



Roj: **ATS 9846/2017 - ECLI:ES:TS:2017:9846A**

Id Cendoj: **28079110012017202445**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2017**

Nº de Recurso: **665/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Octubre de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. Andrés presentó escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 23 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación n.º 1358/15, dimanante de los autos de juicio verbal de formación de inventario de sociedad de gananciales n.º 10/14 del Juzgado de Primera Instancia n.º 79 de Madrid.

SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 7 de febrero de 2017 se tuvo por interpuesto el recurso acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante esta Sala, apareciendo notificada dicha resolución a los procuradores de los litigantes.

TERCERO.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 23 de marzo de 2017 se tuvo por personada a la procuradora Sra. D.ª María del Carmen Ortiz Cornago, en representación de la parte recurrente, D. Andrés; la misma diligencia de ordenación tuvo por personado al procurador Sr. D. Argimiro Vázquez Guillén, en representación de D.ª Amelia, en calidad de parte recurrida.

CUARTO.- Por providencia de fecha 20 de septiembre de 2017 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas.

QUINTO.- Mediante escrito presentado el día 25 de septiembre de 2017 la parte recurrente muestra su oposición a las causas de inadmisión puestas de manifiesto, entendiendo que el recurso cumple todos los requisitos exigidos en la LEC para acceder a la casación, mientras que la parte recurrida mediante escrito de fecha 27 de septiembre de 2017 se manifestó conforme con las posibles causas de inadmisión.

SEXTO.- La parte recurrente ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la disposición adicional 15.ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. **Antonio Salas Carceller**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en un juicio verbal de formación de inventario de sociedad de gananciales tramitado en atención a la materia, en el que se discutía sobre la inclusión en el inventario de la sociedad de gananciales de los siguientes elementos patrimoniales:

A instancias del esposo, que se incluyera en el pasivo un derecho de crédito a su favor por importe de 84.991,65 euros debidamente actualizado, correspondiente a las aportaciones de dinero privativo efectuadas por él para la adquisición de un inmueble ganancial.



A instancias de la esposa, que se incluyeran en el activo los bienes que resultasen pertenecer a la sociedad ganancial después de la prueba, concretando en consecuencia que se trataba de todos los rendimientos y bienes obtenidos por el Sr. Andrés desde julio de 2001 hasta la sentencia de divorcio, y se reconocieran como créditos de la sociedad de gananciales frente al esposo los correspondientes a determinados pagos, por importes de 125.008,32 euros y 125.000,06 euros.

Se dictó sentencia en primera instancia estimando parcialmente las pretensiones de la esposa, y declarando la inexistencia de pasivo de la sociedad de gananciales. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación del esposo, insistiendo en la inclusión de su crédito contra la sociedad de gananciales, e invocando la aplicación de la ley portuguesa sobre los efectos del matrimonio, según establece el art. 9.2 del Código Civil. La esposa impugnó a su vez la sentencia, pretendiendo la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de los créditos discutidos, y que no se declarase extemporánea la solicitud de administración de los bienes comunes y se asignase el uso de la vivienda al esposo, determinando el abono de 1.000 euros desde la solicitud.

Se dictó sentencia de fecha 23 de diciembre de 2016 por la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual desestimó tanto el recurso como la impugnación, confirmando la sentencia de primera instancia.

La sentencia de apelación detalla, en su fundamento de Derecho segundo, las razones por las que considera que no debe aplicarse a la resolución del litigio la ley portuguesa pretendida por el esposo, significando que ninguna diferencia de carácter normativo ha sido acreditada por el apelante que invoca la aplicación de la ley **extranjera**.

En su fundamento de Derecho tercero expone las razones por las que desestima el recurso de apelación del esposo, concluyendo que los datos existentes en la causa no avalan de forma cabal y rigurosa en los términos del art. 218 LEC que las aportaciones realizadas para la compra de la vivienda ganancial en cuestión procedieran de fondos privativos exclusivamente, en la cantidad que ahora reclama el apelante.

El proceso fue tramitado en atención a la materia, por lo que su acceso a la casación habrá de efectuarse a través del ordinal 3º del art. 477.2 LEC.

SEGUNDO.- El escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la recurrente se articula en dos motivos, dedicados respectivamente a las siguientes cuestiones:

El motivo primero, por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la interpretación del art. 9.2 del Código Civil, por no haber aplicado la sentencia de apelación la ley portuguesa en cuanto a la determinación del pasivo de la sociedad de gananciales.

El motivo segundo, subsidiariamente al anterior, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto a la aplicación de los arts. 1358 y 1398 del Código Civil, en cuanto al crédito del cónyuge frente a la sociedad de gananciales por pagos hechos con dinero privativo para la compra de un inmueble ganancial.

TERCERO.- Pues bien, a la vista de lo expuesto y pese a las manifestaciones de la parte recurrente tras la puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión, el recurso de casación no puede prosperar al incurrir en carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4º de la LEC), porque la aplicación de la jurisprudencia invocada solo puede llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la alteración de la base fáctica de la sentencia, por omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considera probados, y por carecer de consecuencias para la decisión del conflicto atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida (art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC).

El motivo primero de casación se dedica a argumentar acerca de la incorrecta aplicación por la sentencia recurrida de la norma de derecho internacional privado contenida en el art. 9.2 del Código Civil para la determinación de la ley aplicable para establecer los efectos del matrimonio, que debió haber sido la ley portuguesa por ser la correspondiente al lugar de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, a falta de ley personal común de los cónyuges y de ley elegida de común acuerdo en documento auténtico otorgado por ambos antes de la celebración del matrimonio.

