

SAP de Bizkaia de 13 de marzo de 2009

En Bilbao, a trece de marzo de dos mil nueve

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados, los presentes autos de procedimiento ordinario nº 449/05, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Guecho y seguidos entre partes: Como apelante-demandada D. Feliciano representado por el procurador Sr. Francisco Javier Zubieta Garmendia y defendido por el letrado Sr. José Antonio Vitorica Fuertes, y, como parte apelada-demandante que se opone al recurso de apelación D.ª Rocío representada por el procurador Sr. Alfonso José Bartau Rojas y defendida por la letrada Sra. Isabel Sánchez Duque; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 2 de noviembre de 2007.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 2 de noviembre de 2007 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: QUE ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Dª Rocío, con Procurador D. Alfonso Bartau Rojas y letrada Dª Isabel Sánchez Duque, y de otra como demandado D. Feliciano, con Procurador D. Francisco Javier Zubieta Garmendia y Letrado D. José Antonio Vitorica Fuertes, Y QUE DEBO DECLARAR Y DECLARO a) que en la liquidación de la sociedad de gananciales formalizada en su día por ambas partes mediante Escritura de Capitulaciones Matrimoniales de fecha 19 de mayo de 2.004, ante el Notario de Bilbao D. José Ignacio Uranga Otaegui, se ha producido una lesión en perjuicio de la demandante Dª Rocío por valor superior a la cuarta parte, b) el derecho de la demandante a adicionar a dicha liquidación, los bienes que no fueron incluidos en la Escritura de Capitulaciones Matrimoniales de fecha 19 de Mayo de 2.004, procediendo a su adjudicación por las normas de la partición y liquidación de la herencia, Y QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO al demandado estar y pasar por dicha declaración y a realizar dichas operaciones particionales, y asimismo a satisfacer a la demandante Sra. Rocío, la cantidad que ha resultado de la prueba pericial practicada por el Perito Judicial Auditor Censor Jurado de Cuentas D. Jose María reflejada en el Informe de fecha 10 de septiembre de 2.007, más el abono de los intereses legales correspondientes, con indemnización de los daños y perjuicios causados que serán cuantificados en fase de ejecución de sentencia.

Con imposición de las costas procesales a la parte demandada."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación del demandado se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que,

admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 324/08 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO OLASO AZPIROZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El matrimonio formado por D^a Rocío y D. Feliciano otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales el día 19 de Mayo de 2004 en la Notaría de D. José Ignacio Uranga Otaegui, en la que modificaron su régimen matrimonial que era el de comunicación foral vizcaína por el de separación absoluta de bienes; y, a tal objeto, procedieron en aquel momento a liquidar su comunidad de bienes inventariando los mismos, previa determinación de diversos conceptos de activo y pasivo, en la cantidad neta de 83.776,22 euros, por lo que cada uno de ellos se adjudicó bienes por valor de 41.888,11 euros.

Así consta en la copia de la referida escritura aportada como documento nº 3 de la demanda, en la que el Sr. Notario siguió el guión sobre el inventario y el reparto efecto de bienes que se le aportó (Documentos 1 y 2).

La acción promovida en Octubre de 2005 por D^a Rocío, aunque amparada en términos genéricos en los *preceptos relativos a la rescisión de la liquidación por causa de lesión en más de la cuarta parte* de los bienes adjudicados (*artº 1.410* que remite a los *artículos 1.074 y siguientes del Código Civil*), lo que pretende realmente es que se complete o adicione el inventario de la liquidación con aquellos bienes que fueron omitidos, de conformidad con lo previsto en el *artº 1.079* del propio texto legal; y, como quiera que acusa a su cónyuge Sr. Feliciano de maniobras conducentes, tanto a descapitalizar diversas cuentas corrientes y cuentas de valores durante los meses anteriores al otorgamiento de la escritura (poniendo el dinero así obtenido en lugar desconocido, que después de la liquidación volvió más o menos a su origen) al objeto de que aquellas arrojaran unos saldos de dinero y acciones a su conveniencia, cuanto a ocultar directamente de cara al inventario otros bienes concretos propiedad de la comunidad (fundamentalmente unos fondos de pensiones), solicitaba en su demanda que la liquidación de esta se adicionara o completara a costa del demandado, condenándole a indemnizar en la cantidad correspondiente, que resultara de la prueba.

La sentencia dictada por el juzgado de instancia, con estimación íntegra de la demanda, declaró que en la liquidación del régimen matrimonial de que se trata se produjo, en efecto, una lesión en perjuicio económico de la accionante superior a la cuarta parte del

importe de su hijuela, declaró su derecho a adicionar a dicha liquidación los bienes omitidos en la escritura de 19 de Mayo de 2004; y, en su consecuencia, condenó al demandado Sr. Feliciano a pasar por los pronunciamientos anteriores, a realizar las operaciones particionales omitidas y a pagar a la Sra. Rocío la cantidad resultante de la prueba pericial practicada por el auditor y censor jurado de cuentas D. Jose María en su informe de 10 de septiembre de 2007 (que por cierto asciende a la cantidad de 93.323,13 euros, intereses incluidos), así como los daños y perjuicios a cuantificar en ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- Señala el recurrente, como primer motivo de su recurso, que la sentencia del juzgado de instancia adolece de incongruencia, en el sentido de condenar al recurrente por dos veces por el mismo concepto, que son los activos a los que se alude en el hecho quinto del escrito de demanda, a saber, el saldo en la c/c en el BBVA identificada con el número que finaliza en 532364, el saldo del Multiplan de Pensiones individual del BBVA, el saldo PP de empleo de BBVA y el saldo del Fondo de Inversión Fondmadrid; conceptos todos ellos que no se incluyeron en la liquidación practicada el 19 de mayo de 2004; la sentencia condena al pago de la cantidad que resulta del informe pericial rendido por el auditor Sr. Jose María, en el que ya se incluyen los activos del hecho quinto de la demanda y, al mismo tiempo, condena a adicionar a la liquidación dichos activos omitidos, por lo que se está produciendo una duplicidad condenatoria respecto a dichos conceptos.

El asunto era más propio de haberse aclarado en la instancia, lo que el recurrente ya pretendió pero sin respuesta por parte de la juzgadora de instancia, con el pretexto de que se trataba de una modificación del fallo; pero es evidente que la condena a adicionar conceptos a la liquidación hecha en su día y la condena a pagar la cantidad económica en que los mismos se valoren ha de hacer referencia a idénticos activos integrados en la comunidad del régimen matrimonial para evitar que finalmente se produzcan duplicidades; mas, como quiera que el fallo de la sentencia de instancia contiene un pronunciamiento de condena a pagar al que, con independencia de la pretensión fundamental del recurso de que se desestime la demanda, el recurrente se aquieta en términos subsidiarios solicitando que se le condene a pagar la cantidad de 49.902,29 euros (esto es, con exclusión del valor de los activos omitidos según el hecho quinto de la demanda) y que, por otra parte, la recurrida no se ha opuesto frontalmente a recibir un pago en metálico que ha reputarse consecuencia de su pretendido complemento o adición de la partición, en la parte dispositiva de esta resolución se fijará en términos económicos el importe del perjuicio para la Sra. Rocío, si lo hubiere, con condena al pago de su importe y como resultado de que se considere acreditado o no la omisión, a la fecha de la liquidación, de activos pertenecientes a la comunidad matrimonial, en su más amplio espectro.

TERCERO.- Se defiende por el recurrente, en la misma forma en que lo hizo al contestar a la demanda, que la fijación de los bienes en el inventario de la sociedad matrimonial que sirvió luego de base a la liquidación de la misma y a la adjudicación de aquellos (Documentos 1 y 2 de la demanda), se hizo en atención a un pacto al que llegaron ambos cónyuges consistente en que se tuvo en cuenta el dinero y las acciones de titularidad privativa del Sr. Feliciano que este había aportado al matrimonio, el porcentaje del precio de la que luego fue vivienda familiar (calle DIRECCION000, nº NUM000 a) de Guecho) que se había pagado con el dinero privativo del Sr. Feliciano aunque luego se escrituró por mitad entre ambos novios con notable beneficio para la

Sra. Rocío, todo ello antes del matrimonio, y las aportaciones a las cuentas bancarias de titularidad del Sr. Feliciano del metálico donado o heredado de los familiares de este que, por tanto, revirtió en beneficio de la familia, etc. etc.; y que, en virtud de ese pacto, actualizando las cantidades correspondientes a los conceptos antedichos con arreglo a la peritación del Auditor y censor jurado de cuentas D. Luis, no ha lugar a completar ni adicionar nada a la liquidación de la sociedad matrimonial pues la Sra. Rocío ha percibido bienes por anticipado; o, en otro caso, deberá hacerse la adición o complemento de la partición por la diferencia entre las cantidades actualizadas de uno y otro informe pericial.

El motivo no se admite, en la medida que la existencia del referido pacto, en los términos que el recurrente pretende, no se ha acreditado en forma alguna, siendo la prueba de cargo del Sr. Feliciano, cuya falta por tanto solo a este debe de perjudicar; se desprende, ciertamente, de la documentación aportada y del informe emitido por el perito Sr. Luis que la aportación al matrimonio de bienes privativos del Sr. Feliciano, en estado de soltero, o procedentes de su familia es algo que se corresponde con la realidad; pero también es cierto que esos bienes se utilizaron en beneficio de la familia, de la misma forma en que también pudo aportar bienes privativos la Sra. Rocío, teniendo el mismo destino a lo largo de los casi veinte años que duró el matrimonio; pero lo interesante no es eso; lo único relevante a la hora de liquidar una sociedad matrimonial son los concretos bienes existentes cuando tiene lugar la disolución del régimen matrimonial; el régimen de comunicación foral del matrimonio de los litigantes no es distinto, a la hora de disolverlo contractualmente por un pacto capitular mediante el que los cónyuges pasan voluntariamente al régimen matrimonial de separación de bienes, a lo que ocurre cuando se disuelve un régimen matrimonial de gananciales (*artº 1.392-4º del Código Civil*); como en este, habrá que computarse en el activo de la sociedad los bienes existentes en el momento de la disolución (*artº 1.397-1º Código Civil*); y, si bien es cierto que con arreglo al *artº 1.346-1 del mismo texto, son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes y derechos que les correspondan al comenzar la sociedad, como quiera que en este caso el Sr. Feliciano aportó únicamente bienes fungibles como son determinado dinero en una cuenta del BBVA y unas acciones fácilmente convertibles también en metálico, no es descabellada la presunción de que los bienes existentes en la sociedad matrimonial veinte años más tarde, cuando se disuelve, pertenecen en su integridad a esta por haberlos adquirido durante el matrimonio, en parte, con las aportaciones privativas en dinero y acciones que el Sr. Feliciano hizo, de conformidad con el *artº 1.355 del Código Civil*.*

En cuanto a las donaciones hechas por los familiares del Sr. Feliciano durante su matrimonio, no deben formar parte del haber partible, de conformidad con lo dispuesto en el *artº 1.346-2º del Código Civil*, al no tratarse de donaciones hechas en favor de ambos cónyuges conjuntamente durante el matrimonio (*artº 1.339 y 1.353 Código Civil*) sino tan solo en favor del Sr. Feliciano ; procedería descontar, por tanto, la cantidad actualizada de 31.551,42 euros con arreglo al informe del perito Sr. Luis.

Ha de descontarse, por el mismo motivo, el Fondo de Inversión Fondmadrid por importe de 9.986,17 euros por proceder, por vía hereditaria, de los padres de D. Feliciano.

Procede descontar, asimismo el importe de 2.163,05 euros correspondiente al Multiplan Plan de pensiones Individual integrado en BBVA 10 Fondo de pensiones, del que es

titular el recurrente, por ser privativo del mismo, de conformidad con el *artº 1.349 y 1.346-5º del Código Civil*, así como por haberlo declarado así la jurisprudencia; esta señala que pertenece a la comunidad matrimonial un crédito contra el titular del plan de pensiones por el importe actualizado de las cantidades pagadas por aquella durante el matrimonio; pero, en el presente caso, la demandante Sra. Rocío no propuso incluir ese activo, así considerado, sino el saldo final del plan de pensiones, lo que no es admisible pues, como hemos dicho, pertenece a su titular y además ni siquiera se devengó a la fecha de la escritura de liquidación sino que lo percibirá cuando concurra la contingencia prevista legalmente para su efectivo cobro; por añadidura, la Sra. Rocío no ha hecho el menor esfuerzo probatorio sobre los importes concretos de los que se ha podido alimentar dicho Multiplan de pensiones durante la vida matrimonial.

Ha de descontarse también los 56.272,43 euros del Plan de Pensión de Empleo de BBVA; y ello, no solo por los motivos indicados en el párrafo precedente, sino también en el presente caso porque se trata de un fondo de pensiones ideado por la entidad bancaria BBVA en la que el Sr. Feliciano presta sus servicios desde 1.974, es decir, diez años antes de casarse y que se nutre exclusivamente con aportaciones del propio Banco, no del patrimonio del recurrente ni de la comunidad matrimonial, con destino a complementar la pensión que el mismo perciba en su día cuando se jubile o cuando se den las demás circunstancias previstas legalmente para cobrarlo.

Finalmente, nada hay que decir sobre las cantidades aportadas por el Sr. Feliciano en estado de soltero para la adquisición de la que ha sido vivienda familiar (que el perito Sr. Luis actualiza en la cantidad de 23.698.366 ptas. ó 142.430,04 euros) al resultar algo por completo ajeno a la propia liquidación de la sociedad matrimonial y porque ya se ha dicho que no se ha acreditado ningún pacto o acuerdo en relación a dicho importe de cara a fijar el contenido del inventario previo a la liquidación; por lo que, en ese particular, se reserva a las partes el ejercicio de las acciones que tengan por conveniente.

CUARTO.- Como resumen y corolario de todo lo anterior, la conclusión es la siguiente:

La sentencia dictada por el juzgado de instancia estimó producida lesión para D^a Rocío en más de la cuarta parte atendido el valor de las cosas de la comunidad matrimonial objeto de liquidación cuando las mismas le fueron adjudicadas; pero no rescinde la partición sino que ordena completarla con los bienes no incluidos en la escritura de capitulaciones de 19 de Mayo de 2004; y finalmente condena a D. Feliciano a pasar por los pronunciamientos anteriores y a pagar a la Sra. Rocío la cantidad que ha resultado de la prueba pericial practicada por el Auditor censor jurado de cuentas D. Jose María con fecha 10 de septiembre de 2007.

Pues bien, en base a lo razonado en el fundamento jurídico precedente, habrá que eliminar del informe del perito Sr. Jose María la totalidad de lo que engloba bajo la denominación de "Bienes Omitidos" por importe de 68.421,65 euros; del resto de la liquidación (Saldo s/ perito y Total saldo ambos) por importe de 182.100,91 euros, procede descontar el valor actualizado de las donaciones recibidas por el Sr. Feliciano de sus familiares por importe de 31.551,42 euros según el dictamen del perito Sr. Luis, por lo que queda un saldo total de 150.549,49 euros, correspondiendo a cada cónyuge el 50%, es decir, 75.274,74 euros; y como quiera que a la Sra. Rocío se le adjudicaron bienes por importe de 41.888,11 euros, procede adicionar su parte con los 33.386,63 euros restantes más los intereses al 3,6% sobre dicho importe en la forma calculada por el propio perito Sr. Jose María, a cuyo pago se condena al Sr. Feliciano.

QUINTO.- La parcial estimación del recurso supone la estimación parcial de la demanda; lo que implica no efectuar singular pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias, de conformidad con el *artº 394 y 398 LEC*.

VISTOS los artículos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Feliciano contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 5 de Guecho en el juicio ordinario nº 449/05 del que este rollo dimana, revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido de, manteniendo el pronunciamiento de que en la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de comunidad matrimonial otorgada el 19 de mayo de 2004 se produjo una lesión a D^a Rocío por valor superior a la cuarta parte de sus bienes adjudicados, declaramos que el valor de esa lesión asciende a la cantidad de 33.386,63 euros y condenamos al citado recurrente a que pague a la Sra. Rocío el citado importe más los intereses al 3,6% anual sobre esa cantidad en la forma calculada por el perito D. Jose María ; sin expresa imposición de las costas de ambas instancias a ninguna de las partes.

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