



Roj: **STS 565/2023 - ECLI:ES:TS:2023:565**

Id Cendoj: **28079110012023100120**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2023**

Nº de Recurso: **2454/2020**

Nº de Resolución: **319/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Vitoria-Gasteiz, núm. 4, 09-07-2019 (proc. 1079/2018) ,  
SAP VI 63/2020,  
STS 565/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 319/2023**

Fecha de sentencia: 28/02/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2454/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/02/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA. SECCIÓN 1.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2454/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 319/2023**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 28 de febrero de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D.<sup>a</sup> Esmeralda , representada por el procurador D. Ramiro Reynolds Martínez y bajo la dirección letrada de D. Juan José Areta Jiménez, contra la sentencia n.º 88/2020, de 31 de enero, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava en el recurso de apelación n.º 1219/2019, dimanante de los autos sobre formación de inventario n.º 1079/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Vitoria Gasteiz. Ha sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Fermina , representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Covadonga Palacios García y bajo la dirección letrada de D. Fernando Armentia Pinedo.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D.<sup>a</sup> Esmeralda formuló demanda para la solicitud de formación de inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales y extinción del condominio frente a D.<sup>a</sup> Fermina , en la que solicitaba, en cumplimiento del artículo 809 LEC, se señalara fecha y hora para la comparecencia de las excónyuges a los efectos legales oportunos.

2. La demanda fue presentada el 18 de septiembre de 2018 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Vitoria-Gasteiz, fue registrada con el número de autos de inventario 1079/2018. Una vez fue admitida a trámite, se acordó la citación de las partes a comparecencia para la formación del inventario de los bienes comunes del matrimonio que tuvo lugar el día 25 de enero de 2019. En dicho acto D.<sup>a</sup> Fermina aportó propuesta de inventario y se opuso a la expuesta de contrario.

3. Una vez celebrado el acto y constatada la discrepancia entre las partes, se acordó convocarlas para la celebración de la vista oral.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia de fecha 9 de julio de 2019, con el siguiente fallo:

"Que ACUERDO ESTIMAR en parte la demanda interpuesta por Dña. Esmeralda , contra Dña. Fermina , declarar que el inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial está compuesto por las siguientes partidas:

"Dentro del activo

"1.- Vehículo Hyundai IX35 NUM000 .

"2.- Vehículo Peugeot 2008 matrícula NUM001 .

"3.-. Ajuar doméstico y mobiliario en la vivienda que fuera común.

"4.- Indemnización por despido percibida por la Sra. Fermina con posterioridad a la disolución de la sociedad ganancial pagada por FOGASA.

"5.- Porcentaje ganancial de la vivienda sita en la Puebla de Arganzón señalada con el n.º 50 de Residencial Ibaialde. A salvo otro acuerdo de las partes.

"En el pasivo:

"1.- Deuda de la sociedad ganancial frente a la Sra. Esmeralda por el abono de las cuotas del préstamo hipotecario desde el mes de julio de 2017 a la actualidad y por el pago del IBI y seguro de la vivienda vinculado al préstamo.

"2.- Préstamo hipotecario que grava la vivienda ganancial en el porcentaje correspondiente a dicha ganancialidad.

"Todo ello sin hacer expresa condena en costas de las causadas en esta instancia".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Esmeralda e impugnada por D.<sup>a</sup> Fermina .

2. La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número de rollo 1219/19 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 31 de enero de 2020, con el siguiente fallo:

"Que en relación al recurso de apelación interpuesto por D.<sup>a</sup> Esmeralda representada por la procuradora Sra. Botas, y a la impugnación formulada por D.<sup>a</sup> Fermina representada por la procuradora Sra. Palacios, frente



a la sentencia dictada, con fecha 9 de julio de 2019, por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de esta ciudad en el Procedimiento seguido ante el mismo con el número 1079/2018, del que este Rollo dimana, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el sentido de incluir en el inventario: - en el activo: el porcentaje privativo de la vivienda sita en La Puebla de Arganzón señalada con el número 50 del residencial Ibaialde (por mitad e iguales partes); y en el pasivo: - crédito de la Sra. Esmeralda frente a la Sra. Fermina, por la cantidad de 21.687,99 euros más el interés legal desde la fecha de la solicitud inicial del presente procedimiento, confirmándola en el resto, y, todo ello, sin verificar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada".

