



Roj: **SAP M 15445/2008 - ECLI:ES:APM:2008:15445**

Id Cendoj: **28079370242008100669**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **24**

Fecha: **23/10/2008**

Nº de Recurso: **691/2008**

Nº de Resolución: **1101/2008**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 24

MADRID

SENTENCIA: 01101/2008

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 24ª

Rollo nº: 691/08

Autos nº: 310/05

Procedencia Juzgado 1ª Instancia nº 76 de Madrid

Apelante-demandante: Dª Marcelina

Procurador: Dª Mª DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO

Apelante-demandado: D. Alexander

Procurador: D. ANGEL ROJAS SANTOS

Ponente: Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

S E N T E N C I A Nº 1101

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

Ilmo. Sr. D. Angel Sánchez Franco

Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

EN MADRID, A VEINTITRÉS DE OCTUBRE DE DOS MIL OCHO.

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Liquidación

de Sociedad de Gananciales número 310/05 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia número 76 de Madrid.

De una, como apelante-demandante, Dª Marcelina representado por la Procuradora Dª Mª CARMEN ORTIZ CORNAGO.

Y de otra, como parte apelante-demandada D. Alexander representado por el Procurador D. ANGEL ROJAS SANTOS

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.



I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha diecisiete de octubre de dos mil siete, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 76 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador DOÑA Marcelina contra DON Alexander , representado por el Procurador DON ANGEL ROJAS SANTOS, APRUEBO LA FORMACIÓN DE INVENTARIO en las siguientes partidas:

ACTIVO.-

1- Vehículo marca jaguar, Modelo XK8 Coupé, Matrícula KYE

2- Vehículo marca Chrysler, Modelo Gand voyager 2.5 CRD Limited, matrícula-TRX .

3- Vehículo marca Mercedes Benz, Modelo A-190, matrícula-KFK .

4- Acciones e la mercantil EUROAGENTES SGIIC, S.A.

5.- 4.68871 participaciones en el fondo de inversión SAFAEI FOMENTO FI.

6.- Ajuar doméstico excepto: los reposteros cuatro escudos de los apellidos, bargueño, cubertería de plata grabada con las iniciales cp, cuadro de un familiar de la parte actora, teniendo tales bienes carácter privativo de la Sra. Marcelina .

7.-Finca Urbano en el término de Pozuelo de Alarcón (Madrid), parcela nº NUM000 , parcela de terreno en término de Pozuelo de Alarcón y anexionado de Húmera, Urbanización DIRECCION000 . Inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Pozuelo de Alarcón, Tomo NUM001 , folio NUM002 , finca número NUM003 . Referencia Catastral NUM004 .

8.- Vivienda sita en el término de SALLEN DE GALLEGO, en la partida Escaladillo. Consta inscrito en el Registro de la Propiedad de Jaca, al folio NUM005 , tomo NUM006 , libro NUM000 de Sallent.

9.-Vivienda tipo 3D, situada en el conjunto Residencial denominado DIRECCION001 , en la parcela R.T.B. NUM007 en el Polígono Residencia Turístico denominado Torrentera "NOVO SANCTI PETRI" en el término municipal de Chiclana de la Frontera (Cádiz). Consta inscrita en el Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, al Tomo NUM008 , libro NUM009 de Chiclana, folio NUM010 , finca nº NUM011 , inscripción NUM012 .

10.-DERECHOS Y ACCIONES siguientes:

A.- 232.248,895399 participaciones en el Fondo de Inversión EUROAGENTES RENTA FI, cuenta partícipe NUM013 , cuya cotitularidad ostentan DON Alexander Y DOÑA Marcelina .

B.- 183,95892900 participaciones en el Fondo de Inversión EUROAGENTES RENTA FI, cuanta partícipe NUM014 , cuya titularidad ostenta Don Alexander .

C.- 183,95892900 participaciones en el Fondo de Inversión EUROAGENTES RENTA FI, cuenta partícipe NUM015 , cuya titularidad ostenta Doña Marcelina .

D.- 108,83043400 participaciones en el Fondo de Inversión EUROAGENTES RENTA FI, cuenta partícipe NUM016 , cuya titularidad ostenta Don Alexander .

