

Roj: **STS 5774/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5774**Id Cendoj: **28079110012014100746**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/11/2014**Nº de Recurso: **2749/2012**Nº de Resolución: **587/2014**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 8881/2012,**  
**STS 5774/2014**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 327/2012 por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1664/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Móstoles (Madrid), cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora Dª Fuencisla Almudena Gozalo Sanmillán en nombre y representación de Dª Felicidad y D. Ismael, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dª Fuencisla Gozalo Sanmillán en calidad de recurrente y el procurador D. José Antonio Sandín Fernández en nombre y representación de Dª Noemi en calidad de recurrido.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- El procurador don Raúl Martín Beltrán, en nombre y representación de Dª María Luisa, D. Ismael y doña Felicidad interpuso demanda de juicio ordinario, contra doña Noemi y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "...en la que se declare la extinción del condominio existente entre las partes como titulares del fondo de inversión denominado "Santander Dinero Fondteso", suscrito en el banco Santander Central Hispano, sucursal 0223 de Jaraiz de la Vera (Cáceres) con Código Cuenta Valores número NUM000, se declare su divisibilidad y en consecuencia se ordene las siguientes adjudicaciones con cargo a este Fondo de Inversión: **A Dª María Luisa** le corresponde el 50% de la cantidad total que resulte de la venta de las participaciones por su valor liquidativo, en pago de su mitad de **gananciales**; más el 17% de la otra mitad, en pago de su derecho hereditario de usufructo universal y vitalicio; a **Dª Felicidad**, le corresponde la cantidad que resulte de 1/18 parte indivisa en nuda propiedad -de acuerdo con la disposición testamentaria de legítima estricta- de la venta de las participaciones por su valor liquidativo y a **D. Ismael y Dª Noemi**, una cantidad que se corresponde con 4/18 partes indivisas -para cada uno de ellos- en nuda propiedad; todo ello con expresa imposición de las costas a la demandada."

**SEGUNDO** .- La procuradora Dª Ángela Vegas Ballesteros, en nombre y representación de Dª Noemi, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que "...Sentencia por la cual se lleve a cabo la acción de división del Fondo no NUM001 SANTANDER DINERO FONDTESO, suscrito en el Banco Santander Central Hispano, Sucursal 0223 de Jaraiz de la Vera, reintegrando a sus tres titulares Dª. María Luisa, D. Ismael y Doña Noemi, el dinero existente en el Fondo al tiempo del reintegro por partes iguales entre los tres titulares que figuran en el Título expedido con fecha 27 de Febrero de 2003.

Con imposición de costas a la parte demandante".



En el mismo escrito, formula Reconvencción alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: "... se estime la reconvencción y por la que se condene a los demandantes, ahora demandados reconvenidos a estar y pasar por la división de los inmuebles en proindiviso citados acordándose igualmente la realización por persona o entidad especializada en los términos del artículo 641 LEC".

El procurador don Raúl Martín Beltrán presentó escrito allanándose a la reconvencción planteada, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando: "...se dicte, sin más trámite, la oportuna sentencia estimando la reconvencción en todas sus partes, añadiendo expresamente el reconocimiento del usufructo vitalicio que existe sobre los inmuebles a favor de doña María Luisa, sin hacer expresa imposición de costas"

Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Móstoles, dictó sentencia con fecha 13 de enero de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "...Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la DEMANDA PRINCIPAL interpuesta por el/la Procurador/a D./D<sup>a</sup> Raul Martín Beltrán en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Luisa, D. Ismael Y D<sup>a</sup> Felicidad, en los presentes autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado contra D<sup>a</sup> Noemi, se DECLARA la extinción del condominio existente entre los litigantes sobre el Fondo de Inversión "SANTANDER DINERO FONDTESO" con n° de contrato NUM002, de la entidad Banco Santander Central Hispano, Código Cuenta de Valores n° NUM003, posteriormente traspasado a "FONDO DE INVERSIÓN SANTANDER TESORERÍA, FI" número NUM004, absorbido, por último, por el "FONDO DE INVERSIÓN SANTANDER RENDIMIENTO FI" n° NUM005, declarando la divisibilidad del mismo y su adjudicación en la forma expuesta en el Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución, esto es: a D<sup>a</sup>. María Luisa le corresponde el 50% de la cantidad total que resulte de la venta de las participaciones por su valor liquidativo, en pago de su mitad de **gananciales**; y, en cuanto al 50% restante, que conformaría el caudal hereditario de D. Leoncio, se adjudica:

- 1.- a la viuda D<sup>a</sup>. María Luisa, un 17% de la mitad del fondo que constituye caudal hereditario de D. Leoncio, en pago de su derecho hereditario de usufructo universal y vitalicio;
- 2.- a los hijos D. Ismael y D<sup>a</sup> Noemi, un 36,89 % de la mitad del Fondo que constituye caudal hereditario de D. Leoncio para cada uno de ellos;
- 3.- a la hija doña Felicidad, un 9,22 % de la mitad del Fondo que constituye caudal hereditario de D. Leoncio.

Se imponen a la demandada las costas dimanantes de la demanda principal

Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la DEMANDA RECONVENCIONAL interpuesta por el/la Procurador/a D./D<sup>a</sup>. Angela Vegas Ballesteros, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Noemi, contra D<sup>a</sup>. María Luisa, D. Ismael Y D<sup>a</sup> Felicidad, se acuerda la división de los siguientes inmuebles: 1.- Vivienda en planta NUM006 de pisos señalada con la letra " NUM007", ubicada en CALLE000 de Madrid, inscrita en el registro de la propiedad de Madrid número 25 (antes número cuatro), al tomo NUM008, libros NUM009 de la sección segunda, folio NUM010, finca número NUM011; y 2.- Casa destinada vivienda en la CALLE001, número NUM012, de Jaraíz de la Vera (Cáceres), inscrita en el registro de la propiedad de Jarandilla, al tomo NUM013, libro NUM014 del ayuntamiento de Jaraíz de la Vera, folio NUM015, finca número NUM016; y su realización por persona o entidad especializada en los términos del artículo 641 LEC.

Y todo ello sin expresa condena en las costas procesales dimanantes de la demanda reconvenccional."

**TERCERO**.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Ángela Vegas Ballesteros, la Sección 10<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 26 de junio de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "...La Sala, estimando el recurso de apelación, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Ángela Vegas Ballesteros, en representación de D<sup>a</sup> Noemi, contra la sentencia dictada en fecha 13 de enero de 2012 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n° 6 de Móstoles, en autos de juicio ordinario n° 1644,2010; acuerda revocar dicha resolución en los siguientes términos:

1.- Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. Raúl Martín Beltrán, en representación de D<sup>a</sup> María Luisa, D. Ismael y D<sup>a</sup> Felicidad, como actores, contra D<sup>a</sup> Noemi, como demandada; se declara la extinción del condominio titulares del fondo de Fondteso", suscrito en existente entre las partes como "Santander Dinero Central Hispano, sucursal 0223 de Jaraíz de la Vera (Cáceres) con código de cuenta valores número NUM000, declarando su divisibilidad, correspondiendo un cuarto del mismo a cada uno de sus titulares, que son: D<sup>a</sup> María Luisa, D<sup>a</sup> Felicidad, D. Ismael y D<sup>a</sup> Noemi.

2.- No efectuando pronunciamiento con respecto a las costas procesales originadas por la demanda.

3.- Se mantienen los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia en lo referente a la demandar reconvenccional, salvo en lo relativo a las costas procesales.

4.-Se imponen a la demandada reconvenional las costas procesales causadas por la reconvenición.

No cabe pronunciarse sobre las costas generadas en esta instancia".

**CUARTO** - 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de D<sup>a</sup> Felicidad y don Ismael , argumentando **el recurso extraordinario por infracción procesal** , con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Artículo 469.1.2. LEC por infracción del artículo 218 LEC .

Segundo.- Artículo 469.1.2 LEC por infracción del artículo 218 LEC .

Tercero.- Artículo 469.1.4 LEC por infracción del artículo 316 LEC .

Cuarto.- Artículo 469.1.2 LEC por infracción del artículo 216 LEC .

**El recurso de casación** lo argumentó con arreglo a los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Artículo 477.1 LEC por infracción del artículo 393 CC .

Segundo.- Artículo 477.1 LEC , por infracción del artículo 1079 CC .

**QUINTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 8 de octubre de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO** .- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador D. José Antonio Sandín Fernández, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Noemi presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de octubre del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- 1. El presente recurso se inició por demanda de juicio ordinario presentada por D<sup>a</sup> María Luisa , D<sup>a</sup> Felicidad y D. Ismael contra D<sup>a</sup> Noemi . Ejercitaban acción de división de cosa común. En concreto solicitaban se dividiera un fondo de inversión en el que aparecían como titulares D. Ismael y D<sup>a</sup> Noemi y D. María Luisa . Argumentaban que el dinero del fondo de inversión procedía de los bienes de la sociedad de **gananciales** del matrimonio formado por D<sup>a</sup> María Luisa y D. Leoncio , quien había fallecido años antes. Por ello pedían que en la división de la cosa común la mitad del dinero existente en el fondo de inversión correspondía a D<sup>a</sup> María Luisa , a lo que se debía añadir el 17% en concepto de usufructo vitalicio, y la cantidad restante debía atribuirse a cada uno de los tres hijos restantes en función de cómo había distribuido el fallecido la herencia entre sus hijos.

La parte demandada se opuso alegando que el citado fondo de inversión debía dividirse en partes iguales entre los titulares del mismo, pues debe entenderse que no cabe su consideración de bien **ganancial**, ni su distribución como cuota hereditaria, al quedar impedidas estas vías con la realización de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de 14 de abril de 2009, que no lo contempló expresamente. Además interpuso demanda reconvenional solicitando la realización de los bienes de la herencia, que aun son de titularidad pro indivisa, por persona o entidad especializada en los términos del artículo 641 LEC . Al respecto, por la demandada reconvenional se formula allanamiento a dicha pretensión, si bien interesando que se reconozca el usufructo vitalicio existente sobre dichos bienes a favor de la viuda del causante, D<sup>a</sup> María Luisa . Por la demandante reconvenional se afirmó que dicha pretensión no era objeto de la presente litis, debiéndose aplicar a la regulación pertinente del Código Civil a dicho aspecto, pero sin obstaculizar la pretensión por ella solicitada.

2. De la prueba documental obrante en autos cabe destacar los siguientes hechos:

-D. Leoncio falleció en fecha 2 marzo 2004, habiendo otorgado testamento en cuya virtud legó a su esposa, a su elección, el usufructo universal de todos sus bienes o el usufructo del tercio de mejora, más el tercio de libre disposición en pleno dominio. A su hija doña Felicidad le legó la legítima estricta y a los otros dos hijos, don Ismael y doña Noemi , les instituyó como herederos por partes iguales.

-Los hoy litigantes otorgaron escritura de liquidación de sociedad de **gananciales**, aceptación y adjudicación de herencia en fecha 14 abril 2005 (documento cinco de la demanda). En la citada escritura se hace constar que los bienes dejados al fallecimiento del causante, de carácter **ganancial** , eran 1.-Vivienda en planta NUM006

de pisos señalada con la letra " NUM007 ", ubicada en CALLE000 de Madrid, inscrita en el registro de la propiedad de Madrid número 25 (antes número cuatro), al tomo NUM008 , libros NUM009 de la sección segunda, folio NUM010 , finca número NUM011 ; y 2.- Casa destinada vivienda en la CALLE001 , número NUM012 , de Jaraíz de la Vera (Cáceres), inscrita en el registro de la propiedad de Jarandilla, al tomo NUM013 , libro NUM014 del ayuntamiento de Jaraíz de la Vera, folio NUM015 , finca número NUM016 ; y 3.- Diversos saldos en la sucursal 1737 de Cajamadrid, por un saldo total de 4998,76 €. Total inventariado: 207.948,76 euros, de manera que a cada esposo correspondían 103.974,38 euros. La esposa optó por el usufructo universal y vitalicio de los bienes que integraban la herencia de su difunto esposo y se llevaron a cabo las siguientes adjudicaciones: 1.- A la viuda la mitad de sus **gananciales**, por importe de 103.974,38 euros y en "pago de sus derechos hereditarios por la cantidad de 17.675,64 euros, se adjudica: 9/18 partes indivisas en pleno dominio y el usufructo universal y vitalicio de 9/18 partes indivisas de cada uno de los bienes descritos en el inventario", quedando pagada por dichas cantidades de sus derechos; 2.- a los hijos don Ismael y doña Noemi , en pago de sus derechos hereditarios, 4/18 partes indivisas en nuda propiedad de cada uno de los bienes descritos en el inventario, por valor de 38.355 euros, a cada uno de ellos, quedando pagados por dicha cantidad de sus derechos; y 3.- a la hija doña Felicidad , en pago de sus derechos hereditarios 1/18 parte indivisa en nuda propiedad de cada uno de los bienes descritos en el inventario, por valor de 9.588,74 euros, quedando pagada por dicha cantidad de sus derechos.

*En la cláusula tercera de la precitada escritura de aceptación y adjudicación de herencia se establecía que: "si aparecieran otros bienes y créditos pertenecientes a este caudal, hoy desconocidos, serán adjudicados a sus herederos en la misma forma y proporción que los inventariados. Lo mismo se hará con cualquier deuda, carga o responsabilidad que resulte contra él del que no se ha hecho mérito por desconocer su existencia" .*

- De la documentación aportada por la parte demandante en el acto de la audiencia previa se colige que D. Leoncio vendió la licencia de taxi de la que era titular en fecha 26 octubre 1991 y la vivienda sita en CALLE000 NUM017 , NUM018 , de Madrid en fecha 25 junio 1996.

- D. Leoncio sufrió un deterioro cognitivo de perfil degenerativo por el que fue valorado en la consulta de neurología del hospital clínico San Carlos, unidad de memoria, en 1997 por primera vez, si bien presentaba un cuadro de dos años de evolución.

- Con fecha 3 noviembre 1998 se realizaron por parte de D. Leoncio , dos ingresos en el Banco Español de Crédito, sucursal de Jaraíz de la Vera, cuenta NUM019 , por importe de 36.328.500 pts y 2.944.636 pts dicha cuenta aparecen a nombre de D. Leoncio , su esposa D<sup>a</sup> María Luisa y "otros". El día 25 junio 2001 se traspasó todo el saldo de dicha cuenta de la entidad Banco Español de Crédito al BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, número de cuenta NUM020 , figurando como titulares de dicha cuenta los esposos D<sup>a</sup> María Luisa y D. Leoncio y "otros" (todo ello según el documento tres de la demanda).

- Con fecha 27 febrero 2003 se suscribió el Fondo de Inversión "Santander Dinero Fondteso" con n° de contrato NUM002 , con la entidad Banco Santander Central Hispano, sucursal n° 0223 de Jaraíz de la Vera, Código Cuenta de Valores n° NUM003 . Del doc. 1 de la demanda se desprende que los titulares de dicho fondo y firmantes de la "orden de valores" eran D<sup>a</sup> María Luisa , D. Ismael y D<sup>a</sup> Noemi . Así lo certifica el Banco Santander en fecha 9 enero 2012, a petición de este Juzgado.

-Con fecha 18 octubre 2003 se suscribe nueva "orden de valores", en orden a efectuar traspaso de las participaciones del precitado Fondo "Santander Dinero Fondteso" a un nuevo Fondo de Inversión "SANTANDER TESORERÍA, FI". En la nueva "orden de valores" aparecen como titulares D<sup>a</sup> María Luisa , D. Ismael , D<sup>a</sup> Noemi y D<sup>a</sup> Felicidad . Sin embargo, sólo aparecen las firmas de doña María Luisa y don Ismael (doc. 1 de los aportados por el demandante en el acto de la audiencia previa, folio tercero)

- El traspaso se hace efectivo en fecha 22 octubre 2003 y en el documento de "solicitud de traspaso entre instituciones de inversión colectiva" que data de esa fecha aparecen como titulares D<sup>a</sup> María Luisa , D. Ismael , D<sup>a</sup> Noemi Y D<sup>a</sup> Felicidad (doc. 1 de los aportados por el demandante en el acto de la audiencia previa, folio cuarto, anexo 3 de los aportados por el Banco Santander con su certificación de fecha 9 de enero de 2012, en la que así lo expresa)

-Con fecha 6 de julio de 2009 el "FONDO DE INVERSIÓN SANTANDER TESORERÍA, FI" es absorbido por el "FONDO DE INVERSIÓN SANTANDER RENDIMIENTO FI" (certificación de fecha 9 de enero de 2012 y documentos adjuntos a la misma )

-La entidad SANTANDER ASSET MANAGEMENT S.A. S.G.I.I.C. ha certificado con fecha 16 septiembre 2010 que los titulares del "FONDO DE INVERSIÓN SANTANDER TESORERÍA, FI" número NUM004 , con un total de 141,50554 participaciones, un valor liquidativo de 1569,50423 € y un valor efectivo de 222.093,54 €, son D<sup>a</sup> María Luisa , D. Ismael , D<sup>a</sup> Noemi Y D<sup>a</sup> Felicidad ( doc. 1 folio 2 de la demanda, doc. 1 de los aportados por



el demandante en el acto de la audiencia previa, folio ocho) y con fecha 20 diciembre 2010 certificó que los titulares del FONDO DE INVERSIÓN SANTANDER RENDIMIENTO FI" n° NUM005 , con un total de 2959,424590 participaciones, un valor liquidativo de 82,08366 ? y un valor efectivo de 242.920,40 ? son los mismos. En la certificación de fecha 9 enero 2012 consta que el valor liquidativo asciende a 246.370,26 ? y las participaciones a 2959,42459.

**3.** En relación a la prueba de interrogatorio la demandada manifiesta que su madre decidió hacer el fondo y le trajo los papeles para que los firmara, que ella no se ocupó de nada, que fue su hermano quien se encargó de los trámites. Afirma que sólo firmó el documento de constitución del Fondo. Reconoce como cierto que su padre trabajó 15 años en Alemania, que vendió una vivienda de la que eran propietarios por 11 millones, estando ella presente en Notaria y también que vendió la licencia taxi. El dinero que su padre había ido ahorrando y el que obtuvo con estas ventas lo tenía en fondos y productos similares, no habiendo hecho ninguna compra importante. Cuando hicieron la escritura de aceptación de herencia no realizó ninguna comprobación de si había otros bienes distintos de los que constaban en la escritura, confió en su madre. *Preguntada qué dinero se constituyó el Fondo litigioso, afirma que ella no puso dinero de su propiedad para constituir el citado fondo, y que se constituyó con los ahorros de su padre y lo obtenido de las ventas por las que había hecho referencia. A preguntas de esta Magistrado manifiesta que "se suponía que era de los bienes gananciales de sus padres".*

El testigo D. Bienvenido , Director de la sucursal de Jaraíz de la Vera, manifiesta que se trata de un fondo de titularidad conjunta, lo que significa que tiene que firmar los cuatro titulares para cualquier operación que se quiera hacer con él. Afirma que el Fondo tienen 4 titulares y que para liquidar el Fondo es necesaria la firma de los cuatro titulares. No se puede hacer un traspaso de un fondo a otro añadiendo un titular que no aparecía en el fondo inicial y tampoco se puede añadir un titular al Fondo de Inversión sin que los otros titulares lo sepan. En principio nadie puede ser titular del Fondo si no ha firmado la suscripción. Preguntado por el doc. 1 de los aportados con la demanda (que se compone de la "orden de valores" y de un "certificado de titularidad") manifiesta que en la orden de valores y en el certificado deberían aparecer los mismos titulares, si bien es posible que por falta de espacio en la orden no se incluyera el cuarto titular, D<sup>a</sup> Felicidad , que sí aparece en el certificado. En cuanto al documento remitido por la entidad bancaria bajo la numeración "anexo 2", consistente en "orden de valores" de 18 de octubre de 2003, en el que aparecen los cuatro titulares, manifiesta que en él hay dos firmas y dos cruces, debería haber cuatro firmas, y lo lógico es que la cruz signifique que debían firmar los dos titulares cuyas firmas no aparecen estampadas en él, siendo posible que dichas firmas se recogieran en hoja aparte porque no estuvieran los firmantes en ese momento en la oficina. Por último y en cuanto al documento aportado por la entidad bancaria como "Anexo 3" explica que es el formato impreso de la orden de valores anterior, la firma se recoge en la orden de valores anterior, que es un traspaso, y el anexo 3 es el formato impreso de la propia entidad.

**4.** La Sentencia de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y acordó la división del fondo de inversión en los términos solicitados por los demandantes, imponiendo las costas a la parte demandada y estimó igualmente la demanda reconvenzional, en este caso sin imposición de costas.

La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación formalizado por la demandada. Consideró que la acción ejercitada era una acción de división de cosa común y que por tanto la distribución del dinero existente entre los cuatro litigantes por partes iguales. Indicaba que "Sin perjuicio de que en ocasiones los productos bancarios se hayan surtido de dinero procedente de aportaciones de otras personas que no aparecen como titulares de los mismos, pudiendo alterarse dicha titularidad mediante declaración judicial correspondiente, tras la valoración de los medios probatorios necesarios y adecuados, no podemos obviar que en este caso, no se ha interesado pronunciamiento alguno con respecto a la alteración de los titulares del fondo, no pudiendo la sentencia abordar dicha cuestión, puesto que incurriría en incongruencia". Igualmente, en su Fundamento de Derecho Tercero impuso las costas de la demanda reconvenzional a la parte actora- reconvenida. Se suscribe un voto particular por uno de los Magistrados discrepante del voto de la mayoría en relación al fallo y a la argumentación que lo sustenta.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

##### **Congruencia y causa de pedir.**

##### **Principio de iura novit curia.**

**SEGUNDO .- 1.** La parte actora interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en cuatro motivos.

*En el motivo primero denuncia la vulneración del artículo 218 LEC . Alega que la sentencia ha dividido el caudal entre los cuatro litigantes por partes iguales cuando tal petición no fue hecha ni por la parte actora (que solicitaba la liquidación de la sociedad de gananciales y la distribución del resto conforme al testamento del*



otro real titular del dinero empleado), ni por la demandada que solicitaba la distribución del caudal entre los únicos tres litigantes que aparecen como cotitulares del fondo.

*En el motivo segundo*, vulneración del artículo 218 LEC. Considera el recurrente que se ha vulnerado el principio *iura novit curia*, pues aún no formulándose expresamente la acción de adición de herencia en la demanda, la Audiencia Provincial debió haber resuelto la cuestión con aplicación de la norma jurídica precisa para el caso controvertido, ya que se respetaba plenamente la causa de pedir.

*En el motivo tercero*, se denuncia la infracción del artículo 316 LEC Y 24 CE. De los documentos aportados se desprende con toda claridad que la procedencia del dinero con el que se constituyó el fondo de inversión procedía de la sociedad de **gananciales** de D. María Luisa y D. Leoncio, padres del resto de los litigantes.

*En el motivo cuarto*, se denuncia la vulneración del artículo 216 LEC. La sentencia ha condenado al pago de las costas procesales de la demanda reconventional cuando tal petición no fue realizada por ninguna de las partes en sus escritos de apelación.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

**2.** Dada la correlación de los motivos planteados en orden a combatir los requisitos internos de la sentencia recurrida, se proceda a su examen conjunto conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada por esta Sala al respecto.

**3.** En relación al presupuesto de congruencia debe señalarse, tal y como se expone en *la STS de 18 mayo 2012 (núm. 294, 2012)*, que constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (STS de 14 de abril de 2011, ROJ 2898, 2011), la confrontación entre su parte dispositiva -dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la -causa de pedir-, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -petitum- o pretensión solicitada, (ST de 13 de junio de 2005). De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (SSTS de 30 de marzo de 1988, y 20 de diciembre de 1989). En parecidos términos, cabe señalar que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se de la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte. (STS de 4 de octubre de 1993). En esta línea, y en términos generales, también hay que señalar que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales (SSTS de 10 de diciembre de 2004 y 5 de febrero de 2009). Con lo que la incongruencia extra petita (fuera de lo pedido), en relación con el principio de *iura novit curia*, se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones (SSTS de 6 de octubre de 1988 y 1 de octubre de 2010).

**4.** En esta línea, la STS de 18 de junio de 2012 (núm. 361/2012), ha dejado sentado que la *causa petendi* no se encuentra integrada exclusivamente por hechos en abstracto al margen de su consideración jurídica, sino que por "*causa de pedir debía entenderse el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS 19-6-00 en rec. 3651/96 y 24-7-00 en rec. 2721/95), los hechos constitutivos con relevancia jurídica que constituyen condiciones específicas de la acción ejercitada (STS 16-11-00 en rec. 3375/95), o bien los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal (SSTS 20-12-02 en rec. 1727/97 y 16-5-08 en rec. 1088/01)*". Por tanto, la causa de pedir tiene un componente jurídico que la conforma y sirve de límite a la facultad del juez de aplicar a los hechos el derecho que considere más procedente, esto es, limita el *iura novit curia*. Este límite tiene fiel reflejo en el artículo 218 LEC, al disponer que el tribunal ha de resolver conforme a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.

Sin embargo, la distinción entre el componente jurídico de la causa de pedir y la posibilidad de aplicar las normas jurídicas por el juez -*iura novit curia*- no es siempre clara, o mejor, no siempre presenta unos contornos precisos. Por esta razón, nuestra actual jurisprudencia admite la posibilidad de un cambio en la calificación jurídica de los hechos en los supuestos de error o imprecisión de la parte, si bien este cambio debe extraerse de los propios hechos alegados y conformados, en cuanto han podido ser objeto de discusión sin alterar

los términos del debate siempre que no haya podido causar indefensión a cualquiera de los litigantes ( STS 550/2008, de 18 de junio ).

Respecto a la relevancia constitucional del vicio de incongruencia hay que señalar que se produce, por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió, la controversia procesal (STC 18 de octubre ,de 2004 RTC 2004, 174). En esta línea, el Tribunal Constitucional ha reiterado que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional. Quedando excluida de la protección del artículo 24 CE . la indefensión debida a la pasividad desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan ( STS de 29 de noviembre de 2010 ).

#### **Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado.**

5. Las perspectivas de análisis expuestas, llevadas al supuesto de enjuiciamiento, exige realizar las siguientes precisiones que conducen a la estimación de los motivos planteados. En efecto, pese a que la sentencia recurrida, precisamente para no incurrir en incongruencia extra-petita, considera que no puede entrar en la valoración de los titulares reales del fondo de inversión, pues no se ha interesado pronunciamiento expreso respecto de la modificación de la titularidad meramente formal o bancaria, no obstante, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, no debió obviarse que los hechos alegados y conformados, pese a la imprecisión de la parte actora, incluían tanto la naturaleza **ganancial** del fondo, su transmisión mortis causa por el cauce testamentario (escritura de aceptación y adjudicación de herencia) así como su correspondiente adición al caudal relicto; hechos, que siendo objeto principal de discusión, no alteraron los términos del debate, ni causaron indefensión alguna a las partes, de suerte que debió procederse al ajuste de la calificación jurídica de los mismos y a su correspondiente enjuiciamiento, todo ello conforme al principio de iura novit curia, (motivos primero, segundo y tercero del recurso).

*El motivo cuarto* , y último del recurso interpuesto, debe correr la misma suerte en orden a su estimación, no solo por el carácter "ex novo" de la pretensión en el recurso de apelación, dado que la demandada reconviniente no interesó la condena en costas en la reconvenición planteada, tal y como alega la parte recurrente, sino también, en la línea del voto particular suscrito, hay que señalar que el reconocimiento explícito del usufructo vitalicio sobre los inmuebles de hereditarios, cuestión que no fue objeto del pleito, no constituyó condición alguna respecto del alcance del allanamiento realizado, del mismo modo que su no inclusión en la resolución de la Primera Instancia; todo ello, además, de no haberse probado la mala fe de la parte reconvenida en una pretensión sin transcendencia respecto de lo decidido.

#### **Recurso de casación.**

**Acción de división de fondo de inversión. Determinación real de su titularidad y distribución. Carácter ganancial del mismo y ordenación testamentaria. Principio de conservación de los actos y negocios jurídicos; su proyección en el Derecho de sucesiones: "Favor testamenti y favor partitionis". Doctrina jurisprudencial aplicable.**

**TERCERO** .- 1. La estimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal determina, conforme a la regla 7ª de la Disposición Final 16ª LEC , que se deba dictar nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación.

2. A estos efectos, la parte actora, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , formaliza recurso de casación que articula en dos motivos. *En el motivo primero* , considera vulnerado el artículo 393 CC y la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 5 de julio de 1999 , 7 de febrero de 2003 y 14 de marzo de 2003 , respecto a que la mera titularidad de los fondos en las cuentas corrientes bancarias no supone sin más la cotitularidad, que viene precisada por las relaciones internas entre los titulares bancarios y más concretamente por la pertenencia de los fondos. Valora la recurrente que ya que es un hecho indiscutido que el dinero del fondo de inversión procedía de la sociedad de **gananciales** de Dª. María Luisa y D. Leoncio , la división del caudal debe realizarse conforme se solicitó en el escrito de demanda y se acordó por el juez de Primera Instancia.

*En el motivo segundo* , considera vulnerado el artículo 1709 CC y la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias de 4 de noviembre de 2008 y 7 de noviembre de 2006 en relación al principio de favor partitionis o conservación de la partición hereditaria. Considera el recurrente en que siendo el origen del dinero con el que se configuró el fondo **ganancial**, tras liquidarse la sociedad corresponde la mitad del caudal a la viuda y el resto del dinero debe distribuirse conforme a la voluntad del causante.



En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

3. En relación a los motivos planteados, conforme a la sentencia de Primera Instancia, y en la línea del voto particular suscrito, debe señalarse que, en relación a las cuentas, depósitos o fondos de inversión, la doctrina jurisprudencial de esta Sala no da un valor determinante o concluyente, por sí sola, a la titularidad bancaria de los mismos ya respecto de la condición de propietarios de los partícipes, o bien, respecto del reparto o de su distribución igualitaria, pues en ambos casos habría que estar al título material que causaliza dicha adquisición o atribución patrimonial. En el presente caso, no cabe duda, conforme a la prueba practicada y al propio reconocimiento de la demandada, acerca de la naturaleza **ganancial** del meritado fondo y de su transmisión mortis-causa por la que, realizándose previamente la correspondiente liquidación de la sociedad legal de **gananciales**, la distribución del mismo deberá responder, en el presente caso, a los criterios distributivos contemplados en el testamento del causante; tal y como expresamente contempla la cláusula tercera de la citada escritura de aceptación y adjudicación de la herencia respecto a cualesquiera otros bienes o créditos pertenecientes al caudal hereditario.

Dicha consideración, por lo demás (motivo segundo del recurso), viene reforzada por la aplicación del criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus) que la doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre otras, SSTS 15 de enero de 2013 (núm. 827/2012 ) y 30 de junio de 2014 (núm. 333/2014 ), ya aplica, no solo como canon hermeneúutico, sino como principio informador de nuestro sistema patrimonial comportando, entre otros aspectos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del acto o contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitándose el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica.

Valoración que resulta extensible a la proyección de dicho principio en el Derecho de sucesiones, particularmente referido al "favor testamenti" y al "favor partitionis", como ámbitos conexos a la voluntad testamentaria (675 del Código Civil), SSTS de 30 de octubre de 2012 (núm. 624/2012 ) y de 4 de enero de 2013 (núm. 785/2012 ). Todo ello conforme a la interpretación sistemática, entre otros, de los artículos 764 , 814 y 1080 del Código Civil .

**CUARTO** .- Estimación de los recursos y costas.

1. La estimación de los motivos planteados comporta la estimación íntegra de los recursos interpuestos.
2. Por aplicación del artículo 398.2 LEC no procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal.
3. Por aplicación del artículo 398.1 en relación con el artículo 394 LEC , procede hacer expresa imposición de costas de apelación a la parte demandada apelante.

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

## FALLAMOS

1. Haber lugar al recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Felicidad y D. Ismael contra la sentencia dictada, con fecha de 26 de junio de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10<sup>a</sup>, en el rollo de apelación nº 327/2012 , que casamos y anulamos en su integridad, confirmando en su lugar los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, nº 6 de Móstoles, de 13 de enero de 2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1664/2010.
2. No haber lugar a hacer expresa imposición de costas del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos.
3. Haber lugar a hacer expresa imposición de costas de la apelación a la parte demandada apelante, aquí recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Francisco Javier Orduña Moreno, Sebastian Sastre Papiol. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , 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.