

Roj: **STS 172/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:172**Id Cendoj: **28079110012017100046**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/01/2017**Nº de Recurso: **1615/2015**Nº de Resolución: **54/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 27 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada, con fecha 17 de noviembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª), en el rollo de apelación n.º 1943/2014, dimanante de los autos de juicio verbal n.º 106/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Dos Hermanas (Sevilla). Ha sido parte recurrente don Pedro Jesús, representado por el procurador don Jorge Laguna Alonso. Ha sido parte recurrida doña Eufrasia, representada por la procuradora doña María Victoria Brualla Gómez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador don Eladio García de la Borbolla, en nombre y representación de doña Eufrasia, formuló demanda solicitando liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales contra don Pedro Jesús, solicitando al Juzgado:

«... que tenga por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y sus copias, lo admita, y a la vista del mismo, conforme establece el artículo 810.3 de la LEC, señale dentro del plazo máximo de diez días, día y hora para que las partes comparezcan ante la Sra. Secretaria de este Tribunal al objeto de alcanzar un acuerdo, o en su defecto, designar contador y, en su caso, peritos, para la práctica de las operaciones divisorias, con todo cuanto más proceda en derecho, por ser de justicia que, respetuosamente, pido en Sevilla a 31 de enero de 2.011.»

2.- El Juzgado dictó Decreto el 17 de febrero de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Accediendo a lo solicitado por el Procurador Sr. GARCÍA DE LA BORBOLLA VALLEJO, ELADIO, en nombre y representación de DÑA. Eufrasia, se señala para la liquidación de los bienes comunes del matrimonio con D. Pedro Jesús, el día VEINTICINCO DE MAYO DE DOS MIL ONCE, A LAS 11:00 HORAS.

La liquidación de los bienes se realizará con arreglo a la legislación civil que resulte aplicable según el régimen matrimonial de que se trate.

»Cítese para dicho acto a los cónyuges, con la advertencia de que si alguno de ellos, sin mediar causa justificada no compareciere, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido.

Contra esta resolución cabe recurso de REPOSICIÓN ante este Juzgado, no obstante lo cual, se llevará a efecto lo acordado. El recurso deberá interponerse por escrito en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el siguiente de la notificación, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso ( artículos 451 y 452 de la LEC ).



»Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 25 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de Banesto no 217300000010611, indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso seguido del código 00 y tipo concreto del recurso, de conformidad en lo establecido en el apartado 5º de la Disposición adicional decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial , salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.»

3.- Con fecha 25 de mayo de 2011 comparecieron las partes, procediéndose a la liquidación de bienes gananciales, ante el Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Dos Hermanas, nombrándose contador-partidor a doña Silvia . En ella se levantó acta de liquidación de los bienes gananciales.

4.- Don Pedro Jesús presentó escrito ante el juzgado el 30 de mayo 2011, por el que hacía una propuesta de adjudicación, solicitando entre otros extremos, la venta de la vivienda familiar y la distribución por mitad entre los cónyuges del producto de la venta.

5.- La contadora partidora acordó adjudicar a don Pedro Jesús , entre otros extremos, la vivienda familiar y sus anejos y el ajuar familiar, debiendo abonar a doña Eufrasia 176.013,95€, en compensación.

6.- El demandado señor Pedro Jesús se opuso a la aprobación del cuaderno particional, interesando la ubicación del inmueble familiar al 50% y la rectificación de la cantidad pendiente de pago del préstamo hipotecario a fecha de febrero de 2012.

7.- El Juzgado dictó sentencia el 29 de junio de 2012 , cuyo fallo es como sigue:

«Que PROCEDE APROBAR en el cuaderno particional , y debe estarse a la rectificación interesada en la cantidad de 37.660,19 en cuanto a la cantidad pendiente de amortización préstamo hipotecario a fecha 4/04/20 12, pues el contador partidor tuvo en cuenta el contenido del acta de liquidación de bienes gananciales de fecha 25/05/2011 , por tanto procede su actualización.

»Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 DÍAS, ante la Ittma. Audiencia Provincial de DOS HERMANAS.

