



Roj: **STS 26/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:26**

Id Cendoj: **28079110012020100014**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2020**

Nº de Recurso: **3147/2017**

Nº de Resolución: **10/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 7065/2017,**
STS 26/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 10/2020

Fecha de sentencia: 15/01/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3147/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/12/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 21.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 3147/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 10/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 15 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Daniel , representado por el procurador D. Ignacio Gómez Gallegos y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Gómez García, contra la sentencia dictada en fecha 9 de mayo de 2017 por la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 359/2016 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1081/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 81 de Madrid sobre acción declarativa de carácter ganancial. Ha sido parte recurrida D.ª Asunción , representada por el procurador D. Miguel A. Capetillo Vega y bajo la dirección letrada de D. Salvador Tobar Palacio

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Daniel interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Asunción en la que solicitaba se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"I.- Que declare que la vivienda sita en la CALLE000 NUM000 , 28035 Madrid, inscrita en el Registro de la Propiedad 35 de Madrid, REFERENTE A LA FINCA: FINCA DE SECCIÓN NUM001 , n.º: NUM002 , antes NUM003 , sección, inscripción 3.ª Tomo: NUM004 , Libro: NUM005 , Folio NUM006 , Fecha: 09.03.1976, pertenece con carácter ganancial a los cónyuges D. Daniel y D.ª Asunción .

"II.- Que ordene la cancelación de la inscripción obrante en virtud de la cual le es adjudicada la titularidad en pleno dominio sin prejuzgar el carácter de la adquisición por no haberse justificado la procedencia del precio por título de compraventa, siendo rectificadas en los términos contenidos en el pronunciamiento interesado anterior; librando a tal efecto mandamiento al Registro de la Propiedad.

"Condenando a la demandada a estar y pasar por dichos pronunciamientos con expresa condena en costas".

2.- La demanda fue presentada el 15 de septiembre de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 81 de Madrid y fue registrada con el n.º 1081/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D.ª Asunción contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia:

"...desestimando la demanda y absolviendo a mi representa de sus pedimentos, declarando la existencia de mala fe en el ejercicio de la acción por el actor por ir contra sus propios actos, y con imposición de las costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 81 de Madrid dictó sentencia de fecha 13 de julio de 2015, con el siguiente fallo:

"ACUERDO: DESESTIMAR íntegramente la demanda formulada por D. Daniel contra D.ª Asunción , y, en consecuencia, ABSUELVO a la parte demandada de cuantas pretensiones ejercitadas de contrario, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas en esta primera instancia".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Daniel .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 359/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 9 de mayo de 2017, con el siguiente fallo:

"En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del demandante D. Daniel contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 81 de Madrid de 13 de julio de 2015, que se CONFIRMA con imposición de las costas de esta alzada al recurrente".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- D. Daniel interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Infracción del art. 1.4 del Código Civil por inaplicación de la DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS".



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 ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 17 de julio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Daniel contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 9 de mayo de 2017, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, en el rollo de apelación n.º 359/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 1081/2014, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 81 de Madrid".

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

4.- Por providencia de 15 de noviembre de 2019 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 17 de diciembre de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

El presente litigio tiene por objeto la impugnación por el confesante de su manifestación realizada en el momento de la adquisición en el sentido de que el dinero invertido en la compra del inmueble pertenecía en exclusiva a su esposa.

En el caso, la compra tuvo lugar en 1975, antes de que se incluyera en el Código civil una regulación expresa de la confesión de privatividad (actual art. 1324 CC). En 2014, después de la separación matrimonial, el marido sostiene que, pese a su reconocimiento de 1975, el dinero empleado en el pago de la vivienda era ganancial y que la verdadera naturaleza ganancial del inmueble habría sido reconocida por la esposa en dos actos puntuales con posterioridad a su adquisición.

En las dos instancias se ha desestimado la demanda. Recurre el casación el marido invocando la doctrina de los actos propios.

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1.- D.ª Asunción y D. Daniel contrajeron matrimonio el 19 de febrero de 1972 bajo el régimen económico de gananciales.

Mediante escritura otorgada el 10 de noviembre de 1975, D.ª Asunción compró un inmueble en la CALLE000, NUM000, en Madrid. En la escritura consta que la esposa del vendedor y D. Daniel, el esposo de la compradora, intervenían "al solo efecto de conceder a su nombrado esposo y esposa, respectivamente, que aceptan, el consentimiento prevenido en el artículo 1413 del Código civil"; más adelante, en la cláusula tercera de la parte dispositiva de la escritura consta lo siguiente:

"D. Daniel presta su especial asentimiento a cuanto en esta escritura se dice y otorga por su esposa D.ª Asunción, y de especial modo, a la manifestación que por la misma se hace de que el dinero invertido en esta adquisición era de su exclusiva propiedad, queriendo y consintiendo que así se haga constar en el Registro de la Propiedad".