3. Frente a esta sentencia D.<sup>a</sup> Esmeralda presentó escrito solicitando su complemento que fue denegado mediante auto de fecha 26 de febrero de 2020.

**TERCERO.** - *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. D.<sup>a</sup> Esmeralda interpuso recurso por infracción procesal y de casación.

El motivo del recurso por infracción procesal fue:

"Único.- Conforme a lo previsto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por "infracción de las normas reguladoras de la sentencia", concretamente de lo previsto en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exige que la sentencia se motive incidiendo en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito considerados individualmente y en conjunto, ajustándose a las reglas de la lógica y la razón, al resultar asimismo susceptible de recurso de casación por interés casacional y presentarse este en este mismo escrito".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Conforme a lo previsto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre los artículos 1281, 1282 y 1289 del Código Civil en materia de interpretación negocial.

"Segundo.- Conforme a lo previsto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el artículo 618 del Código Civil sobre donación y *animus donandi*.

"Tercero.- Conforme a lo previsto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el artículo 632 del Código Civil sobre donación de cosa mueble.

"Cuarto.- Conforme a lo previsto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el artículo 1358 del Código Civil sobre derecho de reembolso en relación con los artículos 1319, 1323, 1347, 1355, 1364 y 1398 del mismo Código Civil".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de septiembre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

" Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Esmeralda contra la sentencia de fecha 31 de enero de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 1219/2019, dimanante del procedimiento ordinario n.º 1079/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Vitoria".

3. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. Por providencia de 13 de enero de 2023 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 21 de febrero de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - *Antecedentes y objeto del recurso*



El recurso se plantea contra una sentencia dictada en un procedimiento de liquidación del régimen económico de gananciales que existió entre las partes durante su matrimonio, disuelto por divorcio.

1. Son antecedentes relevantes los siguientes:

La vivienda familiar fue adquirida por la Sra. Esmeralda y la Sra. Fermina en régimen de copropiedad a partes iguales antes de la celebración del matrimonio. Atendiendo a la petición mantenida por las dos en la apelación e impugnación de la sentencia del juzgado, la Audiencia incluyó en el activo del inventario, además de la cuota ganancial que ya había incluido el juzgado, "el porcentaje privativo" de la vivienda ( arts. 1357.II y 1354 CC). Este pronunciamiento no es discutido por las partes y no es objeto de recurso.

Las partes discrepan en cambio sobre la procedencia de incluir en el inventario un crédito a favor de la Sra. Esmeralda y que ella reclama en concepto de aportación para la adquisición de la vivienda.

La Sra. Esmeralda explica que el mismo día que adquirieron la vivienda familiar ella vendió una vivienda de su propiedad por importe de 198.333 euros y que, tras amortizar el préstamo pendiente y cancelar la hipoteca que gravaba el inmueble, destinó el dinero sobrante a financiar la adquisición conjunta, así como al pago de impuestos y gastos registrales y notariales. Solicita que por este concepto se le reconozca un crédito por importe de 108.364,07 euros.

2. El juzgado entendió que, puesto que la aportación para la compra de la vivienda se produjo ante del matrimonio, la pretensión de la Sra. Esmeralda planteaba una cuestión ajena a la liquidación de la sociedad de gananciales, y no la estimó.

3. La Audiencia sí reconoció la procedencia de un crédito a favor de la Sra. Esmeralda pero limitó su cuantía a 21.687,99 euros más el interés legal desde la fecha de la solicitud inicial del procedimiento.

El razonamiento de la Audiencia fue el siguiente:

"En cuanto a la deuda de, realmente, la Sra. Fermina con la Sra. Esmeralda, indicar que, consta el ingreso de la cantidad de 108.364,07 euros en la cuenta común, y si bien en nuestro ordenamiento la donación no se presume ( sentencias del Tribunal Supremo como la del Pleno de 27 de mayo de 2019), según la escritura de extinción de comunidad, finalmente no formalizada, si bien, y por lo alegado por las partes en debido momento de la primera instancia, ello se debió, según la Sra. Esmeralda a que la Sra. Fermina no compareció a la firma, y según la Sra. Fermina porque no se pudo llegar a un acuerdo en relación al valor de la vivienda, existía un crédito que la Sra. Esmeralda tenía frente a la Sra. Fermina, por importe de 21.687,99 euros, derivado del préstamo que le hizo para la adquisición de la finca, por lo que procede incluir en el inventario como crédito de la Sra. Esmeralda frente a la Sra. Fermina, dicha cantidad de 21.687,99 euros más el interés legal desde la fecha de la solicitud inicial del presente procedimiento".