Señala la confusión que padecen tanto la sentencia de apelación como la de primera instancia al señalar que el recurrente no formuló en tiempo y forma esta alegación, confundiendo la determinación de la ley aplicable (debidamente alegada) con la discusión de la competencia internacional, que efectivamente se anunció pero no llegó a plantearse.

No obstante, el fundamento de Derecho segundo de la sentencia recurrida expresa claramente que «ninguna diferencia de carácter normativo ha sido acreditada por el apelante que invoca la aplicación de la ley



extranjera», además de alegarse la aplicación de ley portuguesa sólo en trámite de formación de inventario, y no con anterioridad en el proceso de divorcio.

Efectivamente contrasta la extensión que el desarrollo del motivo dedica a la argumentación sobre la procedencia de la aplicación de la ley portuguesa sobre el régimen económico matrimonial, con la ausencia de especificación de las consecuencias que esta aplicación hubiera tenido para la estimación de la pretensión del recurrente. Sólo a propósito del motivo segundo de casación (folio 42 del escrito de interposición) se dedica un párrafo a afirmar que según el Derecho portugués, si no se hace especial mención en la escritura pública de adquisición de un bien ganancial de que el mismo ha sido adquirido en parte con dinero privativo de uno de los cónyuges, se puede probar por cualquier otro medio que parte del dinero no era ganancial sino privativo de una de las partes. Citando un fragmento de una sentencia del Tribunal Supremo portugués que vendría a admitir que si el cónyuge propietario en exclusiva de los medios utilizados en la adquisición de otros bienes en comunión de adquiridos probase por cualquier medio que el bien adquirido lo ha sido solo con dinero o bienes propios, dicho bien no integraría la sociedad de gananciales.

Afirmando acto seguido que «lo mismo se aplica, según doctrina y jurisprudencia pacífica portuguesa, para probar la existencia de un crédito a favor de la sociedad de gananciales cuando se hubiera utilizado dinero privativo para la adquisición de un bien ganancial».

En todo caso, aun cuando la argumentación del recurrente se considerase aplicable en alguna medida al supuesto litigioso, es claro que obvia la propia fundamentación de la sentencia recurrida. Esta, después de considerar que no ha quedado acreditada ninguna diferencia relevante entre las previsiones del derecho portugués invocado y las del derecho español, fundamenta la desestimación de la pretensión del recurrente (Fundamento de Derecho tercero) en que no ha quedado acreditado que el dinero que reclama fuera en su momento de carácter privativo. Concede especial relevancia a la existencia de un documento público en el que simplemente se recoge que los esposos se encuentran «casados " *no regime da comunhao de adquiridos* " y que la adquisición del inmueble tiene como destino ser " *sua habitaçao propria e permanente* ", sin reseña alguna de la procedencia privativa de aquel numerario ni reserva de ninguna clase para un posterior reembolso del dinero en cuestión».

Resulta, pues, evidente que el recurso tiende en realidad a obtener una modificación de los hechos que la sentencia declara probados, para que en su lugar se determine que el dinero a que se refiere la pretensión del recurrente tenía carácter privativo.

El motivo segundo de casación, en lógica correlación con el anterior, aunque se presente como de carácter subsidiario, se dedica a exponer la pretendida disparidad de criterios existente entre las Audiencias Provinciales constitutiva del interés casacional alegado, en cuanto aquellas interpretarían de manera contradictoria los arts. 1358 y 1398 CC en el supuesto de quedar acreditada la aportación de dinero privativo para la adquisición de un bien ganancial.

En este caso es aún más evidente la alteración de la base fáctica que se pretende en el recurso, pues la sentencia recurrida establece con meridiana claridad que «los datos existentes en la causa no avalan de forma cabal y rigurosa y de modo indubitado y todo ello en los términos del art. 218 de la LEC que las aportaciones realizadas para la compra de la vivienda en cuestión -escriturada en 28 de julio de 2003- procedieran de fondos de carácter privativo exclusivamente -en la cantidad que ahora se reclama- del Sr. Andrés ».

En suma, la sentencia recurrida encuentra su *ratio decidendi* en la falta de acreditación del carácter privativo de los fondos que el esposo considera privativos, lo que impide entrar siquiera a considerar si debe incluirse un pasivo por tal concepto en el inventario de la sociedad de gananciales. En tanto que las alegaciones que el recurrente formula bajo la invocación del interés casacional no se refieren a la incorrecta aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el art. 9.2 CC, o las consecuencias de la aplicación del derecho portugués relativo al régimen *da comunhao de adquiridos* , sino que pretenden un nuevo juicio de hecho y una nueva valoración de la prueba sobre un supuesto distinto, que modifique en interés de la parte recurrente los elementos fácticos determinados en la sentencia recurrida y las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos.

Dado que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque el "interés casacional" que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha.



En el presente caso el interés casacional no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la Sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, de suerte que no estamos sino ante un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente, incapaz de realizar la función de unificación jurisprudencial propia del recurso desde el momento en que responde a una situación distinta de la apreciada por la resolución recurrida.

CUARTO.- Consecuentemente procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4 LEC, dejando sentado el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno.

QUINTO.- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 de la LEC y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida procede imponer las costas a la parte recurrente.

SEXTO.- No admitiéndose a trámite el recurso de casación, tal circunstancia determina que el recurrente pierda el depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.^a, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

PARTE DISPOSITIVA

En virtud de lo expuesto,

LA SALA ACUERDA :

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Andrés contra la sentencia dictada con fecha 23 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.^a), en el rollo de apelación n.º 1358/15, dimanante de los autos de juicio verbal de formación de inventario de sociedad de gananciales n.º 10/14 del Juzgado de Primera Instancia n.º 79 de Madrid.

2º) Declarar firme dicha Sentencia.

3º) Imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta Sala.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 483.5 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.