



Roj: **SAP MA 3886/2013 - ECLI:ES:APMA:2013:3886**

Id Cendoj: **29067370062013100745**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **30/12/2013**

Nº de Recurso: **1173/2011**

Nº de Resolución: **770/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO CINCO DE MÁLAGA

JUICIO DE LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES N.º 9/2008

**ROLLO DE APELACIÓN CIVIL N.º 1173/11**

**SENTENCIA N.º 770/13**

Ilmas. Sras.

Presidente:

D.ª INMACULADA SUÁREZ BÁRCENA FLORENCIO

Magistradas:

D.ª SOLEDAD JURADO RODRÍGUEZ

D.ª NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO

En la ciudad de Málaga a treinta de diciembre de dos mil trece.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de Juicio de Liquidación de Gananciales nº 9/2008, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Málaga, sobre formación de inventario, seguidos a instancias de D. Hermenegildo , representado en el recurso por la Procuradora Dª Susana Catalán Quintero y defendido por la Letrada Dª Cristina García Hermoso, contra Dª Isidora , representada en el recurso por el Procurador D. Miguel Ángel Ortega Gil y defendida por la Letrada Dª Cecilia Pérez Raya, pendientes ante esta Audiencia en virtud de los recursos de apelación interpuestos por demandante y demandada contra la Sentencia dictada en el citado juicio.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Málaga dictó Sentencia de fecha 30 de mayo de 2011 , en el Juicio de Liquidación de Gananciales N.º 9/08 , del que este rollo dimana, cuya Parte Dispositiva dice así: *"Que debo acordar y acuerdo fijar como inventario de la sociedad legal de gananciales constituida en virtud de matrimonio de D/. Hermenegildo y Dª. Isidora a efectos de su liquidación, el relacionado en la propuesta de inventario aportado por el actor, con las modificaciones introducidas en la comparecencia ante el Sr. Secretario de 25/01/2010 estándose en cuanto a las partidas en discusión a lo resuelto en el segundo y tercer fundamento de derecho de esta sentencia. Dedúzcase el testimonio que se menciona en el Fundamento de Derecho 2 g) a los efectos allí indicados y remítase a la Inspección Tributaria. Cada parte abonará sus propias costas"* (sic).

**SEGUNDO** .- Contra la expresada Sentencia interpusieron, en tiempo y forma, sendos recursos de apelación el demandante y la demandada, los cuales fueron admitidos a trámite y sus fundamentaciones recíprocamente



impugnadas de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia donde, al no haberse admitido la prueba propuesta, no estimándose necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala que tuvo lugar el día 30 de octubre de 2013, quedaron las actuaciones concluidas para Sentencia.