4. La Sra. Esmeralda interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación. Solicita expresamente que, para el caso de que no se estime el recurso por infracción procesal, se estime el recurso de casación y se incluya en el inventario el derecho de crédito de la Sra. Esmeralda frente a la Sra. Fermina por la cantidad de 108.364,07 euros con intereses desde su aportación.

5. La Sra. Fermina invoca causas de inadmisibilidad del recurso (en particular, señala que la jurisprudencia que se cita no es aplicable al caso y que la recurrente pretende plantear una tercera instancia). Dado que no se trata de causas de las que esta sala considera absolutas, una vez superada la fase de admisión del recurso, quedarán respondidas al resolver la cuestión de fondo.

#### **SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal**

1. El recurso por infracción procesal se funda en un motivo en el que, al amparo del art. 469.1.2º LEC denuncia la "infracción de las normas reguladoras de la sentencia", concretamente de lo previsto en el art. 218.2 LEC, que exige que la sentencia se motive incidiendo en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito considerados individualmente y en conjunto, ajustándose a las reglas de la lógica y la razón. En su desarrollo denuncia que la sentencia incurre en una doble infracción, falta de motivación e incongruencia, en tanto en cuanto la sentencia tras declarar probado que la recurrente realizó una aportación de 108.364,07 euros, solo reconoce un derecho de reembolso por importe de 21.687,99 euros, sin motivar dicha decisión, estableciendo una suerte de donación o renuncia parcial gratuita no pedida por ninguna de las partes.

2. El recurso, que acumula con técnica casacional cuestionable la denuncia de dos infracciones procesales de diferente naturaleza (falta de motivación y de congruencia), va a ser desestimado.

Como recuerda la sentencia 747/2022, de 3 de noviembre, la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir institucionalizada en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE que permite conocer



las razones de la decisión contenida en ellas y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (con cita, por todas, de la sentencia 108/2022, de 14 de febrero).

La motivación exige que se haga saber a las partes o se exterioricen cuáles son las razones que conducen al fallo de una resolución, con independencia de su acierto y su extensión. En este caso hay motivación, pues la sentencia explica su decisión de reducir el importe del crédito cuando dice que en el borrador de escritura de extinción de la copropiedad sobre la vivienda que no llegó a firmarse se hacía constar que la Sra. Fermina adeudaba a la Sra. Esmeralda en concepto de préstamo para la adquisición de la vivienda la suma de 21.687,99 euros. Hay motivación y cuestión diferente es el acierto de valorar que de ese dato se desprenda que la Sra. Esmeralda renunciaba a recuperar las mayores cantidades que hubiera aportado para adquirir la vivienda.

La sentencia, además, ni concede más de lo pedido (incongruencia *ultra petita*) ni se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*), sino que en el contexto de lo alegado por las partes, y en particular de la explicación de la Sra. Fermina acerca de que la aportación económica para la compra de la vivienda fue una donación, deduce que la Sra. Esmeralda solo puede exigir la cantidad que incluyó en el borrador de escritura que no se llegó a firmar.

### **TERCERO.- Recurso de casación**

#### **1. El recurso de casación se compone de cuatro motivos.**

En el motivo primero denuncia que la sentencia recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre los arts. 1281, 1282 y 1289 CC en materia de interpretación negocial. La recurrente combate la interpretación que lleva a cabo la sentencia recurrida porque afirma simultáneamente que consta un ingreso de una determinada suma (108.364,07 euros) realizado por la recurrente y aportado antes del matrimonio para la adquisición de la vivienda familiar para, a continuación, rebajar el derecho de reembolso a favor de quien la entregó con el efecto material de que se considere existente algún tipo de donación o renuncia parcial de derechos en una interpretación ilógica y contraria a derecho al fijar como cantidad a reembolsar la de 21.687,99 euros, derivada de un supuesto crédito expresado en la escritura de extinción de la comunidad que no llegó a formalizarse.

En el motivo segundo denuncia que la sentencia recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el art. 618 CC sobre donación y *animus donandi*. La infracción de la doctrina sería, según la recurrente, el resultado de que la sentencia recurrida presume un acto de liberalidad por la preparación de un borrador de escritura que es manifiestamente rechazado por la supuesta donataria, por lo que el mismo no cumple el requisito de la aceptación de dicho acto a título gratuito. Sostiene que la sentencia recurrida infringe el citado precepto porque sin manifestarlo expresamente declara materialmente la existencia de un acto de liberalidad, donación o renuncia parcial que provoca una rebaja de un derecho de reembolso de un simple borrador que además fue rechazado por la supuesta donataria que se negó a firmarlo.

