

Id Cendoj: 28079110012006100904
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 5082/1999
Nº de Resolución: 904/2006
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACIÓN. CONVENIO MATRIMONIAL EN QUE SE PACTA LA VENTA CONJUNTA DE INMUEBLE POR PRECIO MÍNIMO FIJADO. IMPOSIBILIDAD DE LLEVARLO A CABO DE COMÚN ACUERDO. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE DIVISIÓN.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Septiembre de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía nº 404/94, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria; cuyo recurso fue interpuesto por don Luis Angel , representado por el Procurador de los Tribunales don Alfonso Blanco Fernández y defendido por el Letrado don Marceliano Monsalve Códoba; siendo parte recurrida doña María Luisa , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Rubio Cuesta y sin que conste la identidad del Letrado que firma el escrito.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de doña María Luisa contra don Luis Angel .

1.- 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, que: "... se dicte sentencia en la que se acuerde: - Ordenar que la vivienda sita en la c/ DIRECCION000 nº NUM000 - NUM001 de esta ciudad, se venda en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, dividiendo el precio que se obtenga por partes iguales entre los dos copropietarios.- Condenar al demandado a que indemnice a mi mandante a pagar la diferencia que haya entre la cuantía que le corresponda a ésta como consecuencia de la venta de la vivienda en pública subasta y la cuantía de 10.552.750.- ptas que hubiese percibido de haberse formalizado la compraventa el pasado día 24 de marzo. - Condenar al demandado al pago de los intereses legales del dinero de la cantidad de 10.552.750.- ptas desde la interposición de la presente demanda. - Condenar al demandado en costas. - Retener en depósito en la cuenta del Juzgado la parte que le corresponda al demandado recibir por la venta en pública subasta de la vivienda, a fin de que cuando en ejecución de sentencia se determine la cantidad que le corresponde a la actora recibir de indemnización por daños y perjuicios y de intereses, y se tasen los honorarios de abogado y procurador, se detraigan estos importes de la cuantía depositada, haciéndose entrega de éstos a la Sra. María Luisa y del sobrante al Sr. Luis Angel . Si aún así no fuera la cuantía depositada suficiente para detraer de ésta los importes por los anteriores conceptos, condenar al demandado a que pague a la actora la diferencia.."

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Luis Angel contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, "... se dicte sentencia por la que, estimando las excepciones opuestas, no se entre a conocer del fondo del asunto y, en su caso, se desestimen íntegramente las peticiones formuladas en la demanda que contesto, absolviendo de ellas a mi representado. Con expresa imposición de costas a la parte actora por su evidente temeridad y mala fe..." Al tiempo formuló demanda

reconvencional y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado que: "... se abone al actor las cantidades reclamadas en los hechos segundo, cuarto, quinto, sexto y séptimo de la misma; los intereses de demora que se referencian en el hecho tercero de esta demanda; los intereses legales, que se reclama en el hecho sexto, devengados por la cantidad de 12.500.000 pts desde enero de 1992 hasta la fecha en que sea efectivo el importe de la cantidad principal y se le condene además en las COSTAS de esta demanda reconvencional.."

3.- Dado traslado de la reconvención a la parte actora, por la representación de la misma se contestó alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes para concluir solicitando que, en definitiva se tenga "... por contestada la reconvención formulada de contrario en tiempo y forma y en base a nuestras alegaciones acordar en la sentencia no haber lugar a dicha reconvención, siguiéndose ahora con los trámites procesales pertinentes."

4.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fué declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

