



Roj: **STS 2504/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2504**

Id Cendoj: **28079110012024100667**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2024**

Nº de Recurso: **3327/2022**

Nº de Resolución: **627/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 192/2022,**
STS 2504/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 627/2024

Fecha de sentencia: 10/05/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3327/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/04/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. **Antonio García Martínez**

Procedencia: Audiencia Provincial de Gipuzkoa. Sección Segunda.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3327/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. **Antonio García Martínez**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 627/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. **Antonio García Martínez**

En Madrid, a 10 de mayo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Fulgencio , representado por la procuradora D.ª Ana Lázaro Gogorza, bajo la dirección letrada de D. Francisco de Sales López de Tejada Cabeza y los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D.ª Marí Jose , representada por la procuradora D.ª Pilar Pérez Calvo, bajo la dirección letrada de D. José Ramón Alberdi Albea, contra la sentencia n.º 135/2022 de 28 de febrero de 2022, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, en el recurso de apelación n.º 21191/2020, dimanante de los autos sobre formación de inventario n.º 9/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de San Sebastián.

Han sido partes recurridas D. Fulgencio y D.ª Marí Jose respecto a los recursos interpuestos de contrario.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio García Martínez**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El 23 de octubre de 2018, D. Fulgencio presentó escrito ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Donostia en el que solicitaba la formación de inventario como trámite previo para la liquidación del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales formada con D.ª Marí Jose . Acompañaba propuesta de inventario y solicitaba, en cumplimiento del artículo 809 LEC, que se señalara día y hora para la formación de inventario de los bienes comunes del matrimonio.

2. Por decreto de 29 de enero de 2019 se tuvo por solicitada la formación de inventario conforme al art. 809 de la LEC, citándose a comparecencia a las partes para el día 26 de febrero de 2019 ante la Letrada de la Administración de Justicia, abriéndose al efecto la pieza separada n.º 9/2019.

3. Comparecidas las partes el día señalado para la formación del inventario, no se alcanzó pleno acuerdo entre las mismas sobre los bienes o derechos que integran el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales, por lo que fueron convocadas mediante Diligencia de Ordenación de fecha 11 de junio de 2019 para la celebración de vista el día 10 de octubre de 2019, continuando la tramitación con arreglo al juicio verbal. Por Diligencia de ordenación de fecha 7 de octubre de 2019 se suspendió el señalamiento de dicha vista, señalándose nuevamente para el día 27 de enero de 2020, en el que efectivamente tuvo lugar.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 dictó la sentencia n.º 102/2020, de 29 de mayo de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMAR PARCIALMENTE las pretensiones sobre inclusión-exclusión de bienes en el inventario del Procedimiento de formación de inventario n.º 9/2019, formulado por la Procuradora Tribunales Sra. Álvarez López, en nombre y representación de don Fulgencio frente a doña Marí Jose y, en consecuencia, DECLARAR la inclusión de los siguientes bienes y derechos en el inventario de la sociedad de gananciales existente entre las referidas partes:

" A) ACTIVO:

" Bienes :

"1.- Empresa de hostelería denominada "Pensión del Mar", sita en la calle Tomás Gros 3, 1º dcha. de San Sebastián.

" 2.- Vehículo Volkswagen Touran Advance matrícula NUM000

" 3.- Saldos a fecha 11 de noviembre de 2018 de las cuentas titularidad de don Fulgencio : n.º NUM001 , n.º NUM002 , de traídas las cantidades existentes a fecha 17 de abril de 2010, que en el caso de la primera (NUM001) era 281,58 euros; y en el de la segunda era 1.669,07 euros; y los de la cuenta n.º NUM003 .

" 4.- Derecho de crédito de la sociedad de gananciales correspondiente a los rendimientos del negocio ganancial no ingresados en cuentas de titularidad conjunta, a fecha 11 de noviembre de 2018.

" B) PASIVO

"1.- Saldo de crédito hipotecario contraído por la sociedad de gananciales con Bankinter hasta la fecha de 11 de noviembre de 2018

" 2.- Saldo de la cuenta de crédito contraída con Bankinter hasta la fecha de disolución de la sociedad de gananciales (11 de noviembre de 2018).



" 3.- Saldo del préstamo facilitado a la sociedad de gananciales por la Sra. Lina , madre de doña Marí Jose , que ascendía a 2.000 euros, si bien ya ha sido pagado, con la correspondiente actualización a determinar en el momento de la liquidación.

" 4. Saldo del préstamo facilitado a la sociedad de gananciales por la Sra. Marisol , madre de don Fulgencio , que ascendía a 2.000 euros, sin perjuicio de la cantidad pagada posteriormente, con la correspondiente actualización a determinar en el momento de la liquidación.

" Sin expresa imposición de costas."

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones de las dos partes.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, que lo tramitó con el número de rollo 21191/2020 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó la sentencia n.º 135/2022 de 28 de febrero de 2022, con la siguiente parte dispositiva:

"Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de Fulgencio contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2019 dictada por el juzgado de primera instancia n.º 6 de esta capital, se confirma dicha resolución en todos sus extremos, con la precisión que a continuación se dirá, y todo ello con imposición de las costas ocasionadas por razón de su recurso.

" Se estima parcialmente el recurso formulado por la representación de Marí Jose contra la indicada sentencia, y se modifica la misma en el sentido de introducir la precisión, en cuanto al cómputo de los rendimientos del negocio o empresa ganancial ,de que deberán incluirse en la base de reparto no solo los generados hasta la disolución de la comunidad ganancial, sirio también los que se produzcan hasta la efectiva liquidación, manteniendo en lo demás el contenido de la sentencia de primera instancia y todo ello sin efectuar pronunciamiento alguno relativo a las costas causadas en esta alzada por razón de su recurso

" Transfírase el depósito constituido para recurrir por parte de Fulgencio por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos Inadmitidos y desestimados.

" Devuélvase a Marí Jose el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución".

TERCERO . *Interposición y tramitación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*

1. D. Fulgencio interpuso recurso de casación fundamentado en un único motivo que introduce en su escrito con el siguiente encabezamiento:

"Único.- Por interés casacional. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2-3º y 477.3 de la LEC al oponerse la Sentencia recurrida a la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con el art. 1358 del Código Civil, aplicables a la presente cuestión. Dicha Doctrina se infringe en el presente caso porque, habiéndose reclamado por D. Fulgencio la inclusión en el pasivo de su sociedad de gananciales con D^a Marí Jose de un crédito a su favor por 105.000,-€; correspondientes a unos fondos privativos transferidos por él a cuentas de titularidad conjunta y gananciales suyas con D^a Marí Jose , sin haber en ningún momento manifestado o ejercido acto alguno de renuncia del carácter privativo de dichos fondos, ni haberlos dedicado a su propio aprovechamiento, la Sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, haciendo suya también la del Juzgado de Primera Instancia, niega a mi representado el derecho a incluir dichos fondos en el pasivo de la sociedad de gananciales como crédito a cargo de la misma, so-pretexo de que el mero traspaso de los mismos a cuentas de titularidad conjunta no evidenciaba cuál pudo ser su destino real y efectivo, y so-pretexo de que dichos fondos se utilizaban en un marco de confusión patrimonial y de atención indistinta de las necesidades familiares y propias del negocio común de ambos esposos."

2. D.^a Marí Jose interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

2.1 En el recurso extraordinario por infracción procesal denuncia la infracción del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24 de la C.E.:

"[...]En el caso que nos ocupa, la Sentencia de la Audiencia Provincial que se pretende recurrir incurre en una incongruencia extra petita, otorgando algo que ni la demandante ni la sentencia de instancia pedían por lo que también va en contra del artículo 24.1 de la Constitución Española y de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, ya que al alterar la causa de pedir, se impide una correcta defensa por parte de la demandada. Dada la naturaleza de la infracción alegada, no se ha denunciado la misma en la instancia, por lo que no puede exigirse la denuncia o subsanación a que se refiere el número 2 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".



2.2. Interpone el recurso de casación al amparo de lo establecido en el art. 477.1 de la LEC y lo fundamenta en un motivo único que introduce en su escrito con el siguiente enunciado:

"[...]SEGUNDA. Es procedente el recurso de casación por encontrarnos dentro de los supuestos establecidos en el artículo 477.1 de la LEC, por cuanto el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

"[...]TERCERA. El recurso de casación se funda en la infracción de los artículos del Código Civil y la jurisprudencia contenida en las Sentencias que se citarán en la siguiente Alegación, todo lo cual resulta de aplicación para resolver las cuestiones objeto del procedimiento.

"[...]CUARTA.- Las normas y jurisprudencia del Tribunal Supremo vulneradas objeto del recurso de casación son las siguientes:

" I.- Vulneración del artículo 633 del Código Civil y Jurisprudencia del Tribunal Supremo acorde al mismo.

" II.- Vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, Sentencia 295/2021 del 3 de marzo de 2021, ROJ 1016/2021".

3. Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes, por auto de 29 de noviembre de 2023 se acordó admitir los recursos de casación y el extraordinario por infracción procesal interpuestos y conferir traslado a las representaciones de las partes recurridas para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días, lo que hicieron en tiempo y forma.

4. Por providencia de 1 de marzo de 2024 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de abril de 2024, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes relevantes para resolver el recurso de casación

1. El 23 de octubre de 2018, D. Fulgencio solicitó la formación de inventario de la sociedad de gananciales formada con D.^a Marí Jose formulando una propuesta en la que señaló, como bien integrante del activo de la sociedad, "1.- Empresa de hostelería denominada "Pensión del Mar", sita en la calle Tomás Gros 3, 1º dcha. de San Sebastián", y como parte del pasivo, "4.- Importe del crédito de don Fulgencio contra la sociedad de gananciales, a actualizar en el momento de la liquidación, por los fondos transferidos con cargo a sus cuentas privativas en Caja Rural y Liberbank para la atención de las necesidades familiares y que representan a reserva de dicha actualización, un importe de 105.000 euros".

Al suscitarse controversia entre las partes, se continuó la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

2. La sentencia de primera instancia, conforme a lo solicitado por el Sr. Fulgencio, acuerda incluir en el inventario, entre los bienes integrantes del activo ganancial, bajo el n.º 1, la "Empresa de hostelería denominada "Pensión del Mar", sita en la calle Tomás Gros 3, 1º dcha. de San Sebastián". En cambio, rechaza la inclusión en el pasivo, como crédito de aquel contra la sociedad ganancial, de "las aportaciones del demandante por valor de 105.000 euros correspondientes a los fondos transferidos desde las entidades Caja Rural y Liberbank".

Además, el órgano de primera instancia, por auto de 28 de septiembre de 2020, deniega la aclaración solicitada por la Sra. Marí Jose para dilucidar si la "Empresa de hostelería denominada Pensión del Mar, sita en la calle Tomás Gros 3, 1º dcha. de San Sebastián" (partida 1 del activo) comprende la propiedad del inmueble en el que se ubica la empresa o únicamente el uso del mismo, ya que considera que la sentencia es clara "[e]n cuanto se está refiriendo a las aportaciones de los cónyuges a la sociedad de gananciales, partiéndose del carácter ganancial del negocio de pensión al que está asociado el inmueble respecto del que pretende la aclaración, es decir, el mismo, no simplemente el uso, sino que éste va ínsito a tal aportación, lo que se infiere claramente de la expresión contenida en el mismo párrafo sobre "aportaciones realizadas por ambos cónyuges con ánimo de liberalidad".

