

BUSTAMANTE PROCURADORES
Lersundi, 13 - 1ª Izda.
48009 BILBAO
Tfno.: 94 424 70 07
Fax: 94 438 40 00
procuradores@bustamanteesparza.com

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 6
BILBAO (BIZKAIA)

HARROETA ALDAMAR 10 3ª planta- C.P. 48001
TELÉFONO: 94-4016678
FAX 94-4016991

N.I.G.: 98.04.2-03/031/49

Procedimiento: Pro.ordinario L2 701/03-M

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

14 FEB 2005

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

PB2936/03.

SENTENCIA N°

JUEZ QUE LA DICTA: D/DA CARMEN GIMENEZ VECAS

Lugar: BILBAO (BIZKAIA)

Fecha: catorce de enero de dos mil cinco

PARTE DEMANDANTE: ISABEL TORREIRA RAMIREZ

Abogado: JUAN POIRIER BENITO DEL VALLE

Procurador: ALFONSO JOSE BARTAU ROJAS

PARTE DEMANDADA ANGEL VIDAL HERRERO

Abogado:

Procurador: PABLO BUSTAMANTE ESPARZA

OBJETO DEL JUICIO: L09 TIT.IV-VII LI CC

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador Sr. Bartau Rojas, actuando en nombre y representación de D^a Isabel Torreira Ramirez, se presentó demanda de juicio ordinario en fecha 25 de octubre de 2003, frente a D. Angel Vidal Herrero y, en dicha demanda, después de alegar hechos y fundamentos de derecho, solicitó el dictado de sentencia que declarase la procedencia de modificar el contenido del cuaderno particional elaborado por el Sr. Escribano en 7 puntos que se analizarán en el cuerpo de la presente demanda. Solicitó, igualmente, y como consecuencia de la anterior petición, se confeccionase un nuevo inventario y se procediera a una nueva adjudicación de bienes, siguiendo los criterios marcados por los contadores partidores, Srs. Madariaba y Escribano. Por último, solicitó la condena en costas de la parte contraria.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda (quedó registrada como procedimiento ordinario n° 701/03) se dio traslado de la misma a la parte demandada que procedió a contestarla en tiempo y forma solicitando la íntegra desestimación de la misma con condena en costas a la parte contraria.

TERCERO.- En fecha 27 de octubre de 2003, por el procurador Sr. Bustamante, actuando en nombre y representación de D. Angel Vidal Herrero, se presentó demanda de juicio ordinario contra D^a Isabel Torreira Ramirez. En

VENCE APELAR 21/2/05.

ella, después de alegar hechos y fundamentos de derecho, terminó solicitando el dictado de sentencia en la que se condenase a la demandada a aceptar la liquidación de gananciales que la propia parte concretaba en el cuerpo de la demanda, con expresa condena en costas.

CUARTO.- La anterior demanda fue admitida a trámite, quedando registrada como procedimiento ordinario nº 705/03, dándose traslado de la misma a la parte demandada que procedió a contestarla en tiempo y forma, oponiéndose en su integridad a la pretensión planteada de contrario.

QUINTO.- Acordada la acumulación de los dos procedimientos a través del correspondiente auto, se convocó a las partes a la audiencia previa en la que cada una de ellas mantuvo sus peticiones y solicitó el recibimiento del pleito a prueba. Concedida nuevamente la palabra a las defensas de las partes, se procedió a la proposición de prueba y a la posterior admisión de la que se consideró pertinente.

SEXTO.- Las partes fueron convocadas a juicio en el que se practicó prueba documental, prueba testifical, interrogatorio de las partes y prueba pericial. Practicada la prueba, se concedió la palabra a los señores letrados para que formularan alegaciones finales.

SEPTIMO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado las prescripciones legales a excepción del plazo para dictar sentencia, por la preferencia de asuntos en los que resulta afectado el interés de menores y la propia complejidad de la cuestión debatida, derivada, no sólo de las diferentes cuestiones que deben ser objeto de examen, sino también de la abundante documental que integra el procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la medida en que en la presente sentencia va a resolverse la controversia planteada en relación con el cuaderno particional al elaborado por contador dirimente, Sr. Escribano, de fecha 28 de noviembre de 2002 (obra al folio 99 del presente procedimiento) y dado que las dos partes han presentado sendas demandas de impugnación del contenido del referido cuaderno, se hace necesario analizar por separado las impugnaciones realizadas por cada una de ellas. A estos efectos, se comenzará con la demanda presentada por D^a Isabel Torreira, puesto que fue ésta la primera en presentarse ante el juzgado y la que dió origen la procedimiento nº 701/03, al que se acumuló el seguido con el nº 705/03, a instancias de D. Angel Vidal.

Sentado lo anterior, se hace necesario acudir al suplico de esta primera demanda para ir analizando los

diferentes motivos de impugnación del cuaderno particional que la inicial parte actora incorpora.

En primer lugar, se solicita (como motivo de impugnación del referido cuaderno particional en la medida en que dicho cuaderno no recoge esta partida) la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de los depósitos y saldos de toda índole obrantes a nombre de D. Angel Vidal y/o la empresa "Protón Electrónica S.L." o de los cuales tuvieran capacidad de disposición, así como todas las disposiciones, extracciones, transferencias, etc., que de los mismos se hubiera practicado de forma irregular o improcedente desde que el Sr. Vidal inició su administración exclusiva y excluyente el año 1994, incluyendo, en cualquier caso, los saldos finales expresados en los documentos 15 y 16 de la demanda.