5.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 27 de mayo de 1997 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Estimo parcialmente la demanda formulada por DOÑA María Luisa contra DON Luis Angel y, en consecuencia, acuerdo.- a) la venta en pública subasta de la vivienda sita en la C/ DIRECCION000 , NUM000 - NUM001 de esta Ciudad, a que se contrae la presente litis, con admisión de licitadores extraños, dividiéndose el precio que se obtenga por partes iguales entre los dos copropietarios, actora y demandado, lo cual se llevará a cabo en ejecución de sentencia; .- b) condeno al demandado DON Luis Angel a que indemnice a la actora en la diferencia que haya entre la cuantía que le corresponda a ésta como consecuencia de la venta de la vivienda en pública subasta y la cuantía de 10.552.750 ptas. que hubiese percibido de haberse formalizado el contrato de compraventa el 24 de marzo de 1.994;.- c) condeno al demandado DON Luis Angel al pago de los intereses legales del dinero de la cantidad de 10.552.750 ptas. desde la interposición de la demanda.- Desestimo la reconvención formulada por DON Luis Angel contra DOÑA María Luisa , a la que absuelvo de las pretensiones del demandado reconviniendo.- Sin expresa mención en cuanto a las costas de la demanda principal.- Se imponen las costas de la reconvención al demandado reconviniendo, D. Luis Angel ."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación don Luis Angel , y sustanciada la alzada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, dictó sentencia con fecha 28 de julio de 1999 , cuyo Fallo es como sigue: "Que desestimando el recurso de apelación formulado en la representación de Don Luis Angel contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esta ciudad de 27 de Mayo de 1997 , la confirmamos con todos sus pronunciamientos, e imponemos al apelante las costas del recurso."

TERCERO.- El Procurador de los Tribunales, don Alfonso Blanco Fernández, en nombre y representación de don Luis Angel , formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos:

I.- Al amparo del *artículo 1.692-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , en el que se denuncia la incompetencia del juzgador.

II.- Al amparo del *artículo 1.692-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* denunciando la inadecuación de procedimiento.

III.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *artículo 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial*.

IV.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y la de la doctrina jurisprudencial interpretadora de dicho precepto.

V.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , en el que se denuncia la infracción del *artículo 24.1 de la Constitución Española* y la de la doctrina interpretadora del Tribunal Constitucional del citado precepto.

VI.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *artículo 120.3 de la Constitución Española*.

VII.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , denunciando la infracción del *artículo 1.252 del Código Civil* y la de la doctrina interpretativa del citado precepto emanada de la

jurisprudencia del Tribunal Supremo.

VIII.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , en el que se denuncia la infracción del *artículo 154.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

IX.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *artículo 392 del Código Civil*.

X.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , en el que se denuncia la infracción de los *artículos 400 y 404 del Código Civil*.

XI.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , denunciando la infracción del *artículo 1.218 del Código Civil* y la de la doctrina jurisprudencial interpretativa del citado precepto emanada del Tribunal Supremo.

XII.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *artículo 1.101 del Código Civil*.

XIII.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , denunciando la infracción de la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo.

XIV.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *artículo 1.281 del Código Civil* y la de la doctrina interpretativa del citado precepto emanada del Tribunal Supremo.

XV.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por el que se denuncia la infracción del *artículo 1.284 del Código Civil*.

XVI.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *artículo 1.256 del Código Civil*.

XVII.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , denunciando la infracción del *artículo 1.124 del Código Civil* y la de la doctrina jurisprudencial interpretativa del citado precepto emanada del Tribunal Supremo.

XVIII.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *artículo 1.258 del Código Civil* y la de la doctrina jurisprudencial interpretativa del citado precepto emanada del Tribunal Supremo.

XIX.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , se denuncia la infracción del *artículo 1.262 del Código Civil*.

XX.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción del *artículo 1.450 del Código Civil*.

XXI.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por el que se denuncia la infracción del *artículo 1.451 del Código Civil* y la de la doctrina jurisprudencial interpretativa del citado precepto emanada del Tribunal Supremo.

XXII.- Al amparo *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , denunciando la infracción de la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, y

XXIII.- Al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , en el que se denuncia la infracción del *artículo 7.1 del Código Civil*.

CUARTO.- Admitido el recurso y dado traslado del mismo a la parte recurrida, se opuso al mismo por escrito.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de septiembre de 2006, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO SALAS CARCELLER

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos básicos sobre los que se asienta la controversia, según ha quedado demostrado en autos, son sustancialmente los siguientes:

a) La actora doña María Luisa y el demandado don Luis Angel , hoy divorciados, adquirieron durante la vigencia de su matrimonio y para su sociedad de gananciales el siguiente inmueble: "Vivienda sita en la DIRECCION000 nº NUM000 , Planta NUM001 Letra I de Las Palmas de Gran Canaria, descrita en la escritura pública de compraventa como la número veintiocho-diez: vivienda izquierda en la planta quinta del inmueble denominado Torre A con frontis a la DIRECCION000 , construida sobre parte del solar letra E del plan parcial de ordenación de la nueva Avenida Marítima del Norte. La vivienda ocupa ciento cincuenta metros veintidós decímetros cuadrados de superficie". Se halla inscrita en el Registro de la Propiedad nº NUM001 de esta ciudad, al folio NUM002 del libro NUM003 de la sección NUM004 , finca NUM005 , inscripción NUM006 , tomo NUM007 .

