



Roj: **STS 4409/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4409**

Id Cendoj: **28079110012021100820**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/12/2021**

Nº de Recurso: **5342/2018**

Nº de Resolución: **849/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 849/2021

Fecha de sentencia: 09/12/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: **5342/2018**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: **5342/2018**

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 849/2021

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 9 de diciembre de 2021.

Esta sala ha visto los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 2 de octubre de 2018, dictada en recurso de apelación 511/2017, de la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante



de autos de juicio verbal de formación de inventario en sociedad de gananciales, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 79 de Madrid.

Es parte recurrente la demandante Dña. Lorenza , representada en las instancias y ante este tribunal por la procuradora Dña. Sara Carrasco Machado, bajo la dirección letrada de Dña. María Selina Franch Pascual, compareciendo en calidad de recurrente y de recurrida.

Es parte recurrente el demandado D. Romeo , personado en calidad de recurrente y recurrido, representado por el procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro, bajo la dirección letrada de D. José Luis Redondo Bellón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Dña. Lorenza , representada por la procuradora Dña. Sara Carrasco Machado y bajo la dirección letrada de Dña. María Selina Franch Pascual, interpuso demanda de juicio verbal con objeto de formación de inventario de la sociedad legal de gananciales, contra D. Romeo y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se formara inventario de la sociedad económica conyugal de gananciales:

"Una vez se tenga constancia de los bienes que componen el activo y en su caso las deudas que componen el pasivo, se cite a las partes a una comparecencia con el fin de que forme inventario de bienes y cada parte manifieste su conformidad o no con los bienes inventariados; y con todo lo demás procedente en derecho".

2.- Admitida a trámite la demanda, el demandado D. Romeo se personó representado por el procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro y bajo la dirección letrada de D. José Luis Redondo Bellón. Se citó a las partes conforme el art. 809 de la LEC a fin de proceder a la formación de inventario, en cuya comparecencia no se llegó a acuerdo alguno, convocándose a las partes para la celebración de vista.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 79 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 4 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Dña. Sara Carrasco Machado, en nombre y representación de Dña. Lorenza frente a D. Romeo , representada por el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro, debo declarar y declaro que el inventario de la sociedad de gananciales de los litigantes es el que figura a continuación:

"ACTIVO

"1.- Cuenta corriente n.º NUM000 de la entidad Bankinter, las partes están conformes en incluirla con un saldo certificado por la entidad de crédito a la fecha de la extinción del régimen de 42,44 euros.

"2.- Cuenta corriente n.º NUM001 de la entidad Bankinter, las partes están conformes en incluirla con un saldo certificado por la entidad de crédito a la fecha de la extinción del régimen de 12.809,98 euros.

"3.- Cuenta corriente n.º NUM002 de la entidad Bankinter, las partes están conformes en incluirla con un saldo certificado por la entidad de crédito a la fecha de la extinción del régimen de 6232,95 euros.

"4.- Cuenta corriente n.º NUM003 de la entidad Bankinter, las partes están conformes en incluirla con un saldo certificado por la entidad de crédito a la fecha de la extinción del régimen de 5,36 euros.

"5.- Depósitos online 13M en la entidad Bankinter con n.º NUM004 e importe de 38.000 euros de valor nominal; NUM005 e importe de 30.000 euros de valor nominal; NUM006 e importe de 30.000 euros de valor nominal; NUM007 e importe de 35.000 euros de valor nominal; NUM008 e importe de 25.000 euros de valor nominal; NUM009 e importe de 20.000 euros de valor nominal; NUM010 e importe de 25.000 euros de valor nominal. Se reconocen por las partes con arreglo a los certificados emitidos por la entidad de crédito.

"6.- Depósitos online 12M de la entidad Bankinter con n.º NUM011 e importe de 20.000 euros de valor nominal; NUM012 e importe de 10.000 euros de valor nominal. Se reconocen por las partes con arreglo a los certificados emitidos por la entidad de crédito.

"7.- Fondos de inversión Bankinter: Fidelity Korea AD n.º NUM013 por valor de 3.527,98 dólares USA; Bankinter índice Japón n.º NUM014 por valor de 4.094,61 euros; JPM India A Inc n.º NUM015 por un valor de 15.077,55 dólares USA; Templeton China A n.º NUM016 por un valor de 16.720,55 dólares USA; Fidelity Germany AD n.º NUM017 por un valor de 14.489,67 euros; JPM Japan Select Equity A n.º NUM018 por un valor de 642.217,82



denes japoneses; JPM Germany Equity AD n.º NUM019 por un valor de 11.632,43 euros; JPM China A ACC n.º NUM020 por un valor de 9.253,41 dólares USA; Fidelity Greater China AD n.º NUM021 por un valor de 10.914,58 dólares USA; BNY Mellón Brazil Equity A n.º NUM022 por un valor de 5.141,40 euros. Se reconocen por las partes por el importe y número de participaciones con arreglo a los certificados emitidos por la entidad de crédito.

"8.- Cuenta de intermediación en la entidad Bankinter n.º NUM023 por un valor nominal de 6.150 euros. Se reconoce por las partes con arreglo a los certificados emitidos por la entidad de crédito.

"9.- Cuenta de valores en la entidad Bankinter NUM024 con valor de mercado de 110.392,45 euros y n.º NUM025 con valor de mercado de 16.068,14 euros. Se reconocen por las partes con arreglo a los certificados emitidos por la entidad de crédito.

"10.- Derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales por las cantidades aportadas vigente el régimen al fondo de pensiones en la entidad Bankinter titularidad del demandado y que las partes están conformes que ascienden a 15.650 euros.

"11.- Derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales por las cantidades aportadas vigente el régimen al fondo de pensiones en la entidad Bankinter titularidad de la demandante y que las partes están conformes que ascienden a 2.300 euros.

"12.- Depósito a plazo n.º NUM026 de la entidad Banco de Santander, las partes están conformes en incluirla con un saldo certificado por la entidad de crédito a la fecha de la extinción del régimen de 50.000,00 euros.

"13.- Depósito a plazo n.º NUM027 de la entidad Banco de Santander, las partes están conformes en incluirla con un saldo certificado por la entidad de crédito a la fecha de la extinción del régimen de 50.000,00 euros.

"14.- Derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales por las cantidades aportadas vigente el régimen al Plan de Pensiones NUM028 del Banco de Santander cuya titularidad pertenece al demandado, estando conformes las partes en que el importe asciende 6.568,20 euros.

"15.- Contratos de valores n.º NUM029 de la entidad Banco de Santander, las partes están conformes en incluirlo por un importe de 6.568,20 euros.

"16.- Crédito a favor de la sociedad de gananciales de 34.212,29 euros, por lo abonado o aportado por la sociedad vigente el régimen al plan de pensiones que la demandante tiene con la Mutuality de la abogacía.

"17.- Vehículo familiar, Volvo, con número de bastidor NUM030 .

"18.- Crédito de la sociedad ganancial a favor de Dña. Lorenza , importe del reembolso pagado en servicios médicos durante el matrimonio y abonados posteriormente en la cuenta del Sr. Romeo . Las partes están de acuerdo en cuantificarlo en 2.000 euros.

"PASIVO

"No existe pasivo de la sociedad de gananciales.

"Debo condenar y condeno a las partes a estar y pasar por la anterior declaración; todo ello sin hacer expresa condena en costas".

Y con fecha 2 de diciembre de 2016 se dictó auto de aclaración en el único sentido de subsanar el error en el plazo concedido para presentar recurso de apelación.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal del demandado D. Romeo , la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 2 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos:

"Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de D. Romeo , contra la sentencia dictada en fecha 4 de noviembre de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 79 de Madrid, en autos n.º 804/2014, seguidos entre dicho litigante y Dña. Lorenza , representada por la procuradora Dña. Sara Carrasco Machado, debemos revocar y revocamos la resolución impugnada, en el sentido de incluir en el activo y pasivo de la sociedad ganancial las partidas siguientes:

"-Pasivo ganancial. Derecho de crédito a favor del apelante. Partida 22 (herencia procedente del padre del Sr. Romeo , D. Hipolito , fallecido el 8 de diciembre de 2003, por un importe de 76.095,00 euros, que deberá ser actualizado con el IPC).



"-Pasivo ganancial. Derecho de crédito a favor del apelante. Partida 23 (herencia de la tía del demandado D. Romeo , Dña. Mercedes , que falleció el día 20 de diciembre de 2005, y que asciende a la cantidad de 26.136,38 euros, saldo que debe ser actualizado con el IPC).

"-Activo ganancial. Partida 24 (75% de la vivienda sita en Madrid C/ DIRECCION000 n.º NUM031 , perteneciendo él 25% restante a Dña. Lorenza por herencia de sus padres).

"No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

"Una vez firmo esta resolución, por el órgano a quo, devuélvase al Sr. Romeo del depósito constituido para recurrir en esta alzada".

TERCERO.- 1.- Por Dña. Lorenza se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Primero y único.- Al amparo del art. 477 de la LEC, habiendo resultado infringidos los artículos 1346.4 y 1347, 1358, 1523, 1361 del CC normas aplicables para la resolución de la cuestión objeto del proceso, por inaplicación o aplicación inadecuada y en contra de la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada en las sentencias de 28 de mayo de 1986, 3 de febrero de 1982, 25 de febrero de 2011, 29 de septiembre de 1997, 5 de marzo de 1991, 22 de junio de 2012; entre otras.

Y por D. Romeo se interpuso recurso de casación basado en:

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º, por interés casacional, por infracción del art. 1355 CC, por no ser de aplicación este artículo, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos propios y el art. 1355 CC. La sentencia de la Audiencia Provincial contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se hace referencia a las STS 5428/1995 de 30 de octubre, 418/1995 de 31 de enero, y 4262/2011 de 21 de junio y las STS: 2698/2002, de 17 de abril, 1427/2000, de 24 de febrero, 5967/2002, de 19 de septiembre, 5967/2002, de 19 de septiembre, 2698/2002, de 17 de abril, 3244/2007, de 9 de mayo, y 373/2005, de 25 de mayo.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º, por interés casacional, y únicamente en el caso de considerarse aplicable este artículo 1355 CC al caso que nos ocupa, por infracción del art. 1358 CC en relación con la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales (SAP SA 551/2008, de 14 de octubre; y SAP SA 574/2008, de 23 de diciembre; SAP M 15009/2010, de 15 de octubre; SAP M 10494/2014 de 15 de julio y la sentencia actualmente recurrida).

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 9 de junio de 2021, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a las partes en calidad de recurridos personados para que formalizaran su oposición al recurso contrario en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, únicamente la procuradora Dña. Sara Carrasco Machado, en nombre y representación de Dña. Lorenza , presentó escrito de oposición al recurso contrario, transcurriendo el término concedido para la otra parte sin que formulara alegación alguna.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 30 de noviembre de 2021, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

1.- La demanda.

La formación de inventario se solicita por la esposa.

Para los recursos solo interesa lo siguiente:

- Un dinero (114.860 euros) perteneciente al marido desde antes de contraer matrimonio y una donación al marido hecha por su madre (6.611,13 euros) que se invierten en la compra de la vivienda del matrimonio.
- Un inmueble, adquirido por la esposa en un procedimiento de división de cosa común que tenía origen en la partición de la herencia de sus padres.

2.- La sentencia de primera instancia.

Declara:



- Sin entrar a analizar el origen privativo de esas sumas de dinero, que la vivienda del matrimonio es ganancial, porque la compra se verificó para la sociedad de gananciales por acto expreso del marido en la escritura pública.

- El inmueble adquirido por la esposa en el procedimiento de división de cosa común es privativo, sin crédito alguno para la sociedad de gananciales, porque no se ha acreditado que se pagara en una parte con dinero ganancial.

3.- La sentencia de segunda instancia. Confirmó el criterio de la sentencia de primera instancia.

En esta sentencia se declara que:

- Sobre la vivienda del matrimonio adquirida con dinero privativo del esposo: i) en virtud del principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges es posible desplazar al patrimonio ganancial bienes o derechos que, al momento de su adquisición, tenían carácter privativo; ii) las sumas invertidas en la compra de una vivienda ganancial que no tengan reflejo en la catalogación como enteramente ganancial del bien, sin que conste reserva alguna en la escritura de compraventa en orden a un futuro resarcimiento, no pueden reconocerse como derechos de crédito frente a la sociedad de gananciales, y hay una situación íntegra de ganancialidad; y iii) en el caso, la vivienda del matrimonio no puede considerarse privativa, atendiendo a que en la escritura de compraventa se reflejó que el marido estaba casado y que adquiría para su sociedad de gananciales y cuando se vendió la vivienda la escritura fue otorgada por el marido en nombre propio y en representación de la esposa.

- En cuanto al inmueble adquirido por la esposa en el proceso de división de cosa común entre coherederos: es 25% privativo (porque lo adquirió en virtud de la partición de la herencia de sus padres) y 75% ganancial porque no se ha acreditado que se adquiriera con dinero privativo.

SEGUNDO.- *Sentencia de la Audiencia Provincial.*

En la sentencia de la Audiencia Provincial se declaró en el fundamento de derecho 3.º:

"El objeto del recurso interpuesto se refiere a las partidas 20 a 24 analizadas en la sentencia de primera instancia e impugnadas en el escrito de recurso que deben ser objeto de análisis en esta resolución.

"1.- Partida 20 (dinero que tenía D. Romeo antes de contraer matrimonio (8 de agosto de 1991) por importe de 19.111.141 pesetas (114.860 euros), dicho saldo inicial privativo debe ser actualizado con el IPC, que habría sido destinado a adquirir la vivienda sita en la CALLE000 n.º NUM032 de Madrid).

"2.- Partida 21 (Donación a D. Romeo efectuada por su madre Dña. Tania el día 14 de diciembre de 1993, para la compra de un piso a nombre de D. Romeo en la CALLE000 (Madrid)).

"Los dos primeros objetos del recurso hacen referencia a sumas de dinero que D. Romeo invirtió en la compra de la vivienda de la CALLE000 NUM032 de Madrid y que procedían parcialmente de dinero privativo que él tenía en diversas cuentas corrientes por un importe total de 114.860.-€ y en otra parte por una donación efectuada por su madre, Dña. Tania, el 14 de diciembre de 1993 por un importe de 6.611,13.-€.

"Respecto de tales derechos de crédito señaló la sentencia apelada que, sin entrar a analizar el origen privativo de esas cantidades que pudieran haber sido invertidas en la compra de la vivienda, la escritura de compraventa del 16 de diciembre de 1993 recogía con claridad que la compra se verificaba para la sociedad de gananciales, aun cuando sólo compareciera el apelante, de lo que se derivaba la naturaleza ganancial del inmueble y, por tanto, carecía de sentido entrar a analizar el origen del dinero, puesto que existía un acto expreso en documento público de atribución de naturaleza ganancial a ese inmueble, posteriormente vendido a través de otra escritura pública en la que se volvió a plasmar la naturaleza ganancial del inmueble transmitido.

"En efecto, como bien señala esa resolución, dentro de la normativa aplicable al derecho matrimonial, y como una manifestación específica del principio de la autonomía de la voluntad privada que, con carácter general, proclama el artículo 1255 del Código Civil, el 1355 dispone que podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga, para añadir, en su párrafo segundo, que si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tal bien. Por su parte el artículo 1323 del citado texto legal previene que los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.

"En consecuencia, se habilita, a través de dichas normas, la posibilidad de desplazar al patrimonio ganancial bienes o derechos que, al momento de su adquisición, tenían carácter privativo.



"Sobre dicha base legal mantiene el Tribunal Supremo que los cónyuges tienen una amplia libertad para contratar e, inclusive, para modificar la naturaleza de los bienes que les pertenecen, y basta el mutuo acuerdo o la conformidad para provocar que un concreto bien que, en todo o en parte, pudiera ser privativo, se desplace al patrimonio común, por lo que la aportación a la sociedad conyugal en tales supuestos constituye un negocio jurídico válido y lícito, al amparo del principio de libertad de contratación que rige entre los cónyuges, al igual que entre extraños(STS 25-5-2005).

"En resoluciones de este tribunal, como las de 6 de marzo de 2018 o 28 de abril de 2017, ya se ha reiterado que las sumas de carácter privativo que sean invertidas en la compra de una vivienda ganancial que no tengan reflejo alguno en la catalogación como enteramente ganancial del referido bien, según se refleja en su inscripción registral, y sin que conste tampoco reserva alguna en la escritura de compraventa, en orden a su futuro resarcimiento, no podrán reconocerse como derechos de crédito frente a la sociedad ganancial al hilo de las operaciones particionales, pues la situación de íntegra ganancialidad, sin condicionante alguno, se ha mantenido pacíficamente durante la convivencia de los esposos. Como ya razonábamos en sentencia de 15 de octubre de 2010, remitiéndonos a la doctrina de esta propia Sala (entre otras, sentencias 14 de septiembre de 2004 y 17 de mayo de 2005), no es posible enervar los actos propios cuando no hace constar en el momento de la adquisición ni siquiera la naturaleza privativa del dinero, por lo que, naturalmente, la atribución de ganancialidad se infiere de la propia voluntad de los cónyuges, y aun admitiendo la procedencia del carácter privativo del dinero empleado para la compra, en tanto en cuanto el cónyuge donatario no hace ningún tipo de manifestación, sobre reserva o condición del carácter privativo del dinero que se aporta, a fin de propiciar, en el momento oportuno, cual nos ocupa, un derecho de reembolso conforme al artículo 1358 del texto legal antes citado (la misma doctrina es seguida por la Audiencia Provincial de Álava, sentencia 23/9/99, y Audiencia Provincial de Valencia, sentencia 10/3/94, entre otras).

"Así las cosas, por la propia voluntad del recurrente, en modo alguno puede considerarse privativa dicha vivienda, sino de la titularidad de ambos, y en proindiviso, pues debe interpretarse que se produjo una donación entre cónyuges, en orden a la adquisición de un bien ganancial, y un claro deseo de efectuar un desplazamiento patrimonial. En cuanto a la ausencia de intervención por parte de la apelada en esa escritura pública, afirma la parte apelante que la contraria no tuvo intervención ni en el documento privado de compraventa ni tampoco en la escritura pública firmada en ambos casos ya vigente la sociedad de gananciales. Se interpreta que de ello se derivaría como consecuencia que no existen actos propios de ambos cónyuges en el sentido de otorgar carácter ganancial a la vivienda, independientemente de la procedencia del dinero en ella invertido.

"Sin embargo, deben hacerse al respecto dos precisiones. En primer lugar, la escritura de compraventa de 16 de diciembre de 1993 (folio 352 y siguientes), se reflejaba que D. Romeo estaba casado con Dña. Lorenza y en las estipulaciones ya se hacía constar que adquiriría para su sociedad de gananciales, sin que hiciera ningún tipo de reserva al respecto en ese primer documento. Posteriormente, en la escritura pública de compraventa, cuando fue vendida la vivienda el 6 de octubre de 1999, nuevamente se hizo constar que D. Romeo intervenía en nombre propio, pero en esta ocasión también en representación de Dña. Lorenza conforme al poder que se aportaba en ese acto. Por ello, si con claridad en el primer documento ya se plasmaba que la adquisición no era en nombre propio, sino para la sociedad ganancial, en este segundo documento es aún más claro que la actuación de venta de ese bien inscrito como ganancial en el Registro de la Propiedad se verificaba actuando en ese momento en representación de su esposa, por lo que no se dan los presupuestos recogidos en las resoluciones mencionadas en el escrito de recurso, ya que en ningún momento, ni en la compra ni en la venta, manifestó actuar en nombre propio, sino que siempre señaló que adquiriría para su sociedad ganancial y vendía también en representación de su mujer al tratarse de un bien de esa naturaleza.

"Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, resulta evidente que el recurso en estos dos primeros extremos no puede prosperar, en cuanto que los propios actos del apelante han determinado la naturaleza ganancial de la vivienda adquirida, aun asumiendo que parcialmente lo fuera a cargo de bienes privativos".

En la sentencia del juzgado de primera instancia, aceptada por la de apelación en este extremo se declaró:

"Dinero que tenía D. Romeo antes de contraer matrimonio (8 de agosto de 1991) por importe de 19.111.141 pesetas (114.860 euros), dicho saldo inicial privativo debe ser actualizado con el IPC. Se refiere a: saldos en el Banco Hipotecario (11.577.290 pesetas); BBV (425.766 pesetas) y Banco de Crédito Agrícola (letras del Tesoro por 7.000.000 pesetas y saldo por 108.085 pesetas), que habría sido destinados a adquirir la vivienda sita en la CALLE000 n° NUM032 de Madrid. En primer lugar conviene recordar que, como relata la propia actora, en el momento de firma de la escritura de compra de la citada vivienda el 16 de diciembre de 1993 se habían entregado a cuenta del precio cantidades superiores a las que afirma eran de su propiedad con carácter pues el importe satisfecho a la fecha de la compra era de 24.335.310 pts. y él solo disponía de 19.111.141 pts. de lo que se deduce que los cónyuges disponían de otras cantidades de dinero, por lo que no puede afirmarse con rotundidad que todo ese dinero fuera el que según afirma tenía antes del matrimonio. Debe destacarse que



