



Roj: **STS 3326/2006 - ECLI:ES:TS:2006:3326**

Id Cendoj: **28079110012006100543**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2006**

Nº de Recurso: **4097/1999**

Nº de Resolución: **563/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 3326/2006,**
SAP V 4345/1999

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Junio de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Valencia, cuyo recurso fue interpuesto por la Procuradora D^a Loreto Outeiriño Lago, en nombre y representación de D. Marcelino , defendido por el Letrado D. Mario Gil Cebrián; siendo parte recurrida la Procuradora D^a M^a del Rosario Victoria Bolívar, en nombre y representación de D^a Ana , defendida por el Letrado D. Vicente Pineda Costa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Eladio Sin Cebriá, en nombre y representación de D^a Ana , interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía, contra D. Marcelino y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que estimando la demanda, se practique la liquidación de la sociedad de gananciales y se proceda a la adjudicación de los bienes que conforman dicha sociedad conforme se postula en el cuerpo de este escrito, condenando en costas al demandado si se opusiera con temeridad y mala fe.

2.- La Procuradora D^a M^a Teresa Alamañac Felipo, en nombre y representación de D. Marcelino , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y formulando demanda reconvenicional alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que estimando la demanda reconvenicional, se apruebe el contenido y valoraciones que proponemos, y se proceda a adjudicar los bienes que componían la sociedad ganancial conforme con nuestras postulaciones en particular a mi mandante la vivienda por mejor derecho así como o la plaza de garaje, y los muebles relacionados en el inventario, la cantidad de 838.312 pesetas, así como la mitad de los títulos valores existentes, y se condene en costas a la demandante si se opusiera con temeridad y mala fe.

3.- El Procurador D. Eladio Sin Cebriá, en nombre y representación de D^a Ana , contestó a la demanda reconvenicional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando la demanda reconvenicional, rechazando la liquidación y adjudicación que en ella se contiene y a su vez estime la liquidación y adjudicación propuesta por esta parte en nuestro escrito de demanda, con la condena en costas de la reconvenición al esposo demandado por su expresa temeridad y mala fe.



4.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valencia dictó sentencia con fecha 14 de marzo de 1.998 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando como estimo parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. Eladio Sin Cebriá en nombre y representación de D^a Ana contra D. Marcelino y estimando como estimo parcialmente la reconvenición de contrario formulada, debo declarar y declaro que la liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación de los bienes que conforman dicha sociedad, se ha de practicar conforme se determina en el tercero de los fundamentos de esta Sentencia y debo condenar y condeno a las partes a estar y pasar por dicha declaración, correspondiendo a cada una de ellas el pago de las costas procesales ocasionadas a su instancia y el de las comunes por mitad.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D. Marcelino la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia con fecha 7 de julio de 1.999 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a M^a Teresa Alamañac Felipo, en nombre y representación de D. Marcelino , contra la sentencia de fecha 14 de marzo de 1998, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de 1^a Instancia n^o 10 de Valencia en autos de menor cuantía n^o 374/97 , revocamos la misma en el particular de la valoración de los inmuebles que se fija en 16.000.000 de pesetas para la vivienda, 1.500.000 de pesetas, para el garaje y en 200.000 pesetas para el trastero, con la consecuente rectificación del resto de cifras que tales incrementos suponen en la liquidación practicada. Sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso.

TERCERO.- 1.- La Procuradora D^a Loreto Outeiriño Lago, en nombre y representación de D. Marcelino , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del artículo 1692, núm 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio por infracción de actos y garantías procesales, habiéndose producido indefensión. Infracción de los artículos 1242 del Código civil y 610 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . SEGUNDO.- Al amparo del artículo 1692, núm 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como normas del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas han de citarse los arts. 1354, 1396, 1397.1^o y 7.1^o del Código civil , violados por inaplicación. TERCERO.- Al amparo del artículo 1692, núm 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate y con carácter alternativo al segundo de los motivos desarrollados. Como normas del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas han de citarse los arts. 1358 y 1398, regla 3^o del Código civil , violados por inaplicación. CUARTO.- Al amparo del artículo 1692, núm 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como normas del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas han de citarse los arts. 1410, en relación con el art. 1061 y 1062 del Código civil , violados por inaplicación. QUINTO.- Al amparo del artículo 1692, núm 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como normas del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas han de citarse los arts. 1324, 1361 y 7 del Código civil . SEXTO.- Al amparo del artículo 1692, núm 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como normas del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas han de citarse los arts. 528, 504, en relación con el artículo 1398, todos ellos del Código civil y artículo 65 de la Ley 7/85 Reguladora de las Bases de Régimen Local , violados por inaplicación. SEPTIMO.- Al amparo del artículo 1692, núm 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como normas del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas han de citarse los arts. 528 y 500, en relación con el artículo 1398, todos ellos del Código civil , por inaplicación de los mismos. OCTAVO.- Al amparo del artículo 1692, núm 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como norma del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas han de citarse los arts. 1253 del Código civil y 24 de la Constitución Española . NOVENO.- Al amparo del artículo 1692, núm 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como norma del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas ha de citarse el art. 1214 el Código civil . DECIMO.- Al amparo del artículo 1692, núm 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como norma del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas se cita el artículo 1399 del Código civil .



2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora D^a M^a del Rosario Victoria Bolívar, en nombre y representación de D^a Ana , presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de mayo del 2006, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El tema planteado en el presente recurso de casación parte de la disolución de la comunidad de gananciales en virtud de la sentencia de separación conyugal dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 9 de Valencia en fecha 26 de septiembre de 1989 , tal como prevé el artículo 1392.3^o del Código civil , sigue con la preceptiva liquidación de la misma, que contemplan s los artículos 1396 y siguientes y termina con el litigio que ahora se halla en casación, en que se centra la discusión en el inventario, primera de las operaciones del mismo, esencialmente en la formación del activo y su valoración, aunque también se plantea alguna cuestión sobre el pago de deudas, segunda de las operaciones, previa a la tercera, división y adjudicación de los bienes.

La demanda formulada por la anterior esposa D^a Ana ejercitaba acción de liquidación: inventario, pago de deudas y división y adjudicación que proponía. El demandado, su ex esposo D. Marcelino , formuló a su vez demanda reconventional sobre bienes que integraban el inventario y su valoración, pago de deudas y división y adjudicación de bienes.

La sentencia del Juzgado de 1^a Instancia n^o 10 de Valencia, de 14 de marzo de 1998 analizó con sumo detalle las alegaciones y la prueba practicada y formó el inventario con el activo y el pasivo y sus respectivas valoraciones, no se pronunció sobre pago de deudas, aunque sí las incluyó en el pasivo y procedió a la efectiva división y adjudicación de bienes.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 7^a, de la misma ciudad, de 7 de julio de 1999 , objeto de este recurso de casación, aceptó los fundamentos de derecho y el fallo de la sentencia anterior y la revocó en un solo extremo atinente a la valoración de la vivienda, garaje y trastero, que corrigió aumentando la misma, a la vista del dictamen pericial y de un informe técnico unilateral; asimismo la matizó en el punto relativo al préstamo para la adquisición de la anterior vivienda, en el sentido de destacar que el pago por D. Marcelino de los plazos del préstamo para la adquisición de la misma, a partir de la separación, no le atribuye mayor derecho sobre la misma, que sigue siendo ganancial, conforme al artículo 1347.3^o del Código civil (no el artículo 1354), sino un derecho de crédito frente a la comunidad, cuya copropiedad sigue siendo por mitad, citando al efecto la sentencia de esta sala de 4 de junio de 1998 .

El recurso de casación ha sido formulado por el demandado-demandante reconventional D. Marcelino , en el que replantea su posición respecto a diversos extremos en los que está disconforme con las sentencias de instancia y contiene diez motivos.