E.- 68,08825900 participaciones en el Fondo de Inversión EUROAGENTES RENTA FI, cuenta partícipe NUM017 , cuya titularidad ostenta Doña Marcelina . F. 989,79307300 participaciones en el Fondo de Inversión EUROAGENTES UNIVERSAL FI, cuanta partícipe NUM018 , cuya titularidad ostenta Don Alexander .

G.- 0,97687300 participaciones en el Fondo de Inversión EUROAGENTES UNIVERSAL FIM, cuenta partícipe NUM019 , cuya titularidad ostenta Doña Marcelina .

H.-0,836673 participaciones en el Fondo de Inversión EUROAGENTES PLUS FI, cuenta partícipe NUM020 , cuya titularidad ostenta Don Alexander .

I.- 0,836673 participaciones en el Fondo de Inversión EUROAGENTES PLUS FI, cuenta partícipe NUM021 , cuya titularidad ostenta Doña Marcelina .

11. 406 participaciones de la Sociedad Agraria de Transformación de Tabacos LA TAYUELA S.A.

12.- 28 acciones de la Sociedad Inversora ISABEL COLBRAND S.L.



13.-Fondo de Inversión SUPERGESTIÓN 2 FIM...050, VALOR 5.083,43 euros. Saldo cuenta nº NUM022 , importe 271,18 euros.

14.- CRÉDITO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES frente al Sr. Alexander como consecuencia del importe de la pensiones alimenticias satisfechas con cargo a la parte que le corresponde en la sociedad conyugal al mismo, en procedimiento de ejecución nº 1115/05 que se sigue en este Juzgado. Y por el importe de 6.000 euros percibidos por el arrendamiento en agosto de la vivienda en SANCTI PETRI una vez descontadas las cantidades invertidas en dicha vivienda, previa acreditación.

PASIVO.-

- 1.- Sanción por la COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES por importe de 36.00 euros.
- 2.- Deudas por importe de 9.773,20 euros, 5.711,40 euros, 8.748,71 euros, que respectivamente se adeudan a la sociedad Hijos de Rosario Bógalo S.L., Sociedad Lijados Santamaría S.L. y sociedad Jesús del Ser y CIA S.A.
- 3.- Costas de procedimiento ordinario y minuta de honorarios por importe de 174.681,64 euros.
- 4.- No se hace especial pronunciamiento sobre costas procesales

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de D^a Marcelina mediante escrito de fecha once de diciembre de dos mil siete, así como por la representación de D. Alexander mediante escrito de fecha treinta de noviembre de dos mil siete; en base a las alegaciones contenidas en los mismos, cuyos contenidos se dan por reproducidos en aras a la brevedad procesal.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Ambas partes en litigio interponen recurso de apelación frente a la sentencia de fecha 17 de octubre de 2.007 , recaída en proceso de formación de inventario de la sociedad legal de gananciales que aquellas conformaron, interesando la representación procesal de D^o Alexander , se declare privativo del mismo, y en consecuencia se excluya del activo del inventario, la vivienda sita en el término de Sallent de Gallego, en la partida Escaladillo, inscrita en el Registro de la Propiedad de Jaca, al folio NUM005 , tomo NUM006 , libro NUM000 , de Sallent.

La representación de la actora, D^a Marcelina , solicita en el suplico de su escrito de recurso:

- 1º.- La exclusión en la partida del activo de los bienes y derechos señalados con los números 7, 11 y 13 de la parte dispositiva de la resolución apelada.
- 2º.- La inclusión en meritada partida del derecho de crédito de la sociedad legal de gananciales frente al señor Alexander respecto de las deudas de este con Hacienda Pública.
- 3º.- La exclusión en el inventario que nos ocupa, en la partida del pasivo, de las deudas señaladas con los números 1, 2 y 3 del fallo de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Examinaremos en primer lugar el motivo de recurso que deduce D^o Alexander , como se ha visto, referido a la porción de terreno de 900 metros cuadrados, sita en Sallent de Gallego; y basa su pretensión en que tanto el bien en concreto como el dinero invertido en su adquisición, eran de titularidad de su propio progenitor, entendiendo que no resulta de aplicación el artículo 1.347 del Código Civil, sino el 1.346 de dicho cuerpo legal .