**TERCERO** .- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Se interponen por la demandada D<sup>a</sup>. Isidora y por el demandante D. Hermenegildo sendos recursos de apelación frente a la Sentencia de instancia, por exclusión e inclusión, respectivamente, de determinadas partidas del activo del inventario. En el recurso de la Sra. Isidora se impugna la exclusión de tres partidas, alegando error en la valoración de la prueba. En primer lugar, recurre la exclusión del activo en el Fundamento Jurídico Segundo apartado c) de las partidas 4 y 5 (Joyas, relojes, monedas y abrigos de visón y chaquetón), alegando haber puesto de manifiesto en la comparecencia ante el Secretario judicial que los cónyuges habían adquirido una colección compuesta por 10 relojes, todos ellos en poder del actor, salvo uno, y se había indicado que las facturas de adquisición de los relojes las tenía el actor, por lo que no podían ser aportadas, dado que cambió las cerraduras, impidiendo el acceso a la recurrente, incurriendo la sentencia en error pues el señor Hermenegildo luce más de dos relojes en las fotografías acompañadas, y la representación del mismo en la comparecencia no negaba la existencia sino su valor; y en relación con las monedas, también considera que la sentencia incurre en un error, pues indicó el apelado que jamás han existido, que las únicas monedas son unas que regalaba Diario Sur, y que no había ninguna otra moneda, habiendo señalado el juzgador de instancia que la partida debe ser excluida en su totalidad pues no se ha acreditado su existencia, cuando lo cierto es que se reconoce la existencia de una colección, y como tal debe ser incluida, sin perjuicio de su valor. En segundo lugar, la demandada recurre el pronunciamiento contenido en el Fundamento Jurídico Segundo apartado e) respecto a la partida siete (marcas Nenuco.com, Nenuco net), que excluye del activo del inventario, por haber mostrado su conformidad las partes en el acto de la vista, incurriendo en error porque lo que se alegó en la comparecencia era que la marca, el dominio de Nenuco, eran objeto de controversia por ellos, y que está siendo objeto de un procedimiento al que tienen que someterse, no existiendo controversia, insistiendo dicha parte en que estaban de acuerdo en que eran de la sociedad gananciales, aportando copia de la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Granada, que está recurrida, indicando el juzgador de instancia en la vista que el problema será hipotéticamente la valoración de esas marcas el día en que se liquide, manifestando el Letrado de la otra parte que era correcto, continuando el juzgador de instancia indicando que entonces no había discrepancia de que en la fase en que estamos de formación del inventario no haya pronunciamiento, por lo que la recurrente considera que una cosa es que no sea necesario su pronunciamiento por no haber discrepancia en cuanto a la titularidad de las marcas, con independencia del resultado del procedimiento civil y de su valoración en la liquidación, y otra bien distinta sea lo que se resuelve en la resolución recurrida, pues lo correcto sería la inclusión por no haber discrepancias del carácter ganancial, y no la exclusión del activo del inventario que es lo que se ha hecho en la sentencia recurrida. En tercer lugar se recurre el pronunciamiento del Fundamento Jurídico Segundo apartado g) de la sentencia de instancia, que excluye las cuentas bancarias del activo al no resultar posible incluir cantidad alguna por no haberse acreditado ni cuáles eran sus saldos a la fecha de la separación ni en su caso quién dispuso de ellos en beneficio propio. La recurrente considera respecto de las dos cuentas de Unicaja, que siendo su saldo fácilmente comprobable a la fecha octubre 2006 en la futura liquidación, considera que habiendo constancia de su existencia y no negándose la existencia de saldo por la parte contraria, deberían ser incluidos los saldos de las mismas en el activo de la sociedad gananciales. Por todo ello considera la apelante que debe estimarse el recurso en cuanto a que deben fijarse en el activo los saldos de las cuentas bancarias que tuvieron las partes en el periodo de vigencia de su sociedad económico conyugal, debiendo esperarse a la segunda fase del artículo 810 LEC o de liquidación propiamente dicha, en el caso de que las partes partiendo un principio indubitado de la existencia de saldo puedan llegar a un acuerdo sobre el importe de los saldos de las cuentas bancarias, o en su caso se recabe el auxilio de un contador, perito o simplemente pidiendo certificado bancario que indique el saldo existente en las cuentas gananciales al momento indicado en los artículos 95 y 1397 del Código Civil. Y en cuanto a la cuenta abierta en el Banco Credit Suisse de Ginebra, la sentencia incurre en error cuando niega la inclusión de los saldos de dicha cuenta, al considerar sin embargo probado que ambas partes realizaban operaciones con bancos ubicados en el extranjero. En el recurso se alega que dicha cuenta se abrió por ambos cónyuges el 28 de abril de 2000 con una clave llamada " DIRECCION001 ", y que la parte aportó el movimiento de la cuenta que al 22 de octubre de 2003 tenía un saldo de 1.027.123 y que era lo único que podía aportar el banco dado que en la citada fecha se sacaron los fondos por el señor Hermenegildo, y que a esta cuenta había remitido el 17 de abril de 2003 la cantidad de 190.000 que estaban en una cuenta de Gibraltar, y que cuando se produjo la separación, la señora Isidora se desplazó con su hijo a Suiza, y tuvieron conocimiento



