

Roj: STS 854/2013
Id Cendoj: 28079110012013100099
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1887/2010
Nº de Resolución: 80/2013
Procedimiento: Casación
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Marzo de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación e infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada como consecuencia de autos de juicio ordinario 742/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Granada, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Ramona , el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, y don Nicolas , representado por la procuradora doña Amalia Jiménez Andosilla. Habiendo comparecido ambas partes en calidad de recurridas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La procuradora doña Ana Roncero Siles, en nombre y representación de don Nicolas , interpuso demanda de juicio ordinario, contra doña Ramona y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que la condene a la demandada doña Ramona a los siguientes pronunciamientos :

1.- Que la escritura de disolución y **liquidación** de la **sociedad de gananciales**, otorgada entre el actor y la demandada de fecha 30 de diciembre de 1977 ante el Notario de Granada Sr. Martínez del Marmol (documento 2), si bien se acordó la separación de bienes de ambos esposos, lo que es acto válido en la **liquidación** y adjudicación de la **sociedad de gananciales** fué nula radical por simulada, ya que se adjudicaron todos los bienes de valor a favor de la esposa, entre ellos las acciones de Hidaque SL, el piso que constituía el hogar familiar en Calle General Narvaez y resto de inmuebles, mientras que al esposo se le adjudicaron bienes sin valor alguno, representado en acciones técnicamente quebradas o terrenos sin valor.- En consecuencia se declarará que ambos esposos eran propietarios por mitad y proindiviso de tales bienes entre ellos el piso de la CALLE000 hogar conyugal, mientras que las participaciones sociales de la **sociedad** Hidaque S.L eran privativas de mi mandante por ser anteriores al matrimonio.

2.- Se declare que las 2.856 participaciones sociales de la **sociedad** Avenida de Anda Luces nº 3 SL, que posee la propiedad del edificio del mismo nombre, procede de bienes privativos de mi mandante, por ser anteriores a su matrimonio, lo mismo que su promoción del edificio denominado Darok SL, constituida para gestionar los alquileres y el negocio de restaurante, sito en dicho edificio, al pertenecer íntegramente a la **sociedad** Avd de Andaluces 3 S.L, tienen igual carácter que ella. Que el hecho de estar a nombre de la demandada como esposa del mismo, lo ha sido en calidad de fiducia cum amico, debiendo reintegrar la titularidad de los mismos a mi mandante por ser un legítimo propietario, para lo cual se dictará sentencia reconociendo la propiedad y titularidad de mi mandante, para que así se así se inscriba en los Registros de las **Sociedades** correspondientes.

3.- Se declare que la totalidad de las acciones que figuran a nombre de la demandada en las **sociedades** Dasigo SA (7400 en usufructo vitalicio), las 3780 acciones en Mibinca SA, y las 2 400 acciones e la **Sociedad** Camping Marbella Playa S A, y de la que es titular ya sea en pleno dominio o sólo en usufructo vitalicio con reserva de los derechos políticos y económicos, son propiedad del actor Don Nicolas , adquiridos constante matrimonio, pero ya en régimen de separación de bienes, y por tanto habiendo efectuado las adquisiciones y

desembolsos con dinero privado. Que el hecho de estar a nombre de la demandada como esposa del mismo, lo ha sido en calidad de fiducia cum amico, debiendo reintegrar la titularidad de los mismos a mi mandante por ser su legítimo propietario, para lo cual se dictará sentencia, reconociendo la propiedad y titularidad de mi mandante, para que así se inscriba en los Registros de las **Sociedades** correspondientes.

4.- Se declare en cuanto a los bienes inmuebles del piso en AVENIDA000 número NUM000 esquina a CALLE001 NUM001 , portal NUM002 , planta NUM003 , puerta NUM004 de Sevilla y plaza de garaje el local comercial de Fuengirola en calle Víctor de la Serna edificio Santa Mónica y puesto de atraque número NUM005 del pantalan NUM003 de Puerto Banús, que figura como titular registral la demandada, lo es en concepto defiduciaria "cum amico", siendo el único propietario en pleno dominio de tales bienes mi mandante, por adquisición constante matrimonio bajo régimen de separación de bienes y adquirido con dinero privativo, y se ordene sus inscripciones a nombre del actor, librando los correspondientes mandamientos a los Registros de la Propiedad en donde constan inscritos.

De forma subsidiaria el caso de que se considerara, no solamente simulada la **liquidación** de la **sociedad de gananciales** y adjudicación de sus bienes, efectuada mediante la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 30 de Diciembre de 1.977, sino también el cambio en el régimen económico del matrimonio por considerarse simulado frente a terceros, deberán considerarse todos los bienes como **gananciales** y en tal caso como copropietarios al 50% de los mismo, tanto actor como demandada, no solo aquellos anteriores a dicha escritura , sino incluso los posteriores, declarandose así en sentencia y ordenandose su inscripción en uno u otro caso, en los distintos Registros de la Propiedad y titularidad de dichos bienes y acciones y participaciones sociales.

