



Roj: **SAP CA 222/2014 - ECLI:ES:APCA:2014:222**

Id Cendoj: **11012370052014100098**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **5**

Fecha: **17/03/2014**

Nº de Recurso: **267/2013**

Nº de Resolución: **143/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGEL LUIS SANABRIA PAREJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

2

--

### **SENTENCIANº 143/2014**

Illmos. Sres.

Presidente

DON CARLOS ERCILLA LABARTA

Magistrados

DON ANGEL LUIS SANABRIA PAREJO

DOÑA ROSA FERNANDEZ NUÑEZ Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de los de El Puerto de Santa María

Juicio de Liquidación de Sociedad de Gananciales nº 55/2.011

Rollo Apelación Civil nº 267/2.013

En la ciudad de Cádiz, a día 17 de Marzo de 2.014.

Vistos en trámite de apelación por la Sección Quinta de esta Illtma. Audiencia Provincial de Cádiz los autos del Recurso de Apelación Civil de referencia del margen, seguidos por Juicio Verbal de Liquidación de Sociedad de Gananciales, en el que figura como parte apelante DON Jesús María , representada por el Procurador Don Fernando Lepiani Velázquez y defendida por el Letrado Don Miguel Lepiani Velázquez, y como parte apelada DOÑA Graciela , representada por el Procurador Doña María del Mar Deudero Sánchez y defendida por el Letrado Don Miguel Angel Mas Ortiz, actuando como Ponente el Illtmo. Sr. Magistrado DON ANGEL LUIS SANABRIA PAREJO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de los de El Puerto de Santa María, en el Juicio Verbal de Liquidación de Sociedad de Gananciales, se dictó sentencia de fecha 13 de Diciembre de 2.012 cuyo fallo literalmente transcrito dice: " *Que estimando parcialmente la solicitud inicial de formación de inventario presentada por la representación de DOÑA Graciela contra DON Jesús María , debo declarar y declaro que el inventario de los bienes y derechos que componen la sociedad de gananciales que constituyeron ambos cónyuges a la fecha de la disolución de la misma es el siguiente:*

1.- **ACTIVO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES**

-Acciones de la Sociedad CALETE INDUSTRIAL SA (siendo la titularidad del demandado un 47,10 %)

-Participaciones de la Sociedad ALVENTUS 2000 SL (siendo la titularidad de un 99 %)



## 2. PASIVO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

-No consta pasivo de la Sociedad de Gananciales.

*Todo ello sin verificar pronunciamiento condenatorio alguno en materia de costas procesales, de modo que cada parte habrá de proceder al abono de las devengadas a su instancia, entre tanto las comunes habrán de serlo por mitades."*

SEGUNDO.- Contra la antedicha sentencia por la representación de DON Jesús María se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación que fue admitido a trámite en ambos efectos por el Juez "a quo", quien dio traslado a las demás partes por un plazo de diez días a fin de que pudieran presentar los correspondientes escritos de oposición o impugnación, y una vez presentados dichos escritos se remitieron los autos originales a esta Audiencia Provincial de Cádiz.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y repartidas a esta Sección Quinta, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia, y habiéndose solicitado, admitido y practicado prueba documental en esta segunda instancia se señaló para lo correspondiente vista oral el día 13 de marzo de 2.014, la que se celebró con la asistencia de los Letrados de las partes quienes expusieron a la Sala lo que tuvieron por conveniente para sostener sus respectivas pretensiones, y tras la oportuna deliberación, votación y fallo de la Sala se hizo entrega de las actuaciones al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, para el estudio y dictado de la presente resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del recurso, tal y como en el escrito de interposición del mismo y se reiteró en la vista oral del mismo, hace referencia a la no unión a las actuaciones de la prueba documental propuesta y admitida en la primera instancia relativa al Juicio de Divorcio Contencioso n.º 558/2.088 y el Juicio Cambiario n.º 170/2.088 ambos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de los de El Puerto de Santa María, lo que causó cierta sorpresa de la Sala puesto que en dicho escrito de interposición del recurso se solicitó el recibimiento del pleito a prueba y una de las documentales que se instaban era precisamente la que acabamos de reseñar, siendo así que en nuestro auto de fecha 6 de Junio de 2.013 se desestimó tal petición y ya se puso de manifiesto al apelante que dichos procedimientos se encuentran incorporados no al Rollo de Apelación Civil de la Sala sino al procedimiento apelado, lo que hace innecesaria tal petición.

