



Roj: **SAP M 5883/2015 - ECLI:ES:APM:2015:5883**

Id Cendoj: **28079370222015100320**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **04/05/2015**

Nº de Recurso: **1250/2013**

Nº de Resolución: **438/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0011689

Recurso de Apelación **1250/2013**

O. Judicial Origen: Juzg. de Violencia Mujer nº 01 Alcalá de Henares

Autos de Liquidación Sociedades Gananciales 1/2013

Apelante/Demandante: DON Gonzalo

Procurador: Don Federico Pinilla Romero

Apelada/Demandada: DOÑA María Teresa

Procurador: Don Julio Cabellos Albertos

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosario Hernández Hernández

SENTENCIA N°

Magistrados:

Ilmo. Sr. Dº. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. Dº. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Dª. Rosario Hernández Hernández

En Madrid, a 4 de mayo de 2.015.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos sobre FORMACIÓN DE INVENTARIO seguidos bajo el nº 1/2013, ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de Alcalá de Henares, entre partes:

De una como apelante, Dº. Gonzalo , representado por el Procurador Dº. Federico Pinilla Romeo.

De otra como apelada, Dª. María Teresa , representada por el Procurador Dº. Julio Cabellos Alberto.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Doña 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.- Con fecha 24 de julio de 2013, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Alcalá de Henares, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Purificación David Calero, en nombre y representación de DON Gonzalo , contra DOÑA María Teresa ACUERDO:



La formación del siguiente inventario de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por las partes:

Como partidas del activo:

- Importe actualizado del saldo existente en la cuenta de caja Madrid NUM000 el 17 de mayo de 2011.
- Importe actualizado del saldo existente en la cuenta de Caja Rural de Castilla la Mancha número NUM001 el 17 de mayo de 2011.
- Importe actualizado del saldo existente en la cuenta del BBVA NUM002 el 17 de mayo de 2011.
- Importe actualizado del saldo existente en la cuenta corriente NUM003 de Caja Rural de Castilla la Mancha el 17 de mayo de 2011.
- Importe actualizado del saldo existente en la cuenta corriente NUM004 de Caja Rural de Castilla la Mancha el 17 de mayo de 2011.
- El ajuar y mobiliario del inmueble sito en la CALLE000 n° NUM005 piso NUM006 de Alcalá de Henares excluyendo del mismo, por ser bienes privativos del Sr. Gonzalo los siguientes: cuadros detallados en el punto 1 de la propuesta de inventario de la parte actora y en el documento n° 3 acompañado con la propuesta; fotografías de los padres del Sr. Gonzalo y sus respectivos marcos; mechero de alpaca; resto de cartas personales del Sr. Gonzalo que no han sido retiradas del que fue domicilio conyugal; objetos de limpieza de las lentes de cámaras; documentos originales de la incapacidad del Sr. Gonzalo , carrete y caña de pescar; bicicleta de montaña; dos relojes, ropa de verano e invierno del Sr. Gonzalo ; candelabros de alpaca o baño de plata; fotografías personales anteriores a la boda, material de dibujo no retirado; libros de la carrera; libros de caracoles y piscicultura y cubertería de su madre.
- 4.-Piso sito en la CALLE000 n° NUM005 piso NUM006 de Alcalá de Henares.
- 5.- Trastero n° NUM007 sito en la CALLE001 n° NUM008 de Alcalá de Henares.
- 6.-Derechos de cesión de y uso de la plaza de garaje n° NUM009 sita en la CALLE000 n° NUM005 de Alcalá de henares.
- 7.- Vehículos matrículasRRR y LMD .

Importe actualizado del crédito de la sociedad de gananciales frente a Don Gonzalo por importe de 106.024, 83 euros.

-Como partidas del pasivo: Impuestos de bienes inmuebles que afectan a los bienes relacionados en los puntos, 4, 5 y 6.

No hacer especial imposición de las costas causadas, debiendo cada parte abonar las suyas propias y la mitad de las comunes.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la advertencia de que no es firme y que contra ella pueden interponer RECURSO DE APELACIÓN EN EL PLAZO DE VEINTE DÍAS.