En tal caso, se considerarán también como bienes **gananciales** los pisos NUM006 NUM008 y NUM007 NUM003 de la planta NUM004 de CALLE002 NUM009 en el Serrallo, en unión de los aparcamiento número NUM010 y NUM006 y trastero número NUM011 , adquiridos con caracter privativo por la demandada que han sido adquiridos por ella, constante matrimonio.

5.- Se le condene al pago de las costas el procedimiento por ser de justicia que pido.

2.- La procuradora doña Maria del Pilar Galvez Domínguez, en nombre y representación de doña Ramona , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda deducida contra mi mandante, absolviendo de todos los pedimentos que se contienen en la demanda y condenando en costa a la parte actora.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Granada, dictó sentencia con fecha 3 de marzo de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando íntegramente la demanda formulada a instancia de la procuradora doña Ana Roncero Siles, en nombre y representación de don Nicolas contra doña Ramona , representada por la procuradora doña Maria del Pilar Galvez Dominguez:*

a) *Se declara nula, por simulación, la liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de sus bienes efectuados mediante la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 30 de diciembre de 1977.*

b) *Se declara nulo, por simulación, el cambio en el régimen económico del matrimonio estipulado, también por escritura de 30 de diciembre de 1977.*

c) *Se declaran todos los bienes como gananciales y en tal caso, copropietarios al 50% de los mismos, tanto actor como demandada, no sólo aquellos anteriores a dicha escritura , sino incluso los posteriores.*

d) *Se ordenan las inscripciones pertinentes en uno u otro caso, en los distintos Registros de la Propiedad.*

Asimismo se imponen las costas causadas a la parte demandada.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Ramona , la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha 25 de junio de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Esta Sala ha decidido revocar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de esta Ciudad y, estimando parcialmente la demanda, declaramos que la totalidad de participaciones sociales de la mercantil Avda de Andaluces 3 S.L, pertenecen por mitad a don Nicolas y a doña Ramona , debiendo ser reconocida de esta forma su titularidad, ordenando la inscripción en los libros de socios de la expresada sociedad. Absolvemos a la demandada de los demás pedimentos*

formulados tanto principal como subsidiariamente en la demanda todo ello sin imposición de costas de ambas in instancias.

TERCERO .- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso **recurso de casación** la representación procesal de doña Ramona con apoyo en los siguientes MOTIVOS:PRIMERO.- Se alega la infracción de los arts. 1435 y 1437 CC , en relación con los arts. 1315 , 1325 y 1392 del mismo texto legal , considerando que se han vulnerado dichos preceptos por la sentencia recurrida ya que la misma pese a reconocer la plena validez y eficacia de las capitulaciones matrimoniales de 30 de diciembre de 1977, y por tanto del régimen económico matrimonial de separación de bienes, declara como bien **ganancial** las 2/3 partes del edificio ubicado en AVENIDA001 , nº NUM012 de Granada, el cual fue adquirido por la recurrente mediante escritura pública de compraventa de fecha 10 de febrero de 1978, y por tanto con posterioridad al establecimiento del régimen de separación de bienes. **SEGUNDO.-** Se alega la infracción del art. 1347 CC , en relación con los arts. 1315 , 1325 y 1392 del mismo texto legal , considerando que el edificio citado en el motivo anterior ha de tener la consideración de bien privativo de la recurrente. **TERCERO.-** Se alega la vulneración de la doctrina jurisprudencial en materia de comunidad postganancial o comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa **ganancial** . **CUARTO.-** Se alega la infracción del art. 609 CC sobre adquisición de la propiedad, en relación con el art. 1462 del mismo texto legal sobre entrega de la cosa vendida, en cuanto a la consideración de bien privativo del edificio sito en AVENIDA001 , nº NUM012 , el cual fue adquirido únicamente por la recurrente. **QUINTO.-** Por la infracción de la doctrina jurisprudencial en materia de fiducia cum amico.

La representación procesal de don Nicolas , interpuso un doble recurso: **extraordinario por infracción procesal y casación** . El primero se basó en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO:** Se alega la infracción de los arts. 336.3 , 337 , 452 , 454 , 460 y 238.3 de la LEC , al entender la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al no admitir el informe pericial de la parte recurrente. **SEGUNDO.-** Se aduce la infracción de los arts. 265 , 282 , 283 , 284 , 338 , 339 , 452 y 454 de la LEC , en cuanto a la no admisión de dos informes periciales. **TERCERO.-** La parte recurrente desiste de este motivo; **CUARTO .-** Se alega la infracción de los arts. 337 , 338 , 339 y 426 de la LEC , nuevamente en relación con la denegación de prueba pericial, conllevando ello una indefensión. **QUINTO, SEXTO, SEPTIMO Y OCTAVO .-** En los cuales se alega la infracción de los arts. 217, en relación con los arts. 317 , 319 , 322 , 326 y 327 de la LEC , por considerar que de la documental obrante en autos se desprende tanto la fiducia cum amico de los bienes que figuran a nombre de la demandada como la privacidad de los bienes litigiosos.

