



Roj: **STS 1108/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1108**

Id Cendoj: **28079110012021100158**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/03/2021**

Nº de Recurso: **3308/2018**

Nº de Resolución: **168/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 218/2018,**  
**STS 1108/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 168/2021**

Fecha de sentencia: 24/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3308/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/03/2021

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA. SECCIÓN 5.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3308/2018

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 168/2021**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 24 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Florentino, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Virginia Gutiérrez Sanz y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> María Victoria Morenate Sánchez, contra la sentencia n.º 100/2018, de 9 de marzo, dictada por la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Granada en el recurso de apelación n.º 489/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 355/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Granada, sobre división de cosa común. La parte recurrida, D.<sup>a</sup> Nicolasa no se ha personado ante esta sala.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- D. Florentino interpuso demanda de juicio ordinario contra D.<sup>a</sup> Nicolasa, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se acuerde:

"1.- Declarar la extinción del condominio respecto del inmueble sito en DIRECCION000 (Granada), en CALLE000, NUM000, descrito en el hecho primero de la presente demanda, inscrito en el Registro de la Propiedad n.º 5 de Granada al folio NUM001 del libro NUM002, de DIRECCION000, Finca Registral n.º NUM003, acordando la división de dicho inmueble mediante venta extrajudicial o en pública subasta con admisión de licitadores extraños, repartiéndose entre los condueños el precio obtenido, en la proporción que cada uno ostenta en la comunidad, es decir, por mitad; sin perjuicio de los reintegros que hayan de ser efectuados, para el caso de que a la fecha de la venta uno de los copropietarios hubiere hecho frente al pago de las cuotas derivadas de la deuda hipotecaria que pesa sobre la vivienda, descontando del referido precio el importe pendiente de la carga hipotecaria que pese sobre la misma, en tanto que el adjudicatario habrá de subrogarse en dicha carga por el importe que al momento de la venta quede de capital pendiente de amortizar.

"2.- Se declare extinguido y sin efecto el derecho de uso de dicha vivienda sita en DIRECCION000 (Granada), en CALLE000, NUM000, atribuido temporalmente a D.<sup>a</sup> Nicolasa conforme a la Sentencia de fecha 29 de Julio de 2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Granada y Sentencia de la Audiencia Provincial de 30 de mayo de 2014.

"3.- Se condene a la demandada D.<sup>a</sup> Nicolasa al reintegro y pago a D. Florentino de la cantidad de 56.534,91 euros debidos al mismo en concepto de pago del precio de la vivienda. Más el interés de mora previsto en los artículos 1100, 1101 y 1108 del CC, que será sustituido por el procesal regulado en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

"4.- Se condene a la demandada D.<sup>a</sup> Nicolasa al pago de la cantidad de 32.142,30 euros a D. Florentino, correspondientes al 50% de las cantidades que en concepto de préstamo hipotecario se han satisfecho por D. Florentino hasta la fecha de interposición de la demanda; y las que por dicho concepto se satisfagan por el demandante desde la fecha de interposición de la demanda y durante la pendencia del procedimiento hasta el momento de la venta o efectiva división. Más el interés de mora previsto en los artículos 1100, 1101 y 1108 Ce, que será sustituido por el procesal regulado en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

"Con expresa imposición de costas a la demandada".

2.- La demanda fue presentada el 17 de marzo de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Granada, fue registrada con el n.º 355/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D.<sup>a</sup> Nicolasa contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas al actor y formuló a su vez reconvenición en la que solicitaba:

"se dictara sentencia mediante la cual se declare que el 50% de todos los bienes que fueron adquiridos durante el tiempo que duró la relación sentimental entre ambas partes y que se relacionan en la presente demanda, son titularidad de mi mandante y todo ello con expresa condena en costas al demandado".