Póngase en las actuaciones certificación de esta resolución, incluyendo la presente en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de Dº. Gonzalo , exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las partes personadas, presentándose por la representación legal de la parte apelada Dª. María Teresa , escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 30 de abril de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Dº. Gonzalo , actor en proceso entablado para la formación de inventario de la sociedad legal de gananciales que conformo con la contraparte, interpone recurso de apelación frente a dos resoluciones diversas recaídas en la instancia, auto de 29 de mayo de 2.013 y sentencia de 24 de julio del mismo año.



Interesa de la Sala respecto del primero, se ordene la devolución de documentación requerida por el órgano judicial a la parte, y se deje sin efecto la fundamentación jurídica segunda y tercera de meritado auto, en cuanto entiende debió adoptar la forma de diligencia de ordenación o de providencia al versar sobre admisión o no de documentos como diligencias finales.

Respecto de la segunda, se postula en definitiva.

1º.- La exclusión del inventario del mobiliario y una serie de objetos reflejados en el punto 1, hecho 2º del escrito de recurso, al que nos remitimos a estos efectos en aras a la brevedad, dándolo por reproducido.

2º.- La exclusión del inventario tanto del importe actualizado del saldo existente en la cuenta en la entidad bancaria BBVA NUM002 , como de dicha cuenta.

3º.- La exclusión en repetido inventario del importe actualizado del saldo existente en cuenta NUM003 , así como de este producto bancario.

4º.- Se subsane el error contenido en la sentencia respecto de la cuenta NUM004 , expresando que corresponde a Caja Rural de Toledo y no a Caja Rural de Castilla La Mancha.

5º.- Se excluya del inventario el crédito en importe de 106.024,83 ? en favor de la sociedad conyugal y contra Dº. Gonzalo .

6º.- Se incluya en meritado inventario, en la partida del pasivo, un crédito en favor del actor y contra la sociedad en importe de 95.637 ? brutos, 91.819,17 ? que este percibió a 18 de abril de 2.006 de un seguro de vida/incapacidad permanente suscrito con La Caixa.

SEGUNDO.- En lo que se refiere al recurso interpuesto frente al auto de 29 de mayo de 2.013, es factible anticipar la procedencia de la desestimación e integra confirmación del disidente.

Ha de reseñarse en primer lugar que no constituye objeto de recurso la fundamentación jurídica de una resolución, sino en exclusiva los pronunciamientos contenidos en su fallo o parte dispositiva.

En segundo lugar, tan solo sería susceptible de recurso de apelación el primero de los pronunciamientos contenidos en la resolución a la que ahora nos referimos, en cuanto da respuesta, para desestimarlos, a un recurso de reposición frente a providencia, lo que faculta a reproducir la cuestión al tiempo de interponerse el recurso que proceda frente a la definitiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 454 de la L.E.Civil .

No sucede lo mismo en cuanto a los restantes pronunciamientos, toda vez que frente a ellos cabía recurso de reposición, como en el propio auto se expresa, recurso del que hizo dejación la parte, consintiendo, de donde no pueden integrar ahora objeto de un recurso de apelación ni la inadmisión de documentos, por extemporáneos, en cuanto aportados en escrito de conclusiones, momento procesal inoportuno, en el que ha decaído la posibilidad de hacerlo, ni el acuerdo de práctica de diligencia final; y ello independientemente de que se discrepe de lo resuelto, o de la forma de la resolución, que, por cierto, y a mayor abundamiento, se ajusta a lo que al efecto disponen los artículos 435 y 266.2ª ambos de la L.E.Civil .

Por lo demás, ninguna razón formal o procesal se alega en detrimento del auto desestimatorio del recurso de reposición interpuesto frente a la providencia de 18 de abril de 2.013, sino exclusivamente motivos de fondo, resueltos por cierto en sentencia, y que debieron integrar motivo de apelación de esta, puesto que en la definitiva de 24 de julio de 2.013 , se fija la fecha a la que ha de retrotraerse el inventario.

Procede por todas las razones expuestas la anunciada desestimación de cuantos motivos de recurso se deducen frente al auto de 29 de mayo de 2.013.

TERCERO.- Dados los términos en que se ha planteado la litis en el supuesto de autos, se hace necesario precisar que en numerosas ocasiones la jurisprudencia ha afirmado que la separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1.988), tal y como se expresa en sentencia de esta misma Audiencia Provincial de 13 de noviembre de 2.006, entre otras muchas.