Tal pretensión no puede obtener favorable acogida, toda vez que, constante el matrimonio, fue otorgada escritura pública de compraventa de fecha 5 de diciembre de 1.991, la que obra a los folios 42 a 45 de las actuaciones, en la que el recurrente adquirió, por dicho título, la porción de terreno que nos ocupa, segregada y descrita en el antecedente segundo de la escritura, bajo el número cuarto, al que nos remitimos, para su sociedad conyugal, de manera que libre y voluntariamente él mismo le dotó de tal carácter ganancial, lejos de hacer referencia a reserva o condición de ninguna especie, de donde, incluso en el supuesto más favorable a la tesis del recurrente, habríamos de considerar que realizó una liberalidad para con su familia, para con la masa común generada o para con su esposa, como reiteradamente se viene sosteniendo por esta Sala en igual línea que se pronuncia el TS Sala 1^a, S 8-10-2004, nº 969/2004, rec. 2717/1998 , en la que el alto Tribunal en definitiva y en extracto viene a sostener, que aunque la regla general es la de presumir la ganancialidad de los bienes del matrimonio, debiendo probar, quien lo alegue, la privacidad de los mismos, sin embargo, ello cede, por lo menos en lo que se refiere a la relación entre los cónyuges, en el caso de que ambos, de mutuo acuerdo o uno de ellos, haya reconocido a favor del otro esa privacidad, declaración de voluntad que no se ve afectada por situaciones tales como falta de precio, o desproporción del mismo, que no afectan a su validez, todo lo



cual cabe tanto cuando se reconoce la privatividad de un bien inicialmente ganancial, como a la inversa, esto es, cuando un bien inicialmente privativo se reconoce como ganancial.

Así, en ausencia de declaración expresa de carácter privativo de aportación alguna por parte del esposo, con omisión de anuncio concreto de reserva o condición sobre las cantidades ingresadas, ni mención sobre el derecho de reembolso, es evidente la voluntad del consorte, de realizar a favor de la sociedad conyugal un desplazamiento patrimonial, de manera que no procede ningún derecho de reembolso, ni inclusión en el pasivo societario de ningún derecho de crédito a favor de aquel.

De esta manera, su comportamiento se encaminó a causar estado en beneficio del haber o caudal ganancial, que ha de considerarse, reiteramos, una liberalidad del consorte para con la masa común que constituyó con la contraparte, no siendo sino ahora, una vez producida la ruptura, que se retracta de dicha postura y surge el deseo de reintegro, lo que va contra los propios actos, toda vez que se verificó la disposición libre y voluntariamente por un consorte, con anuencia y conformidad del otro constante el matrimonio y con carácter común, sin reserva, expresión o declaración de ninguna especie.

Así, el artículo 1.355 del Código Civil establece:

"Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos que se satisfaga. Si la adquisición se hizo en forma conjunta, y sin atribución de cuotas, se presumirá la voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes".

En este sentido, siguiendo la doctrina sentada por la jurisprudencia menor (entre otras, sentencia de 23 de septiembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Álava, y sentencia de 10 de marzo de 1994, de la Audiencia Provincial de Valencia, y de esta propia Sala -sentencia de 14 de septiembre de 2004) es posible atribuir el carácter ganancial a un bien, si ello se infiere de la voluntad de los cónyuges, plasmada en los actos y contratos, mediante documento privado y escritura pública, celebrados por aquellos, y aun admitiendo la procedencia del carácter privativo del dinero empleado para la compra, en tanto en cuanto no se hace ningún tipo de manifestación, sobre reserva o condición del carácter privativo de dicho metálico, a fin de propiciar, en el momento oportuno, cual nos ocupa, la reivindicación de dicho carácter privativo del bien adquirido, o en su defecto, el derecho de reembolso conforme al artículo 1358 de dicho texto legal citado.

No puede olvidarse, por otra parte, que el artículo 1323 del Código Civil permite al marido y la mujer la transmisión por cualquier título de bienes y derechos, y la posibilidad de celebrar entre sí toda clase de contratos, de manera que es factible la transmisión de los bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos, lo que también viene referido a posibles derechos inherentes a favor de cada cónyuge sobre su cuota ganancial, de forma que, con total libertad, se le permiten realizar los contratos que estimen conveniente (Tribunal Supremo, sentencia de 17/12/97).

Conviene resaltar, a mayor abundamiento, la vinculación, en principio y por regla general, de la doctrina de los propios actos, expresamente aplicable para las adquisiciones conjuntas, aún no descartándose la posibilidad de destruir la presunción "iuris tantum" de ganancialidad por los medios probatorios admitidos en derecho.