Completando este pedimento, incorpora la demanda, como documento nº 15 (folio 187) una certificación de la entidad BBK de fecha 27 de diciembre de 1.994, que recoge un saldo final de 4.272.327,- pesetas. Como documento 16 (folio 189) se incorpora también relación bancaria del Bº Guipuzcoano de fecha 10 de julio de 1.995, con un saldo final de 1.947.300,- pesetas. Ambas cuentas aparecerán a nombre de la mercantil Protón Electrónica S.L..

Fundamenta esta petición el actor en que esta partida no se recoge en el cuaderno particional, puesto que, al referirse a ella, este documento se remite al nº 8 en el que tampoco se da ninguna explicación sobre esta petición. Tampoco existe explicación en un momento posterior (folio 144) en el que el contador parece vincularla a la valoración de la empresa.

Se concreta esta petición aludiéndose por la parte actora a que ha existido una administración fraudulenta, así como diversas disposiciones fraudulentas de fondos gananciales por parte del Sr. Vidal, ya sea en su propio nombre o a través de la sociedad mercantil.

En relación con esta cuestión debe destacarse, en primer término, que no basta con la mera alegación de la existencia de una administración fraudulenta ni tampoco con que, como se asevera en el cuerpo de la presente sentencia, se tenga constancia de que han existido determinadas y concretas actuaciones fraudulentas, sino que, la parte actora, deberá acreditar cumplidamente, a qué disposiciones se está haciendo referencia, debiendo, además, acreditar el destino fraudulento al que se han dedicado. En este caso concreto, no sólo no se ha desplegado esta actividad probatoria, sino que, de la prueba pericial realizada por perito judicial, a instancias de la propia parte actora, resulta (último apartado del informe pericial que esta unido a las actuaciones) que no existe evidencia de gastos o

disposiciones de la empresa destinados a sufragar otros gastos que no estuvieran relacionados con la actividad mercantil. Señala también que las cantidades que fueron adelantadas al Sr. Vidal por parte de la sociedad y que han ascendido a 5715,2 euros en el año 1.995, han sido devueltas en 1.996 por dicho señor.

Teniendo en cuenta el contenido de este informe y también que se considera ganancial, tanto la propia sociedad mercantil como los dividendos repartidos y los que hubieron de repartirse a partir del año 1.995, esta concreta petición de la parte inicialmente actora, debe rechazarse al no constar acreditada disposición fraudulenta alguna (se insiste que si ha existido disposición fraudulenta en otras partidas específicas) que no pueda incluirse en las partidas que más adelante se analizarán.

Tampoco puede incluirse, como partida nueva, los saldos de las cuentas a las que el actor hace referencia, puesto que, las mismas, forman parte del patrimonio de la sociedad mercantil y, por ello, bien se entide que forman parte de su valoración actual o de los dividendos que debieron repartirse, su inclusión como partida independiente supondría el doble cómputo de las cantidades.

SEGUNDO.- Se refiere en el apartado b) del suplico de la parte actora a la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de la suma de 42.070,85 euros (7 millones de pesetas) cobrados de Protón Electrónica, S.L. por D. Angel Vidal, cuantía que constituye un crédito ganancial frente a la indicada mercantil.

Concretando este argumento, se pone de manifiesto en la demanda que se trata de retribuciones o deudas de la sociedad mercantil con el Sr. Vidal que son anteriores a la efectiva separación de los cónyuges. El informe pericial indica que a fecha 31 de diciembre de 1.994 existía una deuda de la sociedad con los socios y el administrador por la cantidad de 21.035,42 euros y la de 12.020,24 euros. Dicho informe indica, igualmente, que estas deudas se abonaron de la forma siguiente: 5715,01 euros en 1.996, 7.512,65 euros en 1.995 y, el resto, en 1.998.

La parte demandada en esta primera demanda (Sr. Vidal) se opone a esta pretensión en la contestación a la demanda, aludiendo de forma confusa, por un lado, a que no consta acreditada esta cuestión y, simultáneamente, indicando que todas las sumas percibidas por el Sr. Vidal han servido para el abono de gastos familiares. En contra de lo mantenido por la defensa del Sr. Vidal, entiendo que si consta acreditado que, al inicio del año 1.995, la sociedad mercantil adeudaba al Sr. Vidal esta cantidad de 7 millones de pesetas. La existencia de la deuda deriva, no sólo del contenido del informe pericial ya citado, sino también, y de forma más

precisa, de la aceptación de la misma que realiza la propia defensa del Sr. Vidal en escrito dirigido al procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales de fecha 24 de septiembre de 1.999 (folio 186), aportado por la parte actora como documento nº 14. En dicho escrito, se hace referencia expresa (en el apartado 12.5) a los créditos que mantiene la sociedad de gananciales en razón a sueldos pendientes sin cobrar por el Sr. Vidal por importe de 7 millones de pesetas al tiempo de dictarse el auto de medidas provisionales. Añade este mismo escrito que según consta en la contabilidad de la empresa, dichos sueldos, ya están pagados.

Entiendo que ha existido una aceptación expresa por la parte demandada de que tal cantidad estaba pendiente de abonarse al Sr. Vidal al inicio del año 1.995. En la medida en que la sentencia de separación de fecha 13 de noviembre de 1.995 y el auto de medidas provisionales de fecha 22 de junio de 1.995, debe concluirse que ese derecho de crédito que mantenía el Sr. Vidal frente a la mercantil es ganancial, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1347 apartado primero del código civil.