4.- D. Florentino contestó a la demanda reconvenicional solicitando que:

"con acogimiento de la cuestión procesal alegada, resuelva en el acto de la Audiencia Previa acordando inadmitir la reconvenición por falta de conexión con la pretensión de la demanda principal de conformidad con lo expuesto en el cuerpo de este escrito, o en caso de no estimar esta petición, desestime íntegramente en



sentencia en cuanto al fondo la petición contenida en el suplico de la misma, y todo ello con expresa imposición a la reconviniendo de todas las cosas causadas".

5.- Mediante auto de 15 de febrero de 2015, el Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Granada inadmitió a trámite la reconvenición por falta de identidad objetiva.

6.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado dictó sentencia de fecha 20 de abril de 2016, con el siguiente fallo:

"Debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales D.ª Alba Marina Navarro Vidal en nombre y representación de D. Florentino contra D.ª Nicolasa y en consecuencia:

"1.- Desestimar la pretensión de división de cosa común.

"2.- Condenar a la parte demandada a abonar al actor la suma de DIECISIETE MIL NOVENTA Y OCHO EUROS CON NOVENTA Y DOS CÉNTIMOS (17.098,92 €) más la mitad de las que se hayan devengado hasta la actualidad.

"3.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

7.- D.ª Nicolasa y D. Florentino solicitaron mediante la presentación de sendos escritos aclaración de la citada resolución que fue resuelta mediante auto de 28 de abril de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

"Debo ACLARAR Y ACLARO los errores cometidos en la sentencia de fecha 20 de abril de 2016 dictada en el procedimiento ordinario n.º 355/15, y en consecuencia, rectificar el ordinal 2.º de fallo, conforme al siguiente tenor literal:

""Condenar a D.ª Nicolasa a abonar la mitad de la suma de 17.098,92 € más los intereses legales que se devenguen".

"Denegar el resto de aclaraciones solicitadas por la procuradora D.ª Alba Marina Navarro Vidal en nombre y representación de D. Florentino y por lo tanto, mantener íntegro el resto del contenido de la sentencia.

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

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada, que lo tramitó con el número de rollo 489/2016 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 9 de marzo de 2018, con el siguiente fallo:

"Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Florentino , a través de su representación procesal, contra la sentencia de fecha 20 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 15 de Granada, en autos n.º 355/2015, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada. Con imposición de las costas de la presente alzada a la parte apelante".

3.- D. Florentino solicitó aclaración y subsanación de la anterior sentencia que fue denegada mediante auto de 7 de mayo de 2018.

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

1.- D. Florentino interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 469.1.1.º LEC. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional, por infracción del art. 37.2 y art. 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 117.3 de la Constitución.

"Segundo.- Al amparo del art. 469.1.1.º LEC. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional por infracción del art. 18 LOPJ y 775 LEC.

"Tercero.- Al amparo del art. 469.1.2.º LEC por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por infracción de los artículos 218.1 y 465.5 LEC. Incongruencia *extra petita*.

"Cuarto.- Al amparo del artículo 469.1.4.º: vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución".

Los motivos del recurso de casación fueron:



"Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC. Infracción del artículo 400 CC, existiendo interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

"Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC. Infracción del art. 96 del Código Civil. Existiendo interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

"Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC. Infracción por inaplicación de los artículos 392 y 393 del Código Civil, oponiéndose la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre comunidad de bienes en parejas de hecho o "more uxorio", existiendo interés casacional. Citándose al efecto las Sentencias del Tribunal Supremo n.º 416/2011, de 16 de julio, y 1048/2006, de 19 de octubre".

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 personada únicamente la parte recurrente por medio del procurador mencionado en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 2 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de D. Florentino contra la sentencia dictada el 9 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Granada (sección 5.ª) en el rollo de apelación n.º 489/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 355/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Granada".

3.- Quedó el presente recurso de casación e infracción procesal pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 4 de febrero de 2021 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 17 de marzo de 2021, en que ha tenido lugar a través de sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes*

Tras la ruptura de una unión no matrimonial con hijos menores de edad y un previo proceso de guarda y **custodia**, se inicia un nuevo litigio en el que se plantean dos cuestiones. De una parte, el ejercicio por el padre de la acción de división de la vivienda que pertenece en proindiviso a los dos miembros de la pareja y cuyo uso fue atribuido a la madre. De otra, la reclamación de cantidad por las mayores aportaciones económicas que dice haber realizado para pagar la vivienda.