Por lo anteriormente expuesto y dado que lo evidente de lo anteriormente expuesto hace innecesario cualesquiera comentarios que pudieran añadirse procede la desestimación del motivo.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso hace referencia a la fecha en que haya de considerarse acreditado que se produjo la disolución de la sociedad de gananciales al considerar la dirección jurídica de la apelante que se ha acreditado que se produjo la separación de hecho en fecha 3 de Enero de 2.007 en que el mismo salió de su casa instalándose en un hotel y sin que conste la reanudación de la convivencia durante un prolongado espacio temporal.

Así pues y habida cuenta de las distintas posturas de las partes hemos de tener en cuenta que el régimen económico matrimonial de gananciales se extingue y, en consecuencia, se disuelve la comunidad ganancial, entre otros casos, cuando se dicta sentencia de separación conyugal, como prevé con carácter general el artículo 95, párrafo primero, del Código Civil y más concretamente con referencia al régimen de gananciales y a la sentencia de separación, el artículo 1.392, núm. 3, del Código Civil que impone la disolución "ipso iure", de pleno derecho, ya que el mantenimiento del régimen de gananciales y de la comunidad es incompatible con la situación de matrimonio separado, doctrina jurisprudencial clásica, por su reiteración y constancia, que es aplicable a las sentencias de divorcio al darse idéntica identidad de razón y habida cuenta que así expresamente lo dispone el artículo 1392.1 del Código Civil. Tal cuestión, por otra parte, ha sido abordada más recientemente por la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 2.007, conforme a la cual: *"La fecha de la liquidación del régimen en casos de procedimientos de separación y divorcio, es la establecida en la sentencia, según lo establecido en el artículo 95 y por tanto esta Sala debe estar de acuerdo con la Sala sentenciadora que así lo determinó"*. En igual sentido, podemos citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Abril de 1.984, 20 de Junio de 1.987, 17 de Febrero y 23 de Diciembre de 1.992, 25 de Mayo y 18 de Octubre de 1.996, 4 de Abril de 1.997, 15 de Julio de 1.998, 24 de Abril de 1.999 y 26 de Abril de 2.000, por tan solo citar algunas.

Ahora bien, como viene manteniendo esta Sala en sus distintas resoluciones, siendo la última de fecha 21 de Enero de 2.013, tampoco pueden confundirse, en relación con la separación de hecho, lo que es la disolución formal de la sociedad de gananciales, acordada a través de la firma de capitulaciones matrimoniales o nacida de la oportuna resolución judicial ( artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil ), con la consiguiente apertura de su liquidación, con la desaparición de la causa generadora de la sociedad, fundada en la convivencia matrimonial,



que impide el acrecentamiento de los bienes gananciales, a costa del trabajo exclusivo o ingresos propios de uno de los cónyuges separados, pero que no cercena la necesidad de los adquiridos durante la convivencia marital. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene admitiendo, en determinadas ocasiones, en una interpretación correctora del artículo 1392.3 del CC, con la finalidad de evitar una actuación contraria a la buena fe, constitutiva del abuso de derecho vedado por el artículo 7 del referido texto legal, que pueda considerarse disuelta la sociedad de gananciales, en casos de separaciones de hecho prolongadas en el tiempo o en las que los cónyuges han rehecho sus vidas por separado, constituyendo incluso unidades convivenciales con otras personas.