En suma, el repetido artículo 1355 permite que los cónyuges, de común acuerdo, puedan atribuir el carácter ganancial a cualquier bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio, especialmente si dicho bien pudiera resultar, en otro caso, privativo, por la procedencia de los fondos empleados en la adquisición, y ello quiere decir que el bien al que se le ha atribuido voluntariamente la condición de ganancial lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición (sentencia de 11/1/2002, de la Audiencia Provincial de Vizcaya).

Procede en consecuencia desestimar el recurso de esta parte a quien nos venimos refiriendo en su integridad, con confirmación de la sentencia de instancia en este punto, por cuanto resulta lo único probado en las actuaciones, que la finca repetida fue adquirida por el marido durante el matrimonio, y para su sociedad legal de gananciales, siendo inconsistentes por completo a los efectos que se pretenden, los argumentos vertidos en el escrito de recurso en orden a pago de I.B.I., enclave de la finca o contenido de proyecto de reparcelación, así como personas que resulten titulares de fincas colindantes.

TERCERO.- El primero de los motivos de recurso de la parte actora se contrae a la exclusión, en el inventario que se enjuicia, partida del activo, de la sociedad legal de gananciales, de los bienes y derechos siguientes:

1º.- El señalado con el número 7 de la parte dispositiva de la resolución disentida, que consiste en la finca urbana sita en la localidad de Pozuelo de Alarcón, Madrid.

2º.- El señalado con el número 11 de dicho fallo, 406 participaciones de la Sociedad Agraria de Transformación (S.A.T. en lo sucesivo), de Tabacos La Tayuela, S.A., y



3º.- El descrito en el número 13, correspondiente a cuenta corriente número NUM022 , y participaciones del Fondo de Inversión Fondo Supergestión 2 FIM número NUM023 .

CUARTO.- Por lo que respecta al primero de los submotivos mencionados, esta Sala no comparte el criterio de la Juez "a quo", y considera privativa de la esposa la finca urbana de referencia, toda vez que la misma fue adquirida, si bien constante el matrimonio, con dicho carácter privativo, y ello con anuencia y reconocimiento expreso del esposo, mayor de edad y en pleno ejercicio de sus derechos civiles, quien intervino en el acto de otorgamiento, realizando confesión de privatividad, así como de haberse satisfecho el importe de la compraventa con dinero privativo de su cónyuge, dando consentimiento para la inscripción del bien en el correspondiente Registro de la Propiedad con repetido carácter privativo, todo ello a los efectos del artículo 1.324 del Código Civil .

Así reza la estipulación cuarta de la escritura pública de compraventa de fecha 22 de septiembre de 1.999, la que obra a los folios 74 y 75 de autos, a los que nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducidos, aportada por la actora como documento número 38 de su demanda de formación de inventario.

De lo expuesto se deduce con claridad meridiana que la intervención de D. Alexander en el otorgamiento de la escritura tenía por finalidad específica excluir la posible condición ganancial de dicha adquisición que podía derivar de la aplicación de lo prevenido en el artículo 1.361 del Código Civil , a cuyo tenor se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o la mujer, y ello independientemente de la finalidad que se persiguiese, lograda frente a terceros.

El bien así adquirido, quedaba excluido en el caso, y por la propia voluntad de los esposos, del carácter comunitario del inmueble que, en principio, podía resultar de la aplicación del último de los preceptos citados, en relación con los artículos 1354 y 1357.

En efecto, como declara la Dirección General de los Registros, en su resolución de 25 de septiembre de 1990, no puede desconocerse la proclamación, tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, de la libertad de contratación entre los cónyuges, que posibilita a éstos para, actuando de mutuo acuerdo, provocar el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos, por venta, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado...; así pues, admitido este trasvase de un bien ya ganancial, debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de un determinado bien a terceros, puedan convenir que éste ingrese de manera directa y "erga omnes" en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación.

De tal modo, y al igual que es viable, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1355, la atribución de la condición comunitaria, por mutuo acuerdo de los cónyuges, a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga, como vino a razonarse, y se hace aquí extensivo, en el segundo fundamento jurídico de la presente resolución, al que nos remitimos en evitación de innecesarias reiteraciones, viene permitido en nuestro ordenamiento jurídico la opción contraria, esto es la determinación, en vía consensual, del carácter privativo de un bien adquirido, a título oneroso, durante la vigencia de la comunidad ganancial, con independencia del origen del precio con el que se satisfaga el mismo.

No es dable, con motivo de la crisis convivencial de los esposos litigantes, desconocerse la condición privativa del bien debatido, conforme acaeció durante la normalidad de la unión. Entenderlo de otro modo implicaría además la vulneración del principio de vinculatoriedad de los actos propios, declarando, al respecto, el Tribunal Supremo que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar al otro, vulnerando con dicha conducta las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho las que, lejos de carecer de trascendencia, determinan que su ejercicio se torne inadmisibles (Sentencia de 21 de septiembre de 1987).

Ha de ser estimada esta pretensión, con revocación parcial de la sentencia apelada en este punto, para la exclusión en el inventario, en la partida del activo, de la finca urbana sita en Pozuelo de Alarcón, Madrid, relacionada bajo el número 7 del fallo de la resolución de instancia, ello independientemente del contenido del documento privado de 11 de diciembre de 1.998, que, como anterior a la escritura pública, máxime en ausencia de suscripción por parte de esta recurrente, no desvirtúa los anteriores razonamientos, o de las manifestaciones vertidas por la esposa en el curso de su propio interrogatorio, cuando afirmó en reiteradísimas ocasiones, que el marido, a la sazón, en el pleno uso de sus facultades, insistió en que la finca fuera de ella, y se mantuvo firme a tal respecto, aún cuando el notario autorizante le hizo ver las consecuencias de la confesión de privatividad, de modo tal que D^a Marcelina , la adquirió en la confianza de que la finca litigiosa pasaría a ser de su exclusiva propiedad, en un momento de bonanza matrimonial, como también reiteró hasta la saciedad que se trataba de un matrimonio muy bien avenido, en el que fue corriente la realización de liberalidades, de regalos cruzados, de uno a otro, siendo por completo indiferente el origen del metálico invertido en la compra,



no es sino ahora, tras la crisis, cuando D^o Alexander se retracta de aquella gratuidad y, yendo contra los propios actos, encaminados a crear estado, exige la ganancialidad, so pretexto de fraude de acreedores.

QUINTO.- El segundo submotivo va referido a 406 participaciones en la S.A.T. de Tabacos La Tayuela, S.A., pretendiendo esta apelante se declaren carácter privativo de D^a Marcelina , en cuanto en la instancia se reputan gananciales, quedando por ende integradas en el inventario que nos ocupa, en la partida del activo, bajo el número 11, en la parte dispositiva de la sentencia apelada.

Esta pretensión no puede correr la misma suerte estimatoria que la anterior, toda vez que, independientemente del objeto social de la entidad agraria de transformación, de su origen o procedencia, o el concepto por el que se ostente la titularidad de las participaciones o resguardos suscritos por D^a Marcelina , la sociedad en cuestión se constituyó constante el matrimonio, a 16 de febrero de 1.992, debiendo por ende comprenderse en el inventario, como un activo de la sociedad legal de gananciales que nos ocupa, siendo en este punto impecables los razonamientos de la Juez "a quo", a los que nos remitimos, compartiéndolos y haciéndolos propios, en cuanto no se desvirtúa la presunción de ganancialidad que consagra 1.361 del Código Civil.

No resulta la privatividad de merítadas participaciones del contenido el certificado de fecha 14 de octubre de 2.005, expedido por D^o Jose Manuel , posiblemente hermano de la esta recurrente a quien nos venimos refiriendo, dada la coincidencia de apellidos, en su calidad de Secretario del Consejo de Administración de la mercantil Explotaciones Agrícolas El Centenillo, S.A. (documento obrante a los folios 1.122 a 1.124, tomo IV de las actuaciones, al que nos remitimos y damos en lo sustancial y en aras a la brevedad por reproducido), pues esta sociedad es persona jurídica diversa de la litigiosa, y respecto de esta, lo que se certifica por su Presidente, es en exclusiva la titularidad y número de participaciones suscritas, así como su valor y porcentaje total que suponen en el capital de la sociedad (certificado de fecha 15 de noviembre de 2.004, obrante al folio 336, tomo I de autos).

Tampoco en nada empece tal carácter ganancial la certificación expedida a 1 de junio de 2.007 por la Directora Gerente de la Sociedad Agraria de Transformación Tabacos de Talayuela, Agrupación de Productores Agrarios (documento obrante a los folios 1.406 y 1.407, tomo V de lo hasta ahora actuado, al que nos remitimos), en tanto en cuanto, el que se haga figurar en la correspondiente inscripción en Registro Administrativo, y calificación que se efectúe por el encargado del mismo, no vincula al tribunal, ni le sustrae sin más la facultad de, a la luz de la prueba practicada, valorada en su conjunto y según las reglas de la sana crítica, resolver la calificación de privativas o gananciales de las participaciones o resguardos que se estudian.

SEXTO.- En orden a la cuenta corriente número NUM022 , y participaciones del Fondo de Inversión Fondo Supergestión 2 FIM número NUM023 , saldo de aquella y valor de estas, no se hace otra cosa en la instancia que aplicar lo dispuesto en el artículo 1.397 del Código Civil , toda vez que existían a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal. Si con posterioridad la esposa detrajo cantidades para anticipar la atención de las necesidades de la familia, cuando tales necesidades se habían de sufragar con cargo a las correspondientes pensiones alimenticias, como así luego se hizo, deberá reintegrarlas a la masa ganancial, pues de otro modo sancionaríamos un evidente enriquecimiento injusto o sin causa.

En el peor de los casos, nos encontraríamos ante un supuesto que algún sector doctrinal califica de anómala interferencia en la liquidación societaria, pues la relación crédito-deuda es extrínseca y ajena a los avatares de la masa ganancial , al concederse un derecho subjetivo que no se integra, de ejercitarse, en las operaciones particionales, pero que actúa, una vez concluidas las mismas y antes de las definitivas adjudicaciones, como complemento accesorio, que no necesario, de aquellas, a fin de que un cónyuge pueda resarcirse con "bienes comunes" de lo que el otro le adeude a título personal.

Procede, consecuentemente con lo expuesto, desestimar el tercer submotivo de recurso, confirmando en este aspecto la sentencia de instancia, al ser absolutamente correcta, como ajustada al ordenamiento jurídico.

SÉPTIMO.- Postula la actora en segundo lugar, se incluya en la correspondiente partida del activo del inventario de la sociedad legal de gananciales que nos ocupa, un crédito frente al Sr. Alexander , por deudas de este con la Hacienda Pública.

Esta cuestión, como la propia parte recurrente indica en el cuerpo de su escrito de fecha 11 de diciembre de 2.007, fue planteada como hecho nuevo en el acto de juicio, por ende la omitió en su propuesta de inventario, como silenció la misma al momento de la comparecencia ante el sr. Secretario del juzgado de origen a los efectos del artículo 809 de la L.E.Civil , que tuvo lugar a 25 de mayo de 2.005, de donde no puede integrar el objeto propio de este recurso, toda vez que no pudo serlo del proceso, al haberse deducido en un momento extemporáneo, después de trabada definitivamente la litis.

En estas circunstancias, merítado crédito no puede ser objeto de recurso, so pena de causar indefensión a la contraparte, sin que quepa la estimación de este motivo, sentido en el que reiteradamente se ha venido a



pronunciar esta Sala, sentencia entre otras, y por citar una de las más recientes, de 24 de octubre de 2.007 , donde afirmamos:

"En el supuesto concreto que enjuiciamos nos hallamos ante un procedimiento cautelar, no otro que el establecido para la formación de inventario, paso previo para llegar a la fase de liquidación del régimen económico matrimonial, tal se deduce del artículo 810.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . El inventario comienza una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya solicitado la disolución del régimen económico matrimonial, a solicitud de cualquiera de los cónyuges; debiéndose acompañar a la misma (artículo 808 de la LEC .) una propuesta de inventario, en la que consten separadamente las diversas partidas que deban incluirse en aquél con arreglo a la Legislación Civil, así como los documentos que justifiquen las diversas partidas que se incluyen. Esta solicitud formulada por escrito, con firma de Abogado y Procurador, dará lugar a una comparecencia, a la que se citará a los cónyuges, para que con intervención del Sr. Secretario procedan a formar el referido inventario de la comunidad matrimonial, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil para el régimen económico matrimonial de que se trate, aquí sociedad o comunidad de gananciales (artículo 809.1.I de la L.E.C .), y puede suceder que en la comparecencia no aparezca controversia, bien porque, compareciendo ambos consortes, los mismos lleguen a un acuerdo, o bien porque, incompareciendo sin justificación alguno de ellos, se le tenga por conforme con la propuesta de inventario realizada por el cónyuge comparecido (artículo 809.1.II de la LEC .), mas puede ocurrir, que en la comparecencia se suscite controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto inventariado o sobre el importe de cualquiera de las partidas, entonces se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto en el Juicio Verbal. En este supuesto, la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, disponiendo lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes (artículo 809.2 de la LEC .).

Es en dicho momento de la comparecencia de los cónyuges ante el Sr. Secretario, en el que queda trabada la litis, donde quedan fijadas definitivamente las posiciones de las partes, y en el que han de alegarse los puntos en los que hubiere oposición, las excepciones materiales, procesales y cuantas supongan un obstáculo a la válida terminación del proceso mediante sentencia sobre el fondo, de manera que fuera ya de estos momentos procesales no cabe alteración de la postura o ampliación de hechos, en cuanto entraña una variación extemporánea e inadecuada de la litis, sin que quepa en modo alguno modificación de las pretensiones deducidas previamente, pues precisamente en base a estos la contraparte tomará conciencia de la prueba que pueda y considere procedente articular en defensa de su posición, de admitirse otra solución sería colocada en situación de indefensión, pues de haberse alegado en su momento podría haberse planteado pruebas encaminadas a acreditarlo, sin perjuicio de reconocerse a los efectos del artículo 217.6 de la L.E.Civil ."

OCTAVO.- Queda circunscrita la tercera petición del suplico del escrito de recurso formulado por la representación procesal de la actora, a la exclusión, de la partida del pasivo, de las deudas señaladas con los números 1,2 y 3 del fallo de la sentencia apelada, a saber:

1º.- Sanción de la Comisión Nacional del Mercado Valores por importe de 36.000 €.

2º.- Deudas por importe de 9.773,20 €, 5.711,40 € y 8.748,71 €, que respectivamente se adeudan a las sociedades Hijos de Rosario Bógalo S.L., Lijados Santamaría S.L. y Jesús del Ser y Cia., S.A.

3º.- Costas del procedimiento ordinario y minuta de honorarios por importe de 174.681,64 €.

Este motivo de recurso ha de ser estimado en su integridad, para la exclusión de cada uno de los conceptos arriba enumerados de la partida del pasivo de la masa ganancial, lo que se verificará en la parte dispositiva de la presente resolución.

La sanción de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por importe de 36.000 €, no viene acreditada con la seriedad y rigor que es exigible, toda vez que lo único que se aporta a este respecto, no son sino dos fotocopias (folios 305 y 306, tomo II de las actuaciones), de documento cercenado, en cuanto no se trae a la causa siquiera completo, que carecen de todo sello, firma, fecha, mecanización o validación mecánica a que hace referencia el ejemplar para el interesado, como justificante del abono o ingreso, de manera que no hacen prueba a favor de la parte demandada, en la que recae tal carga u onus probandi, a tenor de lo dispuesto en el artículo 217 de la L.E.Civil , precepto este en cuya virtud:

"Carga de la prueba:

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

La resolución disentida declara la deuda ganancial, más en ausencia de datos que nos permitan determinar el carácter previo y anterior de la sanción impuesta por la Comisión Nacional del Mercado Valores, y la relación que guarde con el caudal ganancial, lo que no ha sido probado por la parte demandada que sostiene tal naturaleza, no siendo de aplicación las presunciones establecidas en los artículos 1362 y 1365 del Código Civil .

NOVENO.- La exclusión en el inventario, en la partida del activo, de la finca urbana sita en Pozuelo de Alarcón, Madrid, relacionada bajo el número 7 del fallo de la resolución de instancia, conlleva como natural consecuencia, la estimación del segundo submotivo del tercero de recurso que ahora se enjuicia, suprimiendo por ende, de la partida del pasivo, la deuda ganancial señalada con el número 2 del fallo de la sentencia apelada, esto es, las que ascienden a 9.773,20 €, 5.711,40 € y 8.748,71 €, que respectivamente se adeudan a las sociedades Hijos de Rosario Bógalo S.L., Lijados Santamaría S.L. y Jesús del Ser y Cia., S.A. toda vez que proceden o traen su causa de obras de diverso tipo realizadas en vivienda que se reputa privativa de la Sra. Jose Manuel , al presentar tal naturaleza la finca en que aquella se construyó, y ello sin perjuicio, si procediere, de los reintegros que sean propios por el valor satisfecho, o por aumento de valor que la finca tenga por consecuencia de la mejora (artículo 1.359 del Código Civil).

