que debe tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato laboral, siempre que se hayan producido vigente la sociedad de gananciales. Pero cuando el trabajo perdido por un despido improcedente, causa que originaria de la indemnización, tuvo su inicio con anterioridad a contraer nupcias, debe tenerse determinarse el porcentaje de la indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio, cuya aplicación nos dará la cantidad que deba considerarse como ganancial; "así como debería tenerse en cuenta también en la liquidación de los gananciales la capitalización por posibles indemnizaciones que se generen por despidos por contratos de trabajo vigentes durante el matrimonio y por el período de tiempo trabajado vigente la sociedad. Por ello a la vista de que la indemnización por despido se calcula sobre la base del número de años trabajados, no deberían tener naturaleza ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales. Esta regla estaría de acuerdo con las normas que establecieron la posibilidad de concurrencia de varios cónyuges, en la pensión de viudedad cuando hubiesen existido divorcios sucesivos, de acuerdo con lo establecido en la Disposición adicional 10, 1ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio , que modificó la regulación del matrimonio en el Código civil y como ocurre en el artículo 174.2 de la Ley General de seguridad social , redactado de acuerdo con la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de la seguridad social". Podría argumentarse que las indemnizaciones por despido tienen un límite máximo (artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores), por lo que a partir de determinado número de años trabajados no se incrementa el tope máximo de mensualidades salariales a percibir; pero debe tenerse en consideración que sí se actualizan las bases salariales sobre las que se aplica.

2º.- No puede confundirse la fecha en que se genera el derecho a la indemnización por despido improcedente con la fecha de cobro de esa indemnización. El derecho a la indemnización nace desde el momento en que don Genaro es despedido. La sentencia del Juzgado de lo Social es declarar el carácter improcedente y fijar la indemnización si no se opta por la readmisión. Cuestión distinta es que, por la necesidad de acudir a los tribunales, la interposición de recursos, o la mayor o menor dilación en la ejecución, le indemnización se percibe tiempo después. Pero el derecho de don Genaro a ser indemnizado nace cuando es despedido: enero de 2011. Y a tal fecha estaba casado aún con doña Constanza , y el régimen económico matrimonial era el de gananciales. El derecho al cobro de la indemnización, no como derecho de la personalidad abstracto, sino como daño a reparar efectivamente causado, se genera constante matrimonio. Y por lo tanto la indemnización es ganancial.

SEXTO .- *Los intereses de la indemnización .-* En último lugar se reitera el planteamiento de que los intereses percibidos no tienen carácter ganancial, pues le fueron abonados en el año 2013.

El motivo no puede ser estimado.

Como ya se indica en la sentencia apelada "Si bien los intereses le fueron abonados por mandamiento de devolución de 18/02/2013 (posterior a la sentencia de divorcio), han de considerarse también gananciales en aplicación del artículo 1347.2º CC . Estos intereses se generaron durante la vigencia de la sociedad de



gananciales y fueron fijados por decreto de fecha 10/10/2012 (anterior a la sentencia de divorcio)". Criterio que debe mantenerse: Los intereses, bien sea el capital privativo, bien sea ganancial, siempre tienen la consideración de integrantes del patrimonio ganancial. Y esos intereses se generan y tasan constante el régimen ganancial.

Por otra parte, se trata de una deuda (indemnización por despido improcedente) que tiene carácter ganancial. Por lo que los intereses, aunque se generasen con posterioridad a la disolución de la sociedad, siempre deberían integrarse en el caudal común.

SÉPTIMO .- *Costas* .- Por todo lo anterior, la sentencia apelada debe ser confirmada, lo que conlleva la preceptiva imposición de las costas devengadas por el recurso a la parte apelante (artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

OCTAVO .- *Depósito del recurso* .- Conforme a lo dispuesto en el ordinal noveno, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, la desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

FALLO:

Por lo expuesto, **la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña** ha decidido:

1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto en nombre del demandado **don Genaro** , contra la sentencia dictada el 5 de octubre de 2018 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de DIRECCION000 , en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 71-2018, y en el que es demandante doña Constanza .

2º.- Confirmar la sentencia apelada.

3º.- Imponer al apelante don Genaro las costas devengadas por su recurso de apelación.

4º.- Ordenar la pérdida del depósito constituido para apelar. Procédase por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de instancia a transferir el depósito constituido para recurrir, conforme a lo previsto en el apartado 10 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

5º.- Disponer que sea notificada esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la cuantía, superando esta 3.000 euros y no excediendo de 600.000 euros, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal sin presentar al mismo tiempo recurso de casación. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el "acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal" adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, así como los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos contenidos en los autos de dicha Sala, que pueden consultarse en la página "www.poderjudicial.es". Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Santander, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0002 19 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0002 19 para el recurso extraordinario por infracción procesal.



Esta instrucción de recursos tiene carácter meramente informativo. La indicación errónea de los recursos procedentes en ningún caso perjudicará a la parte que interponga los mencionados [STC 244/2005, de 10 de octubre ; 79/2004, de 5 de mayo ; 5/2001, de 15 de enero]; ni impide que pueda presentar otros que considere correctos.

6º.- Firme que sea la presente resolución, librese certificación para el Juzgado de Primera Instancia número 2 de DIRECCION000 .

Así se acuerda y firma.-

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael Jesús Fernández Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, letrado de la Administración de Justicia, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOS