



Roj: **SAP PO 53/2010 - ECLI:ES:APPO:2010:53**

Id Cendoj: **36038370012010100034**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2010**

Nº de Recurso: **784/2009**

Nº de Resolución: **33/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

**SENTENCIA: 00033/2010**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 784/09

Asunto: LIQUIDACION SOCIEDAD **GANANCIAL** 168/08

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 2 VILAGARCIA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.33

En Pontevedra a veintiuno de enero de dos mil diez.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de liquidación sociedad **ganancial** 168/08, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vilagarcia, a los que ha correspondido el Rollo núm. 784/09, en los que aparece como parte apelante- demandado: D. Valentín , representado por el procurador D. PEDRO A. LÓPEZ LÓPEZ y asistido por el Letrado D. JUAN LAGO FRANCO, y como parte apelado-demandante-impugnante: D. Evangelina , no personada en esta alzada, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vilagarcia, con fecha 13 febrero 2009, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Estimo parcialmente las pretensiones de doña Evangelina , representada por el Procurador Sr. Gómez Feijóo, contra don Valentín , representado por la procuradora Sra. Rendo Couto, y, en consecuencia, decidido, sin perjuicio de los derechos de terceros, que el activo del inventario de bienes de la sociedad de **gananciales**



que vinculaba a ambos se integre por las partidas especificadas en el fundamento de derecho décimo de esta resolución, sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Valentín se interpuso recurso de apelación, siendo impugnante la parte demandante en el sentido de tener por impugnada la pretensión de la parte apelante y resolver declarando no haber lugar a ella; y estimando la impugnación revoque la sentencia de instancia acogiendo las alegaciones indicadas, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día veintiuno de enero para la deliberación de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia sobre determinación o formación de inventario de los bienes **gananciales** de las partes contendientes, se alzan ambos ex cónyuges mediante el recurso de apelación e impugnación, para cuestionar varios pronunciamientos.

Concretamente la parte apelante cuestiona el importe de los beneficios que se han incluido en el activo de la sociedad de **gananciales**, procedentes de los viveros flotantes "EL VELO" y "LA FUENTE", por cuanto con posterioridad al 28 de marzo de 2006 en que se repartieron los bienes **gananciales** existentes, únicamente se percibió un cheque en aquél concepto por importe de 1.532,97 euros. Y subsidiariamente, que debe descontarse la cantidad de 9.500 euros que se adjudicó la esposa en concepto de reparto efectivo de la sociedad de **gananciales**.

La parte apelada aprovecha la interposición del recurso para impugnar la sentencia y considerar que para cuantificar los beneficios procedentes de los viveros flotantes antes citados, deben tenerse en cuenta los ingresos tanto del ex esposo como de su madre, al concluir que existe una comunidad de bienes entre ambos para su explotación. También impugna la no inclusión de las indemnizaciones derivadas del siniestro del "PRESTIGE", al considerar que su finalidad era indemnizar las ganancias y beneficios dejados de obtener, es decir, el lucro cesante. Y siendo **gananciales** los susodichos beneficios, tal carácter debe tener la indemnización que pretende repararlos.

SEGUNDO.- El recurso de apelación debe ser desestimado. En su oposición al inventario que plantea la parte demandante el apelante únicamente se opone a la inclusión de todas las partidas alegando que no existe ya ningún bien **ganancial** pues en su momento (28 marzo 2006) se repartió el activo que había. Sin embargo la sentencia desestima tal oposición sin que la argumentación de la misma sobre el particular se haya desvirtuado. Ante tal imposibilidad la parte apelante opta por partir de otra versión e intentar delimitar la cuantía de los beneficios de los viveros flotantes a tener en cuenta en función del momento en que fueron percibidos. Como bien señala la parte apelada, se trata de una cuestión nueva que no puede admitirse en esta alzada.

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 456 de la LEC no cabe variar en el recurso de apelación los motivos de oposición a la demanda ni introducir cuestiones nuevas que no fueron alegadas en tiempo y forma en la primera instancia, de forma que en sede de apelación el Tribunal debe limitar su juicio y, por tanto, el contenido de la sentencia, a las pretensiones deducidas oportunamente en primera instancia.

En este sentido, y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2002, recogiendo la de 13 de mayo de 2002:

"... los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso. Así lo exigen los principios de rogación ( sentencias de 15 de diciembre de 1984, 4 de julio de 1986, 14 de mayo de 1987, 18 de mayo y 20 de septiembre de 1996, 11 de junio de 1997); y de contradicción (sentencias de 30 de enero de 1990 y 15 de abril de 1991), por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, conforme a la regla "iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium" ( sentencias 19 octubre 1981 y 28 abril 1990), sin que quepa modificar los términos de la demanda (prohibición de la "mutatio libelli", sentencia de 26 de diciembre de 1997), o contestación, ni cambiar el objeto del pleito en la segunda instancia ("pendente appellatione nihil innovetur, sentencias de 19 julio 1989, 21 abril 1992 y 9 junio 1997)...".

Todavía matiza más la doctrina jurisprudencial, al negar la admisibilidad de que las partes planteen cuestiones nuevas con base en afirmaciones diferentes de aquellas de las que se parte en los escritos rectores de la litis, pues ello causaría indefensión a la adversa, en cuanto no pudieron ser redargüidas por ésta ( sentencias 15 abril 1991, 14 octubre 1991, 28 enero 1995 ó 28 noviembre 1995), implicando lo contrario infracción del art. 24 de

la Constitución Española al no darse a la contraparte posibilidad de alegar y probar lo que estime conveniente a su derecho ( sentencias 3 abril 1993, que cita las de 5 diciembre 1991, 20 diciembre 199, 18 junio 1990, 20 noviembre 1990 e igualmente sentencia 25 febrero 1995), tal y como apuntó igualmente la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 septiembre 1992, que razonó que la introducción de hechos posterior a la fase expositiva del proceso supone una modificación sustancial de los términos del debate procesal que afecta al principio de contradicción y por ende al fundamental derecho de defensa, en análogo sentido sentencias 7 mayo 1993, 2 julio 1993, 29 noviembre 1993, 11 abril 1994, 19 abril 1994, 22 mayo 1994, 4 junio 1994, 20 septiembre 1994, 6 octubre 1994, 15 marzo 1997, 22 marzo 1997 y 15 febrero 1999, que glosa las de 30 noviembre 1998, 15 junio 1998, 8 junio 1998, 12 mayo 1998 y 11 noviembre 1997, igualmente sentencias 12 marzo 2001, 15 marzo 2001, 17 mayo 2001, que cita, entre otras, la de 20 enero 2001, resoluciones que recogen el principio de preclusión referido al planteamiento de cuestiones nuevas en casación pero igualmente aplicables a la apelación

Finalmente la afirmación de que las cuestiones nuevas chocan además contra los principios de audiencia bilateral y congruencia, se recoge, entre otras muchas, en las sentencias 19 diciembre 1997, 19 junio y 31 octubre 1998, 1 y 31 diciembre 1999, 2 y 9 febrero, 23 mayo y 31 julio 2000.

Tal doctrina ha tenido reflejo normativo en el art. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de instancia..."). Es decir, el ámbito del recurso no puede superar o ser más amplio que el de las actuaciones que lo motivaron, de suerte que resulta prohibida la posibilidad de formalizar nuevas pretensiones o motivos de oposición por las partes.

Por otro lado, tampoco puede admitirse la petición subsidiaria de descontar los 9500 euros que dice ha percibido ya la esposa como reparto de la sociedad de **gananciales** pues esta es una cuestión, en todo caso, a examinar posteriormente, no en el momento de formación de inventario en el que nos encontramos.

TERCERO.- La parte apelada impugna la sentencia al considerar que para cuantificar los beneficios procedentes de los viveros flotantes antes citados, deben tenerse en cuenta los ingresos tanto del ex esposo como de su madre, al concluir que existe una comunidad de bienes entre ambos para su explotación. Y a tal efecto suma el importe de todos los cheques percibidos por ambos entre mayo de 2006 y diciembre de 2007.

El motivo no puede prosperar. En primer lugar porque no existe una prueba clara que incluya todo lo percibido a través de los cheques como beneficios de los años anteriores, de forma que, disuelta la sociedad de **gananciales** el 23 marzo de 2007, los ingresos del ex esposo a partir de dicho momento serán de su única titularidad.

En segundo lugar porque, partiendo de la existencia de una sociedad (seguramente colectiva por su ámbito mercantil), más que de una comunidad de bienes, en la explotación del negocio de viveros flotantes, de los documentos obrantes en autos se desprende que se trata de un negocio que tenía naturaleza **ganancial** entre los padres del ex esposo. Una vez fallecido el padre, y no habiéndose realizado la partición de la herencia como reconoce éste en el acto del juicio, estamos ante la comunidad postganancial entre el cónyuge viudo y los herederos del finado, resultado ser dos, según la autoliquidación del impuesto de sucesiones que obra al folio 36, siendo mencionado el hermano del ex esposo en el acto de la vista.

Siendo ello así, los beneficios totales no deben distribuirse entre dos, como hace la parte impugnante, sino entre tres, y seguramente debería ser superior la ganancia correspondiente a la madre, ya que, en principio, al concurrir a la herencia con los hijos, tendría derecho al usufructo del tercio destinado a mejora ( art. 834 CC).

Por todo ello, no puede admitirse la pretensión de la parte impugnante ya que cualquier otra cantidad que le pudiera corresponder en función de los criterios anteriores, sería inferior a la concedida en sentencia, si bien no cabe, como es sabido, la reformatio in peius.

CUARTO.- En lo referente a la indemnización derivada del siniestro provocado por el buque "Prestige", interesa la parte impugnante su inclusión en el activo de la sociedad de **gananciales** al considerar que se trata de una indemnización por el lucro cesante o beneficios dejados de obtener por la explotación de los viveros flotantes que, si bien se reconocen privativos del ex esposo, no lo son sus beneficios, y si la indemnización viene a paliar su pérdida, también deben considerarse **gananciales**.

El motivo debe ser desestimado. Partiendo como parte la sentencia y la propia parte impugnante que la disolución de la sociedad de **gananciales** es la fecha de la sentencia que declara el divorcio, de fecha 23 marzo de 2007, se ha mantenido reiteradamente por esta Sala (así SAP Pontevedra, sección 1ª, 13 marzo 2008 y de 29 diciembre 2006), en lo tocante a las ganancias obtenidas en la explotación de un negocio (en el supuesto examinado, explotación de viveros flotantes), si bien es cierto que los rendimientos obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges, vigente la comunidad matrimonial, tienen naturaleza **ganancial** ( art.



1347-1º CC), también lo es que dichas ganancias pasaron a engrosar el patrimonio común del matrimonio mientras se mantuvo la convivencia, dándosele el destino (que desconocemos) deseado por aquéllos, por lo que, en lógica consecuencia, no procede ahora la inclusión en el activo de dichos beneficios. Porque lo cierto es que, con arreglo a lo prescrito en el art. 1397-1 CC y a la jurisprudencia que lo interpreta ( sentencia TS, de fecha 21-5-1994), el caudal partible de la sociedad de **gananciales** está constituido por todos los bienes y derechos existentes en el matrimonio al momento en que se produce la disolución del régimen **ganancial**, cualquiera que sea la causa de la disolución

Lo anterior para el caso de que se considerase bien **ganancial** la correspondiente indemnización o ayuda. Sin embargo, a mayor abundamiento, se considera que la indemnización que ha recibido el ex esposo no tiene tal consideración. La impugnante parte de un supuesto no acreditado, como es que la indemnización tiene como finalidad reparar el lucro cesante, el beneficio dejado de obtener, que siempre tendría naturaleza **ganancial**. No puede compartirse esta argumentación cuando el RD Ley 4/2003 señala en su justificación inicial la finalidad de adelantar la indemnización por los daños causados por el accidente del "Prestige", si bien con la limitación de 160 millones de euros y en el marco de los convenios que alcancen con el Mº de Hacienda. De lo que se desprende que se pretende la indemnización de todos los perjuicios. No puede negarse que puedan abarcar algún apartado que pudiera corresponder al lucro cesante, pero de igual modo no puede negarse que tenga la finalidad de indemnizar los daños efectivamente producidos como la pérdida de la producción o los daños de la infraestructura material del propio vivero, en cuyo caso la indemnización tendrá un carácter privativo, al igual que el propio bien cuyo daño pretende reparar ( art. 1346.6º CC).

QUINTO.- Procede imponer a cada parte las costas causadas por su apelación o impugnación, respectivamente, al desestimarse todas ellas ( art. 398.1 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Valentín , así como la impugnación presentada por la representación procesal de Doña Evangelina , contra la sentencia dictada el 13 febrero 2009 por el Juzgado de Primera Instancia 2 Vilagarcía de Arousa en el juicio sobre inventario de sociedad de **gananciales** nº 168/08, confirmando la misma con imposición a cada parte las costas causadas por su apelación o impugnación, respectivamente.

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