En este sentido, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de Junio de 1.988 que, siguiendo la línea marcada por las de 13 de Junio de 1986 y 26 de Noviembre de 1.987, declaró que la libre separación de hecho (mantenida, en el caso examinado por esa sentencia, desde el año 1942 al año 1977) excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, doctrina que se reitera en la Sentencias de 23 de Diciembre de 1.992 y 24 de Abril de 1.999, señalando ésta, con cita de la de 27 de Enero de 1.998 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"*. Ahora bien, como igualmente matiza la sentencia de dicho Alto Tribunal de 26 de Abril de 2.000 *"aun cuando alguna de las sentencias citadas haya considerado disuelta la sociedad de gananciales por la separación de hecho durante un tiempo aproximado al del caso ahora examinado, y aun cuando la separación de hecho seguida de la formación de otra unidad familiar, extramatrimonial, por uno de los cónyuges separados sea precisamente una de las situaciones que esta Sala ha considerado como de efectiva conclusión de la sociedad de gananciales sin previa separación judicialmente acordada, no debe olvidarse que la aplicabilidad de la mencionada doctrina jurisprudencial, correctora de la literalidad del núm. 3º del artículo 1392 del Código Civil requiere, como elemento indispensable, de una inequívoca voluntad de poner fin, con la separación de hecho, al régimen económico matrimonial"*; O, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 1.998, que ello 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 en un tiempo inmediato, 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.

Por consiguiente, para que sea susceptible de aplicación dicha doctrina jurisprudencial correctora y excepcional que por aludir a las últimas Sentencias del Tribunal Supremo se reitera y aplica en las de fechas 25 de febrero de 2.007, 21 de Febrero de 2.008 y 6 de Julio de 2.009, es necesario:

- A) Que nos encontremos ante un supuesto de una previa y significativa separación fáctica de los cónyuges con plena desvinculación patrimonial.
- B) Que dicha separación sea seria, prolongada y demostrada por actos subsiguientes, como, por ejemplo, formalización judicial de la separación, sin que quepa aplicar la mentada doctrina en los casos de una simple interrupción de la convivencia
- C) Que concurra, pues, una efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal, en cuyo caso constatada ésta no cabe fundar la esencia de la ganancialidad en la escasa distancia temporal entre la rotura convivencial definitiva y la adquisición del bien discutido
- D) Que los bienes en conflicto se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese definitivo de aquella convivencia

En el supuesto que examinamos en esta alzada, como expone certeramente la dirección jurídica de la apelada, desde la separación de hecho hasta la interposición de la demanda de divorcio han transcurrido unos catorce meses, supuesto no asimilable a los analizados por la doctrina correctora del Tribunal Supremo, y, por otro lado no se acreditan otros hechos para su valoración que no sea la estancia en un hotel del apelante durante un concreto periodo. No se puede extrapolar una doctrina correctora para supuestos muy concretos y específicos a un supuesto temporal muy frecuente desde la separación de hecho hasta el inicio del procedimiento que resuelve la quiebra conyugal, por todo lo cual procede la desestimación del motivo.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso se viene a alegar una incongruencia extra petita en cuanto que se manifiesta que el Juez "a quo" ha otorgado a la apelante una cosa distinta a lo que había solicitado pues, según afirma el apelante, lo solicitado en el escrito inicial de formación del inventario son los rendimientos de unas participaciones sociales mientras que en la sentencia impugnada se le otorga la titularidad o propiedad de las participaciones sociales en sí, con todas las consecuencias y efectos inherentes a dicho pronunciamiento, afirmando que se ha producido una modificación del objeto del procedimiento que implica una "mutatio libelli", con la indefensión que ello provoca al apelante que no ha podido defenderse de dicha petición. Pues bien, a