2.- El 15 de septiembre de 2014, D. Daniel interpone una demanda contra D.ª Asunción en la que pide que se declare el carácter ganancial de la citada vivienda y se rectifique la inscripción registral de la misma.

Alega que, pese a lo manifestado en la escritura, lo cierto es que el precio de adquisición de la vivienda era ganancial, que no había quedado acreditado en dicho acto ni en momento posterior que el dinero invertido fuera de la exclusiva propiedad de la esposa y que en dos actos puntuales posteriores a su adquisición así lo reconoció ella. A estos efectos aporta dos documentos:

i) La escritura pública de fecha 1/02/1991, de préstamo hipotecario, en la que se hace constar que D. Daniel, con carácter ganancial, es dueño de la finca litigiosa y que D.ª Asunción interviene a los solos efectos de prestar el consentimiento previsto en el art. 1377 del CC.

ii) El convenio regulador de fecha 26/05/2009 presentado en la separación matrimonial de D. Daniel y D.ª Asunción, que en su estipulación tercera atribuye el uso y disfrute de dos viviendas, con el siguiente texto:



"El domicilio sito en la CALLE001 n.º NUM007 , Las Rozas de Madrid (Madrid), seguirá siendo ocupado por D. Daniel y el domicilio sito en la CALLE000 n.º NUM000 , 28035 Madrid, seguirá siendo ocupado por D.ª Asunción . Mencionada atribución del uso y disfrute de los domicilios anteriores se mantendrá hasta el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales".

En su demanda, D. Daniel expone que, después de la firma del convenio, procedieron de mutuo acuerdo a la venta del inmueble ganancial de la CALLE001 y se repartieron el dinero, pero que la demandada se negaba a hacer lo mismo con el inmueble de la CALLE000 alegando que era de su exclusiva propiedad, por lo que la demanda se dirige a que se declare el carácter ganancial del mencionado inmueble.

3.- El juzgado de primera instancia desestima la demanda.

Tras analizar cuidadosamente las escrituras al hilo del derecho vigente en el momento en que se otorgaron y poner de relieve las inexactitudes que en las mismas se contenían, el juzgado considera que, pese a la inexistencia en 1975 de un precepto equivalente al art. 1324 CC, entre cónyuges debía entenderse que quedaba desvirtuada la presunción de ganancialidad por la confesión de que el bien pertenece privativamente al otro.

Por lo que se refiere a los documentos aportados por el demandante, el juzgado explica que en el primero la esposa compareció como hipotecante no deudor, garantizando con un bien privativo un préstamo en el que solo figuraba el marido. Por lo que se refiere al segundo explica que el convenio regulador era impreciso, pues se refería a dos inmuebles de distinta naturaleza, uno ganancial y otro, el litigioso, privativo.

Finalmente, el juzgado afirma:

"[L]o cierto es que D. Daniel solo podía desvirtuar la declaración que hizo sobre la procedencia del dinero acreditando que hubo simulación o falsedad (STS 28/10/1965, citada por la SAP de Madrid, Civil, sección 25 de 08 de julio de 2014 [ROJ: SAP M 11694/2014 11694/2014-ECLI:ES:APM:2014:116941], lo que es evidente que no ha hecho, pues, incluso, después de proponer la prueba de interrogatorio, desistió en el acto del juicio de dicha prueba.

"D. Daniel no ha explicado, ni mucho menos acreditado, cuál fue el motivo para manifestar en la escritura de compra que el dinero invertido en la adquisición era de la exclusiva propiedad de D.ª Asunción .

"Tampoco ha acreditado, como alegaba en su demanda, que D.ª Asunción se hubiera comprometido a compensar a D. Daniel en el 50 % ganancial del piso de la CALLE000 , con la parte que le correspondió a D.ª Asunción en la venta del piso ganancial de la CALLE001 ".

Concluye, por ello, que debe prevalecer la confesión realizada por el marido en la escritura de compraventa y, en consecuencia, el carácter privativo del inmueble.

4.- Apelada la sentencia, la Audiencia desestima el recurso y confirma la sentencia del juzgado.

La sentencia de apelación, al igual que hizo el juzgado, tras advertir sobre las inexactitudes y falta de precisión técnica de los documentos aportados, considera que los mismos no desvirtúan la confesión de privatividad realizada en su día por el actor.