Por lo que interesa a efectos del presente recurso son antecedentes relevantes los siguientes.

1. El Sr. Florentino, hoy recurrente, interpuso demanda de juicio ordinario contra la Sra. Nicolasa en la que solicitó que se declarara extinguido el condominio de un inmueble sito en DIRECCION000 mediante venta extrajudicial o en pública subasta, que se declarara extinguido el derecho de uso de dicha vivienda atribuido temporalmente a la demandada por sentencia dictada en un procedimiento de medidas paterno-filiales, y que se condenara a la demandada al pago de determinadas cantidades en concepto de aportaciones y pagos del precio de la vivienda y en concepto de pagos del préstamo hipotecario.

2. La sentencia de primera instancia desestimó la pretensión de división de la cosa común y la petición relativa al derecho de uso. En cambio, estimó parcialmente la acción de reclamación de cantidad relativa a las cuotas del préstamo hipotecario abonadas por el Sr. Florentino.

3. El demandante interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia.

Por lo que se refiere a la acción de división de la cosa común, la Audiencia razona que la vivienda se encuentra sujeta al uso concedido a la demandada en el ámbito de procedimiento de medidas paterno-filiales que afectan al interés de menores de edad y por más que la sentencia de apelación dictada en procedimiento de familia vincule la extinción del uso a la solicitud por alguna de las partes de la división de la cosa común, "tal disposición viene supeditada por el art. 96.4 CC al consentimiento del cónyuge no titular (en el presente caso el no titular de la mitad indivisa correspondiente al actor solicitante de la división) o, en su caso, a la correspondiente autorización judicial". Añade que el principio del *favor filii* impide que el uso de la vivienda familiar concedido a favor del progenitor ejerciente de la **custodia compartida** pueda extinguirse por el ejercicio de la acción de división de la cosa común antes de que ambas hijas alcancen la mayoría de edad.



Por lo que se refiere a las cantidades aportadas y el pago de las cuotas del préstamo para financiar la vivienda, la Audiencia viene a decir, en síntesis, que la compra por mitades para uso común y de los hijos comporta un acuerdo implícito sobre aplicación indistinta de los recursos de los miembros de la pareja, sin pacto de reconocimiento de obligaciones por las aportaciones del otro. Por esa razón considera que no procede la pretensión de reconocimiento de derecho de crédito alguno a favor del apelante y desestima el recurso.

4. El demandante interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

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

El recurso se funda en cuatro motivos.

1. El primer motivo, al amparo del art. 469.1.1.º LEC, denuncia la infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional, por infracción del art. 37.2 LEC, art. 85 LOPJ y art. 117.3 CE.

El motivo se desestima porque al conocer de los asuntos planteados (por lo demás, por el propio recurrente, que es quien interpuso la demanda), ni el juzgado ni la Audiencia han infringido las normas que fijan la competencia de la jurisdicción civil ni las normas sobre competencia objetiva o funcional cuya falta, por otra parte, sería determinante de una nulidad de pleno derecho de lo actuado ( art. 238.1.º LOPJ).

Cuestión diferente, planteada con mayor acierto en el segundo motivo de este recurso, es que la sentencia recurrida no haya estado a lo decidido en un proceso anterior de guarda y **custodia** de las hijas menores seguido entre las partes y en el que se estableció la **custodia compartida** y se fijó la atribución del uso de la vivienda.

2. El segundo motivo, al amparo del art. 469.1.1.º LEC, denuncia la infracción de los art. 18 LOPJ y 775 LEC.

El motivo va a ser estimado porque la sentencia recurrida, de manera errónea, no ha resuelto la cuestión de la división de la cosa común que se le planteaba partiendo de lo decidido de manera firme en el anterior proceso de guarda y **custodia**, sino que ha desestimado la petición de extinción del proindiviso sobre el piso procediendo a valorar que el derecho de uso de la vivienda debía atribuirse a la madre durante el tiempo que las hijas fueran menores de edad.