través de un breve análisis histórico de lo ocurrido en el procedimiento hemos de remitirnos al escrito inicial del procedimiento en el que se incluyen en el activo de la sociedad de gananciales un total de quince sociedades en las que tiene participación el apelante, aparte de una serie de inmuebles y los frutos rentas e intereses de una serie de inmuebles. En la diligencia de inventario de fecha 12 de Diciembre de 2.011 la actora y apelada se ratifica en dicha solicitud, y la única manifestación del apelante viene a ser que en dicha fecha tan solo participa en dos de las sociedades mencionadas ya que las demás o han desaparecido o han sido absorbidas por una de ellas. En el Juicio Verbal de fecha 13 de Marzo de 2.013 señalado para dirimir las controversias suscitadas en la meritada acta de inventario, habiendo visionado la Sala el CD que sirve de soporte informático del mismo, la dirección jurídica del apelante vuelve a insistir en que las sociedades reseñadas son de propiedad privativa al haberse creado con anterioridad a contraer matrimonio, explicando suficientemente las razones que le asisten para realizar dicha afirmación y solicitando la prueba que tuvo por conveniente para sostener su pretensión. Así pues no existe base ninguna para afirmar que la sentencia apelada es incongruente ya que el objeto de la pretensión, mantenido idéntico a lo larga de todo el procedimiento, no ha sido alterado en ningún momento.

En el siguiente motivo se alega una errónea apreciación de la prueba practicada por el Juez "a quo" respecto a la inclusión por el Juez "a quo" en el activo de la sociedad de gananciales de las participaciones sociales en las sociedades ALVENTUS 2.000 S.L. y CALETA INDUSTRIAL S.L., lo que debe conectarse con la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás normas relativas a la carga de la prueba. En este sentido son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo, y por ello huelga su cita concreta y específica al ser sobradamente conocidas, las que nos dicen que el recurso de apelación es de los llamados de plena jurisdicción, por lo que permite a la Sala entrar en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en la resolución recurrida, como la revisión de todas aquellas operaciones relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez "a quo" en la sentencia apelada.

Sentado cuanto antecede y antes de entrar en el estudio de la prueba documental admitida en la segunda instancia que, como resulta evidente, no ha conocido la Juez "a quo", en la sentencia apelada la misma hace constar que la sociedad CALETA INDUSTRIAL S.L. se constituyó en fecha 23 de febrero de 1.989 en virtud de escritura pública otorgada al efecto por Don Ildefonso , Don Plácido y Don Carlos Miguel , y la sociedad ALVENTUS 2.000 S.L. fue constituida en fecha 16 de noviembre de 1.995 por Don Belarmino , Don Felicísimo y Don Manuel , considerando que al desconocer la fecha en que el demandante entró a participar en dichas sociedades y si la misma fue anterior o posterior al matrimonio, y en este segundo caso si se adquirieron las participaciones sociales con dinero privativo o ganancial, aplica la presunción de ganancialidad. Pues bien, hechas dichas consideraciones, el error de valoración denunciado en el recurso es más que evidente pues hemos de considerar que ya en el informe pericial que se aportó por la actora y apelada con el escrito inicial del procedimiento, se hacía constar la creación de las aludidas sociedades y los cargos que el apelante ostentaba en las mismas así como las correspondientes fechas, lo que acredita su cualidad de socio y desde cuando lo era. Pero es que, a mayor abundamiento, la ingente documental presentada en el Juicio Verbal por el apelante viene a corroborar sus afirmaciones en cuanto a los diversos procedimientos de absorción y fusión de otras sociedades de las que el apelante era titular. Asimismo, en el Juicio de Divorcio Contencioso de los propios litigantes que se tramitó con el n.º 558/2.008 ya se aportó el Convenio Regulador de fecha 30 de marzo de 2.001 de un anterior matrimonio del apelante (folios 579 a 583) en el que se le adjudicaban las participaciones sociales de la sociedad CALETA INDUSTRIAL S.L. correspondiendo al 94'198 % del total, prueba documental de la que cabe inferir concluyentemente el carácter privativo de las referidas participaciones sociales las cuales pertenecían por dicho título al apelante antes de contraer matrimonio con la apelada. Y en el Juicio Cambiario n.º 170/2.009 de los tramitados en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de los de El Puerto de Santa María, al cual nos referiremos después, en el que la sociedad ALVENTUS 2.000 S.L. demanda a la hoy apelada se aportó escritura notarial de fecha 13 de Julio de 2.005 (folios 126 y siguientes) en la que consta que el apelante ostenta el cargo de administrador único de dicha sociedad desde 1.997, así como que adquirió las participaciones sociales números 501 al 10.000 en la Junta General Celebrada en fecha 7 de Mayo de 2.001.