Por lo que se refiere a la escritura de préstamo hipotecario otorgada en 1991, en la que se dice que el bien es ganancial, señala la Audiencia: que tal afirmación no es coherente con la inscripción; que la declaración de ganancialidad no la hace la esposa, sino el marido; que era necesario el consentimiento de ella para hipotecar la vivienda por ser privativa de ella; que, en cualquier caso, la mención del art. 1377 CC sería una irregularidad o error que podría afectar al negocio que se estaba documentando, pero no a la naturaleza del bien litigioso, pues es carga probatoria del marido destruir la eficacia de su acto de confesión, sin que haya aportado prueba alguna.

Por lo que se refiere al convenio regulador señala que en el mismo no se hace calificación alguna de la naturaleza de los inmuebles, sino que se habla del uso y disfrute de los mismos, lo que referido al inmueble litigioso podría encontrar explicación en el hecho de que constituía el domicilio conyugal hasta ese momento.

La Audiencia analiza la doctrina y la jurisprudencia sobre la confesión de privatividad anterior y posterior a la reforma del Código civil de 1981, y concluye:

"En este caso concreto el registrador, de conformidad con la normativa vigente y no constando nada mas que la confesión del hoy apelante, hizo constar lo que se manifestó, que se adquiriría con dinero privativo, no haciéndose constar si el bien era o no ganancial.

"Y esa declaración tiene plenos efectos entre las partes, que no se ha modificado desde el año 1975; no llegando los cónyuges a acuerdo alguno posterior que hubiera podido dejar sin efecto dicha manifestación, y



sin que se ejercitara por parte del recurrente acción tendente a dejarla sin efecto, acción de nulidad, que habría de haberlo sido en plazo.

"Pretende trascurrido el tiempo, sin prueba alguna, como se ha indicado, únicamente dos datos, que no desvirtúan su declaración por lo ya indicado dejarlo sin efecto lo que no es de recibo, menos aun si se tiene en cuenta por último que no se ha justificado el por qué de aquella declaración ni se ha acreditado la procedencia de aquél dinero, o la imposibilidad de disposición por parte de la demandada-apelada, en consecuencia se ha de confirmar la sentencia".

5.- La sentencia de apelación es recurrida en casación por el demandante, sobre la base de un motivo.

SEGUNDO. *Recurso de casación*

1.- *Formulación del motivo.*

El motivo denuncia la infracción del art. 1.4 CC por inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios. Cita las sentencias de 19 de febrero de 2010 y 25 de febrero de 2013.

En su desarrollo razona que la confesión de privatividad puede ser desvirtuada y, en el caso, la demandada, con posterioridad a dicha confesión, ha atribuido al inmueble litigioso el carácter ganancial. Explica que el reconocimiento de la esposa acerca del carácter ganancial del inmueble "ha de esclarecer una determinada situación jurídica, en este caso su verdadera naturaleza". Añade que esa situación de confianza le indujo a prestar su consentimiento al convenio regulador.

2.- *Desestimación del recurso.*

Procede desestimar el recurso por las siguientes razones.

2.1.- *Cuestión planteada.*

Lo que pretende el marido es que se prive de eficacia al reconocimiento que hizo expresamente en 1975, en el momento de adquisición del piso litigioso por la esposa, de que el precio de la compra se pagaba con dinero privativo de ella. Se basa para ello en que el dinero realmente era ganancial, lo que, según dice, habría sido reconocido por la esposa en dos actos posteriores a la adquisición. La Audiencia ha negado que estos actos prueben el carácter ganancial y el recurrente considera que, al hacerlo, la sentencia infringe la doctrina de los actos propios.

2.2.- *Confesión de privatividad y posibilidad de impugnación.*

i) La compra se realizó en el año 1975, con anterioridad a la reforma de 1981, pero ya entonces la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia estimaban que eran vinculantes "inter partes" las declaraciones hechas por un cónyuge en el sentido de ser propio del otro el precio pagado en la adquisición de un bien, con la consecuencia de desvirtuar la presunción general de ganancialidad que en ese momento establecía el art. 1407 CC.

Esta opinión se fundaba en la doctrina de los actos propios y en la interpretación del art. 1344 CC, que expresamente solo se refería a la confesión del marido de haber recibido ciertos bienes en calidad de dote, pero que se consideró aplicable igualmente a los bienes parafernales, bienes propios de la mujer antes de casarse o adquiridos por ella posteriormente, y cuya propiedad conservaba.