»Para la admisión del recurso deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado nº 2173000000010611, indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso seguido del código 02 y tipo concreto del recurso, de conformidad con lo establecido en la L.O 1/2009 de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición adicional decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.»

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de don Pedro Jesús interpuso contra la anterior resolución, correspondiendo conocer de él a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó sentencia el 17 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La representación procesal de don Pedro Jesús interpuso contra la anterior resolución recurso de casación con base en un único motivo en el que se denuncia la infracción de los artículos 440 y 1062 CC .

2.- La sala dictó auto el 11 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva dice:

«PRIMERO.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Jesús contra la sentencia dictada, con fecha 17 de noviembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 2ª), en el rollo de apelación nº 1943/2014 , dimanante de los autos de liquidación de sociedad de gananciales nº 106/2011 del Juzgado de primera instancia nº 5 de los de Dos Hermanas.

»SEGUNDO.- Y entréguese copia de los escritos de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. »

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de la demanda formalizó oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo del recurso el 17 de enero de 2017 en que ha tenido lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes en la instancia para la decisión del presente recurso los que se exponen a continuación:

**1.-** En fecha 8 de marzo de 2007 se firmó propuesta de Convenio Regulador de divorcio entre las partes en los autos de divorcio contencioso número 510/2006 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Dos Hermanas (Sevilla).

En él se pactó atribuir al señor Pedro Jesús el uso de la vivienda que era domicilio familiar, de la que eran propietarios el matrimonio, hasta el momento en que se llevara a efecto la liquidación de la sociedad de gananciales.

**2.-** Iniciado procedimientos de liquidación de la sociedad de gananciales ante el citado Juzgado, se convocó a las partes a la comparecencia prevista en el artículo 810.3 LEC, que se celebró el 25 de mayo de 2011.

**3.-** En ella se levantó acta de liquidación de bienes gananciales y las partes, con el asesoramiento de sus respectivas letradas, alcanzaron un acuerdo sobre las valoraciones y solicitaron nombramiento de contador-partidor para que proceda a la distribución de los bienes conforme a la valoración dada.

Don Pedro Jesús hizo constar que no deseaba la adjudicación de la vivienda porque no podía abonar el 50% de ella.

Por idénticas razones no deseaba doña Eufrasia la adjudicación de la vivienda.

**4.-** A la vista de tales manifestaciones don Pedro Jesús presentó escrito ante el Juzgado el 30 de mayo de 2011, por el que hacía una propuesta de adjudicación solicitando, entre otros extremos, la venta de la vivienda familiar y la distribución por mitad entre los cónyuges del producto de la venta.

**5.-** La contadora partidora acordó adjudicar a don Pedro Jesús, entre otros extremos, la vivienda familiar y sus anejos y el ajuar familiar, debiendo abonar a doña Eufrasia 176.013,95 € como compensación derivada del exceso de adjudicación.

**6.-** El demandado señor Pedro Jesús se opuso a la aprobación del cuaderno particional, interesando la adjudicación del inmueble familiar al 50% y la rectificación de la cantidad pendiente de pago del préstamo hipotecario a fecha de febrero de 2012.

**7.-** El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 29 de junio de 2012 accediendo a la rectificación interesada, pero aprobando el cuaderno particional.

**8.-** La Juzgadora reconoce: (i) ser de aplicación los artículos 1061 y 1062 CC; (ii) resultar evidente el carácter indivisible del inmueble.

No obstante decide que no procede en este momento la adjudicación proindiviso y la venta del inmueble, al no costar acreditado por el demandado (art. 217 LEC) su situación económica y la imposibilidad de abonar la compensación por adjudicación de la vivienda.

Añade algo, que parece ser la *ratio decidendi* de la resolución, a saber que mientras exista el derecho de uso sobre la vivienda y anexos, que constituyen prácticamente el único bien de la sociedad, surgen una serie de dificultades jurídicas, que enumerar, harían más desigual la solución si no se acudiese a la adjudicación.

**9.-** Don Pedro Jesús interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, cuyo conocimiento correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó sentencia el 17 de noviembre de 2014 desestimando el mismo.

**10.-** Considera la Audiencia que son correctos los razonamientos de la sentencia de primera instancia, pues tal adjudicación se compadece con el principio de igualdad que rige en la materia, y ello a pesar de las dificultades que pueda tener para hacer frente a la compensación en dinero a su esposa con los ingresos que dice contar.