3. La sentencia anterior fue recurrida en apelación tanto por el Sr. Fulgencio como por la Sra. Marí Jose.

El Sr. Fulgencio impugnó la exclusión de la partida 4 del pasivo de su propuesta inventario "[P]orque contra lo que dice la sentencia al respecto, no hay ninguna analogía entre esta aportación de 105.000, hecha [...] con sus fondos privativos para atender los gastos de su familia, con las otras aportaciones de bienes privativos y gananciales de ambos cónyuges al negocio la Pensión del Mar que, pasadas por las cuentas gananciales del



negocio en un totum revolutum, con la consiguiente confusión patrimonial, la sentencia de instancia entiende han devenido gananciales."

Y la Sra. Marí Jose impugnó "[e]l pronunciamiento de la sentencia de considerar incluida dentro de la partida 1º del activo ("Empresa de hostelería denominada Pensión del Mar, sita en lo calle Tomás Gros 3, 1º dcha. de San Sebastián") la aportación con ánimo de liberalidad a la sociedad de gananciales del inmueble privativo de la esposa en el que se ubica el negocio ganancial de pensión."

4. La sentencia de segunda instancia, en su fundamento de derecho cuarto, bajo el epígrafe "Pretensiones de Marí Jose ", sobre la partida 1 del activo, que "Se impugna [...] en cuanto se considera aportación con ánimo de liberalidad a la sociedad de gananciales del inmueble privativo de la esposa en el que se ubica el negocio ganancial de pensión.", dice que comparte el criterio del órgano de primera instancia "[r]atificado en el auto de fecha 28 de septiembre de 2020 en la medida que ha quedado justificado el carácter ganancial (sic) del negocio de pensión al que esta (sic) inexorablemente unido el inmueble en el que se desarrolla la explotación, debiéndose aceptar dicha condición en cuanto se trata de un aportación realizada con ánimo de liberalidad", concluyendo que "[e]l motivo de impugnación deberá ser rechazado confirmando en su totalidad el contenido de la sentencia de instancia en lo relativo a dicho extremo".

De otra parte, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, bajo el epígrafe "Pretensiones de Fulgencio ", sobre "[l]a partida reclamada en el acto del Inventario como nº 4 de dicho pasivo", el tribunal de apelación dice "[E]n definitiva, no se detecta error o contradicción relevante ninguno que invalide la valoración de la prueba llevada a cabo por la juzgadora de instancia y ello unido a las consideraciones ya expuestas acerca de la la (sic) confusión patrimonial y atención indistinta de las necesidades familiares y propias del negocio que han tenido lugar en este caso, debe llevarnos a la desestimación del motivo examinado y con ello a la confirmación de la resolución apelada [...]".

5. D. Fulgencio ha interpuesto un recurso de casación, y D.ª Marí Jose un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación. Y los recursos han sido admitidos.

Recurso de D. Fulgencio

SEGUNDO. *Planteamiento. Alegaciones de la recurrida. Decisión de la sala*

1. En el motivo único del recurso de casación, por interés casacional, se denuncia la infracción del art. 1358 CC y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta y aplica (se citan las sentencias 295/2019, de 27 de mayo, 571/2020, de 3 de noviembre, 591/2020, de 11 de noviembre, 454/2021, de 28 de junio, 10/2022, de 10 de enero, 657/2019, de 11 de diciembre, 78/2020, de 4 de febrero, 371/2021, de 31 de mayo, y 128/2022, de 21 de febrero), ya que:

"[h]abiéndose reclamado por D. Fulgencio la inclusión en el pasivo de su sociedad de gananciales con D.ª Marí Jose de un crédito a su favor por 105.000,-€ correspondientes a unos fondos privativos transferidos por él a cuentas de titularidad conjunta y gananciales suyas con D.ª Marí Jose , sin haber en ningún momento manifestado o ejercido acto alguno de renuncia del carácter privativo de dichos fondos, ni haberlos dedicado a su propio aprovechamiento, la Sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, haciendo suya también la del Juzgado de Primera Instancia, niega a mi representado el derecho a incluir dichos fondos en el pasivo de la sociedad de gananciales como crédito a cargo de la misma, so-pretexo de que el mero traspaso de los mismos a cuentas de titularidad conjunta no evidenciaba cuál pudo ser su destino real y efectivo, y so-pretexo de que dichos fondos se utilizaban en un marco de confusión patrimonial y de atención indistinta de las necesidades familiares y propias del negocio común de ambos esposos."

2. D.ª Marí Jose se opone al recurso alegando, en primer lugar, causa de inadmisión, ya que "El recurrente pretende de este Tribunal que se cambie la valoración de la prueba hecha en las dos primeras instancias para satisfacer sus pretensiones, vulnerando el principio de la sana crítica a la hora de valorar la prueba pericial por parte del juzgado y de la Audiencia." Añade, con carácter supletorio, que, si se admite, procede desestimarlo, ya que lo que sostiene la resolución recurrida, y ello no conculca la doctrina jurisprudencial que se cita, "[e]s que se da tal confusión entre el patrimonio privativo del recurrente y el ganancial que resulta imposible separarlos, y menos en la cuantía específica de 105.000 euros que reclama el recurrente en su escrito."

3. La causa de inadmisión se rechaza, ya que el recurso cumple con las exigencias imprescindibles de cara a su admisión: (i) citar con precisión tanto la norma que se considera infringida como las sentencias que contienen la doctrina jurisprudencial que se estima conculcada; (ii) razonar sobre la infracción y justificar el interés casacional de forma suficiente; y (iii) exponer los argumentos con la claridad necesaria para permitir la identificación del problema jurídico planteado.

4. El recurso se desestima por lo que exponemos a continuación.



Es cierto, y así lo hemos recordado en la sentencia 637/2021, de 27 de septiembre, que: (i) "Salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente pues, a falta de prueba, que incumbe al otro cónyuge, se presume que se gastó en interés de la sociedad (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre, y 78/2020, de 4 de febrero, con cita de las sentencias 4/2003, de 14 de enero, y 839/1997, de 29 de septiembre, y más recientemente 371/2021, de 31 de mayo)"; y (ii) que "En las sentencias 657/2019, de 11 de diciembre; 78/2020, de 4 de febrero y 216/2020, de 1 de junio, hemos afirmado igualmente, insistiendo en tales ideas, que el mero hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta conjunta no permite atribuirle carácter ganancial y, en consecuencia, si se emplea para hacer frente a necesidades y cargas de la familia o para la adquisición de bienes a los que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyen carácter ganancial, surge un derecho de reembolso a favor de su titular, aunque no hiciera reserva de ese derecho en el momento del ingreso del dinero en la cuenta."

Pero también es cierto que la sentencia recurrida no es contraria a dicha doctrina. En el motivo se afirma lo contrario, pero a través de un razonamiento inconcluyente, ya que incurre en el defecto argumental de hacer supuesto de la cuestión al partir de la circunstancia, que la sentencia recurrida no declara probada, de que se transfirieron fondos privativos del recurrente a cuentas de titularidad conjunta por importe de 105 000 euros.

La sentencia de la Audiencia Provincial declara la realización de determinadas transferencias a cuentas de titularidad conjunta procedentes de cuentas de titularidad privativa, pero no afirma que los fondos transferidos fueran privativos del recurrente, sino que asume las consideraciones de la sentencia de primera instancia acerca de la confusión patrimonial como verdadera *ratio decidendi* del rechazo a incluir en el pasivo del inventario el crédito pretendido por aquel, ya que no se logra determinar el carácter privativo del dinero transferido.