Así, admitieron la validez "inter partes" de la manifestación realizada por el marido de que la compra a favor de la mujer se había realizado con dinero de ella, las sentencias de 2 de febrero de 1951 y de 28 de octubre de 1965, en las que se dejaba a salvo la posibilidad de impugnación judicial por el marido de su declaración en caso de simulación o falsedad, siempre que, dada la inversión de la carga de la prueba generada por la confesión, demostrara cumplidamente el hecho o circunstancias capaces de invalidar la manifestación formulada.

ii) En 1981, el legislador introdujo en el art. 1324 CC una norma que, enlazando con criterios doctrinales y jurisprudenciales elaborados con anterioridad, regula la confesión de privatividad. La confesión de privatividad es un medio de prueba cuya eficacia principal es desvirtuar la presunción de que los bienes existentes en el matrimonio son gananciales. La regla permite hacer posible en la práctica una verdadera subrogación de bienes en el patrimonio privativo cuando se utiliza dinero de aquella procedencia y no es fácil acreditarlo. Responde a la idea de que lo que se dice probablemente es verdad, por lo que debe mantenerse mientras no perjudique a terceros (señaladamente, acreedores o legitimarios del confesante).

Pero no se trata de un medio de prueba absoluto y esta sala, tanto para las manifestaciones de privatividad realizadas por un esposo bajo el régimen derogado en 1981, como para las realizadas bajo la vigencia del actual art. 1324 CC, ha continuado reconociendo la posibilidad que el confesante impugne su propia confesión, si bien, ha exigido para ello prueba "eficaz y contundente" (sentencia 711/1994, de 18 de julio, que, aplicando el derecho derogado, declaró la ineficacia de la confesión por falsedad; sentencia 874/2001, de 25 de septiembre,



que, aplicando el art. 1324 CC, niega que en el caso haya quedado desvirtuada la prueba que el precepto atribuye a la confesión; sentencia 1216/2006, de 29 de noviembre, que niega que en el caso se haya probado la ganancialidad ni que concurran los presupuestos de la simulación).

2.3.- Aplicación de la doctrina al caso.

La aplicación de la anterior doctrina determina la desestimación del recurso.

i) *La escritura de préstamo hipotecario de 1991.* En el caso hay que partir de que la confesión se hizo antes de 1981 y la constitución de la hipoteca después de ese año. Partiendo de estos datos se explica que, lo que el recurrente considera demostración de la ganancialidad del inmueble y las sentencias de instancia meras irregularidades o errores de la escritura de préstamo hipotecario 1991, están relacionadas tanto con la ambigüedad con que el sistema jurídico trataba a los bienes "confesados" adquiridos por un cónyuge como con la duda doctrinal y práctica que se suscitó acerca de la aplicación de la reforma del Código civil de 1981 y del Reglamento hipotecario de 1982 a las confesiones realizadas con anterioridad a la hora de exigir quién debía prestar su consentimiento para realizar actos de disposición.

Hasta el Reglamento hipotecario de 1947, la inscripción registral de los bienes se practicaba formalmente a favor del cónyuge adquirente, pero los actos de disposición debía realizarlos el marido, incluso sin consentimiento de la mujer aunque estuvieran registrados a su nombre (si bien más tarde se admitió la inscripción de los actos otorgados por la mujer con licencia del marido); a partir de los años cuarenta se comenzó a advertir que no debía darse a los bienes presuntamente gananciales pero inscritos a nombre de la mujer el estricto tratamiento de los gananciales y, finalmente, el Reglamento hipotecario de 1947 reguló la inscripción de las adquisiciones onerosas por la mujer cuando no se demostrara la procedencia del dinero, pero el marido aseverara que el precio era de la propiedad exclusiva de la mujer, así como la inscripción de los posteriores actos de disposición de tales bienes.

Cuando se otorgó la compra del inmueble litigioso, estaba en vigor la redacción de los arts. 95 y 96 del Reglamento hipotecario reformados por el Decreto 393/1959, de 17 de marzo, para adecuarlos a la redacción del art. 1413 CC según la Ley de 24 de abril de 1958 (que pasó a exigir el consentimiento de la mujer para los actos de enajenación de inmuebles llevados a cabo por el marido como administrador) y a referirse también a los bienes adquiridos por el marido. Por ello, en el caso que da lugar a este recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 95 del Reglamento hipotecario vigente en ese momento, se inscribió el inmueble litigioso a nombre de la esposa, sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial de la adquisición por no haberse justificado la procedencia del precio de la compraventa.