En apoyo de esta tesis, si bien a sensu contrario, destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2.007 , en la que se examinaba un supuesto en el que no resulto acreditada separación libremente consentida por los cónyuges, al haberse iniciado procedimiento contencioso cuyas consecuencias económicas se ventilaban, de manera que quedo determinada la fecha de la extinción del régimen y su cesación, en la de la sentencia de separación.

Planteándose incluso si la sola separación de hecho produce la disolución de la sociedad de gananciales, se suele argumentar que esta, excluye su esencia y fundamento, pues la comunidad tiene únicamente sentido ligada a la comunidad de vida.



En principio, en el plano legal estricto, no parece factible admitir que la simple separación de hecho pueda originar sin más, esto es, sin una declaración judicial previa, la disolución de la sociedad de gananciales. Tal posibilidad parece haber sido excluida en nuestro derecho positivo. Véase el artículo 1.368 del Código Civil, y más claramente, el artículo 1.393.3 del mismo, en el que tan sólo se admite que la separación de hecho pueda ocasionar la disolución de la sociedad de gananciales en los restringidos términos previstos en el precepto: o sea, llevando separado de hecho más de un año, y no ipso iure, sino mediante resolución judicial. Véase también el artículo 95 del Código Civil.

Sin embargo, tanto en la doctrina científica como en algunas resoluciones judiciales se admite la posibilidad de que la mera situación de separación de hecho pueda producir entre los cónyuges los mismos efectos o algunos efectos similares a los que la ley otorga a la disolución de la sociedad ganancial. Se mantiene que no puede dejar de reconocerse cierta virtualidad a la separación de hecho en relación con una organización económico- matrimonial pensada para una situación completamente distinta.

Actualmente, y dada la libertad de pactos que rige entre los cónyuges y la posibilidad de cambio convencional del régimen económico- matrimonial, ningún problema debería plantearse cuando ambos cónyuges hayan convenido privadamente los efectos personales y económicos de su separación, instaurando entre ellos un verdadero régimen de separación de bienes. El Tribunal Supremo reconoce un auténtico contractualismo en el ámbito del Derecho familiar, sin necesidad de aprobación judicial, de los pactos reguladores de la separación privada cuando estos pactos afectan exclusivamente a los cónyuges.

No faltan en la doctrina jurisprudencial de los últimos tiempos sentencias en las que se mantiene, en gran amplitud, que se produce de facto la disolución de la sociedad de gananciales desde el momento mismo en que se inicia la separación de hecho consentida, o del abandono del hogar, sin necesidad de declaración judicial ni del requisito temporal exigido en el art. 1.393.3 del C. Civil. Exponentes de tal doctrina son las sentencias del T.S. número 1176/92, de 23-12, la de 02-12-97, la núm. 331/99, de 24-04, la de 11-10-99, la núm. 1157/02, de 04-12.

En la de 11-10-99 se razona (ponente: Gullón Ballesteros):

"Ante todo, hay que partir de que el abandono del hogar de D. Vidal supuso de facto la disolución de la sociedad de gananciales. La Audiencia así lo estima, apoyándose en la doctrina de esta Sala según la cual la separación de hecho libremente consentida destruye el fundamento de la sociedad conyugal (Sentencias de 23 de diciembre de 1.992 y las que cita). La Sala comparte la aplicación de tal doctrina a este caso, en el que no existe desde el momento del abandono ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales. El abandono de familia conlleva, aparte de las sanciones legales, la ilógica de que siga existiendo la sociedad de gananciales, ni puede apoyarse esta conclusión en los arts. 139.3 y 1.394 C. Civil, porque respecto del primer precepto, que equipara separación de hecho y abandono de hogar, la jurisprudencia de esta Sala, atenta a la realidad social, ha dado la doctrina que antes se consignó, que en sí mismo pugna con la letra del precepto, no exigiendo por tanto ninguna declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales".

