

Roj: **STS 211/2008 - ECLI:ES:TS:2008:211**Id Cendoj: **28079110012008100040**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/01/2008**Nº de Recurso: **5634/2000**Nº de Resolución: **15/2008**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STS 211/2008,**
SAP V 6226/2000

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Enero de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena en el rollo de apelación nº 1070/99, como consecuencia de autos juicio de menor cuantía, nº 297/98 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número tres de Liria, sobre declaración de gananciales, cuyo recurso fue interpuesto por Don Alexander representado por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Ogando Cañizares, habiéndose personado posteriormente D. Carmelo Olmos Gomez, en el que es recurrido Doña Angelina, representada por el Procurador de los tribunales Don Ignacio Aguilar Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número tres de Liria, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de Doña Angelina contra Don Alexander, sobre declaración de gananciales.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, "se dicte sentencia que estimándola íntegramente acuerde: A) Declarar la nulidad del apartado a) y de la mención "por mutuo acuerdo" del último párrafo del apartado d) de la cláusula séptima del convenio regulador inicialmente ratificado por la demandante y el demandado en autos de Separación nº 107/93 del Juzgado Tres de Liria o, subsidiariamente, se declare su vigencia durante los diez años siguientes a la fecha de la sentencia de separación. B) Declarar la ganancialidad y consiguiente liquidabilidad de las siete viviendas y dos vehículos recogidos en el convenio regulador así como la del ajuar doméstico, saldos bancarios, plaza de garaje e hipoteca no recogidos en el mismo, todos ellos relacionados en el hecho cuarto de esta demanda, entre los que se incluyen las tres viviendas en Madrid, o subsidiariamente y sólo respecto de las tres viviendas en Madrid, procede se declaren liquidables pasados diez años desde la fecha de la sentencia de separación. C) Condenar al demandado, tanto en caso de que se le entiendan ya adjudicados el chalet de Náquera u los dos automóviles Ford Fiesta y Ford Sierra, como en el caso subsidiario de que se le adjudiquen posteriormente, a abonar a la actora: -el importe actualizado, a determinar en sentencia, del valor que tenía el automóvil Ford Fiesta matrícula H-....-OH en la fecha de la sentencia de separación, más los intereses correspondientes desde la fecha de la sentencia de separación. -el importe actualizado, a determinar en la sentencia, del valor que del inventariado chalet en Náquera, Urbanización El Paraíso -Fuente del Oro parcelas 9 y 10, disminuyendo del mismo los 7.000.000 pesetas percibidos a cuenta, más los intereses correspondientes desde la fecha de la sentencia de separación. Con imposición de costas al demandado".



Admitida a trámite la demanda el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: "dictar sentencia desestimatoria de la demanda y absolviendo de la misma a mi representado; con expresa imposición al demandante de todas las costas causadas, por su evidente temeridad y mala fe".

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 31 de julio de 1999 , cuya parte dispositiva es como sigue: "Que debo desestimar íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Don Francisco José Bañuls Ribas en nombre y representación de Doña Angelina contra Don Alexander absolviendo al demandado de los pedimentos efectuados en la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena, dictó sentencia con fecha 13 de octubre de 2000 , cuyo fallo es como sigue: "Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia-3 de Liria en autos 297/98 revocamos dicha resolución y con estimación parcial de la demanda acordamos: A) La nulidad del apartado a) y de la mención "mutuo acuerdo" del último párrafo del apartado d) ambos de la cláusula séptima del convenio regulador suscrito por los litigantes y referente en autos. B) Declarar gananciales y por ende sometidos a liquidación, además de los bienes inmuebles y vehículos recogidos en el convenio Regulador, el mobiliario (ajuar) familiar y deuda hipotecaria (cinco millones de pesetas) incluidas en el inventario que los litigantes presentaron en los trámites de liquidación matrimonial en el proceso 107/93 del mismo juzgado, añadiéndose una plaza de garaje sita en Madrid C/ Federico Salmón-8 y metálico por 6.307.827 pesetas. Condenar al demandado a abonar a la actora 6.100.000 pesetas, suma que devengará el interés legal desde la fecha de la presente sentencia. C) Cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad con referencia a las causadas en la primera instancia, sin pronunciamiento en cuanto a las devengadas en la presente alzada".