de que el 16 de octubre de 2003, sin conocimiento ni autorización de la misma, el señor Hermenegildo había dado una orden de transferencia al señor Jose Ignacio , que parece pertenecer ahora a la Unión de Bancos Suizos, y que el Sr. Hermenegildo , en el interrogatorio, no negó la disposición del millón de euros, aunque dijo que ambos litigantes cogieron el dinero, se lo entregaron en Málaga, y se depositó en CALLE000 , y que se sacó para poder poner en marcha el proyecto de las sociedades y de las tiendas, siendo la señora Isidora quien gestionaba el dinero, causando la sorpresa de la recurrente con dicha afirmación pues ni en el proceso de divorcio ni en la comparecencia ante el Secretario ni en el escrito de inventario se hizo referencia alguna a que la misma había dispuesto de los fondos de dicha entidad, constando documentalmente acreditado que quien dio la orden de transferencia, la forma y donde fueron a parar los fondos, fue Don Hermenegildo , a nombre de Nenuco Licencias, por lo que es el señor Hermenegildo el que ha dispuesto en beneficio propio del millón de euros, sin que haya justificado destinar la cantidad referida a la sociedad de gananciales, debiendo incluirse en el activo un crédito de la sociedad gananciales frente a don Hermenegildo por el importe indicado, sin que a ello obste el hecho de que la disposición fuera previa a la fecha de disolución de la sociedad gananciales. La representación procesal de don Hermenegildo impugna el recurso de apelación formulado de contrario, negando en primer lugar la existencia de la colección de relojes, y los que aparecen en las fotografías, pueden ser o no del señor Hermenegildo , y en cuanto a las monedas alega que las regalaba el Diario Sur, cuyo valor eran 12 , y que las tiene ella. Solicita igualmente la desestimación de la inclusión en el activo del inventario de las marcas Nenuco.com y Nenuco net, ya que las partes acordaron estar al resultado del procedimiento judicial en el Juzgado de Primera Instancia número 14 Granada, donde entre otros pronunciamientos judiciales se anulaban las denominaciones que ahora se reclaman, habiendo sido recurrida la Sentencia. En cuanto a las diversas cuentas que dice la recurrente, las únicas cuentas que existían son las que se ha acreditado, que iban destinadas a hacer frente a los pagos mensuales de la sociedad gananciales, no existiendo más dinero que ese. En cuanto a las cuentas existentes en BBVA, eran titularidad de las mercantiles TIENDAS NENUCO y NENUCO FRANQUICIAS, sin que las entidades jurídicas hayan sido objeto del presente procedimiento, al igual que la cuenta del BBVA en la que se carga una hipoteca por compra de vivienda, que es de exclusiva titularidad del señor Hermenegildo . Añade que los litigantes adquirieron las últimas propiedades allá por el año 1996 aunque se escriturara más tarde y se completara en el año 2000, y a partir de ahí no adquiere ningún bien el matrimonio, por haber descendido el nivel económico, teniendo que vender aparcamientos para pagar las hipotecas, estando subsistiendo de los alquileres de los inmuebles, como prueba la suspensión de pagos del negocio de las franquicias que tenía en Málaga y Antequera. Igualmente niega que haya más sociedades limitadas, ni cinco cajas fuertes, existiendo sólo una caja fuerte que utiliza la señora Isidora .

Combate igualmente en apelación la sentencia dictada en instancia la representación procesal del Sr. Hermenegildo , estimando en primer lugar que la fecha que debe tenerse en cuenta para considerar disuelta la sociedad, no debe ser la fecha del dictado de la sentencia de divorcio, sino la fecha de su notificación, añadiendo que la esposa conoció y consintió la enajenación del Mercedes 320 a su suegro antes de la notificación de la sentencia, siendo constante la sociedad gananciales, sin que pusiera objeción alguna, dado que la misma sabía el destino de la venta de dicho turismo para quitar hipoteca de las viviendas de América Plaza, como reconoció en el interrogatorio. En cuanto al Mercedes SLK, alega que el mismo no ha sido ni era propiedad del señor Hermenegildo , sin que el hecho de tener un automóvil o permitir su uso alterara dicha propiedad. Y en lo relativo a la mercantil TAITEX, alega que el señor Hermenegildo no percibió importe alguno de dicha mercantil, ni queda pendiente importe por su intervención. En cuanto a la vivienda de DIRECCION000 , no se trata de una vivienda sino de una plaza de aparcamiento, la cual fue vendida antes de la separación por lo que a la fecha de la separación no existía. Igualmente considera que no se ha probado al tiempo de la separación la existencia de la vivienda en la CALLE001 nº NUM000 ni que a dicha fecha se habitara en dicha vivienda, habiendo acreditado al contrario el señor Hermenegildo la escritura de compra y constitución de hipoteca por el mismo precio, es decir que compró al 26 de diciembre de 2006 y ese mismo día se constituye la hipoteca por el importe por el que se compraba, por lo que en modo alguno consta acreditado que dicha vivienda se comprase con dinero ganancial, por lo que no debe aplicarse la teoría de la presunta ganancialidad, ya que a pesar de que la compra se aproxima en el tiempo, jamás se dijo en el convenio regulador que dicha vivienda se atribuía al esposo, ya que por aquel tiempo no existía ni tan siquiera la misma, lo que igualmente ha ocurrido con las presuntas viviendas de Marruecos y Madeira, siendo una vivienda privativa del señor Hermenegildo . Frente a dicho recurso se alza la señora Isidora , manifestando haber tenido conocimiento de la venta del Mercedes 320 tras la separación judicial, desconociendo que se vendiera constante matrimonio, por lo que el importe de la venta ha de formar parte del activo de la sociedad de gananciales, y en cuanto al vehículo Mercedes SLK, manifiesta haber acreditado que seguía a nombre de la entidad de compraventa vendedora, habiendo sido transferido por el señor Hermenegildo a su actual compañera sentimental con fecha 2 de enero de 2009, al haberse puesto a su nombre el vehículo con posteridad a la separación, constando en la póliza de seguro suscrito el 25 de marzo de 2007 como titular del vehículo don Hermenegildo , figurando como conductor su hijo don Marcelino . Respecto de la inclusión en el activo del crédito reconocido por la entidad



mercantil TAITEX, carece de soporte probatorio la negación del señor Hermenegildo de percibir importe alguno de dicha mercantil, disponiendo el mismo de la documentación pertinente. En cuanto a la venta de la plaza de aparcamiento, de los registros públicos no consta dicha venta, ni su producto, por lo que corresponde la acreditación al recurrente, y en cuanto a la impugnación de la inclusión de la vivienda sita en Elche, por estimar la otra parte que correspondía haber acreditado la señora Isidora la existencia del contrato privado celebrado con anterioridad a la sentencia de separación, olvida el apelante que cambió la totalidad de las llaves de las oficinas, quedándose con la documentación, y que fue requerido por el Juzgado para que aportara no sólo el contrato sino también la documentación de la constitución y abono de la hipoteca, habiéndose limitado a aportar las escrituras, resultando chocante que habiendo manifestado hasta la saciedad no tener ingresos, más que las rentas propias de los bienes gananciales, ahora resulte que el dinero es privativo, pero sin que aporte ningún justificante de ello, ni de los movimientos de amortización de la hipoteca, resultando inadmisibles que a la fecha de la interposición del recurso se indique que dicho inmueble es propiedad privativa del recurrente, cuando se ha efectuado la transmisión por el mismo a su pareja sentimental y a su hermano, lo que no constituye más que una nueva simulación para defraudar los intereses de la señora Isidora, como hizo con el vehículo Mercedes 320 que se lo vendió a su padre y con el vehículo Mercedes SLK que lo ha puesto a disposición su compañera sentimental, debiendo tenerse en cuenta la estrecha relación de parentesco entre los intervinientes, la proximidad temporal de la operación de compra del inmueble con la sentencia, y la inexistencia de una causa onerosa.

**SEGUNDO.-** Debe comenzarse con el análisis del motivo de recurso genérico planteado por el señor Hermenegildo, relativo a la fecha en que debe tenerse por disuelta la sociedad de gananciales, ya que considera errónea la fecha tenida en cuenta en la sentencia, coincidente con la fecha de la sentencia de separación, estimando más correcto tener por disuelta la sociedad gananciales en la fecha de la notificación de la sentencia a las partes. Establece el artículo 1392 del Código Civil: *"La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1º Cuando se disuelva el matrimonio. 2º Cuando sea declarado nulo. 3º Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges. 4º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código."* Y el párrafo 1º del art. 95 CC, dentro de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, señala que *"la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial."* Estos preceptos vienen siendo interpretados por la Jurisprudencia en su sentido literal, esto es, que recaída sentencia firme de separación matrimonial se produce la disolución de la sociedad legal de gananciales de manera automática y por ministerio de Ley ( STS 4-4-1997 y 31-12-1998 ), si bien existe doctrina jurisprudencial iniciada con las STS de 13-6-1986 y 26-11-1987, y recogida plenamente en la de 17-6-1988 (reiterada en las SSTs de 23-12-1992 y 24-4-1999) que permite retrotraerlo a la efectiva separación de hecho de los cónyuges, ya que se mitiga el rigor literal del núm. 3 del art. 1392 CC para adaptarlo a la realidad social y al principio de la buena fe, y así, la citada Sentencia de 23 de diciembre de 1992 resuelve que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho. No siendo esa la cuestión debatida, se trata de situar el momento de la disolución en la fecha de la sentencia o en la fecha de su notificación a las partes. Ciertamente de los preceptos enunciado parece desprenderse que debe tomarse como fecha la de la firmeza de la sentencia, ni siquiera la de la notificación de la misma, pero teniendo en cuenta que es posible retrotraer incluso sus efectos, nada obsta a dar por disuelta la sociedad de gananciales en la misma fecha de la sentencia, ya que la misma es firme, y no consta recurrida. Es más, el Sr. Hermenegildo, que es quien plantea este motivo de recurso, en la solicitud de formación de inventario se limita a decir que la sentencia es firme, pero sin que en la misma ni en el escrito de recurso haga constar la fecha de notificación de la sentencia a las partes ni de su firmeza, por lo que de estimarse este motivo del recurso se dejaría indeterminada dicha fecha, debiendo además tenerse en cuenta que el procedimiento se siguió de mutuo acuerdo y que la sentencia aprobó el convenio regulador suscrito por las partes, por lo que este motivo de recurso ha de decaer, ya que con el mismo lo único que pretende el recurrente es, como se verá, la exclusión del activo del Mercedes 320 por su venta el 10 de octubre a su padre, un día después de la fecha de la sentencia.