El primero de ellos es el único que se funda en el n^o 3^o del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se refiere a la negativa de la Audiencia Provincial a practicar una nueva prueba pericial sobre la valoración de la vivienda. Los demás se formulan al amparo del n^o 4^o del mismo artículo. El segundo, y el tercero son relativos a esta vivienda, en cuanto a los pagos hechos por él y en cuanto a la actualización de los mismos. El cuarto y el quinto discuten la concreta adjudicación de bienes y la presunción de ganancialidad respecto a unos concretos bienes muebles. El sexto y el séptimo se refieren a la inclusión en el pasivo del impuesto de los bienes inmuebles y de los gastos de comunidad, respectivamente. Los motivos octavo y noveno plantean cuestiones fácticas y el décimo, una cuestión no objeto de las iniciales pretensiones, cual es el pago de deudas.

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso de casación alega, como se ha apuntado, la infracción de normas esenciales del juicio, por infracción de actos y garantías procesales, conforme al n^o 3^o del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con la prueba pericial y cita los artículos 1242 del Código civil y 610 de aquella ley procesal . Aparte de que estas normas son relativas a la valoración de la prueba y su infracción se debe denunciar por el n^o 4^o de aquel artículo, el motivo se desestima porque en el desarrollo del mismo se mezcla la negativa del recibimiento a prueba en la segunda instancia y la negativa a una petición de diligencia para mayor proveer respecto a prueba pericial de la valoración de la vivienda, trastero y plaza de garaje, con el resultado de la prueba practicada, del que discrepa.

Prescindiendo de esto último, que es ajeno a la casación, ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido de que el recibimiento a prueba en la segunda instancia es una facultad excepcional, cuya fundada negativa no ocasiona indefensión, tanto más cuanto se dan los medios de prueba suficientes, practicados en la primera instancia que permiten una resolución motivada. Así, la sentencia de 11 de diciembre de 2002 resume la



doctrina jurisprudencial en estos términos: "la línea jurisprudencial concerniente a que el recibimiento a prueba en la segunda instancia tiene carácter excepcional, y sólo puede acudirse al mismo si se cumplen los dos requisitos siguientes: 1º, que se dé alguno o algunos de los eventos especialmente contemplados al efecto en el artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; y 2º, que los hechos que mediante la prueba se intenten acreditar, guarden la debida relación de congruencia con las peticiones deducidas por el actor o con las excepciones opuestas por el demandado, ya que, al amparo de esta excepcional prueba en el trámite de apelación, no cabe intentar con éxito modificación alguna en los términos en que fue planteada, y, a su vista, fue resuelto el litigio en la primera instancia del juicio (STS de 21 de noviembre de 1963), amén de que ha de evitarse que, al socaire de esta facultad, los litigantes dilaten la duración normal del proceso con diligencias inútiles o que pudieron ser realizadas en tiempo oportuno (STS de 11 de noviembre de 1967)."

En el presente caso, no sólo se había practicado en primera instancia la prueba pericial sobre este extremo, sino también en un informe pericial aportado por la propia parte recurrente y la sentencia se basó en ambos para la solución definitiva.

TERCERO.- Los motivos segundo y tercero se centran en el hecho de que el recurrente, tras la disolución de la comunidad ganancial y antes de la presente liquidación de la misma ha estado pagando los plazos del préstamo que recibieron los cónyuges, constante matrimonio, para la adquisición de la vivienda. Alega infracción del artículo 1354 del Código civil (en relación con los artículos 1396, 1398 y 7.2 del mismo código) por entender que su cuota de dominio sobre aquella vivienda debe ser mayor (en el motivo segundo) y del artículo 1358 en relación con el 1398.3º del Código civil (en el motivo tercero) por reclamar la actualización de las cantidades de los plazos que ha estado pagando.

El motivo segundo se desestima porque equivoca la interpretación del artículo 1354: éste se aplica a la adquisición de bienes constante matrimonio, es decir, vigente en el régimen de comunidad de gananciales, por precio en parte ganancial y en parte privativo, cuyo bien adquirido será ganancial y privativo en proporción al dinero aportado. Pero no se aplica al presente caso, en el que el bien es ganancial desde el principio conforme al artículo 1347.3º: se adquirió vigente el régimen, a título oneroso, a costa del caudal común, préstamo ganancial (artículo 1362.2º), y si posteriormente a su disolución, uno de los ex cónyuges abona todos o parte de los plazos del préstamo, sin que tengan, pues, aplicación los artículos 1356 y 1357, tendrá derecho de crédito, contra la comunidad, tal como ha declarado la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso, en su fundamento de derecho tercero.

En este sentido la sentencia de 4 de junio de 1998 , aunque aplicado a un caso de matrimonio de hecho , dice literalmente: "la obligación del abono de la hipoteca hasta que se efectúe la liquidación de la comunidad, con el correlativo reconocimiento de un derecho de crédito contra la misma, no puede suponer vulneración ninguna de las reglas que regulan, bien la liquidación de la sociedad legal de gananciales, bien la llevada a cabo en una comunidad de bienes".

Dentro de este motivo se alega, o más bien se menciona ligeramente, el ejercicio de buena fe de los derechos y se cita el artículo 7.1 del Código civil como infringidos, pero ni se justifica, ni es pensable en la posición que defiende, sino todo lo contrario. No hay ejercicio de mala fe, cuando se aplican correctamente las normas del Código civil, al conflictivo caso planteado.

Sin embargo, el motivo tercero sí debe ser estimado. El artículo 1398, número 3º, segundo inciso, del Código civil, en relación con el 1358 , ha sido infringido. Se trata de las cantidades pagadas por el ex esposo, demandado y demandante reconvenional y ahora recurrente en casación, que ha pagado por razón del préstamo, contrato celebrado por los cónyuges, constante matrimonio, para la adquisición de la vivienda conyugal; se incluye como crédito del mismo (inventario: apartado del pasivo, subapartado de créditos) en la cantidad que se indica. Y el motivo de casación es que debe ser actualizada, en lo que lleva razón y así se debe declarar estimando el motivo y aplicando dicho artículo 1398 que dispone que el pasivo de la comunidad de gananciales está integrado por -número 3º- el importe actualizado de -inciso segundo- los créditos de los cónyuges contra la sociedad. Por ello, tal como se interesa en el desarrollo de este motivo, la cantidad que en ejecución de sentencia se determine como pagada por el esposo con cargo a su patrimonio privativo habrá de incluirse debidamente actualizada en el pasivo de la sociedad de gananciales.

CUARTO.- Los motivos cuarto y quinto se refieren a concretos bienes: inmuebles, adjudicados a la esposa, esencialmente la vivienda, trastero y plaza de garaje y muebles, adjudicados al marido. También se desestiman porque se oponen a la ponderada resolución del órgano jurisdiccional a quo, que se impone al interés lógicamente parcial de la parte.

El motivo cuarto, al alegar la infracción del artículo 1410 en cuando se remite a los artículos 1061 y 1062, todos del Código civil , olvida que el principio de igualdad tiene un carácter más bien facultativo y se aplica por el Tribunal a la medida de las circunstancias concretas de cada caso. Así, la sentencia de 15 de marzo de 1995 ,



recogiendo abundante jurisprudencia anterior, dice: "La jurisprudencia viene entendiendo, respecto al principio de igualdad cuantitativa a que alude el precepto, tomando en cuenta que habla de la "posible igualdad" y las excepciones que contempla el art. siguiente, que el art. 1061 del Cc. tiene un carácter más bien facultativo que imperativo, cual se contempla en las sentencias de 16 de junio de 1902, 30 de enero de 1951, 13 de junio de 1970, 8 de febrero de 1974, 30 de noviembre de 1974 y 25 de junio de 1977, 13 de junio de 1980, 17 de junio de 1981 o 21 de junio de 1986, citando esta última alguna de las anteriores, y el tener literal del precepto al hablar de la "posible igualdad", antes aludida; y la más reciente de 7 de enero de 1991, que claramente establece que el art. 1061 tiene más bien carácter facultativo y orientativo que de imperativa observancia."