En el motivo tercero denuncia que la sentencia recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el art. 632 CC sobre donación de cosa mueble. Insiste en lo alegado en el anterior motivo. Razona que la sentencia que se recurre declara la existencia de un acto de liberalidad que tiene por objeto un bien mueble que no se entrega en ese acto, sin que tampoco conste por escrito la aceptación de la supuesta donataria. La infracción de la doctrina es el resultado de que la sentencia recurrida presume un acto de liberalidad por la preparación de un borrador de escritura que es manifiestamente rechazado por la supuesta donataria, por lo que el mismo no cumple el requisito de la aceptación de dicho acto a título gratuito. Sostiene que la sentencia recurrida infringe el citado precepto porque, sin manifestarlo expresamente, declara materialmente la existencia de un acto de liberalidad, donación o renuncia parcial que provoca una rebaja de un derecho de reembolso de un simple borrador que no contó con la firma y aceptación de la supuesta donataria.

En el motivo cuarto denuncia que la sentencia recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el art. 1358 CC sobre derecho de reembolso en relación con los arts. 1319, 1323, 1347, 1355, 1364 y 1398 del mismo Código Civil. Razona que el derecho de reembolso de las aportaciones realizadas con dinero privativo procede aunque no se hubiese hecho reserva en el momento en que dicha aportación de dinero privativo tuvo lugar, sin que pueda presumirse el ánimo liberal en quien efectúa dicha aportación para subvenir a necesidades de la familia. Añade que la sentencia, tras admitir un derecho de reembolso a favor de la recurrente, no lo reconoce en su totalidad, sino que lo reduce presumiendo un ánimo liberal que no puede deducirse de acto válido alguno. Alega que en el presente caso consta que la recurrente realizó una aportación de dinero privativo de 108.364,07 euros que se destinó a la adquisición de un bien común que consta como de titularidad de ambas partes al 50%, que la recurrente no renunció a su derecho de reembolso ni total ni parcialmente. De ahí que la única excepción al derecho de reembolso nace de que se apliquen las sumas en beneficio exclusivo del aportante, que no se ha alegado ni demostrado, sino que se destinaron a la adquisición de la vivienda familiar.

#### **2. Los motivos segundo y tercero del recurso deben ser estimados por lo que decimos a continuación.**



La sentencia recurrida admite el ingreso en la cuenta común por parte de la Sra. Esmeralda de 108.364,07 euros procedentes de la venta de un inmueble de su propiedad, y no niega que tal cantidad se empleara en la adquisición de la vivienda (lo que es admitido por las dos partes). Sin embargo, la sentencia solo reconoce a favor de la Sra. Esmeralda un crédito por importe de 21.687,99 euros. Tiene en cuenta para ello que en un borrador de escritura notarial de extinción de condominio en el que se preveía la adjudicación de la vivienda a la Sra. Esmeralda y la compensación del exceso a su favor mediante el pago a la Sra. Fermina de unas cantidades, se añadía que tal pago quedaba a su vez compensado en parte por el préstamo de 21.687,99 euros que la Sra. Esmeralda habría hecho a la Sra. Fermina en el momento de efectuar la compra de la vivienda.

Lo que sucede es que no se puede deducir una voluntad de donación con apoyo en un documento que no fue firmado y a cuya eficacia se ha venido oponiendo la propia Sra. Fermina, que en la instancia ha basado su oposición al reconocimiento del crédito exigido por la Sra. Esmeralda en la deducción de donación que a su juicio resulta del ingreso del dinero en una cuenta común y su aplicación a la compra conjunta.

Por ello, la decisión de la sentencia recurrida de reducir el importe del derecho de reembolso que pueda corresponder a Sra. Esmeralda (sobre lo que volveremos más adelante), en la medida en que equivale a la valoración de un acto de liberalidad por su parte, cuando no consta tal voluntad, es incorrecta y la sentencia debe ser casada.

**3.** Por lo que se refiere al reconocimiento del derecho de reembolso por el importe del dinero que, procedente de la venta de una vivienda de la Sra. Esmeralda, fue ingresado en una cuenta común y destinado a la compra de la vivienda común de las partes, debemos partir de las siguientes consideraciones.

