



Roj: **SAP C 1406/2024 - ECLI:ES:APC:2024:1406**

Id Cendoj: **15030370032024100260**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **07/05/2024**

Nº de Recurso: **124/2023**

Nº de Resolución: **226/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ANTONIA VILARIÑO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**A CORUÑA**

SENTENCIA: 00226/2024

Modelo: N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

-

**Teléfono:**981 182082/ 182083 **Fax:**981 182081

**Correo electrónico:**seccion3.ap.coruna@xustiza.gal

Equipo/usuario: BP

**N.I.G.**15030 42 1 2021 0018145

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000124 /2023**

**Juzgado de procedencia:**XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de A CORUÑA

**Procedimiento de origen:**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001156 /2021

Recurrente: Amir

Procurador: JOSE MARIA MOREDA ALLEGUE

Abogado: SONIA MEIJIDE CAO

Recurrido: Mayda

Procurador: BELEN CASAL BARBEITO

Abogado: ISABEL VICTORIA CANOSA CASTIÑEIRA

**SENTENCIA**



Audiencia Provincial, Sección 3ª

Ilmas. Sras. Magistrados:

Dª. María-Josefa Ruiz Tovar, Presidenta

Dª. Rosa Lama Marra

Dª. María del Carmen Vilariño López

En A Coruña, a 7 de mayo de 2024.

Visto por la Sección 3ª de esta Ilma. Audiencia Provincial, constituida por los Ilmas. Señoras Magistradas que anteriormente se relacionan, el presente **recurso de apelación tramitado bajo el número 124/23**, interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2022, dictada por el **Juzgado de Primera Instancia N° 5 de A Coruña**, en autos de procedimiento ordinario 1156/2021 ; siendo parte **apelante**-demandante, **D. Amir** , con DNI NUM000 , y domicilio en DIRECCION000 , A Coruña, representado por el Procurador D. José María Moreda Allegue, y bajo la dirección de la Letrada Dña. Sonia Meijide Cao; y parte **apelada**-demandada **Dña. Mayda** , con DNI NUM001 , con domicilio en DIRECCION001 , DIRECCION002 , representada por la Procuradora Dña. Belén Casal Barbeito, y bajo la dirección de la Letrada Dña. Isabel Victoria Canosa Castiñeira; versando los autos sobre acción de repetición de cuotas de préstamo hipotecario. Y, siendo Magistrada Ponente Dª María del Carmen Vilariño López.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Aceptando** los de la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2022, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 5 de A Coruña, cuya parte dispositiva, es del tenor literal siguiente:

**FALLO:** "DESESTIMAR la demanda interpuesta por D. Amir , representado por el Sr. Moreda Allegue, contra Dª Mayda , representada por la Sra. Casal Barbeito, y ABSUELVO a la demandada de los pedimentos efectuados en su contra.

*Ello sin imposición de costas a una u otra parte".*

**PRIMERO.**-La expresada sentencia fue recurrida en apelación por el demandante, y admitido a trámite, se elevaron los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, compareciendo en tiempo y forma para sostener dicho recurso el Procurador D. José María Moreda Allegue.

**SEGUNDO.**-Registradas las actuaciones en esta Audiencia, fueron turnadas a esta Sección. Por diligencia de ordenación de fecha 28 de abril de 2023, se incoa el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, designando Ponente e indicando los componentes del Tribunal.

Se tiene por parte al Procurador D. José María Moreda Allegue, en nombre y representación de D. Amir , en calidad de apelante; y se tiene por personada a la Procuradora Dña. Belén Casal Barbeito, en nombre y representación de Dña. Mayda , en calidad de apelada.

Habiéndose solicitado en el escrito de oposición a la demanda el recibimiento a prueba en cuanto a la documental aportada con el mismo, se pasaron las actuaciones a la Magistrada Ponente. Por providencia de fecha 31 de enero de 2004 se tuvo dicha documental por aportada de conformidad al art. 460.1 en relación con el artículo 260.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil; dándose cuenta a la Sra. Presidenta de la llegada de los autos e incoación del recurso a efectos de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

**TERCERO.**-Por providencia de fecha 15 de marzo de 2024 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 2 de abril del año en curso, asumiendo la Ponencia a la Magistrada Dña. María del Carmen Vilariño López.