En el concreto supuesto que se enjuicia, donde se ha dictado orden de alejamiento, auto de 17 de mayo de 2.011, que impone la separación de hecho, no puede mantenerse la subsistencia de la sociedad de gananciales hasta la fecha de la sentencia de separación, pues rota la convivencia conyugal, cesa la posibilidad de vincular bienes del otro consorte, toda vez que en la adquisición o pérdida no se ha contribuido en absoluto. Entenderlo de otro modo es contrario a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso de derecho, en cuanto implica el ejercicio de un aparente derecho más allá de los límites éticos, teleológicos y sociales.

Conviene aquí hacer mención del contenido del número 2º del artículo 1.397 de Código Civil, a cuyo tenor, ha de ser traído al inventario, comprendiéndose 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.

CUARTO.- El primero de los motivos de recurso que se articulan frente a la sentencia de instancia, que, como se ha visto, versa sobre una serie de objetos existentes en el domicilio familiar y que entiende Dº. Gonzalo de su titularidad privativa, ha de correr la pretensión igual suerte desestimatoria que las anteriormente examinadas.

Por lo que respecta a los cuadros realizados por el ahora apelante, no son producto de su trabajo, sino ajenos por completo a su profesión, no han sido expuestos en galería, ni ofertados a la venta, ni se alega siquiera se trate de obras de extraordinario valor, sino que, como se reconoce en el propio escrito de recurso, son fruto de un simple hobby o afición, se realizaron constante la convivencia pacífica con destino a formar parte de los enseres del domicilio familiar, a cuya decoración se aplicaron, y al que pertenecen, de donde forman parte del ajuar doméstico, sin que exista derecho a su restitución.



En lo que se refiere a los restantes enseres, alegándose de contrario que fueron retirados por el ex esposo, su salida del domicilio familiar a consecuencia de la orden de alejamiento, no excluye sin más la posibilidad apuntada de que se llevara a cabo por tercera persona, concretamente la hija común de los litigantes mayor de edad, e independiente de los progenitores que los hiciera llegar al padre.

QUINTO.- Tampoco puede obtener favorable acogida la postulada exclusión del inventario ya del importe actualizado del saldo existente en la cuenta en la entidad bancaria BBVA NUM002 , ya de la cuenta en cuestión, pues es aquí lo único cierto y probado que el producto bancario se aperturó a nombre de ambos consortes, en un momento de bonanza matrimonial, concretamente a 12 de julio de 2.010, sin que haya acreditado D^o. Gonzalo con la seriedad y rigor que es exigible, cuando tan solo a él incumbe el onus probandi o carga de la prueba (artículo 217 de la L.E.Civil), naturaleza privativa de cuenta o saldo, por haberse nutrido con dinero de su titularidad exclusiva, de donde ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 1.361 del Código Civil , al no haberse desvirtuado la presunción de ganancialidad.

SEXTO.- El anterior fundamento jurídico ha de hacerse extensivo al saldo y cuenta NUM003 , abierta a 25 de junio de 2.009, por ende constante la convivencia pacífica, si bien solo a nombre del demandante aquí recurrente, pues el hecho de que no se aperturara conjuntamente con la demandada, no excluye la ganancialidad, debiendo haber sido D^o. Gonzalo quien acreditara en las actuaciones de manera que no cupiera duda de ninguna especie, la privatividad del saldo.

SÉPTIMO.- No ha lugar a la subsanación de la sentencia apelada, toda vez que la cuenta NUM004 , según consta en los documentos obrantes a los folios 123 y 283 de las actuaciones, a los que nos remitimos en aras a la brevedad, corresponde a la entidad bancaria denominada actualmente Caja Rural de Castilla La Mancha SCC, de donde ningún error se ha de rectificar.

A mayor abundamiento, la solicitud carece de todo sentido, alcance y consecuencia práctica, máxime cuando, como se expresa de contrario en el escrito de oposición al recurso, tuvo lugar la absorción de tal Caja Rural, como acaeció respecto de las de Ávila y Segovia, a título de ejemplo, fundidas en la actual Caja de España.

OCTAVO.- Se postula la exclusión del activo del inventario del crédito en importe de 106.024,83 ? en favor de la sociedad conyugal y contra D^o. Gonzalo .

La sentencia de instancia en el fundamento jurídico sexto da descripción pormenorizada de las diversas operaciones realizadas por el actor, dándose indicación del documento en el que cada una de ellas se refleja, evidenciándose de dicha documentación la disposición por su parte de las dos cantidades elevadas en cuestión, cuya suma arroja el resultado del crédito reconocido, importes que mal se compadecen con la atención de necesidades ordinarias o extraordinarias de la familia, o con destino al levantamiento de cargas gananciales.