Toma en consideración que el señor Pedro Jesús, que hace uso exclusivo del inmueble desde el año 2007, no haya expresado su voluntad de hacer partícipe de las facultades posesorias a su esposa, mediante el abandono de la vivienda y el arrendamiento de la misma. Ese uso exclusivo es una realidad de hecho que no tiene visos de variar en un futuro cercano, lo que se aprecia «como determinante de la solución adoptada en las operaciones liquidatorias de la sociedad de gananciales».

Refuerza su argumentación reprobando la conducta del recurrente por no haber intentado activamente la venta de la vivienda y reparto equitativo del precio, si el inmueble era indivisible y no tenía capacidad económica para compensar a su esposa.



11.- La representación procesal de don Pedro Jesús interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación en los términos que se recogerán más adelante.

12.- La sala dictó auto el 11 de mayo de 2016 por el que admitía el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito oponiéndose a él.

### **Recurso de Casación.**

#### **SEGUNDO.- Enunciación y planteamiento.**

Se denuncie literalmente, en un único motivo, la infracción por interpretación errónea del artículo 440 CC en relación con el artículo 1062 del mismo texto legal .

La cita del artículo 440 CC , en que tanto hincapié hace la parte recurrida, es un claro error material, pues el recurrente en el antecedente v del recurso cita como inaplicado el artículo 404 CC .

En el desarrollo del motivo cita como doctrina jurisprudencial que se considera infringida la siguiente: La adjudicación de la cosa indivisible a uno de los comuneros indemnizando a los demás se supedita al convenio entre los comuneros. Si no hay pacto, la fórmula procedente para poner fin a la comunidad, en cuanto derecho que puede ser ejercitado por cualquier comunero en todo momento, es la venta de los bienes con reparto del precio entre los comuneros en proporción a sus cuotas, ya que el dato determinante de la forma de poner fin a la comunidad no puede ser la conveniencia o interés particular de uno o varios de los comuneros. La formación de lotes como compensación económica es una solución que comporta dificultades dada la magnitud de las diferencias de valor de los lotes propuestos. Se citan las SSTS de 17 de noviembre de 2003 , 14 de diciembre de 2007 y 3 de mayo de 2011 .

#### **TERCERO.- Consideraciones previas a la decisión.**

1.- En la litis que se enjuicia no se ejercita la *actio comunedividundo*, como acción autónoma y singular, sino que se sigue un procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, aunque sea cierto que el principal activo de la sociedad, disuelta y no liquidada, sea la vivienda y sus anejos objeto del debate.

La finalidad de la liquidación es la división y adjudicación del haber partible, si existiese, transformándose en real e individualizada la cuota de cada interesado, que antes era ideal o potencial.

2.- El artículo 1410 CC dispone que: «En todo lo no previsto en este capítulo sobre formación de inventario, reglas sobre casación y ventas de los bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia».

Tal remisión supone que se halla de tener en cuenta, a efectos sustantivos que no procesales, las normas sobre la partición y liquidación de herencia, en concreto, por lo que ahora es relevante, el artículo 1062 CC que dispone:

«Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero.

Pero bastará que uno solo de los herederos pidan su venta en pública subasta, y con admisión de visitantes extraños, para que así se haga».

Tal precepto es consecuencia y guarda estrecha relación con el artículo 1061, que le precede, y que dispone que: «En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie».

3.- Lo dispuesto en el artículo 1062 CC , se compadece con el artículo 404 CC del mismo texto legal de que ningún copropietario estará obligado a permanecer en comunidad ( sentencia 125/2016, de 3 de marzo ), al disponer que: «Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio».

4.- Consecuencia de tales previsiones legales es que, como recoge las SSTS de 22 de diciembre de 1992 y 14 de julio de 1994 , la efectiva partición requiere la formación de lotes que permitan la adjudicación independiente a cada cónyuge, y si ello no fuere posible por ser los bienes indivisibles, y no compensables con otros, su adjudicación a uno de ellos con abono del precio o su mitad, al otro, *si así lo convinieren* (énfasis añadido), y en último término su venta y reparto del dinero obtenido.