Admitida por tanto la existencia de la deuda y el carácter ganancial de la misma, corresponde al esposo acreditar que el destino dado a estas cantidades ha sido el de satisfacer cargas gananciales. A estos efectos debe tenerse en cuenta que, con independencia de cual sea la fecha efectiva que se considere disuelta la sociedad de gananciales, lo cierto es que se acepta por ambas partes que ya en 1.995 existía una completa separación de hecho, por lo que no puede presumirse, a falta de convivencia, que estas cantidades han sido destinadas al abono de cargas o deudas gananciales. A este planteamiento general se añade, en el caso presente, el absoluto control que el esposo ha tenido de las cuentas de la sociedad mercantil con lo que debía ser él, en todo caso, quien acreditara este destino. Debe, igualmente, valorarse que, a partir de este año, las cargas gananciales se venían abonando conforme a las medidas previstas en la sentencia de separación de primera instancia, de fecha 13 de noviembre de 1.995 y en el anterior auto de medidas provisionales de 22 de junio de 1.995.

Por las razones expuestas, debe estimarse esta petición de la parte actora de forma que habrá de incluirse en el correspondiente cuaderno particional un derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente al Sr. Vidal por el importe actualizado de la citada cantidad, teniendo en cuenta para hacer el cómputo correspondiente a la actualización, la fecha en la que se produjo la efectiva entrega de las diferentes cantidades al Sr. Vidal. Para realizar el cómputo se acudirá al contenido del informe pericial, concretamente a su apartado a) de forma que se entenderá abonada la cantidad de 7.512,65 euros, 5.715,01 en 1.996 y el resto, en 1.998.

Aunque la cantidad final reclamada no coincide con la que refleja el citado informe pericial, entiendo que el reconocimiento expreso de la deuda por la parte demandada y la facilidad de la que ha dispuesto el Sr. Vidal para ocultar información contable de la empresa, justifica que se tome como importe a actualizar el de 7 millones de pesetas.

TERCERO.- la siguiente partida a la que se refiere el suplico de la demanda de la Sra. Torreira se concreta en la correcta valoración de la empresa "Protón Electrónica, S.L." a fin de que dicha valoración se incluya en el activo en sustitución de la que incorpora el cuaderno particional del letrado Sr. Escribano.

El citado cuaderno particional recoge en su punto 8 el carácter ganancial de esta mercantil, incorporando una valoración de 10 millones de pesetas.

Por la defensa del Sr. Vidal, en la contestación a la demanda, se rechazó el carácter ganancial de esta sociedad, afirmándose que, la misma, tenía carácter privativo y pertenecía al propio Sr. Vidal.

Existiendo esta controversia y aún cuando, en sentido estricto, la defensa de la Sra. Torreira no impugna la inclusión de esta partida en el cuaderno particional elaborado por el contador dirimente (ya hemos indicado que sólo impugna su valoración) la impugnación de la parte contraria hace necesario realizar un pronunciamiento previo sobre el carácter ganancial de esta sociedad mercantil. A estos efectos, resulta esclarecedor el contenido de las diferentes resoluciones judiciales que se han ido dictando en los diferentes procedimientos que han enfrentado, de una forma y otra, a las partes, aludiéndose en varias de estas sentencias al indudable carácter ganancial de la empresa. El propio contador dirimente llega a esta misma conclusión en su cuaderno particional después de practicar, incluso, periciales contables. Frente a este planteamiento, la parte demandada, no aporta ningún dato nuevo que permita introducir alguna duda sobre la ganancialidad de la mercantil, sino que, simplemente, se limita a alegar que no han existido disposiciones fraudulentas.

En esta situación, comparto plenamente el criterio que incorpora el cuaderno elaborado por el contador dirimente que recoge su folio número 6, una argumentación clara del carácter ganancial de la sociedad mercantil, haciendo referencia al fundamento jurídico primero de la sentencia dictada por la Excmá. Audiencia Provincial de Bizkaia, en autos 475/96, que determina que Protón Electrónica es un negocio familiar, dirigido por el administrador único, Sr. Vidal, y añade que el citado negocio corresponde a la sociedad de gananciales. Con especial claridad se declara en el auto de la Excmá. Audiencia Provincial, de fecha 5 de

julio de 1.997 (folio 93) que el propio esposo ha reconocido la ganancialidad de esta empresa.

Una vez establecida la ganancialidad de la empresa, debe, igualmente, admitirse la pretensión que plantea la parte actora en el sentido de que se fije en el activo el valor real de esta empresa, a fecha actual, en base al informe elaborado por un perito imparcial. En el informe pericial que obra en las actuaciones y fue debidamente ratificado en el acto de juicio, en el apartado c) se indica que "a la hora de obtener la valoración de la empresa, se ha considerado adecuado la obtención de dicho valor aplicando el método de capitalización de resultados, así como el valor teórico de las participaciones, incorporando el importe de las retribuciones variables una vez deducido el efecto fiscal de las mismas" y... Añade que "en base a los valores obtenidos (valor teórico y capitalización de resultados al 31 de diciembre de 2003), parece razonable utilizar como valor de la sociedad el valor medio obtenido por aplicación de los los métodos citados, valor que asciende a 86.955,50 euros, lo que supone un valor por participación de 79,05 euros.

En la medida en que dicho valor ha sido determinado por un perito imparcial, técnico en la materia y sobre el que no recae duda o sospecha alguna de parcialidad, tal valor debe ser tomado como cierto. Aún cuando por la inicial parte actora se intentó acreditar un valor más elevado a través de la declaración de otro experto, es indudable que esta valoración debe rechazarse, no sólo por haberse introducido en el procedimiento de forma inadecuada (se admitió como testifical dado que hasta su práctica no se tuvo constancia de su verdadero carácter) sino también por proceder de un perito en el que no concurren las circunstancias de imparcialidad y objetividad que derivan de su nombramiento conforme a las reglas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los peritos judiciales.

CUARTO.- En el apartado d) del suplico de la demanda, se solicita por la defensa de la Sra. Torreina la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de los importes y saldos obrantes a nombre del Sr. Vidal o a nombre de la mercantil ganancial Protón Electrónica, S.L. destinados por el demandado a cubrir gastos propios, incluidos procedimientos judiciales, publicidad, etc., así como los repartos de beneficio y/o dividendos satisfechos por la mercantil desde el 1 de enero de 1.995 y hasta que se dicte la sentencia.