Resultando que tales disposiciones no se efectuaron con anuencia de D^a. María Teresa , es lo procedente, tal y como se hace en la disentida, se traigan al inventario y se reintegren a la sociedad debidamente actualizadas, conformando la partida del activo del mismo, como un crédito de la sociedad conyugal frente al ex esposo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.397.2^o del Código Civil .

No se evidencia en la alzada error en que haya incurrido la Juez "a quo", en lo que respecta a este concepto que se enjuicia, ya al aplicar o interpretar la norma en vigor, ya al valorar el material probatorio obrante en autos, cuando su criterio decisorio objetivo e imparcial es fruto de la total y absoluta inmediación, principio registrado en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y con mayor énfasis en la nueva norma, en base al cual, el proceso civil debe concluir "ab initio" por el respeto a la valoración de la prueba practicada realizada por el Juzgador de instancia, salvo, excepción, que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio. Prescindir de lo anterior es sencillamente modificar el criterio del Juzgador por el interesado y subjetivo de la parte recurrente.

Es más, en modo alguno puede analizarse la valoración de la prueba por el Juzgador "a quo" mediante el análisis de la prueba (cualquier medio de prueba) de forma individualizada sin hacer mención de una apreciación conjunta que es la que ofrece aquel. En definitiva, aunque el Tribunal Superior u órgano "ad quem" tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas con las partes (quaestio iuris) para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas de aplicación al caso (SSTS. 21/abr/93 , 5/may/97 , 31/mar/98 y TC.S. 3 /96 de 15 de enero), no es menos cierto que no puede ignorarse que, respecto de aquellas pruebas que han sido practicadas a la intermediación judicial, el Juez "a quo" tiene elementos más fundados para su más precisa apreciación y por tanto su mejor valoración en relación a los supuestos de hecho que constituyen el "factum" debatido. De ahí que en materia



de apreciación de la prueba, conforme a una reiterada Jurisprudencia, es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza - principio dispositivo y de rogación-, pero en forma alguna tratar de imponerlas a los Juzgadores (STS de 23 de septiembre de 1996), pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgado de instancia hizo de toda la prueba practicada por la que realiza la parte recurrente, función que corresponde, única y exclusivamente, al juzgador "a quo" y no a las partes (STS de 7 de octubre de 1997).

De esta suerte, el error en la valoración de la prueba sólo podrá acogerse cuando las deducciones o inferencias de la sentencia impugnada resulten ilógicas, irracionales o absurdas atendida la resultancia probatoria, lo cual no ha acontecido en el caso enjuiciado, dado que la apreciación de la prueba documental aportada a los autos, así como testifical e interrogatorio de las partes realizada en su conjunto por la juzgadora de instancia, basada en las reglas de la sana crítica, no ha resultado arbitraria ni irracional, bien al contrario, se comparte íntegramente por la Sala, siendo así improcedente una nueva valoración de la prueba sobre este extremo, concluyéndose que la misma ha de ser ratificada (STS de 16 de octubre de 2000).

NOVENO.- Otra cosa ha de decirse en orden a la postulada inclusión en el inventario, partida del pasivo, de un crédito en favor del actor y contra su sociedad conyugal en importe de 95.637 ? brutos, 91.819,17 ? netos, que este percibió a 18 de abril de 2.006 con motivo de indemnización por incapacidad permanente a consecuencia de seguro suscrito con La Caixa.

Es verdad que este concepto fue impropriamente traído por la parte en momento extemporáneo, en mucho posterior al de la traba de la litis, por cuanto, por la razón que fuera, no se dedujo solicitud al respecto ni en el escrito generador del proceso, ni en la comparecencia personal de los ex consortes ante la Sra. Secretario del Juzgado de origen a los efectos del artículo 809 de la L.E.Civil , de donde no debió siquiera integrar objeto del proceso, pues fuera de las dos dichas fases procesales, no es factible la ampliación ulterior del inventario que se llevo a cabo en el acto de la vista celebrada en las actuaciones a 6 de mayo de 2.013, por ser contrario a los propios actos, entrañando una inadecuada variación de la litis.