**TERCERO.-** Comenzando con el análisis de las distintas partidas, y con el recurso interpuesto por la Sra. Marcelino, impugna en primer lugar la exclusión en el activo, en el Fundamento Jurídico Segundo apartado c), de las partidas 4 y 5 (Joyas, relojes, monedas y abrigos de visón y chaquetón), alegando haber puesto de manifiesto en la comparecencia ante el Secretario judicial que los cónyuges habían adquirido una colección compuesta por 10 relojes, todos ellos en poder del actor, salvo uno, y se había indicado que las facturas de adquisición de los relojes las tenía el actor, por lo que no podían ser aportadas, dado que cambió las cerraduras, impidiendo el acceso a la recurrente, incurriendo la sentencia en error pues el señor Hermenegildo luce más de dos relojes en las fotografías acompañadas, y la representación del mismo en la comparecencia no negaba la existencia sino su valor. Examinada la prueba aportada por la recurrente, constan cuatro fotografías donde aparece el Sr. Hermenegildo con lo que podían ser cuatro relojes distintos. No se acredita la colección de



diez relojes que se dicen en el recurso, sino todo lo más cuatro, no incurriendo en error el juzgador a quo ya que la exclusión de los relojes se basa en el art. 1346.7º CC (aunque por error se dice 134.7), por estimar que dado el nivel de vida del matrimonio no son de extraordinario valor, y este pronunciamiento no ha sido objeto del recurso. Y en igual fundamento ha de entenderse que se basa la exclusión del chaquetón de visón que la apelante manifestó haber comprado de rebajas, o la propia exclusión del reloj reseñado con la letra j) que la apelante reconoce no estar en posesión del Sr. Hermenegildo . Y por los mismos motivos debe decaer la impugnación de la exclusión de la colección de monedas, que no se ha cuestionado en el recurso que fueran regaladas con el Diario Sur, pero que la recurrente pretende sean incluidas con independencia de su valor, sin que combata la argumentación de la sentencia basada en la aplicación del mismo art. 1346.7º CC .

En segundo lugar, se impugna la exclusión de los derechos sobre Nenuco. com y Nenuco net, que están siendo objeto de un procedimiento en el Juzgado de lo Mercantil de Granada, que en instancia ha declarado no ser de su titularidad. Las partes en la comparecencia no discutieron la eventual pertenencia a la sociedad de gananciales, aunque debería estarse al resultado de dicho procedimiento, estando conformes en que no procedía pronunciamiento. Ahora bien, el carácter litigioso de dichos bienes inmateriales, no debe eximirlos de su inclusión en el inventario, dada la conformidad de ambas partes, ante la eventualidad de una sentencia estimatoria de sus pretensiones, sin perjuicio de hacer constar esta contingencia, por lo que deberían incluirse los eventuales derechos sobre dichas derechos de propiedad industrial, a fin de evitar posteriores litigios entre las partes sobre dicha inclusión en el inventario, debiendo ser estimado este motivo de recurso.

En tercer lugar, se impugna por la Sra. Isidora el pronunciamiento del Fundamento Jurídico Segundo apartado g) de la sentencia de instancia, que excluye las cuentas bancarias del activo al no resultar posible incluir cantidad alguna por no haberse acreditado ni cuáles eran usadas a la fecha de la separación, ni en su caso, quién dispuso de ellos en beneficio propio. Se alega en el recurso que no se han valorado en la sentencia de instancia los documentos 15 a 23. Debe convenirse con la sentencia recurrida, que de la voluminosa prueba documental aportada por la recurrente, nada o muy poco se aclara sobre qué cuentas ni qué saldos presentaban en el momento de fechas coetáneas a la disolución de la sociedad de gananciales. Respecto de la cuenta Unicaja NUM001 (documento número ocho) los extractos bancarios se refieren a los años 2001 a 2003, por lo que nada se aclara del saldo en octubre de 2006, e igualmente respecto de la cuenta corriente número NUM002 de la misma entidad, de la que se aportan los extractos bancarios de 2008 y 2009, posteriores a la disolución de la sociedad de gananciales. Igualmente, en la documentación relativa a una cuenta de BARCLAYS BANK de Gibraltar, se aportan los extractos hasta mayo de 2005, más de un año antes de la disolución de la sociedad de gananciales, no habiéndose acreditado, como se dice en la sentencia de instancia, ni cuáles eran los saldos a la fecha de la separación, ni en su caso si se dispuso de los mismos en beneficio propio por el otro cónyuge. Otro tanto cabe decir de la cuenta abierta en Suiza, respecto de la que la apelante manifiesta que en la sentencia recurrida no se han valorado los documentos 15 a 23, debiendo correr igual suerte desestimatoria este motivo del recurso, ya que del documento número 17 aportado se desprenden los movimientos bancarios desde el 28 de abril de 2000 hasta el 28 de enero de 2003, fecha muy anterior a la disolución de la sociedad de gananciales, sin que se haya acreditado que la disposición por el señor Hermenegildo de un millón de euros se hiciera beneficio propio, sin que pueda otorgarse dicha virtualidad probatoria a la documentación relativa Don Jose Ignacio , dada la fecha del documento en octubre de 2003, tres años antes de la disolución de sociedad de gananciales, y aun cuando en el documento 19 consta la solicitud de transferencia de los activo a la cuenta de Nenuco Licencias, debe tenerse en cuenta que no consta acreditado que dicha transferencia no revirtiera en beneficio de la propia sociedad de gananciales, no pudiendo olvidarse que han sido incluidas en el activo del inventario las participaciones sociales en diversas sociedades, entre otras, NENUCO LICENCIAS, S.L. (partida 13 de la comparecencia ante el Secretario judicial), sin que haya sido objeto de controversia, y sin que el correo fechado en 2007 (documento 20) sirva de sustento probatorio suficiente para la estimación del recurso.