En la sentencia de primera instancia se admite, con base en los informes periciales aportados por las partes, que se traspasaron fondos desde las cuentas propias del recurrente a las cuentas comunes de este y la recurrida por importe de 173 050 euros. Pero al propio tiempo se observa que, en el dictamen pericial aportado por la recurrida, el perito discrepa del origen privativo de todos los saldos existentes en las cuentas de las que el recurrente resulta titular exclusivo.

También se dice que la confusión patrimonial queda reflejada en los extractos de movimientos de las cuentas de las partes, incluidas las de titularidad exclusiva del recurrente, en las que aparecen ingresos de conceptos gananciales cuantificados en el dictamen pericial aportado por la recurrida en la cantidad de 183 327,38 euros, e infinidad de disposiciones, traspasos y transferencias realizadas indistintamente, observándose, incluso, diferentes transferencias en las cuentas del recurrente procedentes de fondos comunes, que se cuantifican, en el recién mencionado dictamen pericial, en la suma total de 253 486,37 euros sin origen determinado.

Y se concluye que los saldos obrantes en las cuentas de titularidad exclusiva del recurrente, afirmada la confusión patrimonial existente, tienen carácter ganancial desde el día de su matrimonio con la recurrida (17 de abril de 2010) hasta la fecha de la disolución de su sociedad ganancial (11 de noviembre de 2018), siendo dicho pronunciamiento firme, ya que no ha sido objeto del recurso de casación.

Recursos de D.^a Marí Jose

TERCERO. Planteamiento. Alegaciones del recurrido. Decisión de la sala

1. Los recursos interpuestos por D.^a Marí Jose persiguen, desde la vertiente procesal y la sustantiva, una misma cosa: que se anule la atribución a D. Fulgencio de la titularidad en proindiviso del inmueble sito en la calle Tomás Gros, 3, 1.º dcha., de San Sebastián, y se confirme de forma íntegra la sentencia de primera instancia.

En el recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia la infracción de los arts. 218.1 LEC y 24 CE, ya que, a juicio de la recurrente, la sentencia de segunda instancia incurre en incongruencia extra petita cuando afirma, en el párrafo primero de su página 15, en relación con el inmueble en el que se ubica el negocio ganancial de pensión, "[e]n 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 a efectos de dar lugar al asentamiento físico del negocio ganancial".

En el recurso de casación se denuncia la infracción del art. 633 CC y de la doctrina jurisprudencial sobre él (se citan dos sentencias, una de 10 de septiembre de 2007, y otra de 31 de julio de 2009), ya que la donación de inmuebles no puede ser nunca presunta, debiendo hacerse, para que sea válida, en escritura pública, así como la vulneración de la doctrina jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales (se cita la sentencia 295/2021, de 3 de marzo), ya que esta se configura como una comunidad en mano común o



germánica en la que no existen cuotas ni sobre los bienes gananciales concretos que integran el patrimonio conjunto, ni sobre este.

2. El recurrido se opone a los dos recursos.

Sobre el recurso extraordinario por infracción procesal alega, en primer lugar, causa de inadmisión, ya que la recurrente no denunció con anterioridad, pese a poder hacerlo, que la aportación del inmueble a la sociedad de gananciales representase una incongruencia extra petita. Añade que la afirmación de la sentencia que da pie a la interposición del recurso, ciertamente, no es correcta, pero que tan solo constituye un *obiter dicta* que no contradice la *ratio decidendi* de la sentencia.

Sobre el recurso de casación, dice, reiterando lo ya alegado en el recurso extraordinario por infracción procesal, que lo que combate la recurrente son unos meros *obiter dicta* que por mucho error que supongan o contengan no constituyen la *ratio decidendi* de la sentencia que se pretende casar.