Así esta Sala en numerosas ocasiones ha venido señalando que entenderlo en sentido contrario causaría indefensión a la adversa según criterio y sentido en el que reiteradamente se ha venido a pronunciar esta Sala, sentencia entre otras, y por citar una de ellas, 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 . EDL), 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."



No obstante ello, en el supuesto concreto que enjuiciamos, en la dicha vista celebrada en a 6 de mayo de 2.013, la Juez de primer grado admitió la inclusión del concepto y a ello se avino la contraparte, a pesar de que en principio dedujo alegación de extemporaneidad, la que luego no mantuvo una vez le fue ofrecida la posibilidad de suspensión del acto y posterior señalamiento en aras a que formulara alegaciones o interesara prueba que conviniera a su derecho, en cuanto la dirección letrada de D^a. María Teresa se limitó a solicitar continuara el acto, sin más que insistir en la traída a las actuaciones de los movimientos en las cuentas litigiosas desde el año 2.001, de donde han de observarse los principios de rogación y dispositivo (artículo 216 de la L.E.Civil), de congruencia (artículo 218 de la misma), de contradicción e igualdad de armas en el proceso que inspiran nuestro ordenamiento formal, razón que obliga en este supuesto concreto, pese a lo antes razonado, a entrar en el examen del fondo de la cuestión planteada, con estimación del motivo de recurso, para acordar, como se verificara en la parte dispositiva de la presente resolución, la inclusión en el inventario, partida del pasivo, de un crédito en favor de D^o. Gonzalo y contra su sociedad ganancial, por importe de 91.819,17 ? netos, único disponible que acreció al haber comunal.

Es criterio consolidado en esta Audiencia, que se hace eco de la doctrina jurisprudencial en materia de fondos de pensiones y seguros, señalar que unos y otros presentan carácter privativo de su titular, no así las cantidades que hayan sido aportadas constante la vigencia de la sociedad legal de gananciales y con cargo a la misma, ora al seguro, ora al fondo, por cuanto estas sí gozan del carácter ganancial, así esta misma Sala reiteradamente lo ha venido sosteniendo, sentencia, entre otras, y por citar una de ellas, de 3 de marzo de 2.005 , en la que se expresa:

"TERCERO.- Se articula como un segundo motivo de recurso error en la valoración de la prueba, con infracción de los arts. 217.2 y 281.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación al artículo 434 del Código Civil y 386. 1 y 2 de la L.E.Civil , aduciéndose de nuevo falta de motivación, haciendo alusión a la exclusión del plan de pensiones por ser un plan privativo y alternativamente, la inclusión en el activo de las aportaciones al fondo de pensiones efectuadas hasta el mes de diciembre de 1995, reconociéndose una deuda de 9.352 ? y no de 15.905 ? que corresponden a derechos consolidados, lo mismo que en el seguro de vida o rentabilidad garantizada.

CUARTO.- A este respecto, ciertamente la doctrina jurisprudencial, ha venido señalando que en efecto, en materia de planes de pensiones y seguros, la pensión o el capital son privativas, al resultar de aplicación el art. 1346.5 del Código Civil , por tratarse de derechos patrimoniales intransmisibles intervivos, así se pronunció esta misma Sala en sentencia de 10 de junio de 2002 , no obstante ello, las cantidades aportadas al plan o a la póliza de seguro, efectuadas constante la Sociedad Legal de Gananciales, deben ser reembolsadas a esta, en cuanto se presumen realizadas con dinero de carácter ganancial, y salvo prueba en contrario, al momento de tener lugar la liquidación a tenor del artículo 1.397. 3 del Código Civil .