Sentado cuanto antecede, la valoración de las anteriores pruebas, todas ellas practicadas en la primera instancia, ya de por sí serían suficientes para estimar el recurso en cuanto que consta que, habiéndose celebrado el matrimonio con la apelada en fecha 24 de Noviembre de 2.001, la titularidad del apelante sobre las participaciones sociales que constituyen el objeto del procedimiento es privativa al tratarse de bienes de los que ya era titular con anterioridad a dicho matrimonio. Pero es que además, la valoración de la prueba admitida en esta segunda instancia nos lleva a similares conclusiones pues en la escritura notarial de fecha 16 de Enero de 2.013 por la que se declara la unipersonalidad de la sociedad, se remite a la escritura notarial a que acabamos de hacer referencia en cuanto a la adquisición de las participaciones sociales, lo que hubiera hecho innecesaria la reiteración de la quaestio facti en esta segunda instancia en cuanto que, como se expuso



anteriormente, tal hecho ha quedado acreditado en virtud de la documental practicada en la primera instancia. Y por lo que se refiere a la valoración de la documental de la escritura notarial de fecha 21 de Diciembre de 1.989, ya se hizo referencia en los autos de esta Sala relativos a la admisión de las pruebas, y así debieron entenderlo las partes como se manifestó por la dirección jurídica de la apelada en la vista celebrada, que dicho documento, aún siendo de fecha muy anterior a la Sentencia apelada, se admitía a los solos efectos de la cuestión nuclear del recurso relativa a la mutatio libelli por lo que desestimado dicho motivo no habrá de entrarse a su valoración pues pudo y debió aportarse en la primera instancia.

CUARTO.- Finalmente y por lo que se refiere al último motivo del recurso relativo a la no inclusión en el pasivo de un crédito de la sociedad de gananciales a favor de la SOCIEDAD ADVENTUS 2000 S.L. que, al parecer, respondía aun préstamo que la entidad social hizo a los entonces cónyuges, el cual fue reclamado a través del Juicio Cambiario n.º 170/2.009 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de los de El Puerto de Santa María, resulta evidente que lo primero que habrá de probarse es la existencia del mismo, hecho sobre el cual no se ha desplegado la más mínima actividad probatoria, resultando muy ilustrativas tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de fecha 22 de Junio de 2.010 como la de la Sala Segunda de esta Audiencia Provincial de Cádiz de fecha 8 de Febrero de 2.011 al ser las mismas coincidentes en señalar que la deuda es inexistente al no haber quedado debidamente acreditada, por lo que procede la desestimación del motivo.

QUINTO.- Estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Jesús María y confirmada en su integridad la resolución recurrida, conforme al principio objetivo del vencimiento regulado en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso.

VISTOS los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los artículos citados y los demás preceptos legales de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Estimando parcialmente, como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Jesús María contra la sentencia de fecha 13 de Diciembre de 2.012 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de los de El Puerto de Santa María en los autos de que este rollo trae causa, y en consecuencia, debemos revocar parcialmente, y revocamos el fallo de la misma en el único y exclusivo sentido de suprimir de su fallo la inclusión en el activo de las acciones y participaciones sociales de las sociedades ALVENTUS 2.000 S.L. y CALETA INDUSTRIAL S.L., permaneciendo idénticos e invariables el resto de pronunciamientos que se contienen en dicho fallo, todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso, así como la devolución del depósito constituido para recurrir al amparo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 Noviembre.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 n.º 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la misma no es firme procediendo contra dicha resolución, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, los cuales deberán interponerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, y, con certificación de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de su procedencia para su conocimiento, efectos y la debida ejecución de lo resuelto.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.