**CUARTO.**-En la sustanciación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.**- *Planteamiento del litigio, pronunciamiento de primera instancia, y recurso de apelación.*

**1.1.**-La demanda que dio origen al presente procedimiento se formuló por el ahora recurrente, D. Amir , en el ejercicio de una acción de regreso del artículo 1.145 del Código Civil, frente a Dña. Mayda , solicitando que se le condene a: "- Pagar a la actora la suma de 9.582,72 euros, que se deben a día de la fecha, así como el 50% de las cuotas siguientes del préstamo hipotecario que vayan venciendo y sean abonadas por mi mandante. - Pagar a partir de la fecha de la sentencia el 50% de las cuotas del préstamo hipotecario mensualmente y de forma directa a la entidad bancaria acreedora, por ingreso, antes de la fecha de cargo fijada, en la cuenta de cargo asociada. - Pagar al actor los intereses que corresponden a cada una de las cuotas vencidas y pagadas en exclusiva por el Sr. Amir , desde la fecha de cargo individual de cada una de las cuotas.-".

Dicha cantidad de 9.582,72 euros se corresponde, conforme a lo reflejado en extracto de préstamo (documento nº 6), con el 50% del total de 19.165,44 euros a que ascienden las últimas 60 cuotas (últimos 5 años) abonadas por el demandante en pago al préstamo con garantía hipotecaria número NUM002 de CAJA MADRID. Siendo, la demanda de fecha 9 de noviembre de 2021, comprende dos cuotas del año 2016, las cuotas de los años 2018 a 2020, y 10 cuotas del año 2021.

A este préstamo habría dado lugar la novación a del préstamo hipotecario número NUM003 que gravaba la que había sido, durante el matrimonio de los litigantes, la vivienda familiar, suscrita por ambos en fecha 10 de abril de 2008 ante el Notario de Oleiros D. Rafael Benzo Saiz con número de protocolo 1.262 (documento nº 5). Según se recoge en la propia escritura de novación, el préstamo hipotecario objeto de novación fue suscrito en fecha 2 de septiembre de 2003 por importe de 114.000 euros de principal, y en virtud de la misma, los prestatarios acceden a la ampliación del capital prestado por importe de 26.115,71 euros; en consecuencia, el préstamo ascendió a la cantidad de 140.115,71 euros. Se recoge también que el capital pendiente de amortizar, una vez ampliado, y teniendo en cuenta las amortizaciones producidas, ascendía a 131.000 euros. Además, en virtud de tal novación, los prestatarios convinieron en liberar de sus obligaciones a los fiadores, y proceden a modificar la estipulación correspondiente al tipo de interés.

Esta escritura se otorga por los litigantes con posterioridad a haberse decretado su divorcio por sentencia de 2 de marzo de 2007, en una etapa posterior de reanudación de la convivencia. En esta sentencia se aprobó el convenio regulador de 20 de diciembre de 2006 en el que, de mutuo acuerdo, las partes acordaron y pactaron la liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicándosele al demandante la obligación de pago del préstamo, y a Dña. Mayda la propiedad de dicha vivienda, sita en DIRECCION003 , DIRECCION002 , en DIRECCION001 .

**1.2.**-En la contestación se alegó que la demandada habría acudido a la Notaría citada por su exmarido, siendo éste quien, previamente, habría negociado la novación en solitario con la entidad bancaria, diciéndole a ella que tenía que ir a la Notaría para un trámite formal, y que la novación habría sido fruto del engaño, y de intereses exclusivos del demandante. Se hizo valer que lo acordado en el convenio regulador había sido la asunción en liquidación de gananciales del pago del préstamo, en su integridad, y en exclusiva, por el demandante. Y, de forma subsidiaria, se sostuvo que, habiéndose ampliado el préstamo a la cantidad de 26.115,71 euros, a la demandada sólo se le podría hipotéticamente reclamar la cantidad de 13.057,86 euros y los intereses correspondientes a esta cantidad, debiendo además detraerse de esta cantidad la mitad del capital liquidado por D. Amir en el periodo prescrito, desde mayo de 2008 hasta octubre de 2016.