QUINTO.- En el presente caso, por razón de las dificultades a salvar para la confección de inventario, en el acto de juicio verbal que tuvo lugar a 13 de marzo de 2003, propuso la parte actora y se adhirió a ello el demandado recurrente, la designación de perito contador partidario, nombramiento que llevó a cabo el Juzgado y que dio lugar a la práctica de la pericia en los términos que obran en autos, emitiéndose dictamen en 19 de febrero de 2004, que obra a los folios 1059 a 1072 de las actuaciones (Tomo 5), para cuya confección se tuvo en cuenta. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de enero de 2004 en la que se dice que "; lo que debe reembolsar el recurrido a la sociedad de gananciales son las cantidades por él satisfechas con dinero ganancial para el pago de las primas del seguro de vida por él concertado y no la cantidad percibida como rescate del seguro, cantidad siempre menor a la pagada en concepto de prima, como se pone de manifiesto en el art. 83.3 de la Ley de Contrato de Seguro "

Del informe a resultas de la pericia, en virtud de providencia de 19 de febrero de 2004, se dio vista a ambos litigantes (folio 1079 de autos), para que en el término de cinco días alegaran lo que a su derecho conviniera, manifestando la representación procesal de D^a Natividad que renunciaba al ajuar existente al momento de la separación, sin que adujera nada la contraparte recurrente, que con ello evidenció una implícita conformidad con el contenido del informe tan repetido que íntegramente es acogido y dado por válido su resultado llevado a cabo por la auditoría en la sentencia que se apela, y que en orden al motivo de recurso que examinamos, en su fundamento jurídico tercero incluye las aportaciones efectuadas con dinero ganancial al fondo de pensiones y al seguro de responsabilidad garantizada, en idéntico sentido que el informe pericial de 19 de febrero de 2004, que en su punto IV. 6 Fondo de pensiones, se contrae a las aportaciones hechas a este fondo, por cuanto lo fueron dentro del régimen de gananciales, si bien los derechos del plan solo podrán ser disfrutados por el titular del mismo, como así alude a un valor de rescate garantizado a 31 de marzo de 2012, del seguro de vida, con valor de rescate garantizado, ascendente a 18.983,68 ?, valor de rescate por lógica inferior al capital a abonar a la materialización del riesgo, y expresando que su importe inicial es de 9.015 ?, dando un valor de seguro



de 10.897 €, que coincide con el que el Juez a quo incluye en el inventario, al considerarlo correspondiente al importe de las aportaciones actualizado."

En esta misma línea cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 26 de mayo de 2014, en la que se razona:

"En la sentencia de 20 de diciembre de 2004, el Tribunal Supremo resolvió sobre un motivo en el que se planteaba "el carácter ganancial de la pensión de jubilación por el hecho de que la misma surja de la cotización a la Seguridad Social durante el tiempo legal, pues ésta cotización se realiza con dinero ganancial, y la pensión en sí misma es consecuencia del trabajo realizado, viniendo a sustituir a la renta salarial". En dicha sentencia se rechazó que tuviera carácter ganancial la controvertida pensión de jubilación señalando que se trata de un "derecho personal del trabajador al que no es tampoco aplicable el artículo 1.358 del Código Civil ". En sentencia de 20 de diciembre de 2003 el Tribunal Supremo estimó también que la pensión por jubilación es privativa señalando que correspondía exclusivamente al esposo de la demandada "que la generó por su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo".

TERCERO.- En referencia a la indemnización por incapacidad permanente se dice en la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª) de 5 de junio de 2006 : "No nos encontramos ante una incapacidad temporal, sino que las indemnizaciones concedidas tienen una vocación de futuro, y en consecuencia no sustituyen el rendimiento del trabajo, sino la propia capacidad para trabajar que ha de entenderse como bien personalísimo o derecho patrimonial inherente a la persona".

CUARTO.- En relación a la naturaleza privativa de la indemnización percibida por accidente se argumenta en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4ª) de 24 de noviembre de 2006 : " (...) viene expresamente reconocida en el núm. 6 del artículo 1.346 del Código Civil , al atribuir ese carácter al "resarcimiento de daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges".

Naturaleza privativa que fue reconocido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1.999 y que ratifican las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005 , referida a una indemnización percibida siete años antes de la separación por uno de los cónyuges, indemnizándole los perjuicios sufridos como consecuencia de un accidente de tráfico, y la de 20 de noviembre 2004, referida a una pensión de jubilación obtenida con anterioridad a la separación.

QUINTO.- En esa misma línea la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 8 octubre de 2004 , referida a una indemnización percibida constante matrimonio en concepto de invalidez laboral, o la de 21 de abril 2003, de la Audiencia Provincial de Valladolid. Y es que en el caso de autos la indemnización percibida por el apelado tiende a resarcirle por los perjuicios sufridos en un bien inherente a la persona, cual es el menoscabo físico que padece a raíz del accidente laboral que limita su capacidad laboral futura".