El escrito de interposición del **recurso de casación** se articula en los siguientes **MOTIVO:PRIMERO.-** En el cual se considera infringido los arts. 1346 , 1352 , 1315 , 1316 , 1396 , 1320 y 1334 CC , discrepando de la calificación de los bienes litigiosos, entendiendo que éstos son de naturaleza privativa; **SEGUNDO.-** Se alega la infracción de los arts. 1281 y 1282 CC , considerando que resulta acreditado el hecho de la fiducia cum amico de las capitulaciones matrimoniales así como el carácter privativo del edificio de AVENIDA001 , nº NUM012 de Granada; **TERCERO.-** Se aduce la vulneración de los arts. 1398 , 1358 y 1359 CC , en cuanto al hecho de que si se declara la no pervivencia de la **sociedad de gananciales**, la conclusión sería la de privacidad de los bienes . **CUARTO.-** Se alega la infracción de los arts. 1275 , 1276 , 1261 , 1315 , 1316 , 1320 y 1328 CC considerando la nulidad de la escritura de 1977 por falta de causa y tratarse de un contrato simulado. **QUINTO.-** Se alega la infracción de los arts. 609 , 633 y 1334 CC en cuanto a prueba de los contratos simulados. **SEXTO.-** Se alega la infracción de la doctrina jurisprudencial del negocio fiduciario.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 7 de junio 2011 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a las partes para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de doña Ramona , y la procuradora doña Amalia Jiménez Andosilla, en nombre y representación don Nicolas , presentaron escrito de impugnación a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día doce de febrero del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 30 de diciembre de 1997, d. Nicolas y doña Ramona , que estaban casados en régimen de **gananciales** desde el día 20 de febrero de 1959, otorgaron escritura de capitulaciones

matrimoniales en la que convienen un régimen económico matrimonial de separación de bienes y liquidan el haber **ganancial** hasta entonces existente. Este nuevo régimen se mantuvo hasta que en el año 2006 se produjo la ruptura matrimonial. Es a partir de entonces cuando se inician por parte del Sr. Nicolas actuaciones judiciales tendentes a obtener la nulidad de las citadas capitulaciones matrimoniales con base en una pretendida simulación de la **liquidación** de los **gananciales** y la existencia de una *fiducia cum amico*, que amparaba en los siguientes hechos: i) la gran diferencia de valoración que se había hecho figurar de los bienes de cada uno de los lotes con indudable beneficio a su esposa; ii) la inclusión de bienes privativos del esposo como **gananciales**, especialmente los referidos a su participación en el negocio de Hidaque SL; iii) la no inclusión en el inventario de otros muchos bienes, ya fueran **gananciales** o privativos; iv) la simulación de ciertas cantidades de dinero, que no tenían justificación, así como de **sociedades** que estaban quebradas, sin actividad para compensar al esposo la adjudicación de los bienes inmuebles a la esposa y poder equilibra los lotes; v) la titulación a favor de la esposa de la mayor parte del patrimonio recibido por la participación en Hidaque SL, y de dos tercios del edificio de la AVENIDA001 NUM012 de Granada, perteneciente al patrimonio de esta **sociedad**, que estaba a nombre de uno de los socios y vi) la titulación a favor de la esposa como la mayor partícipe en varias de las **sociedades** que fundó el esposo, especialmente la **sociedad** Dasigo SA.

De forma subsidiaria interesó que se declarase la ganancialidad de todos los bienes y la copropiedad al 50% de los mismos para ambos litigantes. Esta solución es la que acogió la sentencia del Juzgado que estimó íntegramente la demanda, al entender acreditado que tanto la **liquidación** de la **sociedad** de **gananciales** como el cambio de régimen de separación de bienes, eran nulos por simulación al tratarse de negocios fiduciarios "*cum amico*", comportando tal nulidad la copropiedad de las partes respecto de los bienes existentes al tiempo de otorgar la escritura, cuya nulidad se declara como de los adquiridos con posterioridad.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia recurrida y estimó parcialmente la demanda, declarando que la totalidad de las participaciones sociales de la mercantil "Avenida de Andaluces, 3, S.L." pertenecían por mitad a ambas partes litigantes. De la valoración de las pruebas practicadas entendió que no resultaba acreditado que el régimen de separación de bienes establecido mediante escritura pública de fecha 30 de diciembre de 1977, fuera simulado ni que hubiese una *fiducia cum amico* con la finalidad de proteger el patrimonio familiar frente a terceros.

D. Nicolas formuló contra la citada sentencia un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Doña Ramona interpuso únicamente recurso de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE D. Nicolas .