En primer lugar, es doctrina de la sala que los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, por lo que habrá de estarse a las relaciones internas entre los titulares y, más concretamente, a la originaria procedencia del dinero que nutre la cuenta, todo ello con la finalidad de catalogar el carácter dominical de los fondos (sentencias 454/2021, de 28 de junio; 534/2018, de 28 de septiembre, 83/2013, de 15 de febrero, y 1090/1995, de 19 de diciembre, con cita de otras).

En segundo lugar, en la sentencia 168/2021, de 24 de marzo, con cita de la sentencia 40/2011, de 7 de febrero, dijimos:

"La adquisición conjunta y por mitad es un indicio de la voluntad de aportaciones iguales, y para que no proceda el reembolso por las mayores aportaciones realizadas por uno de los convivientes es preciso acreditar que concurre alguna causa que lo excluya, como el ánimo liberal del aportante, o el pacto de reparto de gastos familiares que compense lo aportado para la adquisición, etc."

"La sentencia 40/2011, de 7 de febrero, en un caso semejante al presente declaró: "En definitiva, se ha probado que el inmueble se adquirió por mitades indivisas y que uno de los partícipes, el Sr. Severino, había realizado aportaciones superiores a las de la otra partícipe, la recurrente. Lo que no se ha probado es que el Sr. Severino hubiera donado a la Sra. Esmeralda el mayor valor que aportó, por lo que se generó un crédito en el que la Sra. Esmeralda resulta deudora. Y ello ocurre precisamente, debe repetirse para evitar interpretaciones interesadas o erróneas, porque la recurrente es propietaria de dicha mitad"

La aplicación al caso de la doctrina de la sala permite concluir, en primer lugar, que el ingreso por la Sra. Esmeralda de dinero de su exclusiva propiedad en una cuenta de la que era cotitular la Sra. Fermina no dio lugar a la copropiedad del dinero.

Además, y en segundo lugar, la aplicación de ese dinero a la compra del piso común, cuando el resto del precio se pagó con un préstamo que devolvieron las dos, permite concluir que la recurrente efectuó una mayor aportación en la adquisición, ya que no consta que la Sra. Fermina realizara ninguna aportación inicial. Sobre el préstamo, hay que recordar que el juzgado, y estos pronunciamientos quedaron firmes, incluyó en el pasivo: "1.- Deuda de la sociedad ganancial frente a la Sra. Esmeralda por el abono de las cuotas del préstamo hipotecario desde el mes de julio de 2017 a la actualidad y por el pago del IBI y seguro de la vivienda vinculado al préstamo. 2.- Préstamo hipotecario que grava la vivienda ganancial en el porcentaje correspondiente a dicha ganancialidad". Y la Audiencia rechazó la pretensión de la Sra. Esmeralda de que se incluyera en el pasivo el "porcentaje privativo pendiente de pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda" con el argumento de que "no consta impagado, debiendo haber ya sido abonado, porcentaje alguno del préstamo hipotecario que grava la vivienda, tampoco consta que dicho préstamo hipotecario, antes del matrimonio, hubiera sido abonado en diferentes porcentajes por una y otra, y atendiendo a los términos, sobre dicho préstamo (que es privativo), del fallo de la sentencia apelada".

El cotitular que sostenga el ánimo de liberalidad deberá probarlo cumplidamente, lo que en el caso no ha sucedido, pues no resulta, contra lo que argumenta la Sra. Fermina, ni del ingreso del dinero en la cuenta común, ni del hecho de que la vivienda se adquiriera a partes iguales, ni de que no se formulara reclamación



antes de la separación de la pareja. Tampoco resulta el ánimo de donar del hecho de que en el convenio regulador que acompañaron las partes a su solicitud de divorcio de mutuo acuerdo, y que fue aprobado por decreto de letrado de la Administración de justicia, no se hiciera constar la existencia de un crédito a favor de la Sra. Esmeralda, pues en el convenio tampoco liquidaron la vivienda.

4. La decisión acerca de cómo debe materializarse en este caso el reconocimiento del crédito a favor de la Sra. Esmeralda viene condicionado por lo decidido por la Audiencia de manera firme, y de conformidad con lo solicitado por ambas partes.

La Sra. Esmeralda se refiere ambiguamente a la inclusión en el pasivo de la deuda, pero también a la existencia de un crédito a su favor y contra las dos copropietarias, así como a un crédito contra la Sra. Fermina.