No era esta la cuestión de fondo que se le planteaba, sino la de la extinción del proindiviso sobre la vivienda, copropiedad de ambos progenitores.

En definitiva, el motivo se estima porque la sentencia recurrida ha dejado sin efecto el contenido de una sentencia firme sobre el uso de la vivienda. Acordada la **custodia compartida** en interés de los hijos menores en un proceso de guarda y **custodia**, en el que además se atribuye el uso de la vivienda común a un progenitor hasta que se divida, la posterior división y venta de la vivienda a lo que puede dar lugar, en su caso, como advertimos en la sentencia 295/2020, de 12 junio, es a una posterior petición de modificación de medidas en el procedimiento adecuado si fuera precisa para ajustar la satisfacción de las necesidades de los menores a la capacidad económica de cada progenitor en la situación que derivara tras la extinción del uso de la vivienda.

Nada de esto era objeto de este procedimiento en el que, por lo demás, al contestar a la demanda, por lo que se refiere a la acción de división de la vivienda, la madre se limitó a manifestar que era incierto que se hubiera negado a la división de la vivienda común y que la falta de acuerdo entre las partes resultaba de que ella quería dividir todo el patrimonio común formado por la pareja durante el tiempo que duró la relación, a lo que él no se avenía. Cuestión que, por otra parte, no ha sido objeto de este procedimiento.

La estimación de este motivo permitirá entrar en el fondo del asunto y resolver sobre la acción de división teniendo en cuenta los términos en que aparecen formulados los dos primeros motivos del recurso de casación ( disposición adicional 16.1, regla 7.ª, LEC). De ello nos ocuparemos en el fundamento tercero, apartado A) de esta sentencia.

3. El tercer motivo, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, denuncia infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por infracción de los arts. 218.1 y 465.5 LEC.

El motivo va a ser desestimado.

Se denuncia, en primer lugar, que la sentencia se pronuncia sobre el interés de los menores sin que se haya realizado alegación alguna ni haya sido objeto de debate. En la medida en que la sentencia lo que está haciendo es dejar sin efecto una sentencia firme dictada en un proceso de familia, esta denuncia encuentra un cauce más adecuado en el motivo segundo de este recurso, que ha sido estimado.

Se denuncia, en segundo lugar, que la sentencia se pronuncia sobre la existencia de una comunidad de bienes en la convivencia *more uxorio*, sin que fuera esa la cuestión debatida. En la medida en que el motivo cuestiona un argumento de fondo empleado por la sentencia para negar que proceda la reclamación de cantidades por





el pago de la vivienda, lo que plantea es una cuestión jurídica más propia del recurso de casación y de la que nos ocuparemos al dar respuesta al motivo tercero de dicho recurso.

En consecuencia, el motivo tercero se desestima.

4. El cuarto motivo, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, denuncia vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE.

El motivo va a ser desestimado.

Realmente el motivo no tiene entidad propia y en las alegaciones que plantea acerca de la congruencia de los argumentos de la sentencia lo que hace es cuestionar la corrección de sus razonamientos y el acierto a la hora de interpretar las normas aplicables a las cuestiones discutidas, lo que está relacionado con las cuestiones jurídicas, de fondo, que se plantean por el propio recurrente en su recurso de casación.

En consecuencia, el motivo cuarto se desestima.

#### **TERCERO.** *Recurso de casación*

El recurso se funda en tres motivos, todos ellos al amparo de lo dispuesto en el ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

El primer motivo denuncia la infracción del art. 400 CC y el segundo motivo la infracción del art. 96 CC. Van a ser analizados conjuntamente porque se refieren a la acción de división de la vivienda que pertenece en copropiedad a los progenitores.