b) Al finalizar la convivencia, ambas partes suscribieron el 24 de mayo de 1990 propuesta de convenio regulador; convenio que fue aprobado por sentencia de separación matrimonial de 29 de junio siguiente, siendo posteriormente ratificado por la sentencia de divorcio de 21 de enero de 1993.

c) En la estipulación cuarta, apartado a), ambos cónyuges acordaron proceder a la venta de la vivienda por un precio mínimo de veinticinco millones de pesetas, importe que sería distribuido por mitad, una vez descontado el crédito hipotecario que gravaba el inmueble, de modo que hasta que no se llevara a efecto la venta ambos abonarían por mitad las amortizaciones correspondientes.

d) En la estipulación quinta se acordó que hasta tanto se procediera a la venta de la vivienda, el Sr. Luis Angel tendría en ésta su domicilio, obligándose a desalojarla en el plazo máximo de quince días una vez fuese requerido por la Sra. María Luisa para formalizar la compraventa.

e) En enero de 1992, la Sra. María Luisa requirió notarialmente a su esposo para que en el plazo de quince días desalojara la vivienda y otorgara escritura pública de venta a su favor ofreciendo la compra de su parte por 12.500.000 pesetas, sin que a dicho requerimiento contestara el Sr. Luis Angel .

f) En marzo de 1994 la actora requirió nuevamente al demandado por vía notarial manifestando la existencia de un comprador dispuesto a adquirir la vivienda en las condiciones estipuladas. El Sr. Luis Angel contestó al requerimiento aceptándolo pero exigiendo una reunión previa para liquidar cuentas con la esposa y que el comprador le hiciera entrega de un millón de pesetas en concepto de arras penitenciales. Llegado el día 24 de marzo previsto para formalizar la escritura de compraventa, se presentó en la notaría tanto el demandado, como la actora y el comprador, que presentó cheques bancarios, si bien, requerido el demandado para que hiciera entrega de las llaves del inmueble no lo hizo, retirándose el comprador de la operación.

SEGUNDO.- La actora doña María Luisa interpuso entonces demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre acción de división de cosa común y reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra su anterior esposo don Luis Angel , interesando que se dictara sentencia por la que se acordara: a) Ordenar que la vivienda sita en la DIRECCION000 nº NUM000 - NUM001 de Las Palmas de Gran Canaria, se venda en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, dividiendo el precio que se obtenga por partes iguales entre los dos copropietarios; b) Condenar al demandado a que indemnice a la actora en la diferencia que exista entre la cuantía que le corresponda a ésta como consecuencia de la venta de la vivienda en pública subasta y la cuantía de 10.552.750 pesetas que hubiese percibido de haberse formalizado la compraventa el pasado día 24 de marzo; c) Condenar al demandado al pago de los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda; d) Condenar al demandado en costas; y e) Retener en depósito en la cuenta del Juzgado la parte que le corresponda al demandado recibir a efectos de cubrir la indemnización señalada y sus intereses así como las costas del proceso.

El demandado contestó a dichas pretensiones oponiendo en primer lugar las excepciones de cosa juzgada y de falta de competencia objetiva del Juzgado y solicitando su absolución con imposición de costas a la demandante. Igualmente formuló reconvencción interesando que se condenara a la actora al pago de determinadas cantidades que consideraba le eran debidas y al pago de las costas causadas por la reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, al que correspondió el conocimiento del asunto por reparto, dictó sentencia de fecha 27 de mayo de 1997 que estimó parcialmente la demanda, acogiendo los pedimentos a), b) y c), del suplico y rechazando lo solicitado en el apartado e), sin especial pronunciamiento sobre costas, y desestimó la reconvencción opuesta por el demandado al que

condenó al pago de las costas causadas por la misma.

Recurrida en apelación dicha sentencia por el demandado don Luis Angel , la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª) desestimó el recurso e impuso las costas del mismo a la parte recurrente. Contra dicha sentencia ha interpuesto recurso de casación dicho demandado, fundado en los veintitrés motivos que se analizan a continuación.