SEGUNDO.- Se formulan ocho motivos, de los cuales el tercero ha sido desistido. El primero, segundo y cuarto van a ser analizados conjuntamente. Los tres tienen que ver con la prueba pericial que no fue admitida en ninguna de las instancias y que es la misma que la parte recurrente interesa que se practique por la Sala, y que por razones obvias ha de ser rechazada por cuanto es aquella que rechazó el tribunal de apelación, y ella solo puede ser admitida, conforme resulta del párrafo segundo del artículo 471 LEC, en cuanto resulte imprescindible para acreditar la vulneración denunciada en el recurso por infracción procesal, de modo que, si no se apreciara la infracción consistente en el rechazo de la prueba, habrá que devolverla a la parte recurrente y, si se apreciara, habrá que reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la sentencia recurrida para que el tribunal de segunda instancia vuelva a dictar sentencia valorando la prueba en cuestión (art. 476, Apdo. 2, párrafo cuarto, LEC) - STS 19 de noviembre 2012 -.

El primer motivo se alega la infracción de los artículos 336.3, 337, 452, 454, 460 y 238.3, todos ellos de la LEC, al entender que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva al no admitir el informe pericial. En el desarrollo del motivo se citan, además, los artículos 265, 338 y 429.1, de la misma Ley, y el artículo 24 de la CE. En el segundo motivo se aduce la infracción de los artículos 265, 282, 284, 338, 339, 452 y 454, en relación con los artículos 460.2 LEC y 283.3 LOPJ, en cuanto a la no admisión de dos informes periciales. En la argumentación se citan asimismo los artículos 265, 426. 1 y 2, 427 y 429.1 LEC y 24 CE. En el cuarto motivo se alega la infracción de los artículos 337, 338, 339 y 426 de la LEC, y 24 CE, nuevamente en relación con la denegación de prueba pericial.

Todos ellos se desestiman.

1.-Dice la STS de 27 diciembre 2010, lo siguiente: "(A...)... La regla general de aportación de los dictámenes periciales elaborados por los peritos designados por las partes se contiene en los artículos 336.1 LEC -en su redacción vigente por razones temporales, anterior a la reforma efectuada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial

- y 265.1.4.º LEC. Estos preceptos establecen que los dictámenes periciales elaborados por los peritos designados por las partes, en las que éstas apoyen sus pretensiones y estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, sean incorporados al proceso con la demanda y con la contestación y, aunque los preceptos no lo digan, con la reconvencción y con la contestación a la reconvencción.

La excepción a esta regla general se establece en el artículo 337.1 LEC - en su redacción vigente por razones temporales, anterior a la reforma efectuada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Ofician judicial- en el que se dispone que «(s)i no les fuese posible a las partes aportar los dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso antes de iniciarse la audiencia previa del juicio ordinario o antes de la vista en el juicio verbal».

Esta previsión ha de integrarse con las disposiciones del artículo 336. 3 y 4 LEC , que exigen justificar cumplidamente la imposibilidad de la presentación de tales dictámenes con la demanda o con la contestación.

De este sistema normativo se sigue que la LEC pretende que, en el momento de la celebración de la audiencia previa, las partes tengan y hayan podido examinar los dictámenes periciales elaborados por los peritos de las partes en que funden sus respectivas pretensiones por ser determinantes y servir de base y fundamento a las mismas. El respeto a los principios de contradicción, de interdicción de la indefensión y de igualdad de armas en el proceso exige que las partes tengan conocimiento desde el inicio del procedimiento de todos los elementos sustanciales en que la parte contraria funda su pretensión. Esta misma premisa informa también el régimen normativo de presentación de documentos que deriva de los artículos 264 LEC y 265 LEC y de las tasadas excepciones de los artículos 270 LEC y 271 LEC , en su redacción vigente por razones temporales".

Ocurrió en este caso que el Juzgado, primero, y la Audiencia, después, denegaron la prueba pericial porque no se había ofrecido cumplida justificación de que " *las acciones que ejercitaba con la demanda pudieran perjudicarse de esperar a la elaboración de los informes*". Es más, se dice lo siguiente: "*debemos reputar lo contrario a la vista de la ingente y extensísima documentación acompañada con la demanda que, sin duda, ha debido tardar semanas y meses la dirección letrada en obtenerla y teniendo en cuenta que la escritura de disolución y **liquidación de gananciales** cuya nulidad se pretende data de casi treinta años antes de la interposición de la demanda*". Lo que se indicó en la demanda, que la sentencia reputó insuficiente, es que "*se aportará un informe pericial exhaustivo y completo del valor que tenían tales bienes al momento de la adquisición, y al momento de la **liquidación de la sociedad de gananciales**, para comprender el desfase económico en el reparto y la irrealidad del mismo, lo que anuncia a los efectos del art. 337.1 de la LEC , dado que por la premura y laboriosidad de esta demanda no ha sido posible contar con dicho dictamen*".