El tercer motivo denuncia la infracción de los arts. 392 y 393 CC por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre comunidad de bienes en parejas de hecho y se refiere al derecho de crédito por las mayores cantidades aportadas para el pago de la vivienda.

A) *La acción de división de la vivienda común y el derecho de uso atribuido cuando hay hijos menores.* La sentencia recurrida considera erróneamente que la atribución del uso de la vivienda a la madre impide que el padre ejercite la acción de división de la vivienda de la que ambos son copropietarios mientras las hijas sean menores de edad. Entiende que así resulta de lo dispuesto en el art. 96.4 CC, conforme al cual, "para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".

Debemos advertir, puesto que en el caso se trata de una unión no matrimonial, que las reglas sobre la atribución del uso de la vivienda del art. 96 CC, que se refiere a los cónyuges, son aplicables también en los casos de hijos menores de parejas no casadas, dada la situación de analogía que existe por lo que se refiere a la protección del menor ( sentencias 221/2011, de 1 de abril, y 117/2017, de 22 de febrero).

La interpretación de la sentencia recurrida es errónea. Frente a lo que dice, hoy es doctrina consolidada de la sala que la atribución del uso de la vivienda a uno de los condóminos no impide al otro el ejercicio de la acción de división que el art. 400 CC reconoce a todo copropietario con el objeto de poner fin a la comunidad. La tutela de los intereses de los hijos menores y del progenitor a quien corresponde el uso de la vivienda se consigue reconociendo la subsistencia del derecho de uso pese a la división y su oponibilidad frente al adquirente de la vivienda ( sentencias 1123/2008, de 3 diciembre, 861/2009, de 18 enero de 2010, 78/2012, de 27 febrero, y 5/2013, de 5 febrero, entre otras).

Pero la subsistencia del derecho de uso pese a la división (y la consiguiente venta en su caso) solo procede cuando, de conformidad con lo acordado en el procedimiento de familia, incluido en su caso el correspondiente procedimiento de modificación de medidas, corresponda tal derecho de uso. Es decir, el mantenimiento o la extinción del derecho de uso no está en función del ejercicio de la acción de división, ya que, por sí misma, esta acción no da lugar a la extinción del uso atribuido. Pero el derecho de uso no puede subsistir cuando se ejerce la acción de división si en el proceso matrimonial o en el proceso de guarda y **custodia** de menores la atribución judicial del uso se ha hecho precisamente hasta ese momento.

Es lo que ha sucedido en el caso. En el procedimiento de guarda y **custodia** de las hijas comunes, la sentencia 229/2014, de 30 de mayo, dictada por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada, acordó la **custodia compartida** y atribuyó a la madre el uso de la que fue vivienda familiar "en tanto no se proceda por alguna de las partes a la acción de división de la cosa común". De esta forma, el ejercicio de la acción de división de la cosa común y extinción de la comunidad que como copropietario corresponde al demandante, en el presente caso, produce el efecto de extinguir el derecho de uso de la demandada como consecuencia de lo establecido en la sentencia dictada en el procedimiento de guarda y **custodia**.



Hay que pensar que, en los supuestos de **custodia compartida**, la atribución del uso de la que fue vivienda familiar al progenitor que por razones objetivas tiene más dificultades de acceso a una vivienda se dirige a facilitar el tránsito a la situación de **custodia compartida**, y de ahí que se atribuya con carácter temporal, de acuerdo con la doctrina de la sala (resumida en las sentencias 295/2020, de 12 de junio, y 95/2018, de 20 de febrero).

Procede en consecuencia casar la sentencia recurrida y, por las razones expuestas, estimar la demanda y declarar la extinción del condominio respecto del inmueble a que se refiere este litigio.

Solicita el demandante además que se acuerde la división mediante venta extrajudicial o en pública subasta con admisión de licitadores extraños, repartiéndose entre los condueños el precio obtenido, en la proporción que cada uno ostenta en la comunidad, es decir, por mitad. La demandada no ha manifestado nada sobre la forma de dividir y, en atención a lo solicitado, se acuerda que la división se efectúe mediante venta extrajudicial o en pública subasta para el caso de que no se llegue a algún acuerdo con el fin de evitar resultados antieconómicos que no beneficiarían a ninguna de las partes.