La Audiencia, que incluyó en el pasivo la existencia de un crédito (por importe de 21.687,99 euros, cuantía que, como hemos dicho, no estaba debida y correctamente justificada) precisó que el crédito era de la Sra. Esmeralda frente a la Sra. Fermina. Esta calificación sería correcta, puesto que se trataba, como dijo el juzgado para descartar su inclusión en el pasivo, de una deuda personal entre las cónyuges, ajena a la liquidación del régimen de gananciales, dado que se trataba de una aportación anterior a la celebración del matrimonio y a la vigencia por tanto del régimen económico matrimonial. Así las cosas, no es una deuda a cargo de la sociedad (arts. 1362 y 1368 CC).

Dicho lo cual, en este caso, debe mantenerse el pronunciamiento de la sentencia recurrida sobre el reconocimiento de un crédito personal entre las excónyuges. Ello, no tanto por razones de economía procesal como porque, de manera coherente con los actos de las partes a lo largo de todo el procedimiento (a petición de ambas, y este pronunciamiento ha quedado firme, en el activo se incluye tanto el "porcentaje ganancial" como el "porcentaje privativo" de la vivienda), ninguna ha solicitado que la sala no se pronuncie en cuanto al fondo (arts. 227.2 párrafo segundo LEC y 240.2 párrafo segundo LOPJ), y lo único que se discute en casación por la Sra. Esmeralda es la cuantía del crédito, mientras que la Sra. Fermina solicita que se confirme la sentencia recurrida.

Lo anterior con la consecuencia de que, al tratarse de una deuda privativa entre cónyuges, si la Sra. Fermina no la satisface antes, por aplicación del art. 1405 CC, la Sra. Esmeralda podrá exigir que se le pague con los bienes que se vayan a adjudicar a la Sra. Fermina.

Finalmente, por lo que se refiere a la cuantía que la Sra. Fermina adeuda a la Sra. Esmeralda hay que advertir que no se trata de una deuda de la sociedad de gananciales frente a un cónyuge, supuesto en el que debe incluirse en el pasivo el importe actualizado de las cantidades pagadas por el cónyuge, conforme a los arts. 1358 y 1398.3.ª CC. Se trata, como hemos venido diciendo, de una deuda personal por el exceso de lo que la Sra. Esmeralda puso antes de casarse para la compra del inmueble, esto es, para pagar la parte que pertenece privativamente a ambas cónyuges. De esta manera, dado que ambas son copropietarias de la parte privativa que resulte (arts. 1354 y 1357 CC), la Sra. Esmeralda también debe financiar su adquisición, por lo que su crédito contra la Sra. Fermina solo puede serlo por la mitad del dinero que aportó. Es evidente que, de reconocérsele un crédito contra la Sra. Fermina por el total de lo que pagó, el resultado sería que la Sra. Fermina asumiría el cien por cien del pago de la parte privativa que ambas comparten mientras que la Sra. Esmeralda, por el contrario, al recuperar todo lo que puso, no asumiría nada para el pago de la parte privativa.

En consecuencia declaramos que Esmeralda es titular de un crédito contra Fermina por la cantidad de 54.182,03 euros. Al tratarse de un crédito contra el otro cónyuge, procede declarar, como hizo la Audiencia, que la cantidad de 54.182,03 euros devengará intereses desde la fecha de la solicitud inicial en este procedimiento.

#### **CUARTO.- Costas**

La estimación parcial del recurso de casación comporta que no se impongan las costas devengadas por este recurso.

Se imponen a la recurrente las costas del recurso por infracción procesal.

Se mantiene la no imposición de las costas de primera y segunda instancia.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por Esmeralda contra la sentencia de fecha 31 de enero de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 1219/2019, dimanante del procedimiento ordinario n.º 1079/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Vitoria.



**2.º-** Casar la sentencia recurrida en el único sentido de declarar que en la liquidación de la sociedad de gananciales debe tenerse en cuenta la existencia de un crédito de Esmeralda contra Fermina por la cantidad de 54.182,03 euros, que devengará intereses desde la fecha de la solicitud inicial en este procedimiento.

**3.º-** Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la recurrente y no imponer las del recurso de casación. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso por infracción procesal y la devolución del depósito del recurso de casación.

**4.º-** No imponer las costas de primera y segunda instancia.

Líbrese a mencionada Audiencia certificación de la presente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