**CUARTO** .- Restan por analizar los demás motivos de impugnación de la sentencia esgrimidos por el Sr. Hermenegildo respecto de la inclusión de determinadas partidas en el activo. En primer lugar se opone a la inclusión en el activo del inventario de dos vehículos de la marca Mercedes. Respecto del Mercedes 320 alega que fue enajenado constante matrimonio con conocimiento de la esposa y destinado su pago a deudas de la sociedad de gananciales. La sentencia recurrida incluye en el inventario su valor al constar haber sido enajenado por el actor con posterioridad a la sentencia de separación, computándose como crédito contra el actor, en aplicación del art. 1397.2 CC que prevé que habrá de comprenderse en el activo el importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados; pronunciamiento que ha de ser confirmado, ya que la enajenación se produjo después de la disolución, en concreto, según la documental aportada por el apelante, un día después de la sentencia de instancia y a favor de su propio padre (folio 278), sin que conste probado el consentimiento de la esposa ni la aplicación del importe de la venta a la sociedad de gananciales, alegaciones del recurrente carentes de sustento probatorio. Igualmente ha de ser confirmada la Sentencia en lo relativo a la inclusión del vehículo



Mercedes SLK, y aunque el apelante niegue su titularidad, existen indicios suficientes, como es la póliza de seguros aportada por la Sra. Isidora , de fecha 25 de marzo de 2007 (folios 218 y 279), donde figura como titular, sin que a ello obste que no se haya cambiado el nombre del titular en la Jefatura de Tráfico, y por ello acreditada la existencia constante matrimonio, rige la presunción de ganancialidad ( art. 1361 CC ). Igualmente se impugna la inclusión en el inventario de los derechos derivados de la mercantil TAITEX por el trabajo realizado por el Sr. Hermenegildo . En el recurso se limita a decir que no percibió importe alguno ni queda importe por percibir, sin bien, debe mantenerse el pronunciamiento de la sentencia que incluye dichos derechos en el inventario, en aplicación del art. 1347.1 CC , que conceptúa como bienes gananciales a los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges, sin perjuicio de que su valoración se haga en un procedimiento ulterior, y es donde deberá constatarse el importe de dichos derechos a la fecha de la disolución, y sin que la documental aportada por el Sr. Hermenegildo (documento 5), de la que se colige que era miembro de la Comisión Liquidadora, se desprenda en modo alguno las alegaciones de su recurso sobre la ausencia de retribución, ya que no prueba que no tenga derechos pendientes de cobro. En cuanto a la plaza de aparcamiento de la DIRECCION000 , que por error se indica en la Sentencia recurrida que se trata de una vivienda (error que ha de ser rectificado), el recurrente manifiesta que ha de ser excluida al haber sido enajenada constante matrimonio, no existiendo a la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales. En la sentencia apelada se indica que debe incluirse por acuerdo de las partes, como así consta en el escrito presentado por el apelante (folio 84), y en el documento nº 20 aportado por dicha parte (folio 197) consta como perteneciente al 100% a la sociedad de gananciales, sin que el recurrente haya aportado prueba alguna que justifique la enajenación, y en su caso, la alegación de su venta constante matrimonio, en contradicción con la conformidad de su inclusión, ha de determinar la desestimación de la impugnación, debiendo, caso de quedar acreditada, determinar