cuando se compra la casa los cónyuges ya llevan casados casi dos años y medio por lo que seguramente ya se habrían generado ingresos gananciales durante dicho periodo. En cualquier caso, aun siendo más que probable que una parte relevante de esas cantidades se dedicará a la compra de la vivienda, deberá acudir a los actos coetáneos de los cónyuges para determinar que naturaleza quisieron atribuir a esos fondos. A estos efectos es relevante la propia escritura de compraventa de 16 de diciembre de 1993, en la que si bien comparece solo el Sr. Romeo, se establece con toda claridad que la vivienda se adquiere para su sociedad de gananciales; por otra parte cuando se vende esa vivienda en fecha 6 de octubre de 1999 el demandado comparece con poder de su esposa y en el exponiendo indican que la vivienda les pertenece con carácter ganancial. Es decir, los cónyuges siempre consideraron esa vivienda 100% ganancial; nunca se estableció, ni siquiera en documento privado una delimitación de cuotas. Tampoco se hizo referencia documental alguna a que el precio hubiera sido satisfecho total o en parte con dinero privativo que diera algún tipo de derecho de reembolso a favor del Sr. Romeo. En consecuencia debe primar lo dispuesto en el art. 1355 del Código Civil en virtud del cual podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga; así como la presunción de ganancialidad del art. 1361 del citado texto legal respecto de los fondos utilizados para la adquisición de la vivienda. Lo que no es admisible es que el demandado espere veinte años para reclamar el importe de las cantidades que afirma eran privativas y se destinaron para adquirir la vivienda. Por todo lo expuesto no puede incluirse dicha partida en el inventario ganancial, que por lo demás tampoco sería una partida del activo sino del pasivo pues se trataría de un derecho de crédito de uno de los cónyuges frente a la sociedad".

Recurso de casación interpuesto por D. Romeo.

TERCERO.- *Motivo primero.*

Al amparo del art. 477.2.3.º, por interés casacional, por infracción del art. 1355 CC, por no ser de aplicación este artículo, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos propios y el art. 1355 CC. La sentencia de la Audiencia Provincial contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se hace referencia a las STS 5428/1995 de 30 de octubre, 418/1995 de 31 de enero, y 4262/2011 de 21 de junio y las STS: 2698/2002, de 17 de abril, 1427/2000, de 24 de febrero, 5967/2002, de 19 de septiembre, 5967/2002, de 19 de septiembre, 2698/2002, de 17 de abril, 3244/2007, de 9 de mayo, y 373/2005, de 25 de mayo.

CUARTO.- *Decisión de la sala.*

Se desestima el motivo.

El recurrente Sr. Romeo alegó que el inmueble sito en CALLE000 NUM032 es de carácter privativo.

Esta sala en sentencia 295/2919, de 27 de mayo, declaró:

Por las razones expuestas, esta sala considera que son gananciales los bienes adquiridos conjuntamente por los esposos cuando consta la voluntad de ambos de atribuir carácter ganancial al bien adquirido, pero, en tal caso, si se prueba que para la adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hiciera reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso.

Aplicada la doctrina al caso de autos debe deducirse, al igual que declaró la Audiencia Provincial, que la compra de la vivienda se efectuó de común acuerdo bajo el régimen de gananciales, máxime cuando el precio de la compra no se satisfizo íntegramente con el patrimonio del Sr. Romeo, pues este antes del matrimonio contaba con una liquidez de 19.111.141 pesetas (114.860 euros), mas 6.611 euros que le donó su madre, en fechas muy próximas a la escritura de compraventa del inmueble cuyo precio ascendió a 24.335.310 pesetas (art. 1355 del C. Civil), siendo indicativo del acuerdo de ganancialidad, que al venderlo el Sr. Romeo con poder de la Sra. Lorenza igualmente se mencionó su carácter ganancial.

QUINTO.- *Motivo segundo.*

Al amparo del art. 477.2.3.º, por interés casacional, y únicamente en el caso de considerarse aplicable este artículo 1355 CC al caso que nos ocupa, por infracción del art. 1358 CC en relación con la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales (SAP SA 551/2008, de 14 de octubre; y SAP SA 574/2008, de 23 de diciembre; SAP M 15009/2010, de 15 de octubre; SAP M 10494/2014 de 15 de julio y la sentencia actualmente recurrida).