En el presente caso, dadas las circunstancias y a la vista de las alegaciones de las partes (que, por cierto, no se discutió este punto, en la instancia) ha hecho una adjudicación indiscutible, sin infracción de norma alguna. Por ello, el motivo se desestima.

Igualmente se desestima el motivo quinto, que considera infringidos los artículos 1361 sobre la presunción de ganancialidad, 1324 sobre la confesión de ganancialidad y 7, todos del Código civil, sin saberse la razón de esta última cita aunque alega la doctrina de los actos propios como si se fundara en aquel artículo (que no es así; en un principio general del derecho aplicable conforme al artículo 1.4 del Código civil). Se refiere a unos determinados bienes muebles, que las sentencias de instancia, valorando la prueba practicada, consideran gananciales y atribuyen al marido y la función de la casación no alcanza a la revisión de la prueba practicada, sino que, como dicen las sentencias de 31 de mayo de 2000, 10 de abril de 2003, 27 de octubre de 2005, controlan la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, que en este caso ha sido impecable, al entender gananciales determinados bienes muebles, al prescindir de un documento privado no reconocido y sin que pueda aplicarse a este caso la doctrina de los actos propios.

QUINTO.- En los motivos sexto y séptimo del recurso, asimila el derecho de ocupación que tiene la mujer, demandante, sobre la vivienda, garaje y trastero, al usufructo (artículos 528, 500 y 504 del Código civil), por lo que impugna la inclusión en el pasivo del inventario del pago por ella del impuesto de bienes inmuebles (motivo sexto) y de los gastos de comunidad (motivo séptimo), con base en el artículo 1398 del mismo código, que no incluye en tal pasivo las deudas generadas tras la disolución de la comunidad de gananciales.

En cuanto al pago del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) es un impuesto que recae sobre el derecho de propiedad, no sobre la posesión. El piso, garaje y trastero pertenecían, en dominio, a la comunidad de gananciales y tras la disolución de ésta por la sentencia de separación conyugal, a la comunidad postganancial, romana pro indiviso contemplada en los artículos 392 y siguientes del Código civil que, por ello, corresponde en propiedad, por mitad, a ambos cónyuges. Por tanto, si los ha pagado ella, la cantidad abonada integra el pasivo en la liquidación de la comunidad.

No cabe la asimilación del derecho de ocupación de la vivienda conyugal del cónyuge a quien se le atribuya en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Código civil, al usufructo, sino que es un derecho real, sui generis, oponible a tercero y de constitución judicial.

Por ello, el motivo se desestima.

Tampoco se estima el motivo séptimo, relativo a los gastos de comunidad que ha satisfecho la ex esposa desde la separación conyugal; respecto a la vivienda cuyo derecho de ocupación le fue atribuido. Tales gastos corresponden a la comunidad, cuyos comuneros son copropietarios (artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal) prescindiendo de su uso efectivo, con lo que la Sala reitera el criterio que expuso la sentencia de 25 de mayo de 2005 que dice: "la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos, sin distinción entre los comunes por naturaleza y por destino, que sean necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble, de manera que la no utilización de un elemento común no exime del pago de los gastos generados en su mantenimiento".

SEXTO.- Los motivos octavo y noveno, como se ha apuntado al principio, no plantean otra cosa que cuestiones fácticas que las sentencias de instancia declaran acreditadas y que, por lo tanto, están fuera del recurso de casación, que no una tercera instancia y no debe revisar el soporte fáctico. Por ello, se desestiman.