Sin duda, el pretexto de la premura y laboriosidad en la redacción de la demanda no acredita la imposibilidad de obtener el informe pericial para aportarlo con la misma. Ni se ofreció ni se acompañó documentación complementaria que acreditara que la defensa de su derecho no le permitía interponerla hasta la emisión de los dictámenes que presentó casi siete meses después y tres días antes de la audiencia previa, que se celebró el lunes 9 de junio. Desde luego, esta forma de actuar ni permite hacer efectivo el principio de contradicción con todas las garantías, ni se corresponde con lo que es practica habitual en la redacción y preparación de una demanda judicial que tiene como sustento, entre otras cosas, una discrepancia sobre la valoración de los lotes que les fueron adjudicados a cada uno de los cónyuges en la escritura de capitulaciones, por más que se intente hacer valer lo contrario.

2.- Ni en la solicitud de prueba de la segunda instancia, ni en el auto desestimatorio de la prueba, ni en el posterior recurso de reposición, se cita el artículo 338 de la LEC , sobre aportación del dictamen pericial referido a las alegaciones efectuadas en la contestación a la demanda, ni tampoco se justifica que los extremos que se pretende acreditar vienen referidos a hechos que no estuvieran en el relato fáctico de la demanda en la que se parte de un reparto desigual de los bienes **gananciales** en las capitulaciones matrimoniales con indudable beneficio para la Sra. Ramona .

3.- Es carga de la parte que alega indefensión justificar la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, demostrando que la actividad probatoria que no fue admitida era decisiva en términos de defensa y que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (SSTC 157/2000, de 12 de junio , FJ 2 c), 147/2002, de 15 de julio , FJ 4, 70/2002, de 3 de abril , FJ 5, 116/1983, de 7 de diciembre , FJ 3, SSTS de 14 de diciembre de 2007, RC núm. 4824 / 2000 , 30 de octubre de 2009, RC núm. 846 / 2004 , 23 de junio de 2010, RC núm.

320 / 2005), lo que no se ha hecho en este caso en el que incluso se admite que "el cuadro con acciones de **sociedades** quebradas o sin valor para equiparar los lotes, e incluso no incluir otros bienes que podían ser **gananciales** que estaban en documentos privados (los pisos y locales de Fuengirola-Los Boliches) es suficiente para dejar acreditado ese desfase de valoraciones y esa simulación de capitulaciones y **liquidación** de **sociedad** de **gananciales**, sin necesidad de prueba pericial alguna". Pero es que, además, la sentencia de la Audiencia efectúa una valoración de la prueba que si obraba en los autos para extraer las conclusiones pertinentes sobre la igualdad del reparto y ausencia de simulación.

4.- El derecho de tutela efectiva se satisface mediante el acceso de las partes al proceso sin limitación de garantías ni impedimento alguno para alegar y demostrar en el proceso los propios derechos (SSTC 40/1994, de 15 de febrero , 198/2000, de 24 de julio) mediante la obtención de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho (SSTS de 24 de enero de 2003, RC núm. 2031/1997 , 6 de abril de 2006, RC núm. 3555/1999 , 25 de mayo de 2010, RC núm. 931/2005).

No se ha vulnerado el derecho de tutela efectiva de la recurrente porque ha obtenido una respuesta a su pretensión de incorporación del informe pericial motivada en Derecho, primero en el Juzgado, después en el auto dictado en la tramitación de la segunda instancia y, finalmente, en esta sentencia, ni tampoco se ha visto privado de oportunidad alguna de alegación ni de formulación de los recursos procedentes. La denegación de aportación del informe pericial de parte tiene su fundamento en la aplicación de una norma prevista por la LEC y como se ha visto, ninguna indefensión material se ha producido.

5.- El artículo 429.1 LEC , que se cita también en el motivo, señala lo siguiente: "Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente". Cierto es que esta novedosa institución procesal no encaja con uno de los principios esenciales del procedimiento, como es el de justicia rogada o principio dispositivo, una de cuyas manifestaciones es la de dejar a la iniciativa de las partes la aportación de las pruebas que consideren necesarias a su derecho. Así lo dice la Exposición de Motivos de la Ley, según la cual "es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente previsión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela", añadiendo que "no se entiende razonable que el órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho".

Se trata de una norma que no elimina la carga de la prueba que establece el artículo 217, a cuyas reglas se somete el juez para resolver el asunto, incluidas las derivadas de una falta de prueba. Este mecanismo procesal es, además, discrecional. Surge de la mera consideración del juez de que las pruebas propuestas no son suficientes para esclarecer los hechos. Discrecional es también ("podrá") señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente a partir de los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos. Consiguientemente, su omisión no supone infracción de las normas del proceso ni afecta al derecho de las partes causándoles indefensión. Finalmente, la insuficiencia probatoria puede venir dada por los propios elementos de prueba aportados por las partes, incluso de la prueba judicialmente insinuada.

TERCERO.- Los motivos quinto, sexto, séptimo y octavo, se formulan al amparo del artículo 469.1 y 2 de la LEC y se invoca la infracción del artículo 217, en relación con los artículos 317 , 319 , 322 , 326 y 327 de la LEC , por considerar que de la documental obrante en autos se desprende tanto la *fiducia cum amico* de los bienes que figuran a nombre de la demandada como la privacidad de los bienes litigiosos. En breve síntesis, la que permite la extensión de los motivos, cuestiona la valoración de la prueba documental obrante en autos en cuanto a la existencia o inexistencia del negocio fiduciario y la calificación de los bienes litigiosos como privativos o **gananciales**, sosteniendo como argumento de inicio que el Juzgado de 1ª instancia tuvo en cuenta toda la extensa documentación aportada con la demanda y audiencia previa por la parte actora, lo que no hizo la Audiencia Provincial a pesar de que toda esa documentación estaba reconocida, valorada y aceptada, haciendo unas valoraciones totalmente distintas e incompatibles con esa documentación y resto de la prueba practicada, todo ello con escasa argumentación y falta de motivación.

Todos ellos se desestiman.

La Sentencia de esta Sala de 22 de febrero 2011 , en lo que aquí interesa, declarara lo siguiente:

1.- Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC por estar este motivo de infracción procesal reservado al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia», normas que comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado. en este sentido se ha dicho (SSTS de 15 de noviembre de 2010 , RIP 610/2007 , 14 de junio de 2010 , RIP 1101/2006 y 13 de octubre de 2010 , RIP núm. 764/2007).

En consecuencia, la valoración probatoria solo puede revisarse por el cauce adecuado (al amparo del artículo 469. 1 , 4.º LEC), bien acreditando la existencia de un error patente o arbitrariedad en dicha valoración (SSTS de 20 de junio de 2006 , 17 de julio de 2006), o bien por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada (SSTS de 16 de marzo de 2001 , 10 de julio de 2000 , 21 de abril de 2005 , 9 de mayo de 2005), por cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008, RC núm. 1789/03 , 30 de junio de 2009, RC núm. 1889/2006 , 6 de noviembre de 2009 , RCIP núm. 1051/2005 , 15 de enero de 2010, del Pleno, RC núm. 1516/2005 y 18 de marzo de 2010, RC núm. 2621/2005).

Este conjunto de reglas impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer, así como también postular como más adecuada la valoración de la prueba efectuada por el Juzgado de Primera Instancia frente a la llevada a cabo por el tribunal de apelación (SSTS de 9 de mayo de 2007, RC núm. 2097/2000 , 27 de mayo de 2007, RC núm. 2613/2000 , 15 de abril de 2008, RC núm. 424/2001 , 30 de junio de 2009, RC núm. 1889/2006 , 29 de septiembre de 2009, RC núm. 1417/2005).

2.- También se ha dicho reiteradamente por esta Sala que, aunque una amplia interpretación del artículo 469.1.2.º LEC comprende la infracción de las normas relativas a la carga de la prueba (SSTS de 1 de octubre de 2009, RC núm. 690/2005 y 8 de octubre de 2010, RC núm. 2143/2006), no puede obviarse que esta vulneración se produce únicamente en los supuestos en que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia (por el tribunal, y no por la parte), se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el artículo 217 LEC , no sirviendo la cita del referido artículo para discutir la convicción del juez sobre la prueba practicada ni para valorar nuevamente todo el material probatorio (entre otras, SSTS de 8 de octubre de 2010, RC núm. 2143/2006 y 19 de octubre de 2010, RC núm. 2562/2003). No puede alegarse la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba al tiempo que se impugna la valoración de pruebas efectivamente practicadas (STS 10 de julio de 2003, RC núm. 3511/1997) y la alegación de haberse vulnerado la carga de la prueba no permite examinar si la prueba tomada en cuenta por la Audiencia Provincial para la fijación del hecho controvertido tiene o no la entidad suficiente (STS 29 de junio de 2001, RC núm. 1481/1996). La mera imposibilidad probatoria de un hecho no autoriza, sin más, a invocar el principio de facilidad probatoria (SSTS de 8 de octubre de 2004, RC núm. 2651/1998 y 14 de junio de 2010, RC núm. 1101/2006).

3.-En cuanto al valor probatorio de los documentos públicos, la jurisprudencia que interpreta el artículo 319.1 LEC , citado como infringido, declara que solo hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documentan, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella pero no impiden la apreciación del tribunal, en relación con los demás medios de prueba, sobre las consecuencias que pueden derivarse de estas circunstancias (SSTS 22 de octubre de 2009, RC núm. 552/2005 , 16 de diciembre de 2009, RC núm. 1309/2005 , 23 de febrero de 2010, RC núm. 370/2006 y 14 de junio de 2010, RC núm. 1101/2006).

Pues bien, ocurre en este caso lo siguiente:

Primero. No acierta con la vía adecuada para impugnar la valoración probatoria del tribunal sentenciador, que es la del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC , y se omite citar como infringido el artículo 24 de la Constitución , con el que a su vez habría que poner en relación la regla legal de valoración de la prueba de cuya vulneración resultara el error patente o la arbitrariedad o falta de lógica de dicha valoración probatoria. Además, en palabras de la sentencia de 17 de mayo de 2010 , "la propia extensión del alegato del motivo desvirtúa en gran medida que los errores probatorios denunciados sean patentes, es decir, manifiestos o visibles sin necesidad de un especial esfuerzo".

Segundo. Lo que se propone en el motivo es, en realidad, que esta Sala haga una nueva valoración conjunta de la prueba en el sentido que interesa al recurrente, pretensión incompatible con la naturaleza extraordinaria del recurso por infracción procesal (SSTS 13 de noviembre de 2009 , 4 de enero , 9 de febrero 16 de abril y 17 de mayo 2010).

Tercero. Lo que se ofrece como errores de valoración, no es algo que resulte de la prueba sino de las propias deducciones de quien recurre.

Cuarto. La carga de la prueba del hecho que sirve de fundamento a la acción, esto es, el reparto desigual del patrimonio **ganancial**, con la complejidad que resulta de la prueba de unos hechos que tuvieron lugar hace treinta años, corresponde a quien lo invoca.

Quinto. Como sostiene la recurrida, al haber mostrado el recurrente conformidad con la sentencia del juzgado que declaraba **gananciales** todos los bienes, y no apelar la desestimación de su pretensión principal, con la sola excepción de lo referente a AVENIDA001 NUM012 , ningún sentido tiene mantener la discusión de la supuesta *fiducia* . El carácter **ganancial** de los bienes provendría de la nulidad de las capitulaciones y no de ulteriores negocios fiduciarios.

RECURSO DE CASACIÓN DE D. Nicolas .

CUARTO.- Se articula en seis motivos. El primero refiere la infracción de los artículos 1346 , 1352 , 1315 , 1316 , 1396 , 1320 y 1334, todos ellos del Código Civil , discrepando de la calificación de los bienes litigiosos, porque entiende que éstos son de naturaleza privativa.

Se desestima.

Una y otra parte litigante otorgaron capitulaciones sobre la base o presupuesto esencial de que todos los bienes que se repartían tenían la consideración de bienes **gananciales**, y así lo dijeron en el expositivo IV. Pero, además, la sentencia recurrida declara probado que las acciones de Hidaque tenían carácter **ganancial** hasta el momento de dichas capitulaciones. Es cierto que el artículo 1352, introducido por la ley 11/1981, de 13 de mayo , no estaba vigente en el momento del reparto y que sería posible una retroactividad interpretativa de la norma, pero lo que no es posible es traer a colación una norma posterior a las capitulaciones sin respetar los efectos jurídicos ya producidos por voluntad expresa de ambas partes que decidieron dotarlas de carácter **ganancial** y atribuírselas a la esposa.

QUINTO.- El segundo se alega la infracción de los artículos 1281 y 1282 CC , considerando que resulta acreditado el hecho de la *fiducia cum amico* de las capitulaciones matrimoniales así como el carácter privativo del edificio de AVENIDA001 , nº NUM012 de Granada.

Se desestima.

Lo que pretende es invalidar la escritura de capitulaciones porque era el esposo quien compraba y decidía poner los bienes a nombre de la esposa. Esto no es un problema de interpretación sino un evidente intento de revisar la prueba en razón de un reparto no equitativo de los bienes entre los cónyuges. Lo cierto es que la sentencia analiza no solo la escritura, sino los actos anteriores y posteriores a la **liquidación** sin advertir que hubiera una voluntad distinta de la que expresaron en ella.

SEXTO.- En el tercer motivo se aduce la vulneración de los artículos. 1398 , 1358 y 1359 CC , en cuanto al hecho de si se declara la no pervivencia de la **sociedad de gananciales**, la conclusión sería la de privacidad de los bienes.

Se desestima.

Este motivo hace supuesto de la cuestión, puesto que parte de datos fácticos que son distintos de los probados y pretende convertir el recurso de casación en una tercera instancia (SSTS de 22 de mayo de 2002 , así como las 28 de octubre de 2004 . 8 de abril de 2005); además, introduce cuestiones nuevas sobre las cantidades de dinero que se pretenden como privativas, lo que no es posible.

SÉPTIMO.- En cuarto motivo vuelve a hacer supuesto de la cuestión en el sentido de partir de hechos que no han sido declarados probados o prescindir de los probados (SSTS 9 febrero , 4 abril y 15 de noviembre de 2012). Cita los artículos 1275 , 1276 , 1261 , 1315 , 1316 , 1320 , 1328 y 1407, que en su desarrollo complementa con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y con el artículo 1282, sobre interpretación, sin que de tan numerosa cita de artículos se colija como ha podido infringirse alguno de ellos, como el artículo 1320 del CC , que no ha sido aplicado en ninguna de ambas instancias. Lo que sostiene, en definitiva, es que es nula la escritura de 1977 por falta de causa y que se trata de un contrato simulado, lo que ciertamente nada

tiene que ver con una discrepancia relativa a la aplicación de normas sustantivas, sino con evidente intento, una vez más, de que se valore de una forma distinta la prueba, lo que no es posible plantear en casación, sin tener además en cuenta la presunción de existencia y licitud de la causa establecida en el artículo 1277 CC . Se desestima.

OCTAVO.- En el quinto motivo se alega la infracción de los artículos 609 CC , sobre adquisición de la propiedad, en relación con el artículo 386 de la LEC , y artículos 633 y 1334 del CC , en cuanto a la prueba de los contratos simulados.

Su desestimación resulta obvia. La jurisprudencia de esta Sala considera que el escrito de interposición de un recurso de casación exige una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente y que esta exigencia se traduce no solo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en el rechazo de motivos en los que se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, o sustantivas y procesales o, también jurídicas, pero heterogéneas entre sí, ya que no es función de la Sala averiguar en cuál de ellas se halla la infracción. En consecuencia, no está permitido en casación la denuncia acumulada de diversos preceptos cuando no pueden ser objeto de infracción conjunta ni de una respuesta unitaria, siendo este defecto una causa de desestimación (SSTS de 27 de junio de 2011, RC num. 396/2008 , 22 de marzo de 2010, RC num. 364/2007 , 7 de julio de 2010, RC num. 151/2007 , 7 de julio de 2010, RC num. 1658/2004 , y 11 de noviembre de 2010, RC num. 1485/2006 , entre otras muchas).

NOVENO.- Finalmente en el sexto motivo se alega la infracción de la doctrina jurisprudencial del negocio fiduciario.

Se desestima. Una vez más, la recurrente da una versión distinta de los hechos y de la prueba que niega el hecho básico que justificaría la idea de una *fiducia* o, más bien, de una simulación. Es doctrina reiterada de esta Sala que la casación no es una tercera instancia, siendo su función la de contrastar la correcta aplicación de la norma sustantiva aplicable a la controversia, a la cuestión de hecho tal y como fue sentada por el tribunal de instancia, esto es, la estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados (SSTS de 4 de noviembre de 2010, RC núm. 2051/2006 ; 28 de julio de 2010, RC núm. 1688/2006 ; 29 de junio de 2010, RC núm. 871/2006 ; 1 de febrero de 2010, RC núm. 191/2007 ; 14 de febrero de 2011, RC núm. 603/2007 ; 14 de marzo de 2011, RC núm. 1970/2006 y 13 de octubre de 2011, RC núm. 1354/2007).

RECURSO DE CASACIÓN DE DOÑA Ramona .

DECIMO.- Se formulan cinco motivos. Todos ellos van a ser analizados conjuntamente puesto todos, de una forma o de otra, tienen que ver con el carácter, **ganancial** o privativo, del edificio ubicado en AVENIDA001 , nº NUM012 de Granada, integrado en la **sociedad** Avda. de Andaluces 3 SL, el cual, se dice, fue adquirido por la recurrente mediante escritura pública de compraventa de fecha 10 de febrero de 1978, y por tanto con posterioridad al establecimiento del régimen de separación de bienes, con lo que se trata de un bien privativo de la recurrente. En el primero se alega la infracción de los artículos 1435 y 1437 CC , en relación con los artículos 1315 , 1325 y 1392 del mismo texto legal . En el segundo motivo se alega la infracción del artículo 1347 CC , en relación con los artículos 1315 , 1325 y 1392 del mismo texto. En el tercero se alega la vulneración de la doctrina jurisprudencial en materia de comunidad postganancial o comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa **ganancial**. En el cuarto, la infracción del artículo 609 CC sobre adquisición de la propiedad, en relación con el artículo. 1462 del mismo texto legal sobre entrega de la cosa vendida, mientras que el quinto la infracción de la doctrina jurisprudencial en materia de *fiducia cum amico* .

Se desestiman por razones obvias pues tampoco en este caso la recurrente respeta los hechos probados de la sentencia recurrida. No se trata de unos bienes adquiridos por doña Ramona después de modificar el régimen económico matrimonial, sino que son bienes anteriores a la escritura de capitulaciones que no se incluyeron en la misma. Se trata, en definitiva, de un bien no liquidado. Es hecho probado que dicho edificio no fue propiedad de Hidaque y que tanto las dos terceras partes proindiviso del edificio como la posteriormente adquirida formaba parte del acervo **ganancial** antes de la disolución **liquidación**. Ocurrió que no se había formalizado la transmisión por parte de quien debió hacerlo y por eso ninguna mención se hizo en la escritura de **liquidación**, omitiendo cualquier referencia a la misma, por más de que se escrituraran únicamente a nombre de doña Ramona que no pagó ningún precio por ello. Trae causa, por tanto, de una posición inicial de ganancialidad lo que excluye el carácter privativo que ahora se pretende.



UNDECIMO.- Consecuencia de lo razonado es la desestimación de los recursos y la imposición de las costas a quienes los han formulado, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimar los recursos formulados por la representación procesal de don Nicolas y doña Ramona , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Cuarta, de fecha 25 de junio de 2010 , con expresa imposición de las costas causadas por sus recursos a los recurrentes.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Roman Garcia Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