TERCERO.- El Procurador Don Manuel Ogando Cañizares, en representación de Don Alexander , formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , considerando infringido el artículo 359 de la Ley Procesal Civil , por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, por incongruencia ultra petita al contener la sentencia un pronunciamiento sobre materia no debatida en el proceso.

Segundo.- Al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , considerando infringido el artículo 359 de la Ley Procesal Civil , por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, por falta de motivación de la sentencia respecto de la declaración de nulidad en su totalidad del apartado a) de la cláusula séptima , así como de la mención "mutuo acuerdo" del último párrafo del apartado d) de la misma cláusula del convenio suscrito por Don Alexander y Doña Angelina .

Tercero.- Al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , considerando infringido el artículo 359 de la Ley Procesal Civil , por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, al contener la parte dispositiva de la sentencia pronunciamientos contradictorios entre sí, así como faltarle la debida claridad y precisión.

Cuarto.- Al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , considerando infringido el artículo 359 de la Ley Procesal Civil , por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, por incongruencia ultra petita al conceder la sentencia más de lo pedido por la parte actora.

Quinto.- Al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , considerando infringido el artículo 1.079 en relación con el artículo 1.410 del Código Civil, por inaplicación del primero de los preceptos citados, contraviniendo la sentencia lo dispuesto en dicha norma rescindiendo de hecho la liquidación practicada por los cónyuges en el convenio regulador.

Sexto.- Al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , considerando infringidos por inaplicación de los artículos 1.435-3º, 392 párrafo segundo, 401 párrafo primero, 1.091 y 7-1 , y por aplicación indebida el 400, párrafo segundo, todos ellos del Código civil, así como la jurisprudencia sobre el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, recogida, entre otras, en las sentencias de esta misma Sala de 29 de mayo de 1954; 3 de abril de 1959; 10 de junio de 1955; 13 de noviembre de 1956; 21 de marzo de 1975; 22 de junio de 1976; 12 de mayo de 1981; 22 de mayo de 1984; 23 de marzo de 1985; 21 de abril de 1988; 24 de octubre de 1988; 27 de julio de 1993; 24 de junio de 1996; 22 de enero 1997 y 10 de julio de 1997 , teniendo tal infracción como consecuencia la declaración de nulidad del apartado a) de la cláusula séptima del convenio suscrito por D. Alexander y D^a Angelina .

Séptimo.- Al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , considerando infringido infringidos por inaplicación de los artículos 156, 154-2, 392, 402 y 404 del Código civil , al declarar la



sentencia la nulidad de la mención "mutuo acuerdo" del último párrafo del apartado d) de la cláusula séptima del convenio regulador suscrito por Don Alexander y Doña Angelina .

Octavo.- Al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , considerando infringidos por aplicación indebida los artículos 618, 633 y 6-3º , y por inaplicación los artículos 621,639,1125, 1254, 1274 y 401, todos ellos del Código civil , al declarar la sentencia la nulidad del apartado a) de la cláusula séptima del convenio suscrito por Don Alexander y Doña Angelina .

Noveno.- Al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , considerando infringidos por inaplicación los artículos 1.249 y 434 del Código civil y por ende el 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no estar acreditado el hecho base del que parte la presunción del Tribunal para llegar a la declaración de ganancialidad, presuponiendo a la vez mala fe en una de las partes litigantes y en un tercero, teniendo todo ello reflejo en la parte dispositiva de la sentencia al incluir como ganancial un metálico de seis millones de pesetas.

Décimo.- Al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , considerando infringidos por inaplicación los artículos 847, 1.045 y 1.074 en relación con el 1.410 del Código civil al no efectuar la actualización de la entrega que por importe de siete millones de pesetas hizo Don Alexander a Doña Angelina en el mes de julio de 1993.

Undécimo.- Al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, según la cual y en relación con la congruencia de sentencia el fallo que desestima íntegramente las pretensiones de la demanda no puede tacharse de corto o falto.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, el Procurador Sr. Olmos Gómez en nombre de Doña Angelina , presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 9 de enero del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. **ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los hechos relevantes para el presente recurso de casación son los que se resumen a continuación:

1º Los cónyuges D^a Angelina y D. Alexander estaban casados en régimen de gananciales. El 22 septiembre 1993 se dictó sentencia de separación, homologándose el convenio otorgado .

2º Respecto a la liquidación del régimen de gananciales, se acordó en el convenio regulador lo que sigue: "La liquidación del régimen económico matrimonial supletorio de gananciales que rige la sociedad conyugal se practicará mediante otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Sin perjuicio de ello, acuerdan la atribución de los siguientes bienes:

[...] Respecto de los pisos de Madrid [...]regirán los siguientes acuerdos que serán inscritos en el Registro de la Propiedad:

a) Una vez disuelta la sociedad conyugal se mantendrán las citadas propiedades de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1435.3 CC , en régimen de copropiedad al 50%; el esposo percibirá la totalidad de los frutos y rentas que generen los tres inmuebles hasta tanto sean donados a los hijos, corriendo al mismo tiempo con todos los gastos de administración, y si él falleciere, continuará el albacea testamentario que designe; si se produjera tal circunstancia, los frutos y rentas serán entregados directamente a los hijos comunes de ambos cónyuges si fuesen mayores de edad; si no lo fueren serán ingresados en una cuenta bancaria especial, entendiéndose que los frutos y rentas corresponden por mitad a cada uno de los hijos, deducidos gastos de administración, de las propiedades, impuestos y otros similares.

b) Cuando el hijo Jonathan cumpla 25 años de edad recibirá la propiedad del piso sito en la calle Federico Salmón nº 8 mediante donación de los padres a su favor.

c) Cuando la hija Deborah cumpla 25 años recibirá la propiedad de los otros dos pisos descritos mediante donación de los padres a su favor.

d) Los esposos no podrán, respecto de su derecho de propiedad sobre los citados pisos, enajenarlo, gravarlo, hipotecarlo, cederlo, usufructuarlo ni establecer carga alguna ni servidumbre sobre el mismo, ni conjunta ni separadamente. Tan sólo por mutuo acuerdo y por causa de necesidad o en beneficio de los hijos podrán enajenar alguno de los citados pisos.



Una vez los pisos hayan pasado a propiedad de los hijos, éstos no podrán venderlos a sus padres, ni a los cónyuges de éstos o a persona unida sentimentalmente a ellos, así como tampoco a familiares próximos, tanto de sus padres como de dichas personas sentimentalmente unidas".

3º Este convenio fue aprobado en la sentencia de separación de 22 septiembre 1993 , considerándose sus extremos "acertados y convenientes".

4º Dª Angelina pidió la ejecución de la sentencia, solicitando que se cumplieran los pactos del convenio y se procediera a la liquidación del régimen, lo que fue acordado por el Juez, quien ordenó la formación del inventario con citación de los interesados. Al surgir discrepancias entre los cónyuges, se nombró un contador que otorgó el correspondiente cuaderno particional, al que se opuso el marido. En consecuencia, el Juzgado de Liria dictó auto el 3 de octubre de 1995 , en el que se declaraba que no habiéndose llegado a obtener la conformidad de las partes sobre los bienes que debían integrarse en el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales, resultaba procedente decretar que no había lugar a continuar la tramitación de la pieza, debiéndose proceder a su archivo y reservando a las partes el juicio declarativo que por la cuantía corresponda.

5º Dª Angelina interpuso demanda contra D. Alexander , poniendo de relieve que no se había liquidado la sociedad de gananciales, aunque en el convenio se habían establecido las bases para ello. Pidió que se declarase la nulidad del pacto de indivisión de los pisos de Madrid y que se declarase también la del apartado "por mutuo acuerdo" de la cláusula d) del convenio regulador. Que se declarase que las siete viviendas que pertenecían a la sociedad ganancial eran objeto de liquidación, así como otros bienes, como cuentas corrientes, plazas de aparcamiento, ajuar doméstico, etc. Y subsidiariamente, que sólo respecto de los tres pisos de Madrid se declarase que serían liquidables una vez pasados los 10 años del pacto de indivisión. Que se condenara al demandado a abonar a la actora el valor que tenía un automóvil en la fecha de la sentencia de separación y el importe actualizado del valor de un chalet disminuyendo del mismo la cantidad de 7.000.000 ptas. (42.070,85 euros) percibidos ya a cuenta.

6º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Liria, de 31 julio 1999 desestimó la demanda.

7º Apelada dicha sentencia, la de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 13 octubre 2000 , estimó en parte el recurso al considerar que la sentencia de 1ª Instancia había incurrido en incongruencia y falta de motivación y declaró la nulidad del pacto de indivisión y de la prohibición de disponer contenida en el inciso "por mutuo acuerdo" del apartado d) de la cláusula 7ª del convenio regulador; declaró gananciales además de los bienes inmuebles y vehículos referenciados en el convenio regulador, el mobiliario, el ajuar, la deuda hipotecaria y una plaza de garaje en Madrid, y condenó al demandado a abonar a la demandante 6.100.000 (366.617,38 euros).

Contra esta sentencia presenta D. Alexander el presente recurso de casación.

SEGUNDO. Los cuatro primeros motivos del recurso se amparan en el número 3 del artículo 1692 LEC y denuncian la infracción del artículo 359 LEC y con él, la incongruencia de diversos aspectos de la sentencia recurrida. Por su evidente correlación, van a ser examinados en conjunto.

La razón fundamental de la impugnación se encuentra en el motivo primero, porque considera que al declarar dicha sentencia la nulidad total de apartado a) del convenio referido al mantenimiento de la indivisión y la percepción de los frutos por parte de D. Alexander , incurre en incongruencia, porque esta segunda parte no ha sido nunca pedida por la demandante. En definitiva quiere decir que a su parecer, la demandante hoy recurrida sólo pidió la nulidad del pacto de indivisión por exceder el máximo de diez años permitido en el artículo 400 CC y no la del pacto de atribución de los frutos producidos por los inmuebles a su esposo el hoy recurrente.

El segundo motivo insiste en el anterior y dice que el convenio tenía causa lícita dirigida a la protección de los menores, especialmente en lo relativo a la percepción de los frutos y rentas que generaban los tres inmuebles que se pretendía donar posteriormente a los hijos; además estas rentas son la única fuente de ingresos del recurrente que tiene a su cargo a los hijos, además de que esta cuestión no depende de la validez del pacto de indivisión.

El tercer motivo reclama también la declaración de incongruencia, porque señala que la sentencia lleva a una nueva liquidación, pues en su parte dispositiva no ratifica ni la liquidación ni las adjudicaciones que se hicieron en el convenio regulador, a pesar de que el recurrente alegó la validez de lo pactado en el propio convenio, de modo que si las adjudicaciones no existen, no puede haber contraprestación y la condena a pagar a la ex esposa 6.100.000 ptas. (366.617,38 euros) entra en contradicción con lo dispuesto en el fallo de la sentencia.

Finalmente, el cuarto motivo señala que ha concurrido una incongruencia extra petita porque se pronuncia sobre la condena pecuniaria, pero no especifica que los vehículos y uno de los inmuebles están ya adjudicados, de modo que si todos los bienes tanto los comprendidos en el convenio regulador como los citados en la



sentencia están sometidos a liquidación, la consecuencia es que no existe adjudicación a ninguno de los cónyuges, por lo que se produce una incongruencia ultra petita.

Estos cuatro motivos no puede estimarse.

Debe partirse del concepto de incongruencia repetidamente expresado en las sentencias de esta Sala, de acuerdo con el que dicho defecto debe resultar "de la comparación entre lo postulado en el suplico de la demanda y los términos del fallo combatido" (STS de 26 septiembre 2007), de modo que como afirma la sentencia de 16 mayo 2007, "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre los pedimentos de las partes oportuna y convenientemente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir o hechos en que se fundamenta la pretensión deducida".

Teniendo en cuenta esta doctrina, debe examinarse lo pedido por la demandante en el escrito iniciador de este procedimiento y lo decidido en la sentencia recurrida. De esta comparación se concluye que ésta última se ajusta de forma muy cuidadosa a lo pedido en el suplico de la demanda rectora de esta litis, que solicitó literalmente: "declarar la nulidad del apartado a) y de la mención «por mutuo acuerdo» del último párrafo del apartado d) de la cláusula séptima del convenio regulador" y esto es precisamente lo acordado en el Fallo de la sentencia recurrida. Lo mismo debe concluirse examinando el petitum de la demanda en relación a los otros extremos a que el recurrente hace referencia. Por consiguiente no procede declarar que la sentencia recurrida haya incurrido en el vicio de incongruencia denunciado.

TERCERO. Siguiendo el criterio metodológico impuesto en este recurso y que corresponde al examen de los motivos fundados en aspectos formales de la sentencia recurrida, el motivo undécimo, si bien fundado en el ordinal 4º del artículo 1692, LEC denuncia la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con la cual, el fallo que desestima íntegramente las pretensiones de la demanda no puede tacharse de corto o falto. Dice que la sentencia de instancia no podía declararse incongruente pues en ella se decidió que procedía la desestimación íntegra de la demanda. Como infringidas, cita las sentencias de 21 diciembre 1984 y las en ella citadas, así como la de 10 abril 1984. En realidad, lo que pretende es que se declare que la sentencia de 1ª Instancia no era incongruente y que por ello era correcta en su solución, favorecedora del recurrente, en contra de lo declarado por la Audiencia, porque una brevedad en el razonamiento no implica falta de motivación.

Este motivo no puede ser estimado.

Examinando el razonamiento de la sentencia recurrida en relación con la sentencia de Primera instancia que revocó, se observa que la principal imputación efectuada es la de "carecer de motivación adecuada" para llegar a la conclusión del fallo; que "se ha deducido una acción de nulidad sobre una cláusula del negocio suscrito por los litigantes, cuestión que en los términos planteados es eminentemente de valoración e interpretación normativa que es silenciada en la resolución apelada, que se limita a decir que es válida sin razonamiento alguno" y que "tampoco da la juzgadora razón de existir o no bienes no contemplados en el convenio regulador[...]quebrando por ello con la necesidad de la exigencia de motivación de las sentencias que es requisito constitucional (artículo.24.1 Constitución Española) para proscribir indefensión alguna". En definitiva, la sentencia recurrida entiende que se produjo un fallo en las formas esenciales que rigen la sentencia, de acuerdo con las disposiciones contenidas en los artículos 248.3 LOPJ y 372 LEC1881, que se relacionan con el artículo 120.3 CE; por tanto, no afirma que la sentencia de 1ª Instancia fuera incongruente, sino que carece de la motivación requerida, lo que produce como efecto que no sea ni clara ni precisa (STS de 10 noviembre 2005 y las allí citadas acerca de la diferencia entre falta de motivación e incongruencia).

CUARTO. En los motivos quinto y sexto, el recurrente utiliza diversos argumentos para convencer a la Sala de que no podía declararse la nulidad de la tan referida cláusula séptima, en los apartados que fueron anulados por la sentencia recurrida, así como la inclusión de algunos bienes que no fueron objeto de pacto en el convenio regulador que contenía las bases de la liquidación de la sociedad de gananciales. Estos argumentos son: a) la infracción de las normas sobre la partición, entendiéndose que debería haberse aplicado la técnica de la adición y no la declaración de la nulidad (motivo quinto) y b) la de que el pacto de indivisión estaba justificado por el pacto de un régimen de separación de bienes. Ciertamente debe advertirse antes de entrar a examinar cada uno de los motivos aludidos, que el convenio regulador no adolece de una claridad absoluta en lo relativo a bienes no incluidos en las bases pactadas, pero lo que se deduce de lo que se ha transcrito es que, como afirma la sentencia recurrida, los cónyuges establecieron las bases para la liquidación de su régimen matrimonial, que no ha podido aun llevarse a cabo, por las diversas oposiciones que se han producido en los procedimientos que se han seguido hasta llegar a esta sentencia. Con esta óptica, deberán examinarse los motivos señalados.

QUINTO. Al amparo del art. 1692, 4 LEC, el quinto motivo del recurso denuncia la infracción del art 1079 en relación con el 1410, ambos del Código civil, por inaplicación del primero, contraviniendo la sentencia lo dispuesto en dicha norma rescindiendo de hecho la liquidación practicada por los cónyuges en el convenio. Argumenta que las operaciones practicadas en el convenio supusieron una efectiva liquidación de la sociedad



de gananciales y que las adjudicaciones y los pactos consignados allí son totalmente válidos. Lo único que podría haber alegado la actora-recurrida es la impugnación por vicio del consentimiento, pero no las acciones que utilizó. No es motivo de nulidad ni la ausencia de inventario ni la omisión de determinados bienes, que no se ha demostrado que produzcan la lesión en más de la cuarta parte que se requiere en el art 1074 CC . La sentencia recurrida otorga validez a las actuaciones, refiriéndose a las practicadas en el convenio regulador, porque dice que todos los bienes están sometidos a liquidación, por lo que sin cita de los preceptos que permiten la adición a la liquidación, ni reconocimiento de que se ha ejercitado una acción de complemento, da lugar a la adición. Pero a la vez rescinde la liquidación en contra de lo dispuesto en el art 1079 CC .

Este motivo no puede ser estimado.

En el desarrollo del motivo, el recurrente mezcla diversas cuestiones, algunas referidas claramente al objeto del litigio y otras absolutamente nuevas. En relación a las primeras, hay que recordarle que precisamente el objeto de esta litis consiste en determinar si los acuerdos del convenio regulador debían producir todos sus efectos y la sentencia recurrida ha acordado que los contenidos en la cláusula séptima apartado a) debían ser declarados sin efecto por contravenir una norma imperativa, la relativa al plazo máximo de indivisión establecido en el art 400 CC , por lo que los bienes cuya indivisión se acuerda y sobre los que se impone una prohibición de disponer, que también ha sido declarada sin efecto en la sentencia recurrida, entran en la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta en la sentencia de separación.

Dicho lo anterior, hay que advertir que el recurrente introduce una cuestión nueva al considerar infringidos el artículo 1079 en relación con el 1410 CC , cuando considera que el problema planteado con la demanda debería haberse tratado como una adición a la liquidación. Esta cuestión no ha sido nunca planteada en el presente litigio, por lo que debe rechazarse de plano su tratamiento, de acuerdo con la constante doctrina de esta Sala , de modo que "las cuestiones nuevas no examinables en casación por no tener acceso a la misma, por no haber sido propuestas en periodo de alegaciones, afectan asimismo al derecho a la defensa y van en contra de los principios de audiencia bilateral y congruencia" (STS de 19 julio 2007 y las sentencias en ella citadas".

SEXTO. El motivo sexto, siempre al amparo del artículo 1692, 4. LEC , denuncia la inaplicación de los artículos 1435, 3, 392, 2, 401, 1, 1091 y 7.1 y por aplicación indebida el artículo 400.1 CC , así como la jurisprudencia de que nadie puede ir contra sus propios actos. Trata aquí de la validez del pacto de indivisión por tener una duración superior a los diez años. Entiende que esta limitación temporal no tiene aplicación en este caso y que la sentencia recurrida aplica únicamente el artículo 400 CC , obviando la aplicabilidad de los otros preceptos. Pretende que se ha pactado un régimen de separación de bienes en el convenio y que mientras éste se mantenga, seguiría vigente la indivisión. Por este motivo, la situación creada no es contraria a las reglas sobre indivisión contenidas en el ordenamiento jurídico.