No se hace pronunciamiento sobre otros aspectos solicitados en la demanda, como la subrogación de los terceros en la hipoteca, lo que en su caso dependería tanto de la voluntad del tercero como de la entidad financiera, y otra cosa es que, de llegarse a la subasta, deban tenerse en cuenta las cargas y gravámenes existentes que deban ser cancelados a efectos del precio que puedan repartirse las partes.

Por lo que se refiere a la petición de que se declare extinguido y sin efecto el derecho de uso de la vivienda atribuido temporalmente a la demandada ya hemos dicho que, si bien con carácter general la acción de división no extingue el derecho de uso, en el presente caso tal extinción es consecuencia de lo acordado en la sentencia dictada en el procedimiento de guarda y **custodia**, por lo que no se ve inconveniente en recoger tal declaración en esta sentencia, precisando que el uso cesa desde la fecha de su dictado.

B) *Reembolso por las mayores aportaciones económicas realizadas para pagar la vivienda.* La sentencia recurrida considera que la compra por mitades de la vivienda familiar en el marco de una convivencia *more uxorio*, sin pacto de reconocimiento de obligaciones de pago por las aportaciones del otro, revela un acuerdo implícito sobre aplicación indistinta de los recursos de los miembros de la pareja, y niega que proceda reconocer un derecho de crédito a favor del apelante. Mantiene la sentencia de primera instancia, que condenó a la demandada a pagar las cantidades reconocidas por ella, y desestima el recurso de apelación por el que el demandante solicitaba que se reconociera su derecho al reembolso de mayores cantidades.

El razonamiento de la sentencia recurrida no es correcto porque el hecho de que la adquisición sea conjunta, que lo adquirido sea la vivienda de la familia y que los adquirentes convivan *more uxorio* no revela de manera inequívoca que sea irrelevante, en las relaciones entre las partes, quién aporta el dinero. 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. Fermín ., había realizado aportaciones superiores a las de la otra partícipe, la recurrente. Lo que no se ha probado es que el Sr. Fermín . hubiera donado a la Sra. Zaira . el mayor valor que aportó, por lo que se generó un crédito en el que la Sra. Zaira . resulta deudora. Y ello ocurre precisamente, debe repetirse para evitar interpretaciones interesadas o erróneas, porque la recurrente es propietaria de dicha mitad".

En el presente caso, debemos partir de que la vivienda pertenece en propiedad proindiviso a partes iguales. No lo ha discutido ninguna de las partes y se corresponde con lo declarado en el título de adquisición por quienes entonces convivían como pareja no matrimonial. Admitiendo esa copropiedad a partes iguales, el demandante pretende que se le reconozca un crédito por haber realizado una aportación económica mayor que la demandada. Basa su pretensión en que la contribución de los partícipes a las cargas de la comunidad debe ser, salvo pacto en contrario, en proporción a su cuota ( art. 393 CC).

Hay que advertir que, propiamente, el art. 393 CC no se refiere al pago del precio por el que se adquiere la cosa en comunidad, sino a las cargas de mantenimiento de una comunidad existente; con todo, la regla que sienta permite interpretar que la igualdad de aportaciones es un indicio de que se adquiere de manera igual; también permite interpretar que, si se adquiere por partes iguales (como sucede en el caso), habrá que aportar en la misma cantidad. Pero se trata de indicios o presunciones de la voluntad, porque a lo que hay que estar es a la voluntad de las partes, a los acuerdos que medien entre los convivientes, aunque sean tácitos, siempre que revelan de manera inequívoca y clara su voluntad. La adquisición en comunidad no es más que una manifestación de la autonomía de la voluntad de los convivientes, que pueden utilizar como convenga a sus intereses las distintas figuras del derecho patrimonial. Incluso cuando se trata de las cantidades abonadas



después de la suscripción del préstamo hipotecario concertado por ambos, cabe observar que una cosa es la responsabilidad solidaria de los convivientes frente a la entidad financiera y otra que en la relación interna lo que a cada uno corresponda depende exclusivamente de lo acordado por ellos.