En la fundamentación jurídica se invocó abuso de derecho, mala fe, y una actuación en contra de actos propios por formularse la reclamación doce años y medio después de la firma de la novación.

**1.3.**-Según se recoge en la pericial económica de D. Nelson aportada por la demandada con anterioridad al acto de la audiencia previa, el capital pendiente de pago antes de la ampliación de hipoteca era de 104.884,29 euros. Por el perito, y conforme a la subsanación de erratas efectuadas en escrito de 7 de noviembre de 2022, a partir de ese dato, y teniendo en cuenta la cantidad de 26.115,71 euros a que ascendió la ampliación, se calcula que los porcentajes correspondientes a D. Amir serían de 80,06%  $(104.884,29/131.000) \times 100$ ; y el 9,97%, correspondiente al 50% sobre  $(26.115,71/131.000) \times 100$ . Y, a Dña. Mayda , otro 9,97 %, por el 50%



sobre  $(26.115,71/131.000) \times 100$ . Según ello, a D. Amir le correspondería un total de 90,3%, y a Dña. Mayda un total de 9,97%.

**1.4.-**En el acto de la audiencia previa por el demandante se aportó prueba documental consistente en extracto bancario y justificantes bancarios del abono de las cuotas del préstamo hipotecario correspondientes a los meses de noviembre de 2011 a mayo de 2022, inclusive, por un importe total de 2.167,42 euros.

**1.5.-**La sentencia desestima en su integridad la demanda. El Juez de primera instancia razona que, con la novación de la hipoteca, no habría desaparecido la causa fundamental del acuerdo incorporado al convenio regulador, pues la vivienda nunca había dejado de estar hipotecada, y sólo se había producido una novación modificativa del préstamo hipotecario, y que no puede hacerse valer una suerte de desaparición sobrevenida de la causa del pacto de atribución de cuotas de la hipoteca al actor. Entiende que, con los actos acreditados en el proceso, no se puede inferir una voluntad de manifestación del consentimiento en el sentido de un acuerdo entre las partes para dejar sin efecto la atribución de costas. Es así que concluye que, frente a la acción de regreso ejercitada, existe el óbice del pacto entre los propios deudores.

Entiende también que, con el planteamiento del pleito, no cabe atender parcialmente a la demanda, para valorar una eventual obligación de la demandada de pagar un porcentaje de las cuotas, en tanto que, ejercitada una acción de repetición, se considera vigente el pacto de atribución de cuotas conforme al convenio regulador. Por otra parte, que una reclamación por un porcentaje de las cuotas proporcional al incremento de las mismas exigiría valorar la existencia de un enriquecimiento injusto o sin causa de la demandada que derivara de la ampliación de la hipoteca, pero que no se habría ejercitado una acción de enriquecimiento sin causa; y, a mayor abundamiento, que ello exigiría que se hubiera alegado y probado que el destino del capital recibido con la ampliación, en beneficio de la actora, y este hecho no se habría aportado al proceso en fase de alegaciones.

Pese a la desestimación de la demanda no se efectúa imposición de costas, señalando el Juez de instancia que el caso presenta un contexto particularmente difícil de valorar por la sobrevenida decisión de ampliación de la hipoteca tras el divorcio, así como por la escasez de prueba sobre la posible existencia de acuerdos informales entre las partes.

**1.6.-**En el recurso de apelación se invoca la existencia de error en la apreciación de la prueba. Se argumenta que, contrariamente a lo considerado por el Juez de instancia, con la formalización de la escritura de novación, tras haberse reconciliado y reanudado su economía en común, se habría materializado la existencia de un acuerdo entre las partes para dejar sin efecto la atribución de cuotas asumiendo de nuevo ambos la deuda total de forma solidaria; y que, si se quisiese mantener el acuerdo previo del convenio regulador, habría sido la novación el momento de hacerlo.

Se alega que la interpretación dada por el Juzgador de instancia habría vulnerado el artículo 1258 del Código Civil porque, se dice, eliminaría la eficacia del acuerdo obligacional que constituiría la escritura de novación; así como el artículo 1256 del Código Civil porque la sentencia de instancia habría estimado entender que la demandada no debía responder de la obligación que firmó con plena eficacia.

Para el recurrente se vulneraría el artículo 217.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la carga de la prueba, porque, a su entender, el Juzgador de instancia le exigiría que acreditase un hecho negativo, que no hubo un vicio de consentimiento cuando Dña. Mayda suscribió el documento.

Por último, entiende también vulnerado el artículo 1145 del Código Civil por no ser un hecho controvertido que abonó con su dinero privativo la totalidad del préstamo hasta la fecha, aduciendo que, constando una deuda solidaria de ambas partes con el Banco, ese pago le confiere el derecho a reclamar a Dña. Beatriz; y que, constando como deudora frente al Banco, como tal ha de responder, por la totalidad de la obligación contraída en 2008, o bien subsidiariamente, por la cuantía de la ampliación.

**SEGUNDO.-** *Sobre la falta de acreditación de vicio en el consentimiento, y la limitación de los efectos del convenio.*

Ad initio, ante las alegaciones formuladas en el recurso, debemos partir por aclarar que el fallo desestimatorio no se sustenta en consideración alguna sobre la existencia de vicios en el consentimiento. Se entiende que haya sido así a la vista de que, las alegaciones que se efectúan cuanto a que la demandada habría firmado la escritura de novación con engaño, no van acompañadas de una expresa invocación en la fundamentación jurídica de la existencia de un engaño como vicios del consentimiento.



En todo caso, el examen del mismo debe efectuarse comenzando por señalar que los autos, y las propias alegaciones de la demandada, revelan la inexistencia de prueba que permita dar por acreditado que la actora suscribió el documento de novación del préstamo hipotecario, bajo la existencia de un engaño que fuera determinante para obtener el consentimiento, en concreto, que lo hiciera sin percibir que firmaba una ampliación del préstamo. Que lo hubiera sido así no puede justificarse en alegaciones relativas a que el demandante habría intentado retomar la relación con la demandada como un plan preconcebido para intentar evitar afrontar en exclusiva el pago íntegro del préstamo hipotecario. La ampliación del préstamo se suscribe en documento público, ante Notario autorizante que da fe de la lectura del mismo, y de que se adecua su voluntad informada de los intervinientes.

Nada acredita sobre ello la testifical de la hermana de la demandada, Dña. Britany, única prueba propuesta al respecto, que se limita a corroborar la reanudación de la convivencia más o menos al año de la separación, y a manifestar que D. Amir les manifestaba su deseo de volver. La testigo manifestó que ningún conocimiento tenía sobre las circunstancias que determinaron la ampliación del préstamo hipotecario, y sólo tenía constancia de cuando murió el abuelo de su cuñado se sacaba el aval, pero que no tenía ni idea de por cuanto se amplió el préstamo, ni para en que se utilizó ese dinero.

Según señala la STS 123/2022, de 16 de febrero de 2022, la jurisprudencia exige para apreciar este vicio del consentimiento los siguientes requisitos: i) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas; ii) la voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño; iii) esa conducta debe ser determinante de la declaración; iv) el carácter grave de la conducta insidiosa; y v) el engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes (sentencias de 11 y 12 de junio de 2003, y reiterada más recientemente en las sentencias 626/2013, de 29 de octubre, 140/2017, de 1 de marzo, y 139/2020, de 2 de marzo)"

No puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue (SSTS de 22 y 28 de febrero de 1961), pues ni se presume (STS 626/2013, de 29 de octubre), ni bastan al efecto meras conjeturas (sentencias de 25 de mayo de 1945). Como declaró la STS 233/2009, de 26 de marzo: "Procede insistir también en la exigencia de que la conducta dolosa sea probada inequívocamente, sin que a tales fines basten meras conjeturas o indicios - Sentencias de 13 de mayo de 1991 y 23 de junio y 29 de marzo de 1994 -".

**TERCERO.- Efectos del convenio sobre el préstamo vigente a la fecha del mismo, y fundamento de la acción de regreso: estimación de la acción en relación al incremento de cuotas.**

**3.1.-**En relación a la acción de regreso que, al amparo del artículo 1145 del Código Civil, asiste al deudor que ha realizado el pago para exigir de los codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses de anticipo, la jurisprudencia ha admitido la presunción de que el reparto de cuotas internas lo será por idénticas partes entre sí. Así, en STS 1424/2023, de 17 de octubre, el Tribunal Supremo recuerda:

*"2.- El contenido de esta acción de regreso frente a los demás codeudores solidarios vendrá determinada por el origen o fuente de la obligación y los posibles pactos internos entre los codeudores, relación interna sobre la que se proyecta la presunción de mancomunidad y división por partes iguales que establece el art. 1138 CC. En este sentido, esta sala ha sentado una jurisprudencia reiterada, sobre la base de una interpretación conjunta de los arts. 1137, 1138 y 1145 CC, de la que resulta esa distinción entre el plano de las relaciones externas con el acreedor, en las obligaciones solidarias con varios deudores, y el plano de la relación interna entre estos, en el que opera la presunción de división por partes iguales".*

*En este sentido, declaramos en la sentencia 630/2008, de 26 de junio, que "del engarce entre el párrafo segundo del artículo 1145 y los artículos 1137 y 1138 del Código Civil, se extrae la conclusión de que mientras para las relaciones externas entre acreedor (...) y deudores (...) cada uno de éstos últimos es deudor por entero, para las relaciones internas entre deudores, en cambio, debe aplicarse el citado artículo 1138 C.c., dividiéndose entonces la deuda entre todos ellos, en principio por partes iguales ("se presumirán divididos" dice literalmente el precepto), aunque esta presunción legal, no obstante, puede destruirse mediante prueba en contrario (...)"*

**3.2.-**En este caso la existencia de un pacto distinto de atribución del pago de las cuotas queda constatado en el convenio regulador suscrito entre las partes, al adjudicársele al demandante en liquidación de gananciales en exclusiva la obligación de pago del préstamo. No existe ningún acuerdo expreso por el que, posteriormente, se hubiera dejado sin efecto.



Coincidimos en que no puede considerarse que se hubiera dejado sin efecto con la reanudación de la convivencia en 2008 ya divorciados los litigantes, y liquidada su sociedad de gananciales, ni por la suscripción durante esa convivencia de la novación modificativa del préstamo hipotecario. No sólo porque la vivienda continuó estando hipotecada, sino por la misma razón de que, por más que durante esa etapa hubieran vuelto a tener una economía doméstica común, la liquidación de gananciales, con las concretas adjudicaciones que se efectuaban a los cónyuges, en contrapartida unas de otras, no se dejó sin efecto, ni expresa, ni tácitamente porque se hubiera ampliado el préstamo hipotecario, y asumido frente al Banco ambos litigantes la obligación de pago de una mayor cantidad. Pero esta afirmación sobre la existencia, y persistencia del pacto de atribución de cuotas en liquidación de gananciales, entendemos sólo puede predicarse de la cantidad a la que ascendía el principal del préstamo en el momento de la firma de ese acuerdo.

En cambio, en relación a la cantidad a la que se amplió con la firma de la escritura de novación no existe constancia de nuevo pacto sobre su adjudicación en exclusiva al demandante, o de ampliación o extensión de los efectos del pacto anterior al pago correspondiente a esta nueva cantidad, ni puede derivarse sólo de la existencia del mismo. Si el pacto de atribución de cuotas al deudor tuvo causa en las concretas adjudicaciones efectuadas entre los cónyuges, entendemos que ello mismo conlleva que, liquidada la sociedad de gananciales con esas concretas adjudicaciones, esa causa no exista en relación a la posterior ampliación del crédito. La vigencia del acuerdo de adjudicación en exclusiva, por no haberse dejado sin efecto, persiste, pero sólo en relación al contenido económico que ese acuerdo tenía al integrarse en la liquidación de gananciales.

**3.3.-**Entendemos que no cabe dejar de atender a la obligación de la demandada de pagar un porcentaje proporcional al incremento de las cuotas, por razón de que, específicamente, no se haya ejercitado una acción de enriquecimiento injusto, puesto que la propia acción de regreso tiene como fundamento evitar tal enriquecimiento por el pago por uno de los codeudores de una obligación cuyo pago corresponde a todos los deudores solidarios. El pago de la deuda por un deudor beneficia al otro deudor puesto que el acreedor principal ya no puede reclamarle la parte de deuda ya vencida y liquidada.

Así, la STS 559/2010, de 21 de septiembre, señala expresamente que el propio artículo 1145 del Código Civil es una manifestación de la regla del enriquecimiento injusto. También lo expresa la STS 274/2010, de 5 de mayo, al referirse a que la jurisprudencia interpretadora del artículo 1145 CC descarta "que la acción de regreso a que alude el precepto, cuya razón de ser es evitar un enriquecimiento sin causa, conlleve una subrogación en los derechos del acreedor cuya deuda haya sido satisfecha", con cita en que la STS de 11 de marzo de 2002 hubiera señalado que cuando "paga el total de lo adeudado uno solo de los deudores solidarios, no se produce una subrogación por éste, en el crédito, sino que se extingue el mismo, y para que no haya enriquecimiento indebido, el párrafo segundo del art. 1145 del Código civil concede un derecho de repetición para reclamar a cada uno de los codeudores la parte que corresponde y los intereses de anticipo".

En STS 411/2010, de 28 de junio, se explica: "El fundamento último de todo derecho de reembolso está en la proscripción del enriquecimiento injusto o sin causa, como principio de equidad que es base del Derecho patrimonial. El derecho de reembolso -entendido este último concepto en términos amplios, integrante de otros como reintegro, repetición o regreso- está reconocido en supuestos específicos, que no son sino una especificación del principio que veda el enriquecimiento sin causa. Tal es el caso del reintegro de los gastos necesarios al poseedor del artículo 453 CC ( STS 20 de mayo de 2002, RC n.º 260/2000) y de las acciones de reintegro basadas en el artículo 1145 CC ( SSTS de 16 de mayo de 1995, RC n.º 338/1992, 29 de noviembre de 1997, RC 2852/1993)". Tanto es así que, en el supuesto que examina, indicando que el origen de la acción de reembolso del artículo 1158 del Código Civil, esté también en el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto, considera que la alegación del artículo 1158 CC y de la doctrina del enriquecimiento injusto no supone una acumulación de acciones o una pluralidad de pretensiones, y dice: "estamos ante una acción única -de reembolso- basada en unos hechos que son origen de una pretensión única -la recuperación de la cantidad- cuyo último fundamento es la proscripción del enriquecimiento injusto".

En este caso, frente al fundamento de tal acción de regreso, nada se ha acreditado en cuanto a que el préstamo, en el marco de una reanudación de la convivencia que duró unos ocho años, se hubiera solicitado en exclusivo beneficio del demandante, que permitiera considerar que, por el contrario, el pago de la parte proporcional pueda suponer un enriquecimiento injusto para él. Ni siquiera se ha indicado por la demandada en su escrito de contestación sobre cuál era la finalidad del importe obtenido, o a que se dedicó dicho importe, por lo que no puede advertirse la posibilidad, en ningún modo, hubiera participado de los beneficios de la ampliación del crédito que suscribió.