3. El recurso de casación debe ser inadmitido y en este momento, por tanto, desestimado, por carecer de interés casacional (arts. 477.2.3.º y 483.2.3.º LEC), ya que no resulta trascendente para el resultado del pleito ni conducente para producir una hipotética resolución favorable a quien recurre, debiendo excluirse del recurso aquellas cuestiones que, aun pudiendo encerrar un contenido jurídico sustantivo, tengan una trascendencia puramente teórica o doctrinal, sin reflejo en el resultado final del litigio.

La sentencia recurrida, en su fallo, a salvo una precisión que no hace al caso, confirma la de primera de instancia "en todos sus extremos", y en su razonamiento comparte el criterio de esta, ratificado en el auto de 28 de septiembre de 2020 (el que deniega la solicitud de aclaración formulada por la recurrente), considerando justificado el carácter ganancial del negocio de pensión y el hecho de estar incorporado a él (la sentencia de primera instancia dice "asociado" y la de apelación "inexorablemente unido") el inmueble en el que se desarrolla la explotación, "es decir, el mismo, no simplemente el uso" como se observa en dicho auto.

Ni en el fallo de la sentencia de primera instancia ni, consecuentemente, en el fallo de la sentencia de apelación que la confirma, se atribuye al recurrido la titularidad en proindiviso del inmueble sito en la calle Tomás Gros, 3, 1.º dcha., de San Sebastián. Y la afirmación que se contiene en tal sentido en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, como observa con acierto el recurrido, por muy errónea que sea no constituye la *ratio decidendi* de la resolución que se pretende casar. Es más, el recurso resulta intrascendente, puesto que la tutela que la recurrente pretende con él ya la ha obtenido al haber confirmado la sentencia recurrida la de primera instancia, en lo que ahora interesa y como ya hemos dicho, "en todos sus extremos".

Como hemos recordado en una reciente sentencia, la 398/2024, de 19 de marzo:

"Es reiterada la jurisprudencia que afirma que el recurso de casación únicamente puede dirigirse contra el fallo y, de manera indirecta, contra el razonamiento operativo o *ratio decidendi* [razón de decidir] de la sentencia. No cabe, en consecuencia, impugnar razonamientos auxiliares, accesorios, secundarios u *obiter dicta* [expresiones incidentales] o, a mayor abundamiento, cuya hipotética eliminación no alteraría el camino lógico que conduce a la conclusión obtenida en el fallo, de tal forma que las diversas consideraciones que puedan hacerse en la resolución y no tengan dicho carácter trascendente para la decisión judicial son casacionalmente irrelevantes (sentencias 454/2007, de 3 de mayo; 230/2008, de 24 de marzo; 374/2009, de 5 de junio; 258/2010, de 28 de abril; 737/2012, de 10 diciembre; 185/2014, de 4 de abril; y 85/2019, de 12 de febrero)."

4. La inadmisión del recurso de casación conlleva la del recurso extraordinario por infracción procesal que está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la disposición final 16.ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5.ª, párrafo segundo, LEC.

CUARTO. Costas y depósito

1. Al desestimarse el recurso de casación interpuesto por D. Fulgencio procede imponer las costas generadas dicho recurso al recurrente, con pérdida del depósito para recurrir (arts. 398.1 y 394.1 LEC y disposición adicional 15.ª, apartado 9.ª, LOPJ, respectivamente).

2. Al desestimarse tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el recurso de casación interpuestos por D.ª Marí Jose procede imponer las costas generadas por dichos recursos a la recurrente, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir (arts. 398.1 y 394.1 LEC y disposición adicional 15.ª, apartado 9.ª, LOPJ, respectivamente).

FALLO



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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Fulgencio contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, con el n.º 135/2022, el 28 de febrero de 2022, en el recurso de apelación 21191/2020, e imponer las costas de dicho recurso al recurrente, con pérdida del depósito para recurrir.

2.º- Desestimar tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el recurso de casación interpuestos por D.ª Marí Jose contra la sentencia mencionada en el apartado anterior, e imponer las costas de dichos recursos a la recurrente, con pérdida de los depósitos para recurrir.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