Así, el motivo octavo considera infringidos el artículo 1253 del Código civil relativo a la prueba de presunciones y, no se sabe bien porqué ya que lo razona de forma hetérea, el artículo 24 de la Constitución Española que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y que nada tiene que ver con la valoración de la prueba. La consideración de una cifra, a la que se refiere el motivo, como destinada al mantenimiento de la casa y del hogar familiar es un hecho que bien o mal (esta Sala estima que bien) ha sido declarado por las sentencias de instancia y es inamovible en casación.



Lo mismo cabe decir respecto a los muebles que han sido robados, que así lo declaran las sentencias de instancia y es un hecho que permanece incólume en casación, que tampoco se entiende su alegación pues no se ha ejercitado acción alguna por incumplimiento de tal norma, ni del artículo 1214 del Código civil que se aplica cuando un hecho no ha sido probado, marcando las consecuencias de la falta de prueba y aquí se estima probado el robo.

SEPTIMO.- El décimo y último de los motivos del recurso de casación considera infringido el artículo 1399 del Código civil relativo al pago de deudas, que recoge el aforismo "antes es pagar que partir". Esta es una norma en beneficio y protección de los acreedores, ajena al interés de los propios cónyuges: se refiere a la división propiamente dicha y no a la liquidación; se entiende que este artículo, relacionado con el 1403, señala la preferencia de los acreedores comunes frente a los cónyuges. No hay, pues, infracción de tal artículo cuando se reconocen unas deudas, se incluyen en el pasivo del inventario y se hace la división y adjudicación en la liquidación. Antes de la ejecución material, podrán los acreedores exigir una preferencia sobre los créditos, pero no uno de los cónyuges frente al otro.

Pero, además, esta cuestión no había sido objeto de la acción ejercitada en la instancia por este recurrente. Y no cabe en casación plantear una cuestión nueva que no ha sido objeto de la litis en la instancia, pues ello atentaría contra los principios de contradicción y defensa de las partes, tal como ha mantenido una reiterada jurisprudencia: sentencias de 8 de marzo de 2001, 30 de marzo de 2001, 31 de mayo de 2001, 21 de abril de 2003 y 9 de febrero de 2006 ; dicen estas últimas, literalmente: "Las cuestiones nuevas no examinables en casación por no tener acceso a la misma, por no haber sido propuesta en el período de alegaciones, afectan asimismo al derecho de defensa y van contra los principios de audiencia bilateral y congruencia".

Por ello, se desestima el motivo.

OCTAVO.- El motivo tercero se estima, como se ha expresado y, conforme a lo dispuesto en el artículo 1715.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil la Sala asume la instancia y resuelve lo procedente, que no es otra cosa que declarar que la cantidad pagada por el marido e incluida como crédito del mismo en el inventario de la liquidación hecha en la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, deberá ser actualizada al momento actual corrigiendo en este sentido la sentencia, que se casa en este extremo.

Los demás motivos se desestiman.

En cuanto a las costas, tal como dispone el artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se mantienen los pronunciamientos de la instancia y no se hace condena en las costas causadas en este recurso en que cada parte satisfará las suyas.

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

FALLAMOS

1º.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por la Procuradora Dª Loreto Outeiriño Lago, en nombre y representación de D. Marcelino , contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia en fecha 7 de julio de 1.999 .

2º.- Sentencia que CASAMOS y ANULAMOS en un único extremo:

El crédito que como acreedor tiene dicho recurrente, contra la comunidad de gananciales, por el pago del préstamo, (subapartado 2 del apartado pasivo) se actualizará al momento actual, fecha de la ejecución de la presente sentencia.

3º.- No se hace condena en costas en ninguna de las instancias ni en las de este recurso, en el que cada uno pagará las suyas.

4º.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.-ANTONIO SALAS CARCELLER.-JOSE ALMAGRO NOSETE.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.