#### **CUARTO.- Decisión de la sala.**

1.- Hay que tener en cuenta dos cuestiones de especial trascendencia para la solución que se adopta:-



(i) Que ambas partes consideran que el bien (vivienda y sus anejos) es indivisible, por lo que no es necesario decidir sobre ello aplicando la sentencia 835/2009, de 15 de diciembre, traída a colación por la sentencia 148/2013, de 8 de marzo.

(i) Que ambas partes se manifestaron con rotundidad en el acta de liquidación de bienes gananciales, levantada el 25 de mayo de 2011, en el sentido de que no deseaban la adjudicación de la vivienda, con compensación en metálico a la otra parte, por no tener disponibilidad económica para ello.

**2.-** Con tales antecedentes esta sala no alcanza a entender que se imponga por la contadora partidora la adjudicación de la vivienda, con compensación en metálico, a quien dice no disponer de él, con infracción de las disposiciones legales a que hemos hecho mención, dando por supuesto, además, que los acreedores van a consentir la novación subjetiva que propone en cuanto a los préstamos que integran el pasivo.

**3.-** No tiene encaje legal imputar al demandado la falta de prueba sobre su situación económica, pues tal carga debe recaer sobre quien la afirma.

Tampoco tiene justificación que la sentencia recurrida, y más acertadamente la de primera instancia, motiven su decisión en el derecho de uso del recurrente sobre la vivienda, con cita de sentencias de esta sala para cuando se da tal circunstancia, lo que entorpecería y sería un grave obstáculo para la venta del bien, sin tener en cuenta el error en que incurrir, pues en la propuesta de convenio regulador se condiciona ese uso hasta la liquidación del régimen económico matrimonial, que es lo que aquí se ventila, con lo que tal uso desaparece o extingue.

No se alcanza a comprender por qué se considera extemporánea la propuesta del recurrente sobre la venta del bien, si precisamente ésta es una forma de liquidación del que es indivisible ( artículo 1062 CC ) cuando se tramita un procedimiento de liquidación, que es el caso.

Tampoco se comparte el reproche que se le hace al recurrente de no haber adoptado una conducta diligente y activa para la venta de la vivienda desde el año 2007, fecha de la separación de hecho, si es que no tenía capacidad económica para adjudicarsela y compensar en metálico a la recurrida, y no se comparte porque también se podría haber reprochado a esta no instar antes la liquidación del régimen de gananciales, ya disuelto, o bien una modificación de la medida instando el uso y goce compartido ( sentencia 700/2015, de 9 de diciembre ).

**4.-** Por todo ello procede estimar el recurso en el sentido de que se proceda a vender la vivienda familiar identificada y sus anejos inseparables, en pública subasta con admisión de licitadores extraños, y reparto del producto de la venta al 50% para con tal activo decidir sobre la partición de todos los bienes, pudiéndose entonces hacer compensaciones en metálico si la igualdad de los lotes lo exigiese.

**QUINTO.-** De conformidad lo dispuesto en los artículos 394.1 LEC no se imponen al recurrente las costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

En aplicación de los mismos preceptos no ha lugar a hacer expresa condena en las costas causadas en el recurso de apelación.

## FALLO

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

**1.-** Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Pedro Jesús, contra la sentencia dictada, con fecha 17 de noviembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª), en el rollo de apelación n.º 1943/2014, dimanante de los autos de juicio verbal n.º 106/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Dos Hermanas (Sevilla). **2.-** Casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, estimar el recurso de apelación interpuesto por don Pedro Jesús, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Dos Hermanas (Sevilla), el 29 de junio de 2012, declarando que procede vender la vivienda familiar y sus anejos inseparables, ya identificada, en pública subasta con admisión de licitadores extraños, así como el reparto del producto de la venta al 50%, para con tal activo decidir sobre la partición interesada, pudiéndose entonces hacer compensaciones en metálico si la igualdad de los lotes lo exigiese. **3.-** No se imponen al recurrente las costas del recurso, con devolución a él del depósito constituido para recurrir. **4.-** No ha lugar a hacer expresa condena en las costas causadas por el recurso de apelación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.