Este concreto motivo de impugnación del cuaderno elaborado por el contador dirimente -no incluía esta partida- debe ser analizado de forma separada, refiriéndonos en primer lugar a los importes y saldos a nombre del esposo o de la sociedad ganancial que hayan sido destinados por el demandado a cubrir gastos propios. El contador se refiere a esta

partida en el apartado 12.3, en el que alude a un crédito frente al Sr. Vidal por gastos abonados por éste en pleitos planteados por él. Alude a resoluciones judiciales que hablan de abuso al actuar en nombre de esa persona jurídica en defensa de intereses particulares. A pesar de ello, indica que, al no conocer la cantidad exacta de estos gastos, no se recoge ninguna. Tampoco se detalla esta cantidad por la parte actora que alude en el hecho séptimo de la demanda a "importes comunes o de la mercantil Protón Electrónica, S.L. destinado por el esposo a sufragar procedimientos judiciales". Por su parte, el demandado alega que no existe crédito alguno puesto que estos procedimientos se encuentran ya liquidados. Indica, igualmente, que aquellos procedimientos en los que ha actuado Protón Electrónica, S.L. se encuentran dentro de sus cuentas, al tener esta mercantil personalidad jurídica independiente.

Nuevamente, para concretar el montante de esta partida, debe acudirse al informe pericial unido a las actuaciones que fue elaborado por el perito D. Ubaldo Serna Hernández, debidamente ratificado en juicio y que en su apartado d) incorpora una relación de los diferentes saldos de la empresa destinados a sufragar procedimientos judiciales desde el año 1.995 hasta el año 2003.

En la medida en que obran en las actuaciones diferentes resoluciones judiciales que recogen de forma clara y palmaria el abuso de personalidad jurídica que se ha realizado por el Sr. Vidal, que ha utilizado a la sociedad mercantil en defensa de intereses particulares (entre otras sentencias de juicio de Menor Cuantía 590/98 de fecha 13 de abril de 2000 y Auto de la Excm. Audiencia Provincial de fecha 5 de julio de 1.997, folios 84 y 93) entiendo que, aún cuando no sea posible conocer con exactitud la materia sobre la que versaron todos y cada uno de los procedimientos judiciales que dieron origen a los gastos que se detallan, los pronunciamientos judiciales aludidos y la facilidad que tenía el propio demandado de acreditar el objeto de estos procedimientos (no olvidemos que ha tenido un control exclusivo de la actividad económica de la sociedad mercantil) hacen que esa falta de conocimiento exacto, no pueda en ningún caso perjudicar a la actora, de modo que habrá de incluirse en el activo de la sociedad de gananciales el correspondiente derecho de crédito de ésta frente al esposo, por el importe actualizado de las diferentes cantidades destinadas por éste al abono de gastos judiciales (según contenido del informe pericial). Tales cantidades deben regularse gananciales al derivar o constituir beneficios o dividendos obtenidos de la sociedad mercantil Protón Electrónica. En definitiva y como veremos en otras partidas, estaríamos ante unas cantidades que debieron ser objeto de reparto como dividendos de la sociedad mercantil y que, al haber sido destinadas a otros fines de forma fraudulenta por el Sr. Vidal, dan lugar al correspondiente derecho de

reembolso. No es posible en este momento cuantificar esta cantidad puesto que será necesario realizar las operaciones de actualización correspondientes de cada una de las cantidades de los diferentes años, desde 1.995 hasta 2002, y hasta la fecha en que definitivamente se complete y detalle el cuaderno particional. (como veremos, no queda más remedio que diferir la cuantificación definitiva a la fase de ejecución de sentencia).

Por las razones a las que ya nos referimos en el análisis de la impugnación del apartado a) del suplico, no puede incluirse ningún otro saldo o disposición, dado que no consta su destino fraudulento.

Siguiendo con el estudio de esta concreta impugnación que recoge el suplico de la demanda de la Sra. Torreira, se hacía referencia a los repartos de beneficios y/o dividendos satisfechos por la mercantil desde el día 1 de enero de 1.995 hasta el dictado de la sentencia firme.

Sobre esta cuestión, el contador partidor, no recoge ninguna explicación clara, sino que parece remitirse al apartado 8, en el que tampoco alcaza su posible inclusión.

Nuevamente debe resolverse la cuestión planteada acudiendo al informe pericial unido a las actuaciones. Concretamente, el apartado e) contiene una relación de los dividendos repartidos por la empresa desde el año 1995 hasta el año 2003, indicando, igualmente, qué cantidad se ha repartido al Sr. Vidal y cuál a la Sra. Torreira. Se indica que el criterio seguido para el reparto ha sido el de atribuir al esposo el 90,90 % de los dividendos y a la esposa el 9,10% de tales dividendos.

Como quiera que se ha mantenido y reiterado el carácter ganancial de la sociedad mercantil, también tendrán este carácter, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.347 del Cº Civil, los dividendos o beneficios obtenidos por la empresa que habrán de dividirse al 50%. Sentado lo anterior, es evidente que existe un derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente al Sr. Vidal, por el importe de los dividendos gananciales obtenidos por la empresa Protón Electrónica, S.L. y que no fueron repartidos siguiendo esa proporción de reparto al 50% entre los dos cónyuges. De forma más clara existirá este derecho de reembolso por la diferencia entre el reparto de dividendos efectuado y el que debía hacerse, conforme a esa participación igualitaria. También en este caso deberá concretarse la cuantía de esta partida con las correspondientes actualizaciones desde el año 1.995 hasta aquel en el que efectivamente, y de manera definitiva, se concreten estas cantidades, una vez firme esta sentencia.