SEXTO.- Y, en relación también a una indemnización por accidente laboral percibida vigente la sociedad de gananciales, se dice en sentencia de 25 de marzo de 2008 dictada por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial que " (...) partiendo de la doctrina del artículo 1.346.6º del Código Civil , interpretado, entre otras, por las SSTs de 29 mayo 2001 y 14 enero 2003, ambas de la Sala 1ª, y 20 octubre 1987, de la Sala 2ª, ha de considerarse que nos encontramos ante un bien de naturaleza privativa, pues la indemnización recibida halla su razón de ser en la reparación que se procuró dar al perceptor por los perjuicios que se le causaron, primordialmente en su cuerpo, y ello hace que esa reparación tenga naturaleza de bien propio y exclusivo de quien la recibe, desde el momento en que no consta que pueda ser considerado como ganancial, al no intervenir en absoluto la condición de común ni de su origen, ni tampoco que la condición de casado en un régimen de comunidad pueda influir de ninguna manera en su nacimiento". En el mismo sentido, entre otras, sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de noviembre de 2003 , y de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 21 de febrero de 2001 .

SÉPTIMO.- Por ello la más moderna doctrina jurisprudencial -v.g., las SSTs de 22 diciembre 1999 y 29 junio 2000 - se viene inclinando, en lo que se refiere a las indemnizaciones derivadas de la extinción de la relación laboral, por considerarlas como bienes de naturaleza privativa y no ganancial, al aplicar el artículo 1346.3 del Código Civil , sobre la idea de que poseen una clara proyección de futuro, ajenas a los principios del régimen de la sociedad de gananciales, y ello tanto se entienda que son un derecho patrimonial inherente a la persona, ya un bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular, como sería el salario futuro. Esta consideración lleva a entender que la indemnización que la esposa recibió como consecuencia de la póliza de seguro concertada con la empresa en la que aquella estaba trabajando, y al haber sido declarada en incapacidad permanente para el trabajo, tiene naturaleza privativa y por ello no debe incluirse en el haber de la sociedad de gananciales, por lo que debe desestimarse el recurso en este extremo y mantener la exclusión de dicha partida de la masa común correspondiente, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada habida cuenta la singularidad de lo cuestionado."



Consecuentemente con ello, la indemnización obtenida por materialización del riesgo de invalidez permanente a que daba cobertura el seguro privativo del actor, goza de la dicha naturaleza privativa, en cuanto resarce la pérdida de la capacidad, bien absolutamente personalísimo, que no se asemeja a las percepciones derivadas del trabajo, de la realización de actividad laboral, por lo que, siendo pacífico que la cantidad fue invertida en la sociedad legal de gananciales tan repetida, existe un crédito en favor del recurrente y contra su sociedad conyugal por el dicho importe de 91.819,17 ? netos, siendo lo único que se hubiera podido considerar ganancial lo aportado al seguro constante la vigencia de la sociedad, más las cuotas no han sido siquiera objeto de mención a lo largo del proceso.

DÉCIMO.- Al ser estimado parcialmente el recurso, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas que se puedan generar en la presente alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la L.E.Civil .

UNDÉCIMO.- La estimación parcial del recurso determina la devolución del depósito constituido para recurrir en apelación, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

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

III.- FALLAMOS

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por Dº. Gonzalo frente al auto de 29 de mayo de 2.013, y ESTIMANDO parcialmente el deducido frente a la sentencia de fecha 24 de julio de 2.013 , ambos recaídos en juicio sobre formación de inventario seguido por aquel contra Dª. María Teresa bajo el número 1/2.013, ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de los de Alcalá de Henares, Madrid, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicho auto, y REVOCAMOS parcialmente la sentencia de 24 de julio de 2.013 , ACORDANDO: Se incluye en el pasivo del inventario de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes, un crédito en favor de Dº. Gonzalo y contra meritada sociedad, por importe de 91.819,17 ?.

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.

Hágase devolución del depósito constituido para recurrir en apelación.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciendo saber que frente a la misma, conforme consolidado criterio del Tribunal Supremo no cabe recurso alguno.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe