



Roj: **STS 3502/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:3502**

Id Cendoj: **28079110012012100326**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2012**

Nº de Recurso: **1416/2009**

Nº de Resolución: **319/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ENCARNACION ROCA TRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 319/2012**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Mayo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, por **D. Vicente , D. Carlos Francisco , Dña. Candida y Dña Elisabeth** , representados por el Procurador de los Tribunales D. Federico Pinilla Romeo contra la Sentencia dictada, el día 18 de marzo de 2009, por la referida Audiencia y sección, en el rollo de apelación nº 98/2009 , que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 63 de Madrid, en el juicio declarativo ordinario sobre división de cosa común nº 826/2007. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. Federico Pinilla Romeo, en nombre y representación de D. Carlos Francisco , D. Amadeo , D.ª Candida y D.ª Elisabeth , personándose en calidad de parte recurrente. El Procurador D. Miguel Ángel Aparicio Urcía, en nombre y representación de D. Erasmo , se personó en calidad de parte recurrida.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 63 de Madrid, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario sobre división de cosa común, D. Erasmo contra D. Carlos Francisco , D. Amadeo , D.ª Candida y D.ª Elisabeth . El suplico de la demanda es del tenor literal siguiente: *"...en su día dicte sentencia por la que se declare:*

*-La extinción del condominio existente entre las partes, sobre la vivienda sita en Madrid, CALLE000 número NUM000 , NUM001 NUM002 , declarando, asimismo, el carácter indivisible de la misma.*

*-Se declare la atribución del 50% de la misma a mi mandante y el otro 50% a los demandados.*

*-Se declare y determine como precio de la citada vivienda el de 212.400,00 euros, debiendo servir dicha cantidad como valor de tasación, en su caso, como tipo para la subasta pública que se practique sobre la vivienda, con admisión de licitadores extraños, a falta de acuerdo entre los comuneros litigantes respecto de su adjudicación en los términos del artículo 404 del Código Civil y con reparto del precio que se obtenga en caso de subasta entre los comuneros en la proporción antes citada.*

*-Se condene a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones.*

*-Se impongan las costas del procedimiento a la parte demandada".*

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Amadeo , D. Carlos Francisco , Dña. Candida y Dña. Elisabeth , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... y en su día, dictando Sentencia desestimando íntegramente la demanda con expresa condena en costas a la parte actora"*. En dicho escrito formuló demanda reconventional alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: *"... se dicte sentencia por la que se acuerde:*



- Condene a D. Erasmo a otorgar escritura pública de venta del piso de la C/ CALLE000 nº NUM000 , NUM001 NUM002 . de Madrid, junto con el resto de sus hijos y en cumplimiento del Convenio Regulador de fecha 13 de julio de 1984, a favor de su hija Dña. Elisabeth , bajo apercibimiento de otorgarla de oficio si no lo verifica; previa entrega al demandado de la cantidad de 2.404,05 euros (400.000 Ptas.), única cantidad que tiene derecho a percibir de la venta del inmueble, sin perjuicio de la reserva que hacen mis representados para el ejercicio de la acción de repetición por las cantidades por ellos abonadas.

- Alternativa y subsidiariamente, para el caso de que no se estime la solicitud anterior, se condene a D. Erasmo a otorgar escritura pública de venta del piso de la C/ CALLE000 nº NUM000 , NUM001 NUM002 . de Madrid, junto con el resto de sus hijos y en cumplimiento de Convenio Regulador de fecha 13 de julio de 1984, a favor de su hija Dña. Elisabeth , bajo apercibimiento de otorgarla de oficio si no lo verifica; previa entrega al demandado de la cantidad de 2.404,05 euros (400.000 Ptas.) actualizada mediante la aplicación del I.P.C. desde el 13 de julio de 1984 fecha de la firma del convenio regulador hasta la fecha de la venta, única cantidad que tiene derecho a percibir de la venta del inmueble, sin perjuicio de la reserva que hacen mis representados para el ejercicio de la acción de repetición por las cantidades por ellos abonadas.

- Y todo ello con expresa condena de las costas causadas en el presente procedimiento".

Contestada la demanda y la reconvenición y previos los trámites procesales y práctica de las pruebas propuestas por las partes, previamente admitidas y declaradas pertinentes, el Juzgado de 1ª Instancia nº 63 de Madrid, dictó sentencia con fecha 26 de mayo de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: 1.- Desestimo la demanda presentada por Don Erasmo contra Don Carlos Francisco , Don Amadeo , Doña Candida y Doña Elisabeth , a quienes absuelvo libremente de todas sus pretensiones.

2.- Condeno al actor al pago de las costas causadas por la tramitación de su demanda.

3.- Estimo la demanda reconvenicional presentada por Don Carlos Francisco , Don Amadeo , Doña Candida y Doña Elisabeth contra Don Erasmo en su pretensión subsidiaria y condeno al actor reconvenido, en cumplimiento del convenio regulador de fecha 13 de julio de 1984, a otorgar escritura pública de venta del piso de la CALLE000 número NUM000 , NUM001 NUM002 , de Madrid, junto con el resto de sus hijos y a favor de su hija Doña Elisabeth , bajo apercibimiento de otorgarla de oficio si no lo hiciera y declarando que la única cantidad a cuyo cobro tiene derecho Don Erasmo por la venta del mencionado inmueble es la de 2.404,05.- euros actualizados con el incremento experimentado por el Índice de Precios al Consumo desde el día 13 de julio de 1984 hasta la fecha en que se firme la escritura pública de compraventa del piso, cuya liquidación se producirá, con dichas bases, en proceso de ejecución de esta sentencia. Todo ello sin perjuicio de la reserva efectuada por los reconvinientes en cuanto al ejercicio de acciones de repetición por las cantidades por ellos abonadas.

4.- Don Erasmo deberá pagar las costas causadas por la tramitación de la reconvenición".

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Erasmo . Sustanciada la apelación, la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 18 de marzo de 2009 , con el siguiente fallo: "Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Aparicio Urcía en nombre y representación de D. Erasmo , contra la sentencia dictada en las presentes actuaciones por el Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 63 de Madrid de fecha 26 de mayo de 2008 a que el presente recurso se contrae, debemos estimar el mismo y, en consecuencia, con revocación de la meritada resolución debemos declarar y declaramos la extinción del condominio existente entre las partes respecto a la finca sita en la CALLE000 nº NUM000 , NUM001 NUM002 , atribuyendo la propiedad al 50% a cada una de las partes contendientes y proceder a su división en la forma prevista en el art. 404 CC, y en caso de no llegar a un acuerdo, mediante su venta en pública subasta, sirviendo de tipo para la misma la suma de 212.400 euros".

La representación de D. Erasmo , presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 25 de mayo de 2009, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "... LA SALA ACUERDA: Haber lugar a la aclaración de la sentencia de fecha 18 de marzo de 2009 solicitada por el Procurador Sr. Aparicio Urcía en los extremos contenidos en el Razonamiento Jurídico Primero de la presente resolución.- RAZONAMIENTO JURÍDICO.- PRIMERO.- Que de lo expuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto se desprende que deben imponerse las costas a los demandados, no solo por la estimación de la demanda principal con estimación del recurso, sino por la desestimación de la demanda reconvenicional, por lo que deberá ser aclarado el fallo de la resolución añadiendo la expresión: "todo ello con expresa imposición a los demandados de las costas de primera instancia tanto por la demanda principal como por la reconvenición".

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación por D. Amadeo , D. Carlos Francisco , Dña. Candida y Dña. Elisabeth , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por el Procurador de los Tribunales D. Federico Pinilla Romeo, lo formalizaron articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de los arts. 1281 del Código Civil y 1282 a 1289 del Código Civil y concordantes.



Segundo.- Infracción de los arts. 7.1 , 1058 y 1255 del Código Civil .

Tercero.- Infracción del art. 97 del Código Civil .

Por resolución de fecha 17 de julio de 2009, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó el Procurador D. Federico Pinilla Romeo, en nombre y representación de D. Carlos Francisco , D. Amadeo , D.<sup>a</sup> Candida y D.<sup>a</sup> Elisabeth , en calidad de parte recurrente. El Procurador D. Miguel Ángel Aparicio Urcía en nombre y representación de D. Erasmo , se personó en calidad de parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 25 de mayo de 2010 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Miguel Angel Aparicio Urcía en nombre y representación de D. Erasmo , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veinticinco de abril de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D.<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Hechos probados relevantes para el recurso de casación.

1º D. Erasmo y su esposa D.<sup>a</sup> María Consuelo , se separaron en 1984. El convenio regulador aprobado en la sentencia de separación, contenía la cláusula que se transcribe a continuación:

*"En cuanto a los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales, existe como único bien el piso de la CALLE000 nº NUM000 - NUM001 NUM002 . Dicho piso estará de momento habitado por la mujer e hijos. No obstante, a fin de proceder a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se comprometen los esposos a ponerlo a la venta; con lo que se obtenga de ésta se repartirá del siguiente modo: la entrada que se les entregue, que será como mínimo de 800.000 Ptas, se la repartirán por partes iguales los esposos, y la cantidad que reste se le entregará a la esposa D.<sup>a</sup> María Consuelo , como compensación por el desequilibrio económico que la situación pudiera ocasionarle".*

2º Los cónyuges se divorciaron en 1987. La sentencia se remitía a la ejecución, para la determinación de los efectos de la disolución. La esposa continuó habitando la vivienda familiar, junto con sus hijos.

3º D.<sup>a</sup> María Consuelo falleció en 1989. Sus hijos, D. Carlos Francisco , D. Amadeo , D.<sup>a</sup> Candida y D.<sup>a</sup> Elisabeth , fueron declarados herederos abintestato. En el momento actual, la hija D.<sup>a</sup> Elisabeth continúa en el uso de la vivienda familiar.

4º El esposo demandante en este pleito, D. Erasmo , pidió la ejecución de la liquidación de la sociedad de gananciales, que fue denegada por auto del Juzgado de 1ª instancia de Madrid, de 23 enero 2007 , por considerarse que se había llevado a cabo en el convenio regulador.

5º D. Erasmo demandó entonces a D. Carlos Francisco , D. Amadeo , D.<sup>a</sup> Candida y D.<sup>a</sup> Elisabeth , ejercitando acción de división de la cosa común. Pidió que se declarara la extinción del condominio existente sobre el piso de la CALLE000 ; la atribución del 50% al demandante y del otro 50% a los demandados y que se declarara como precio de la vivienda el valor de tasación.

Los demandados se opusieron a la demanda y presentaron reconvencción en la que pidieron que se condenara al demandante a otorgar escritura pública de la venta del piso, en cumplimiento del convenio regulador, a favor de su hija D.<sup>a</sup> Elisabeth , previa entrega al demandado de reconvencción, de la cantidad de 2.404,05€, única que tiene derecho a percibir según el convenio y, subsidiariamente, que se le condenara a otorgar escritura pública de venta a la propia D.<sup>a</sup> Elisabeth , con el resto de sus hijos.

6º La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 63 de Madrid, de 26 mayo 2008 , desestimó la demanda presentada por el marido y estimó la reconvencción. Argumentó lo siguiente: (a) que la cláusula del convenio no dejaba dudas sobre la intención de los cónyuges de liquidar y disolver la sociedad de gananciales; (b) de las pruebas, se deducía claramente que concurrían las causas para la existencia de desequilibrio económico del Art. 97 CC ; (c) el actor no tenía derecho alguno a la propiedad del 50% de la vivienda que perteneció a la sociedad de gananciales.

7º Apeló la anterior sentencia el demandante, D. Erasmo . La SAP de Madrid, sección 18, de 18 marzo 2009 , estimó el recurso. Argumentó: (a) "[...] el convenio regulador tiene plena naturaleza de negocio jurídico siendo



reconocido por numerosas sentencias del Tribunal Supremo como un negocio jurídico del derecho de familia reconociéndose la autonomía privada plena de los cónyuges en relación a la disposición de su patrimonio" ; (b) deben aplicarse las normas sobre interpretación de los contratos; (c) en la cláusula que se ha transcrito y que supone la liquidación de la sociedad ganancial, no se ha adjudicado el bien a la esposa, ni se produce un reconocimiento de crédito. "De hecho lo que dice la cláusula es otra cosa, es sencillamente que la mujer y sus hijos quedan en posesión de la vivienda por haber sido hogar conyugal, y para la disolución y liquidación del haber conyugal se comprometen los esposos a poner a la venta, conjuntamente, el referido bien estableciendo cuales serían entonces las cuotas a percibir cada uno, lo que desde luego excluye esa supuesta atribución única de la propiedad del bien a uno de los cónyuges" ; (d) solo se comprometieron a poner a la venta el piso; (e) "[...]no habiéndose procedido a la venta del piso es obvio que la esposa o bien no sufrió desequilibrio económico o se veía compensada con la posesión que ostentaba de la vivienda, por lo que no instó en forma alguna la liquidación de los gananciales en virtud de dicha cláusula poniendo en venta la vivienda" , y (f) actualmente existe una comunidad postganancial, concurrente con una comunidad hereditaria formada por los herederos de la esposa, por lo que "[...] nada impide seguir el ejercicio de la acción de división de la cosa común, al liquidar la sociedad de gananciales, cuando la comunidad formada tiene su propia y plena aplicación [...]" .

8º D. Carlos Francisco , D. Amadeo , Dª Candida y Dª Elisabeth presentan recurso de casación, al amparo del Art. 477,2,2 LEC , que fue admitido por ATS de 25 mayo 2010 .

**SEGUNDO. Motivo primero .** Infracción de los Arts. 1281 CC y 1282 a 1289 CC y concordantes. Dice el motivo que el meollo del litigio se centra en la infracción en la aplicación del Art. 1281.1 CC , porque para llegar a la interpretación de la atribución del 50%, la sentencia no se fija en la literalidad del mismo, sino en actos anteriores, coetáneos y posteriores, que además solo presume. Se reconocía un desequilibrio económico cuya cuantificación se efectuaba a la inversa. La interpretación del convenio no dejaba lugar a dudas y más cuando dicha interpretación había sido avalada por el testimonio del propio letrado que intervino en su redacción.

*El motivo no se estima.*

Esta Sala ha declarado reiteradamente que no se pueden alegar como infringidas disposiciones concretas "y concordantes" o "y siguientes", puesto que ello resulta contraria a la finalidad del recurso de casación. Y ello, porque como afirma la STS 727/2011, de 25 octubre , entre las más recientes, "[...] crea inseguridad en torno a la norma que se pretende infringida, pues no se sabe cuál es de modo específico, sin que la Sala pueda suplir las deficiencias de la parte e indagar cuál pueda ser la norma que el recurrente crea vulnerada, ya que la casación no constituye una tercera instancia (en este sentido, entre otras muchas, sentencias 433/2009, de 15 junio , 632/2010, de 5 de octubre , y 782/2010, de 22 de noviembre)". La parte recurrente utiliza una fórmula parecida, al señalar como infringidos los arts. 1282 a 1289 CC , razón por sí sola que es suficiente para desestimar este primer motivo. Sin embargo, en el desarrollo del motivo, la parte recurrente explicita que, en realidad, la infracción que considera cometida se refiere a la falta de aplicación del art. 1281.1 CC . Esta denuncia también debe ser rechazada porque la competencia sobre interpretación de los contratos está atribuida a los tribunales de primera y de segunda instancia, limitando el control del tribunal de casación a los supuestos de arbitrariedad o falta de lógica ( sentencia 344/2010, de 9 de junio , y en idéntico sentido sentencias 798/2010 de 10 diciembre y 189/2011 de 30 marzo ), de modo que "[...] la interpretación de los contratos realizada por el Tribunal de instancia no puede ser revisada en casación, en la medida en que se ajuste a los hechos declarados probados por aquélla en ejercicio de su función exclusiva de la valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico o arbitrario y, con ello, la infracción de la ley aplicada por desnaturalización de sus presupuestos y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva" ( STS 187/2011, de 16 marzo ).

En resumen de acuerdo con la doctrina de esta Sala, debe rechazarse el primer motivo porque:

1º No identifica con precisión la norma infringida.

2º Pretende el recurrente que se revise de nuevo la prueba a través de la revisión de la interpretación llevada a cabo por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida.

3º El resultado de la interpretación obtenido no es absurdo, puesto que está de acuerdo con las normas reguladoras de la sociedad de gananciales, aun no liquidada.

**TERCERO. Motivo segundo.** Infracción de los Arts. 7.1 , 1058 y 1255 CC . El pacto no es contrario al Art. 1255 CC , con redacción consensuada entre los cónyuges y ahora se pretende lo contrario y se establece la liquidación de la sociedad de gananciales atribuyéndole al demandado la mitad del inmueble, cuando ésta tuvo lugar mediante la firma del convenio regulador, aprobado por sentencia de 26 noviembre 1984 . La reinterpretación de la sentencia recurrida significa que la voluntad de las partes se pueda fijar con posterioridad al momento del otorgamiento del acuerdo, ya vinculante y por ello, que se reconozca la posibilidad de variar los propios actos.

*El motivo se desestima.*



Este motivo incurre en dos defectos que implican un desconocimiento de la finalidad y, por ende, la técnica, del recurso de casación.

1º Incide de nuevo, sin decirlo directamente, en problemas relacionados con la interpretación del convenio, que como ya se ha dicho, no pueden ser objeto del recurso de casación, salvo en los supuestos en que se ha admitido por la jurisprudencia, tal como se ha dicho en el FJ segundo.

2º Al presentar una interpretación distinta de la que ha efectuado la Audiencia Provincial, incurre en el defecto consistente en hacer supuesto de la cuestión, porque pretende imponer de nuevo su forma de interpretar el convenio regulador frente a la efectuada por la sentencia, pretendiendo convertir la casación en una tercera instancia.

3º Pero además, debe recordarse a los recurrentes que la cláusula que se ha transcrito en el FJ 1º de esta sentencia, obligaba a ambos cónyuges, propietarios por su sociedad de gananciales, a poner a la venta el piso. Ninguno de ellos lo hizo, por lo que dicho convenio resultó incumplido. Dejando ahora aparte si los demandados hubieran o no podido reconvenir pidiendo el exacto cumplimiento al ser herederos de una de las partes, cuestión que no se ha planteado en el presente litigio, hay que recordar que al no haberse llevado a cabo la venta proyectada, ninguno de los cónyuges obtuvo su correspondiente mitad. Por ello el inmueble pertenecía a la sociedad de gananciales y forma parte ahora de una comunidad postconyugal, por lo que debe dividirse para, como dice la sentencia recurrida, proceder a la liquidación de la comunidad, de acuerdo con las reglas de los gananciales.

**CUARTO. Motivo tercero .** Infracción del Art. 97 CC . La finalidad de la adjudicación a la esposa de la totalidad del precio de la venta del inmueble era tratar de compensar el desequilibrio que producía la separación. Se pactaba una prestación única en forma de adjudicación del precio de la venta. La sentencia obvia los hechos probados y los herederos recurrentes desean dar cumplimiento al convenio regulador para llevar a cabo los actos liquidatorios de la sociedad postmatrimonial que permitan de manera simultánea la adjudicación material de la herencia de su madre que no han podido llevar a cabo por el comportamiento tendencioso de su padre.

*El motivo se desestima .*

El motivo incluye de nuevo en petición de principio, que se traduce en hacer supuesto de la cuestión. Nunca se ha probado la concurrencia de desequilibrio generador de pensión compensatoria, ni tampoco se ha pedido por parte de la esposa, hipotética acreedora, una modificación de medidas que le permitiera demostrar el desequilibrio.

**QUINTO.** La desestimación de todos los motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Carlos Francisco , D. Amadeo , Dª Candida y Dª Elisabeth , contra la SAP de Madrid, sección 18, de 18 marzo 2009 , determina la de su recurso de casación.

Procede imponer a la parte recurrente las costas de este recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 394 LEC , aplicable por remisión del art. 398.1 LEC .

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

## FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Carlos Francisco , D. Amadeo , Dª Candida y Dª Elisabeth , contra la SAP de Madrid, sección 18, de 18 marzo 2009 , en autos 98/2009.

2º No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3º Se imponen a la parte recurrente las costas de su recurso de casación

Líbrese a la mencionada Audiencia la 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 .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sancho Gargallo.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, 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.