QUINTO.-- La anterior partida debe completarse con los

derechos de crédito que derivan del estudio de la siguiente impugnación que incorpora el suplico de la inicial parte actora, que alude a los sueldos de D. Angel Vidal desde enero de 1.995 hasta la disolución del régimen matrimonial. Nuevamente, estamos ante una partida no mencionada por el cuaderno elaborado por el contador dirimente, Sr. Escribano.

La defensa del esposo rechazó esta petición indicando que los sueldos eran privativos desde la fecha de la separación. Alegó que la sociedad de gananciales se había extinguido con la separación de hecho y, en todo caso, con el auto de medidas provisionales de fecha 22 de junio de 1.995.

Con independencia de la fecha que, a efectos formales, se considere disuelta la sociedad de gananciales, lo cierto es que no puede dejarse de tener en cuenta que, a partir del año 1.995, existía una incuestionable separación fáctica de los cónyuges, resultando, igualmente, de la sentencia dictada ese año, la declaración de disolución del régimen económico matrimonial. Este pronunciamiento no fue objeto de recurso, sin que conste, en modo alguno, que a partir de este año, existiera confusión entre los ingresos obtenidos por uno y otro cónyuge, quedando cubiertas las cargas del matrimonio por las medidas adoptadas en esta sentencia y en la anterior resolución judicial. Desde este planteamiento, entiendo que no sería equitativo incluir dentro del activo de las sociedades de gananciales las retribuciones obtenidas por el esposo a partir de esta fecha, en la medida en que, se insiste, las economías de ambos esposos estaban ya claramente separadas y, tampoco formará parte del activo, el ingreso obtenido durante estos años por la esposa.

El anterior planteamiento no permite, sin embargo, excluir del activo de la sociedad de gananciales más que el sueldo que, razonablemente, y en los términos que constan en el informe pericial elaborado, debió corresponder al esposo durante estos años. ya se ha indicado de forma reiterada el control que tenía el Sr. Vidal de las cuentas de la empresa y el uso abusivo que hizo de él (uso abusivo que resulta palmario para diferentes órganos jurisdiccionales⁹). También en este punto nos encontramos con una subida de las remuneraciones fijas claramente superior a la que le correspondería, según el convenio de la actividad en estos años. Resulta esclarecedor el contenido del informe pericial que recoge la diferencia entre la retribución percibida y la retribución que debía percibir el Sr. Vidal, conforme al convenio.

Teniendo en cuenta lo anterior, y partiendo de una retribución de 26.271,56 euros en el año 1.995, debe considerarse como disposiciones fraudulentas que darán lugar al correspondiente derecho de reembolso de la sociedad de gananciales, las diferencias existentes en los años siguientes entre esta retribución percibida y la que debió

percibirse, según el incremento derivado del convenio del sector. También en este caso, esta partida y su montante exacto, deberá concretarse en ejecución de sentencia, con las actualizaciones de las cantidades que recoge el apartado b) del informe pericial en los diferentes años. Habrá de añadirse, en su caso, las diferencias que pudieran existir en los años posteriores a 2003.

Para finalizar con esta partida, deben igualmente ser considerados como abusivos y fraudulentos, los actos de reconocimiento del Sr. Vidal, a su favor, de retribuciones variables en los términos que recoge en el tantas veces citado informe pericial. En el acto de juicio, el perito explicó que entendía que, estas retribuciones variables, eran en realidad beneficios encubiertos, explicando las razones por las que llegaba a esta conclusión. Este planteamiento es plenamente asumido por quien suscribe y supone, una vez más, la constatación de la conducta incorrecta del Sr. Vidal, derivada del abuso de su posición como administrador de la empresa mercantil. En la medida en que dicha remuneración resulta abusiva y no está justificada, existe un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales, por el importe actualizado de estas remuneraciones. Tal derecho, se basa en último término, en que si estas remuneraciones no se hubieran abonado, hubieran constituido beneficios o dividendos de la sociedad que debieron ser repartidos al 50%.

El montante exacto de esta partida deberá también calcularse después de actualizadas las cantidades que recoge el informe pericial y, en su caso, las que pudieran haberse percibido por le Sr. Vidal en los años posteriores a 2003.

SERVO.- Finalmente, en el apartado e) del suplico de la demanda, solicitaba la defensa de la Sra. Torreira que se incluya en el activo de la sociedad de gananciales el local primero derecha entrando al portal del edificio sito en la calle Novia Salcedo nº 18, de Bilbao, así como las rentas y/o beneficios dejados de percibir del referido local. En base a esta petición, justifica la exclusión del activo del apartado g) que recoge el cuaderno particional elaborado por el Sr. Escribano.

Con carácter subsidiario y para el caso de no incluirse en el activo de la sociedad de gananciales este bien inmueble, solicitaba el mantenimiento del indicado apartado g), al que deberá adicionarse, en el activo de la sociedad de gananciales y como crédito frente al Sr. Vidal, los gastos de acondicionamiento del local reiterado y los gastos de escrituras de compraventa, hipotecas, incluyendo todos los tributos y gastos notariales, registradores, etc..

Comenzando por la petición principal de inclusión en el activo de la sociedad de gananciales del local situado en la calle Novia Salcedo nº 18, el contador dirimente, no incluye

este bien inmueble en el activo, al entender que la lonja se adquiere por el Sr. Vidal en estado de soltero, a través de contrato privado de 4 de marzo de 1.981. Indica que constando que el matrimonio no se produjo hasta el 7 de agosto de 1.982 y que la elevación a escritura pública se produjo el 19 de mayo de 1.983, estaríamos ante un bien privativo, puesto que la primera parte del precio se abonó por el esposo antes del nacimiento de la sociedad de gananciales con el matrimonio. Reconoce, no obstante, un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales, por las cuotas del préstamo hipotecario suscrito para la adquisición del inmueble, que se abonaron después de la celebración del matrimonio. Concretamente, fija esta cantidad en 782.147,- pesetas que, con las correspondientes actualizaciones hasta la fecha en que se elaboró el cuaderno particional, se fijó en 11.961,80 euros.