Cuando la esposa compró el inmueble y el marido confesó que el precio le pertenecía a ella en exclusiva, el art. 96 del Reglamento hipotecario entonces vigente exigía para la inscripción de los actos de disposición que realizara el titular registral de los bienes el consentimiento del otro esposo. Se trataba de un régimen ambiguo que, coordinando la probabilidad de que el bien fuera privativo del cónyuge a cuyo nombre estaban inscritos y la eventualidad de que fuera ganancial, permitía a los terceros quedar protegidos en su adquisición.

En 1982, para adaptar la normativa registral a la modificación legal sustantiva de 1981, se modificó el Reglamento hipotecario, que para los bienes cuya privatividad resulta sólo de la confesión del consorte ordena desde entonces que se exprese tal circunstancia en la inscripción y establece que los actos inscribibles relativos a estos bienes otorgados durante la vigencia de la sociedad de gananciales "se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión" (art. 95.4 del Reglamento hipotecario).

Este cambio legislativo dio lugar a una polémica acerca de la aplicación del nuevo régimen legal para los actos de disposición de bienes inscritos a nombre de uno solo de los cónyuges por confesión del otro.

En el caso, en la escritura de préstamo hipotecario de 1 de febrero de 1991 intervino el esposo como prestatario y la esposa "a los solos efectos prevenidos en el art. 1377 CC". Este precepto, a partir de la reforma de 1981, exige el consentimiento de ambos cónyuges para la disposición de bienes comunes. En la escritura se afirma también que el esposo "con carácter ganancial es dueño de la finca" hipotecada.

Tanto el juzgado como la Audiencia han advertido de la inexactitud de la escritura, inexactitud que debe relacionarse con el hecho de que el asiento de inscripción no prejuzgaba la naturaleza privativa o ganancial del bien, que la redacción del reglamento hipotecario del momento en el que se hizo la confesión exigía el consentimiento de los dos y que la jurisprudencia recaída sobre el antiguo art. 1407 CC (presunción de ganancialidad) exigía que, para que la confesión de privatividad pudiera perjudicar a terceros (acreedores del confesante o de la sociedad) no era suficiente la declaración del marido de haber recibido la dote o la aseveración de privatividad (como recuerda, para un caso en que la compra se hizo en 1955 y la venta en 1995, la sentencia 419/2005, de 27 de mayo).



No es de extrañar, en este contexto de indeterminación registral del carácter del bien y de la fuerza que jurisprudencialmente se atribuía a la presunción de ganancialidad frente a terceros, que al hipotecar el inmueble para garantizar un préstamo en el que el marido aparecía como prestatario se aludiera al carácter ganancial del inmueble, ni que se dijera que la esposa comparecía a efectos de consentir el acto otorgado por el marido, que era quien recibía el préstamo.

Con independencia de cómo debiera haberse otorgado esa escritura de préstamo hipotecario y de si en un plano teórico y dogmático la hipoteca pudo ser constituida eficazmente solo por la esposa, lo que no es objeto ni se discute en este pleito, es evidente que, por lo dicho, ni la declaración de ganancialidad en esa escritura (que no hizo la esposa) ni la intervención por la esposa en la misma puede considerarse prueba del carácter ganancial del inmueble a efectos de desvirtuar el reconocimiento expreso de privatividad efectuado por el marido.

ii) *El convenio regulador*. Esta sala comparte igualmente la valoración realizada por la sentencia recurrida de la mención contenida en el convenio regulador al inmueble litigioso, en el sentido de que no se califica como ganancial. De tal manera que, si bien hipotéticamente podría discutirse la eficacia de un acuerdo por el que, de manera clara, los esposos decidieran desvirtuar la confesión de privatividad, tampoco hay tal, pues a lo único que se hace referencia, de manera poco significativa, es a su uso y ocupación como domicilio por la esposa y a la continuación de la ocupación por el esposo de otro domicilio. Frente a la manifestación expresa y rigurosa del marido de ser privativo el dinero con el que se adquirió (y, en consecuencia, el piso), esta es una manifestación poco significativa que carece de trascendencia como para desvirtuar la eficacia de la confesión.

Por lo demás, en la sentencia de primera instancia, confirmada por la de apelación, se declaró expresamente que no había quedado acreditado que la esposa se hubiera comprometido a compensar al esposo por la venta del piso, por lo que, al afirmar ahora en el recurso de casación que firmó el convenio regulador por la confianza de que así sería, por tratarse de un bien ganancial, el recurrente está haciendo supuesto de la cuestión.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida.

TERCERO. Costas

La desestimación del recurso de casación comporta la condena en costas al recurrente.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Daniel contra la sentencia dictada el 9 de mayo de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, en el rollo de apelación n.º 359/2016, que confirmamos.

2.º- Imponer las costas de casación al recurrente, que perderá el depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente 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.