un crédito frente al Sr. Hermenegildo , en aplicación del art. 1397.2º CC . Por último, en cuanto a la inclusión en el activo del Chalet sito en CALLE001 de Elche, la sentencia impugnada lo incluye aunque la escritura pública es de fecha 26 de diciembre de 2006, esto es dos meses y medio después de la sentencia de separación. La Sra. Isidora manifestó que hubo una adquisición en documento privado anterior, y la sentencia justifica la inclusión por cuanto el esposo continuó administrando "de facto" los bienes gananciales y no ha justificado la procedencia privativa del dinero invertido. El recurrente alega que no se ha acreditado la existencia del bien durante la vigencia de la sociedad de gananciales, por lo que no puede activarse la presunción de ganancialidad, mientras que el Sr. Marcelino ha acreditado la escritura de compra de fecha posterior a la sentencia de separación y la constitución de hipoteca por el mismo precio. Teniendo en cuenta la fecha de la escritura de compraventa, y no constando el documento privado anterior, si lo hubo, no resulta de aplicación la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC , correspondiendo la carga de la prueba a la Sra. Isidora , sin que pueda ampararse en la mayor facilidad probatoria, debiendo tenerse en cuenta el carácter público del Registro de la Propiedad. La ausencia de prueba sobre la adquisición constante matrimonio, unido a la solicitud de una hipoteca en la misma fecha de la escritura por el recurrente, y aun cuando el mismo se ha limitado a aportar las dos primeras páginas de las escrituras de compraventa y de constitución de la hipoteca (folios 87 a 90), han de llevar a la estimación de este motivo de recurso, debiendo ser excluido del inventario el chalet sito en Elche, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse en un eventual juicio declarativo.

**QUINTO** .- De conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuando sean estimadas las pretensiones de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos citados y los demás de legal y oportuna aplicación.

#### **FALLAMOS:**

Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por D<sup>a</sup>. Isidora , representada por el Procurador D. Miguel Ángel Ortega Gil, frente a la Sentencia dictada el treinta de mayo de dos mil once por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Málaga , en los autos de Liquidación de Gananciales, Formación de Inventario, N.º 9/08, a que este rollo se refiere, debemos acordar la inclusión en el activo del inventario de los eventuales derechos sobre Nenuco. com y Nenuco net, sin perjuicio del resultado del procedimiento seguido en el Juzgado de lo Mercantil de Granada, y que estimando en parte el recurso de apelación formulado por D. Hermenegildo , representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Susana Catalán Quintero, debemos acordar la exclusión del activo del inventario de la vivienda sita en la CALLE001 de Elche, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse en un eventual juicio declarativo, y rectificar la Sentencia en el sentido de que el inmueble a incluir en el activo del inventario sito en la DIRECCION000 , es una plaza de aparcamiento, no una vivienda, confirmando los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, sin imposición de las costas de esta alzada.



Devuélvanse los autos originales con certificación de esta Sentencia, al Juzgado del que dimanen para su ejecución y cumplimiento.

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

E/

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