La parte actora mostró su claro rechazo a esta fundamentación poniendo de manifiesto diferentes datos que, según sus alegaciones, resultaban de la documental unida a las actuaciones. Indicó que en la escritura pública de fecha 19 de mayo de 1.983, realizada un año después de contraer matrimonio, nada se indicaba acerca del carácter no ganancial del inmueble. Afirmaba, igualmente, que diferentes resoluciones aludían al carácter ganancial de esa lonja (auto de medidas provisionales, sentencia de separación en primera y segunda instancia, sentencia de juicio de menor cuantía 590/98 y Auto de la Excm. Audiencia Provincial de 5 de julio de 1.997) Se refirió también al resultado de la prueba de confesión del esposo en la pieza de medidas provisionales y a la propuesta de inventario extrajudicial que se presentó por la parte contraria y en la que se incluía, dentro del activo, a la citada lonja. A modo de conclusión, se destacó que, el razonamiento seguido por el contador dirimente, era erróneo, puesto que no le constaba el abono del precio por parte del esposo, debió aplicar la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Cº Civil, y considerar ganancial el inmueble.

Por la defensa del Sr. Vidal se mantuvo el carácter privativo del inmueble, destacando que, el mismo, se compró a través de un contrato privado con anterioridad al matrimonio, quedando en la fecha de la celebración de éste, únicamente una parte del precio por abonar. Puso, igualmente, de manifiesto que, la propuesta de convenio presentada, formaba parte del inicio de las negociaciones extrajudiciales de las partes y, que por este motivo, sólomente podrá ser considerada como válida como propuesta global y no como aceptación de una concreta partida.

En este punto, entiendo acertada la no inclusión de la lonja en el activo de la sociedad de gananciales, pues aún cuando el cuaderno particional no recoja con la precisión que sería descable los argumentos a favor de su exclusión, lo

cierto es que estamos ante un bien inmueble comprado por el esposo con anterioridad al matrimonio, de forma que, en el momento de la celebración de éste, una parte del precio ya había sido abonado. Analizando la diferente documental a la que alude la parte actora, se observa que únicamente la sentencia dictada en primera instancia (folio 267) se refiere de manera clara e inequívoca a esta lonja, poniendo de manifiesto que su precio fue de 1.800.000,- pesetas y que, el mismo, se pagó de la forma siguiente: 400.000,- pesetas al formalizarse el contrato, 550.000,- pesetas mas intereses, a través de letras giradas desde abril de 1.981 hasta septiembre de 1.982, inclusive, por importe de 33.610,- pesetas y, el resto, 850.000,- pesetas, no se pagaron en este momento, sino que el comprador las utilizó para ago de hipoteca que el vendedor tenía concertado. Se indica, igualmente, que los efectos se abonaron con cargo a una cuenta de la entidad BBK. Se explica que, examinados los extractos de esta cuenta, se observa la escasa disponibilidad del esposo al contraer matrimonio y también los ingresos periódicos que realizaba la esposa. Como conclusión, indica que, el resto del precio, fue abonado por la esposa o por ambos.

Esta resolución judicial no recoge de manera expresa que la lonja sea ganancial, sino que forma parte del patrimonio de los esposos, pero sin que ello signifique que se esta atribuyendo ese carácter ganancial. A mayor abundamiento, debe destacarse que no resulta aplicable la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Cº Civil, en la medida en que dicha presunción, resulta aplicable a las adquisiciones realizadas por uno u otro cónyuge, o ambos, durante la vigencia de la sociedad de gananciales. En este caso concreto, el inmueble fue adquirido por el esposo antes de contraer matrimonio y consta acreditado que pagó parte del precio (al menos las 400.000,- pesetas se abonaron al formalizarse el contrato. Por ese motivo no puede aplicarse la presunción de que ese precio fue abonado con dinero ganancial, puesto que la sociedad de gananciales, aún no se había constituido. No resulta, por tanto, aplicable esa presunción de ganancialidad por lo que el contador actuó correctamente al poner de manifiesto que, no constando que el precio había sido pagado antes del matrimonio por la esposa, debía presumirse que lo había abonado el esposo. Debe destacarse que, en cualquier caso, el bien no tendría carácter ganancial, sin perjuicio de las reclamaciones que pudieran corresponder a la esposa frente al esposo por las cantidades abonadas por ella para el pago del inmueble con anterioridad al nacimiento de la sociedad de gananciales. En definitiva y por aplicación del artículo 1357, estaríamos ante un bien adquirido por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales y que tendrá, por ello, carácter privativo, aunque parte del precio se haya satisfecho con dinero ganancial. Lógicamente y por aplicación del artículo 1358, existirá un derecho de reembolso a favor

de la sociedad de gananciales por las cantidades abonadas durante su vigencia. Este es el criterio que sigue el contador dirimiendo al recoger en el activo de la sociedad de gananciales las cuotas del préstamo hipotecario abonado durante la vigencia de esta sociedad de gananciales.

Desde este punto de vista, se rechaza la petición principal del actor, manteniéndose, con las correspondientes actualizaciones, el importe establecido en el cuaderno del Sr. Escribano.

Con carácter subsidiario, se solicitó por la parte actora la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de un derecho de reembolso de éstas frente al Sr. Vidal por el valor de los gastos de acondicionamiento del local y de los demás gastos de escritura, registro y tributos que se hubieran abonado con dinero ganancial.

Por lo que respecta a los gastos de acondicionamiento, la petición debe rechazarse, puesto que no consta, ni su existencia, ni tampoco que hayan sido abonados con dinero ganancial. La presunción de ganancialidad, prespecto a los fondos destinados al efecto, exige para su aplicación, al menos, la acreditación de que los gastos se realizaron con posterioridad a la celebración del matrimonio.

Si deben incluirse, por el contrario, los gastos derivados de esta adquisición y que sean consecuencia de la elevación a escritura pública del contrato privado y de su posterior inscripción en el registro (la escritura pública es de fecha posterior al matrimonio) también habrán de incluirse los gastos derivados del pago de tributos, incluido los relativos al impuesto de transmisiones patrimoniales y plusvalías, si se hubieran producido. Respecto a estos gastos, si sería aplicable la presunción de que, a falta de prueba en contrario, los mismos, fueron abonados, vigente la sociedad de gananciales, con dinero ganancial.

SEPTIMO.- Concluye el suplico de la demanda formulada por la Sra. Torreira, con la petición de actualización de disposiciones, saldos y demás cantidades que integran las diferentes partidas analizadas hasta la fecha en que se produzca su concreto reintegro y pago. Esta petición, ya se ha ido exponiendo a lo largo de los fundamentos de la sentencia, debe ser estimada, con la precisión de que los cálculos definitivos, por la complejidad de los mismos y por la incertidumbre que resulta del desconocimiento de la fecha en que quedará firme esta sentencia, habrá de hacerse en ejecución de la misma, teniendo en cuenta las bases y principios que aquí se fijan.

Se refiere, por último, el apartado tercero del suplico de la primera de las demandas acumuladas, a que, por las modificaciones que solicita del cuaderno particional, se

procede a realizar una nueva adjudicación de bienes, en la que deberán seguirse los criterios marcados por los contadores Sr. Madariaga y Escribano.

Lógicamente, en la medida en que se declara la existencia de nuevas partidas en el activo, deben completarse las adjudicaciones realizadas a los cónyuges. A pesar de ello, lo cierto es que ni esta parte ni la contraria (como veremos esta materia constituye uno de sus principales motivos de impugnación) alegan criterios jurídicos que permitan cuestionar las atribuciones que incorpora el contador dirimente en el cuaderno impugnado. Concretamente, y en relación con la defensa de la Sra. Torreira, la demanda no expone estas razones jurídicas no concreta qué modificaciones deben hacerse en las adjudicaciones. Aún, cuando en fase de alegaciones trató de concretar esos cambios aludiendo a la conveniencia de que continuase la titularidad conjunta de la mercantil "Protón Electrónica, S.L." lo cierto es que, esta petición, fue claramente extemporánea, por lo que no puede formar parte del objeto del presente litigio.

OCTAVO.- Resueltas las cuestiones planteadas por la demanda de la Sra. Torreira, debe analizarse el suplico de la demanda presentada por el Sr. Vidal (Tramitada como procedimiento 705/03)

Este suplico, se limita a hacer una referencia a la condena a la demandada a aceptar la liquidación de gananciales señalada en la demanda. Dejando al margen que la parte pudo ser mucho más precisa en este punto, se hace necesario analizar las diferentes alegaciones que recoge la demanda, en relación con las partidas del cuaderno del Sr. Escribano que impugna.

En primer lugar, se muestra disconforme con que le sea atribuido al Sr. Vidal el mobiliario y enseres de la casa que los cónyuges poseían en Valgañón. No discute que estos bienes integren el activo, ni tampoco aporta fundamentación jurídica alguna que permita considerar errónea o improcedente la adjudicación realizada por el contador dirimente. A falta de esta argumentación -se limita a indicar que su cliente no tiene interés en tales bienes y que, en todo caso, debían adjudicarse en dos lotes de igual valor- el motivo de impugnación debe rechazarse.

En segundo lugar, impugna la defensa del Sr. Vidal la inclusión en el activo de la mercantil Protón Electrónica, S.L. y la valoración que incorpora el cuaderno del Sr. Escribano. Estas dos cuestiones ya han sido objeto de análisis y de pronunciamiento en anteriores fundamentos de derecho.

En tercer lugar, se impugna la inclusión en el activo por el contador partidario de la partida relativa al apartado

h) del cuaderno particional que alude a "casa unifamiliar en Castro Urdiales, otorgándole un valor de 19.956,61 euros.

En este punto, entiendo que la inclusión de estapartida, además de no fundamentarse con la debida precisión, resulta improcedente. Aceptándose que la compra se produjo el 2 de diciembre de 1.998 y la sentencia de 2ª instancia es de 17 de diciembre de 1.998, entiendo que no resulta aplicable la presunción que incorpora el cuaderno particional de entender hecha esta adquisición (se puso de manifiesto por la defensa del Sr. Vidal que la compra no llegó a efectuarse) con los frutos del negocio ganancial. Tal presunción no es admisible en la medida en que, de lo actuado en el procedimiento y resuelto en esta sentencia, a través de la prueba pericial ratificada en juicio, ha sido posible cuantificar las disposiciones fraudulentas realizadas por el Sr. Vidal de los dividendos de la empresa.

Recogidas tales cantidades en las diferentes partidas que van a añadir al activo, solo puede concluirse que, esta adquisición, (el dinero a cuenta dado para ella por el Sr. Vidal) procede de sus retribuciones ordinarias como gerente de la mercantil. Como ya se ha indicado en esta misma sentencia, entiendo que no pueden incluirse en el activo de la sociedad de gananciales los sueldos ordinarios y legítimos percibidos por el Sr. Vidal en los años posteriores a la efectiva separación de los esposos. Por estos motivos, debe excluirse del activo esta concreta partida.