SEXTO.- *Decisión de la sala.*

Se estima el motivo.



Se alega por el recurrente que de declararse la ganancialidad del bien, debe respetarse el derecho de reembolso del Sr. Romeo con respecto a las cantidades aportadas para la compra del bien.

Nuevamente la sentencia 295/2019, de 27 de mayo, declaró que "la prueba del carácter privativo del dinero (que, frente a la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC, incumbe al que lo alegue) puede ser determinante del derecho de reembolso a favor del aportante (art. 1358 CC)...

"El derecho de reembolso procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición".

De esta doctrina jurisprudencial debe deducirse que, pese a la atribución del régimen ganancial al bien, ello no priva al Sr. Romeo de su derecho de reembolso con respecto a las cantidades aportadas para su adquisición, extremo (cuantía) sobre la que se pronuncian tangencialmente las sentencias de instancia, y sobre lo que esta sala debe declarar que el derecho de reembolso debe cuantificarse en 121.471 euros, resultante de la suma del dinero que poseía el Sr. Romeo antes del matrimonio, mas la donación de su madre, en fecha inmediata a la compra de la vivienda, suma que se actualizará conforme al IPC.

No se ha acreditado que a las sumas mencionadas se les hubiera dado otro destino una vez contraído el matrimonio, ni que el bien inmueble hubiese sido adquirido con una proporción de dinero ganancial superior.

Recurso de casación interpuesto por Dña. Lorenza .

SÉPTIMO.- Motivo primero (único admitido).

Al amparo del art. 477 de la LEC, habiendo resultado infringidos los artículos 1346.4 y 1347, 1358, 1523, 1361 del CC normas aplicables para la resolución de la cuestión objeto del proceso, por inaplicación o aplicación inadecuada y en contra de la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada en las sentencias de 28 de mayo de 1986, 3 de febrero de 1982, 25 de febrero de 2011, 29 de septiembre de 1997, 5 de marzo de 1991, 22 de junio de 2012; entre otras.

OCTAVO.- Decisión de la sala.

Se desestima el motivo.

Se alega por la recurrente que el bien sito en calle DIRECCION000 , lo heredaron ella y sus hermanos. En procedimiento judicial de extinción de condominio se adjudicó la finca a Dña. Lorenza al efectuar ella la puja más alta en la subasta.

Se pretende por la recurrente que parte del bien es de su hermana Mariana y sobre ello se declara en la sentencia recurrida que Dña. Mariana no es parte en el procedimiento y que se le dejan a salvo los derechos que pretendiera ejercitar.

Se declara probado en la sentencia recurrida que Dña. Lorenza es propietaria del 25% del inmueble al haberlo adquirido en condominio hereditario, pero el 75% restante es de carácter ganancial al no haberse probado que el dinero abonado en la subasta tuviese origen privativo de Dña. Lorenza , por lo que ha de presumirse su procedencia ganancial (art. 1361 C. Civil).

Esta sala debe desestimar el motivo de recurso, pues de acuerdo con el art. 1347.3 del C. Civil, tienen carácter ganancial los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, aunque se haga la adquisición para uno solo de los esposos, por lo que en la sentencia recurrida se acierta cuando se considera ganancial el 75% del inmueble (sentencia 295/2019, de 27 de mayo).

NOVENO.- Costas y depósito.

Estimado el recurso de casación de D. Romeo , no procede imposición de las costas respecto al mismo y procede la devolución a este recurrente del depósito constituido para recurrir.

Desestimado el recurso de casación de Dña. Lorenza procede la imposición de costas derivadas de su recurso a la misma (art. 398 LEC de 2000), con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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 D. Romeo , contra sentencia de fecha 2 de octubre de 2018 de la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 511/2017).

2.º- Se desestima el recurso de casación interpuesto por Dña. Lorenza contra la misma sentencia, reseñada en el anterior punto.



3.º- Casar parcialmente la sentencia en el sentido de reconocer a D. Romeo un derecho de reembolso con cargo a la sociedad de gananciales de 121.471 euros, actualizable conforme al IPC.

4.º- Se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

5.º- No ha lugar a imponer costas de su recurso a D. Romeo y devuélvase al mismo el depósito constituido para recurrir.

6.º- Procede la imposición de las costas del recurso de casación de Dña. Lorenza a la misma, y la pérdida del depósito que constituyó para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de apelación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