DÉCIMO.- Para concluir, las costas del procedimiento ordinario y minuta de honorarios por importe de 174.681,64 €, no pueden tampoco integrarse en el inventario como un pasivo, al no quedar acreditada la partida en cuestión, siendo aquí aplicable cuanto se razonó en el octavo fundamento jurídico de la presente resolución, al que nos remitimos y damos aquí por reproducido, volviendo a hacer mención de lo dispuesto en el artículo 217 de la L.E.Civil .

El documento número 40 bis aportado por la representación procesal de D^o Alexander , que obra a los folios 335 y 336 de lo actuado en la instancia, lo único que acredita es que esta parte encomendó la defensa de sus intereses en sendos juicios ordinarios en reclamación de pago, sin expresión de concepto de la reclamación, o de otro tipo de datos más allá de la cantidad exigida y del cálculo provisional de intereses y costas, así como minuta del Sr. Letrado.

Ello no nos permite inferir sin más que en efecto la dicha sea la cifra a la que verdaderamente ascienda el principal, cuantía real de intereses y costas no liquidados ni tasadas, sino aproximadas y provisionalmente, o que la deuda realmente exista, pues no obra resolución que la reconozca, o tenga carácter privativo o ganancial, carácter este último que se presume respecto de los bienes y derechos, no de las deudas, pues no viene legalmente prevista presunción de ganancialidad de deudas en paralelismo a la iuris tantum consagrada en el artículo 1.361 del Código Civil , más allá de las previsiones de los artículos 1.362 y siguientes del Código Civil , ni resulta la evidencia, al margen de hipótesis o conjeturas mas o menos fundadas, de que la deuda discutida derive de gastos originados por una explotación regular de negocio o desempeño de profesión del Sr. Acín, de su arte u oficio (artículo 1.362 del Código Civil).

También en este caso se ha realizado declaración de deuda ganancial, sin elementos rigurosos y serios que nos permitan determinar la relación entre el caudal ganancial y las costas del procedimiento ordinario y minuta de



honorarios por importe de 174.681,64 €, extremos que debió acreditar el demandado que dedujo la pretensión, no siendo de aplicación al caso las presunciones establecidas en los artículos 1362 y 1365 del Código Civil .

UNDÉCIMO.- Al estimarse parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la L.E.Civil .

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación,

III.- F A L L A M O S

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Alexander , representado por el Procurador D. ANGEL ROJAS SANTOS, y ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por D^a Marcelina , representada por al Procuradora D^a M^a DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO, contra la sentencia de fecha diecisiete de octubre de dos mil siete, del Juzgado de Primera Instancia número 76 de Madrid , en autos de Liquidación de Sociedad de Gananciales número 310/05; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la expresada resolución; ACORDANDO:

a) La exclusión en el inventario de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes, en la partida del activo, de la finca urbana sita en Pozuelo de Alarcón, Madrid, relacionada bajo el número 7 del fallo de la resolución de instancia.

b) La exclusión, en la partida del pasivo del inventario, de las deudas señaladas con los números 1,2 y 3 del fallo de la sentencia apelada, conceptos que se contraen a:

1º.- Sanción de la Comisión Nacional del Mercado Valores por importe de 36.000 €.

2º.- Deudas por importe de 9.773,20 €, 5.711,40 € y 8.748,71 €, que respectivamente se adeudan a las sociedades Hijos de Rosario Bógalo S.L., Lijados Santamaría S.L. y Jesús del Ser y Cia., S.A.

3º.- Costas del procedimiento ordinario y minuta de honorarios por importe de 174.681,64 €.

Se confirma en lo restante la sentencia apelada, todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Notifíquese la presente resolución, conforme a lo dispuesto en la L.O.P.J. con expresión de sus derechos a las partes.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico en Madrid a