En cuarto lugar, se impugna por la defensa del Sr. Vidal la partida i) del cuaderno elaborado por el contador dirimente, relativa al crédito por alquiler de una lonja ganancial sita en la calle Sabino Arana, con un valor de 33.241,29 euros. Se limita a alegar que estas cantidades ya fueron valoradas como ingresos del Sr. Vidal en la sentencia de separación para fijar las pensiones que debía abonar. Careciendo de consistencia jurídica este argumento, entiendo que ningún motivo de impugnación real y jurídico permite excluir esta partida.

Por último, se impugna, de forma también genérica y sin previsión jurídica, otras adjudicaciones que el cuaderno del Sr. Escribano realiza -lonja y dinero- sin que los argumentos expuestos puedan ser considerados como argumentos jurídicos que al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.417 y siguientes del Cc. permitan modificar tales adjudicaciones.

NOVENO En materia de costas procesales, habiéndose estimado parcialmente tanto la demanda planteada por la Sra. Torreira como la instada por el Sr. Vidal, no resulta procedente imponer las costas causadas a ninguna de las partes.

FALLO

Que debo estimar y estimo, parcialmente, la demanda de juicio ordinario de impugnación de cuaderno particional, de fecha 28 de noviembre de 2002, elaborado por el letrado Sr. Escribano, presentada por la representación procesal de D^a ISABEL TORREIRA RAMIREZ frente a D. ANGEL VIDAL HERRER y

Que debo estimar y estimo, también parcialmente, la demanda de juicio ordinario de impugnación del mismo cuaderno particional, presentada por la representación procesal de D. ANGEL VIDAL HERRER frente a D^a ISABEL TORREIRA RAMIREZ y, en consecuencia, debo declarar y declaro que, el inventario de los bienes y derechos de la sociedad de gananciales constituida por ambos, se integra de las siguientes partidas:

ACTIVO

-1º) Se mantienen las partidas que recoge el cuaderno del contador dirimente en los apartados a), b), c) y d).

-2º) Se mantiene la partida del apartado e)- negocio familiar denominado PROTON ELECTRONICA, S.L., con la valoración de 86.955,50 euros.

-3º) Se mantiene la partida del apartado f) del cuaderno particional.

-4º) Se mantiene la partida g) del cuaderno particional, pero la misma se completa con un derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente al Sr. Vidal por el importe (a calcular en ejecución de sentencia) de los gastos de Escritura Pública, Registro e impuestos que deriven de la adquisición de la citada lonja.

-5º) Se excluye la partida h) del cuaderno particional.

-6º) Se mantiene la partida recogida en el apartado i)

-7º) Se añaden las siguientes partidas: (no recogidas en el cuaderno particional):

- Derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente al Sr. Vidal, por el importe actualizado correspondiente a los 7.000.000,- de pesetas, abonadas por la empresa PROTON ELECTRONICA, S.L. al Sr. Vidal en concepto de atrasos por sueldos y otros conceptos, anteriores al 1 de enero de 1.995. El cálculo se efectuará en la forma y actualizaciones que recoge el correspondiente fundamento de esta resolución.

- Derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente al sr. Vidal, por disposiciones hechas por éste de cuentas o saldos de la entidad PROTON ELECTONICA, S.L., para abonar gastos de procesos judiciales. El cálculo se efectuará según las bases y criterios recogidos en el correspondiente fundamento de derecho de esta resolución.

Derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente al Sr. Vidal, por el importe de los dividendos gananciales obtenidos por la empresa PROTON ELECTRONICA, S.L., y que no fueron repartidos o se repartieron indebidamente por el Sr. Vidal. Dentro de esta partida se incluyen, según lo expuesto en la sentencia, tres conceptos distintos:

* Dividendos encubiertos o suma con las correspondientes actualizaciones de las retribuciones variables percibidos por el Sr. Vidal en los términos que constan en el informe pericial obrante en autos a los que se añadirán, en su caso, las que hubiera percibido en 2004 o en años sucesivos.

* Dividendos incorrectamente repartidos - se incluirán las cantidades actualizadas resultantes de la diferencia entre el reparto efectuado y el que realmente debió hacerse, en los términos que constan en el citado informe pericial y en los fundamentos de esta sentencia. A esta cantidad se añadirá, en su caso, la que resulte de repartos incorrectos del año 2004 o en años sucesivos.

* Dividendos no recogidos como tales pero sí como exceso fraudulento del sueldo fijado para el sr. Vidal. El cálculo se hará conforme a las cantidades que recoge el informe pericial, con las actualizaciones correspondientes y añadiendo, en su caso, los excesos fraudulentos -siguiendo el criterio que fija el convenio del sector- abonadas como sueldo al sr. Vidal durante el año 2004 y años sucesivos.

Respecto a las adjudicaciones que incorpora el cuaderno particional impugnado, se mantienen en su integridad (lógicamente, con exclusión de la adjudicación al esposo de la partida h), relativa a casa unifamiliar en Castro Urdiales) y siguiendo el criterio que recoge el propio cuaderno, se adjudican al Sr. Vidal los derechos de crédito de la sociedad de gananciales frente a él, que recoge, como nuevas partidas, este fallo. Paralelamente, y una vez efectuadas en fase de ejecución la concreciones necesarias, se fijará la cantidad que definitivamente se haya adjudicado a uno u otro esposo y se reconocerá, de esta forma, la compensación económica que habrá de abonar el que haya tenido adjudicaciones por mayor valor al que las haya recibido por valor inferior.

No se hace expresa condena en costas a ninguna de las partes.

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia
Administrazioaren Ofiziozko Papera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 LECr). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECr).

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