Este motivo no puede ser admitido.

Las razones para rechazar este motivo son diversas:

1ª Existe una evidente falta de técnica casacional, al citar un conjunto heterogéneo de preceptos. Como afirma la sentencia de 25 octubre 2007, "la jurisprudencia de esta Sala ha sido constante al rechazar el planteamiento casacional en estos términos, poniendo de relieve la circunstancia de que, al proceder la parte recurrente de ese modo, se traslada al Tribunal la misión, que a ella le incumbe, de determinar la posible norma infringida, con el subsiguiente riesgo de indefensión de la parte recurrida [...]incumpléndose, en suma, la carga de la parte recurrente de cumplir las exigencias derivadas del artículo 1707 LEC ". Es evidente que junto a los preceptos relativos a la comunidad, el genérico artículo 392 CC y el relativo a la prohibición de impugnación de la división por acreedores y cesionarios de los partícipes cuando no han participado en la división (art 403 CC), considera infringido el artículo 1435 CC , que establece la vigencia del régimen de separación cuando se extinga constante matrimonio, el de gananciales; el artículo 1091 CC relativo a las obligaciones y el 7.1 CC, relativo al ejercicio de los derechos con buena fe. Todo ello para llegar a concluir que el pacto de indivisión contrario al plazo de 10 años establecido en el artículo 400 CC era válido, en contra de lo acordado en la sentencia recurrida, en aplicación del propio artículo 400 CC , que consideró vulnerado.

2ª Pero además, introduce también en el litigio una cuestión nueva puesto que el pacto sobre el régimen no había sido alegado hasta este momento, lo que incide en el defecto denunciado en el anterior Fundamento Jurídico.

3ª Además, no se pactó ningún régimen de separación.

En definitiva, se dice que la indivisión se pactó como un medio para mantener las propiedades hasta que se pudieran transmitir a los hijos, con lo que al declararlo nulo por ser superior a los 10 años, esta finalidad se frustra. Pero este pacto debe ser declarado nulo por ser contrario al artículo 400 CC , como acertadamente

resuelve la sentencia recurrida, por muy loables que fueran las intenciones de las partes, porque el pacto es contrario a una norma imperativa.

SÉPTIMO. Van a examinarse conjuntamente los motivos séptimo y octavo, dirigidos a cuestionar la declaración de nulidad de la **promesa de donación** efectuada por ambos cónyuges, de determinados bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad de gananciales.

El séptimo motivo denuncia la inaplicación de los artículos 156, 154.2, 392, 402 y 404 CC, al declarar la sentencia la nulidad de la mención "mutuo acuerdo" del último párrafo del apartado d) de la cláusula 7ª del convenio. Insiste en que se pactó un régimen de separación, que se regía por los pactos de los cónyuges y la limitación que establecieron en relación a sus facultades de disposición respecto de sus cuotas debía de haber sido considerada lícita, por proteger el interés familiar. La impugnación de la validez de la donación obligacional vulnera los artículos 154,2 y 156 CC, pues a los padres, a pesar de ser todavía propietarios por no haber llegado aun el día de cumplimiento de la obligación de donar, les correspondía la administración de los bienes que debería hacerse de mutuo acuerdo. Da a entender que debería interpretarse que los hijos eran ya propietarios desde el momento del otorgamiento del convenio, estableciéndose por los padres un régimen mientras no llegase el día pactado para que los hijos adquiriesen los pisos.

El motivo octavo denuncia la aplicación indebida de los artículos 618, 633 y 6.3 e inaplicación de los arts 621, 639, 1125, 1274 y 401 CC, al declarar la nulidad del apartado a) de la cláusula 7ª del referido convenio. Se refiere este motivo a la cuestión de si la donación debe hacerse siempre en escritura pública, porque tanto la donación como las cargas a que estaba sometida hasta su perfección, constaban en un convenio homologado en una sentencia, por lo que es ejecutable.

Ambos motivos deben ser rechazados

Los argumentos de estos dos motivos inciden en el problema de la validez de la donación meramente obligatoria y su consecuencia, la de la prohibición de disponer impuesta para garantizar la efectividad del pacto de donar.

1º Respecto de la **promesa de donación** (no donación meramente obligatoria como afirma el recurrente) debe recordarse aquí que desde la sentencia de 6 junio 1908, esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación (asimismo SSTS de 27 junio 1914, 25 abril 1924, 22 enero 1930, 21 noviembre 1935, que requiere la aceptación por escrito, 21 junio 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, 22 junio 1982, 23 diciembre 1995, 6 febrero 1996 y 19 junio 1999). La de 25 noviembre 2004 afirma que "ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles". En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de la donación en la que concurren todos los requisitos legales.

El acuerdo entre los cónyuges de donar a sus hijos unos determinados bienes inmuebles cuando éstos cumplieran 25 años es una **promesa de donación**, no una donación, porque en su otorgamiento no concurre el donatario, que queda afectada por la doctrina expresada y por ello carece de efectos jurídicos.

2º El problema que plantea la donación contenida en el convenio regulador es que no se trataba de una donación de presente sino sometida a plazo: los veinticinco años de cada uno de los hijos. Se trataba, por tanto de una **promesa de donación**. En este caso podría admitirse que está otorgada en forma pública, pero al no concurrir la aceptación de los hijos, porque no podían intervenir al tratarse de un convenio regulador, no hay más que una **promesa de donación**, a la que debe aplicarse la doctrina resumida.

3º Respecto de la nulidad del pacto relativo a la prohibición de disponer, contenido en el apartado d) de la cláusula séptima del convenio, transcrito en el Fundamento primero de esta sentencia, debe considerarse que se trata de una autoprohibición de disponer, que no responde a un interés tutelable una vez se ha declarado ineficaz la **promesa de donación**, por lo que en consecuencia, carece de efectos jurídicos.

OCTAVO. El motivo noveno, siempre al amparo del artículo 1692, 4 LEC, denuncia la inaplicación de los artículos 1249 y 434 CC, por no estar acreditado el hecho base de que parte la presunción del Tribunal para llegar a la declaración de ganancialidad, presuponiendo la mala fe en una de las partes litigantes y en un tercero, teniendo reflejo en la parte dispositiva de la sentencia que incluye como ganancial un metálico de seis millones de pesetas.

Respecto del depósito bancario que la sentencia recurrida declara ganancial, debe aplicarse la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, en relación al que una abundante jurisprudencia, si bien ha atribuido la condición de iuris tantum, requiere prueba cumplida y satisfactoria para que dicha presunción pueda ser destruida. Dicha prueba corresponde a quien niega esta condición, lo que no se ha producido en el presente



procedimiento (SSTS de 17 octubre y 27 noviembre 2007 y las sentencias allí citadas). Por ello, este motivo debe ser desestimado.

NOVENO. También al amparo del artículo 1692, 4 LEC, el décimo motivo denuncia la inaplicación de los artículos 847, 1045 y 1074 en relación con el artículo 1410 CC al no efectuar la actualización de la cantidad entregada a la actora, porque lo entregado a cuenta como contraprestación a la actora debe evaluarse conforme al valor en tiempo presente.

Este motivo debe ser desestimado

De nuevo el recurrente incurre en el defecto procesal de introducir una cuestión nueva, que no ha sido discutida en el procedimiento. Deben aquí considerarse reproducidos los razonamientos del Fundamento 5º de esta misma sentencia.

DÉCIMO. La desestimación de los motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal del recurrente D. Alexander , determina la del propio recurso y la procedencia de imponer las costas de este recurso a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

1º. No ha lugar al recurso de casación presentado por la representación procesal del recurrente D. Alexander contra la sentencia de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 13 octubre 2000 , dictada en el rollo de apelación nº 1070/99.

2º. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus extremos, incluido lo relativo a las costas.

3º. Imponer las costas causadas por este recurso a la parte recurrente.

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 .-FRANCISCO MARÍN CASTÁN .- JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL .- **ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS**.- Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. **Encarnación Roca Trías**, 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.