**3.4.-**No cabe atender al planteamiento de que el pago en exclusiva de las cuotas del préstamo hipotecario, en lo que se refiere a la proporción correspondiente al incremento del préstamo, constituya un acto propio del demandante que tenga el significado de considerarlo como acreditativo de la extensión del pacto de adjudicación a dicho incremento. El pago en exclusiva por el demandante durante la reanudación de la convivencia y los años posteriores a la ruptura definitiva, y la reclamación que ahora se efectúa, no pueden desvincularse de las circunstancias puestas de manifiesto con la documental aportada por el demandante en el acto de la audiencia previa en relación al cambio en la situación familiar. Esto es, la demanda de medidas paterno-filiales presentada en fecha 28 de febrero de 2020 por Dña. Mayda contra D. Amir respecto del hijo menor de edad, nacido en la etapa de reconciliación, en la que solicita que se fije una pensión de alimentos de 350 euros. Así como, demanda de ejecución presentada también por Dña. Mayda para el cobro de pensión de alimentos señalada en sentencia de divorcio a favor del hijo mayor de edad Jostin en octubre de 2019.

En este contexto de las reclamaciones económicas que, de adverso, se formulan frente a él, se entiende que la reclamación de D. Amir, cinco años después de la ruptura definitiva, que se sitúa en el año 2016, no va contra actos propios que pudieran tener el alcance de un acto inequívoco significativo de dejar sin efecto la presunción legal del artículo 1138 Código Civil, que opera en la relación interna entre deudores solidarios, o evidenciar que el dinero prestado fuera aprovechado sólo por el demandante. El pago en exclusiva se efectuó en el marco de una inexistencia de reclamación económica del pago de pensiones alimenticias, y de que el demandante asumía el pago de recibos de mantenimiento de los hijos. Debe además significarse que el periodo que se reclama, por no haber prescrito, se remonta a finales del año 2016, al comprender la cantidad reclama dos cuotas de esta anualidad, por lo que, en definitiva, la reclamación no contradice que el pago en exclusiva tuviera como marco la existencia de una economía común derivada de la convivencia mantenida hasta esa fecha.

**3.5.-**Por el demandante nada se objeta en cuanto a las bases del informe pericial que aportó la demandada, con la concreción del capital del préstamo no amortizado a la fecha de la suscripción de la ampliación (104.884,29 euros), ni los porcentajes calculados de reparto de cuotas en proporción al importe total, resultando que a la demandada le corresponda abonar un 9,97%. Durante el acto de la vista no se le formuló al perito informante cuestión alguna que denotase que se suscitase objeción o controversia alguna a dichos cálculos. Y, según lo manifestado en el acto de la vista, dicho perito realizó los cálculos disponiendo del cuadro de amortización, de la escritura de novación del préstamo, y del convenio regulador.

La estimación parcial de la reclamación de cantidad respecto a cuotas abonadas en exclusiva por el actor debe concretarse en condenar a la demandada a abonar ese porcentaje de las cuotas a cuyo pago se refiere tal pretensión, lo que supone, según los cálculos efectuados por el perito un total de 1.910,79 euros (9,97% de 19.165,44 euros). Además, justificado en el acto de la audiencia previa el pago de las cuotas vencidas de noviembre de 2021 a mayo de 2022, por importe de 2.167,42 euros, debe acogerse la petición formulada relativa a las cuotas que fueran venciendo respecto a esta cantidad por aplicación del expresado porcentaje, que supone otros 216,09 euros.

Debe condenarse también a la demandada a pagar los intereses que corresponden a cada una de las cuotas vencidas y pagadas en exclusiva por el Sr. Amir, desde la fecha de cargo individual de cada una de las cuotas.

**CUARTO.-** *No procede efectuar una condena de futuro.*

En lo que se refiere al pedimento de condena de futuro a la demandada a pagar el 50% de las cuotas siguientes del préstamo hipotecario que vayan venciendo y sean abonadas por el demandante del préstamo hipotecario mensualmente - salvo aquellas cuyo pago quedó ya acreditado -, así como de forma directa a la entidad bancaria acreedora, debe traerse a colación que el fundamento de la acción ejercitada es el enriquecimiento sin causa por el deudor solidario por el pago efectuado. En consonancia con ello, la acción de regreso entre codeudores se sustenta en el pago efectivo al acreedor que haya realizado quien solicita el reintegro de la cuota de responsabilidad del codeudor, de modo que el derecho al reintegro no puede estar sujeto a hechos futuros e inciertos de los pagos que pueda realizar uno de los deudores. Tanto es así que, con la documental aportada con el escrito de oposición la demandada habría tratado de aportar impagos del demandante de las cuotas hipotecarias.

Debe considerarse además, conforme señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Secc. 5ª, nº 123/2021, de 12 de julio, que el artículo 220 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo permite la condena de futuro cuando se trate de prestaciones periódicas, debiendo entenderse por tales las referidas a prestaciones devengadas en virtud de un negocio jurídico que vincule a las partes y del que derive la exigibilidad periódica



de las prestaciones, siendo el caso de que los litigantes no se hallan vinculados entre sí por una prestación periódica en virtud del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

Es así que, en el marco del presente litigio, no puede establecerse una obligación de pago periódico de la demandada que, con carácter de futuro, beneficie al demandante ante hipotéticos pagos de la cuota hipotecaria. Y, únicamente la concreción efectuada puede servir de sustento, entre partes, ante una eventual nueva acción de regreso sustentada en la asunción en exclusiva del pago de nuevas cuotas hipotecarias, en tanto no se produzca una nueva ampliación del préstamo.

**QUINTO.-** *Sobre las costas de primera instancia; de segunda instancia; y depósito.*

En relación a las costas que hubieran podido devengarse a consecuencia del recurso de apelación, dada su estimación parcial, es de aplicación el art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que supone que no se efectúa imposición de costas.

En cuanto a las costas de primera instancia ha de estarse al pronunciamiento de primera instancia, al no haber formulado frente al mismo recurso de apelación. En todo caso, la estimación del recurso supone estimar parcialmente la demanda.

La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo, en su apartado 8º, que, si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## PARTE DISPOSITIVA

**FALLAMOS:** **Estimar en el sentido expuesto** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Amir frente a la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2022, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de A Coruña en los autos de que este rollo dimana, y su lugar:

**Estimando parcialmente** la demanda formulada por el recurrente frente a Dña. Mayda, condenamos a ésta abonarle la cantidad de 2.126,88 euros, como resultante del porcentaje de un 9,97% de las cuotas vencidas del préstamo hipotecario número NUM002 de CAJA MADRID a que se refiere la demanda como abonadas exclusivamente por el demandante en los últimos 5 años, y las cuotas de los meses de noviembre de 2021 a mayo de 2022, ambas mensualidades incluidas, con los intereses legales que corresponden a ese porcentaje de cada una de las cuotas desde la fecha de cargo individual de cada una de las cuotas.

Se mantiene el pronunciamiento en costas de la sentencia de instancia.

No ha lugar a efectuar imposición de costas en esta alzada.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

< span lang=ES-TRAD style='font-family:"Courier New";color:black;mso-ansi-language: ES-TRAD;mso-fareast-language:ES-TRAD'>

Esta sentencia no es firme. Contra esta sentencia cabe recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional siempre que concurren los presupuestos legales para su admisión, a interponer en el plazo de veinte días a partir de la notificación de esta resolución. Si el recurso se fundase en la infracción de normas de Derecho Civil de Galicia, el recurso de casación habrá de interponerse ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de apelación civil.



**Publicación.**-Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Señores magistrados que la firman, y leída por la magistrada ponente doña María del Carmen Vilariño López en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