La sentencia recurrida apunta a la existencia de un pacto implícito sobre la aplicación indistinta de recursos del que cabría deducir la inexigibilidad de reembolsos, pero este razonamiento no se puede compartir. Puesto que los convivientes percibían ingresos de sus respectivos trabajos y mantenían cuentas separadas resulta difícil concluir, como hace la sentencia recurrida, que las partes descartaran toda exigibilidad de créditos por mayores aportaciones realizadas por uno de ellos para el pago.

Dicho lo cual, el motivo no puede ser estimado por falta de efecto útil. Es el actor quien debe probar que ha realizado aportaciones superiores a las de la demandada ( art. 217 LEC) y, en el caso, como puso de relieve el juzgado en su sentencia, no ha quedado acreditada la mayor aportación.

Como dice el juzgado, de la profusa prueba documental aportada, correspondiente a cuentas y pagos efectuados a lo largo de los años, y de la que resultan divergencias, no resulta con claridad qué parte aportaba cada uno de los litigantes para el pago de la vivienda. Así resulta también a la vista de las condiciones en las que se realizó la adquisición de la vivienda, a través de la empresa en la que trabajaba la demandada, con algunas cantidades que se compensaron con facturas por el trabajo realizado por el demandante como arquitecto técnico, con distintas cantidades que constan reflejadas como que se entregaban en efectivo por la demandada, o las transferencias del demandante a la cuenta de la demandada en la que estaba domiciliado el préstamo, sin que quede acreditado que todos los importes del dinero se emplearan en la devolución del préstamo y no en la atención de algunos gastos familiares.

Puesto que es precisa una prueba cumplida del crédito que se reclama ( art. 217 LEC) y en el presente caso no ha quedado acreditada la mayor aportación realizada por el demandante, vamos a confirmar en este punto en los mismos términos que se dictó la sentencia del juzgado, que condenó a pagar las cantidades que fueron reconocidas por la demandada, porque otra cosa supondría una *reformatio in peius* para el recurrente.

#### **CUARTO.** Costas

La estimación de los recursos por infracción procesal y de casación determina que no se impongan las costas devengadas por estos recursos.

No se imponen las costas del recurso de apelación dada su estimación parcial.

No se imponen las costas de la primera instancia dada la estimación parcial de la demanda.

#### **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 los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Florentino contra la sentencia dictada el 9 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Granada (sección 5.ª) en el rollo de apelación n.º 489/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 355/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Granada.

**2.º-** Revocar y anular la citada sentencia en el sentido de declarar la extinción del condominio respecto del inmueble sito en DIRECCION000 (Granada), en CALLE000 , NUM000 , inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 5 de Granada al folio NUM001 del libro NUM002 , de DIRECCION000 , Finca Registral n.º NUM003 ; acordar la división de dicho inmueble mediante venta extrajudicial o en pública subasta con admisión de licitadores extraños, repartiéndose entre los condueños el precio obtenido, en la proporción que cada uno ostenta en la comunidad, es decir, por mitad; declarar extinguido y sin efecto desde la fecha de esta sentencia el derecho de uso de dicha vivienda sita en DIRECCION000 (Granada), en CALLE000 , NUM000 , atribuido temporalmente a D.ª Nicolasa conforme a la Sentencia de fecha 29 de julio de 2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Granada y Sentencia de la Audiencia Provincial de 30 de mayo de 2014. Se mantiene la condena a D.ª Nicolasa a pagar a D. Florentino las sumas referidas en la sentencia Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Granada de fecha 20 de abril de 2018, aclarada por auto de 28 de abril de 2016.

**3.º-** No imponer las costas devengadas por los recursos por infracción procesal y de casación y ordenar la devolución de los depósitos constituidos para su interposición.

**4.º-** No imponer las costas de las instancias.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