TERCERO.- El primero de los motivos denuncia la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia por la vía del nº 2 del *artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* precedente, mientras que el tercero considera infringido, con amparo en el ordinal cuarto del mismo *artículo*, el 238-1º de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* pues, según la parte recurrente, la Audiencia debió declarar la nulidad de lo actuado por el juzgado incompetente.

Se sostiene que la competencia para conocer del asunto venía atribuida a los Juzgados de Familia por tratarse de la liquidación de la sociedad de gananciales posterior a su disolución por separación decretada judicialmente. Tal afirmación ha de ser negada por dos razones: en primer lugar, porque no se trata aquí de una alteración de lo pactado en las medidas acordadas en convenio ni de la propia liquidación de la sociedad conyugal, pues lo acordado por las partes fue proceder privadamente a la venta del inmueble si se obtenía determinado precio por él, para lo que resultaba necesario el concurso de un tercero, sin que en consecuencia se tratara de un acuerdo directamente ejecutable. El hecho de que las partes, en un plazo ya dilatado, no hayan podido obtener su propósito de venta en determinadas condiciones faculta a cualquiera de ellas para el ejercicio de la acción de división de cosa común (*artículo 400 del Código Civil*) para lo cual la competencia viene atribuida a los Juzgados de Primera Instancia; y en segundo lugar, en el proceso no sólo se ejerce la acción de división sino, además, otra de indemnización de daños y perjuicios cuyo conocimiento desde luego no habría de corresponder a los Juzgados de Familia dada la exclusividad de competencia sobre las materias que le han sido especialmente atribuidas (sentencias de esta Sala de 8 de marzo de 1993 y 24 de junio de 2004 , entre otras).

Se denuncia igualmente en el motivo segundo (*artículo 1.692-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) la inadecuación de procedimiento por entender la parte recurrente que el correcto sería el que se ha de seguir ante los Juzgados de Familia por la vía prevista en la *Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1981, de 7 de julio* , fundamentándola únicamente en la modificación de medidas por alteración sustancial de las circunstancias; tesis rechazable por lo ya razonado, además de que la modificación de medidas por alteración de circunstancias difícilmente puede referirse a lo acordado sobre la liquidación de la sociedad de gananciales y en particular sobre el destino de determinado bien que la integra pues el convenio de liquidación ganancial, dada su naturaleza, no podría ser alterado sin la voluntad conjunta de los que integraron la sociedad.

CUARTO.- Los motivos cuarto y quinto denuncian incongruencia de la sentencia con amparo en el *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y denuncian la infracción de los *artículos 359 y 24.1 de la Constitución Española* , en relación con los pronunciamientos referidos a la reconversión opuesta por el hoy recurrente. No obstante, si se tiene en cuenta que la congruencia se refiere a la adecuada correlación entre las peticiones de las partes y lo resuelto por la sentencia, es claro que no ha de apreciarse desde el momento en que la sentencia dictada por la Audiencia confirma la de primera instancia y ésta desestima íntegramente la reconversión con lo que está resolviendo sobre todas sus peticiones.

Lo que en realidad está sosteniendo la parte con la formulación de dichos motivos es la falta de motivación de la sentencia en cuanto a un aspecto de la reconversión: aquél por el que, según afirma, solicitaba que se declarara la perfección de un contrato de compraventa por la que la actora adquirió la vivienda tras la oferta que hizo mediante requerimiento notarial de fecha 13-1-92 ofreciendo al demandado el pago de doce millones y medio de pesetas por su mitad de la vivienda. Así lo incorpora al siguiente motivo sexto que denuncia al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* la infracción del 120.3 CE; el cual ha de ser rechazado, ya que, en primer lugar, en el suplico de la demanda reconversional no se incluía expresamente, como resultaba exigible, la petición de que se declarara perfeccionada la venta sino únicamente la pretensión de que se le indemnizara con los intereses legales de la cantidad de 12.500.000 pesetas desde la fecha en que la actora debió dar cumplimiento a su promesa de venta, cuestión que ni siquiera abordó directamente el Juzgado ni la Audiencia dada su absoluta falta de consistencia y razón ya que el demandado no dio contestación alguna al requerimiento de su anterior esposa que contenía tal oferta, lo que en absoluto puede interpretarse como una aceptación, y lo declarado en las instancias es que ha sido la propia conducta del demandado la que impidió llevar a cabo la compraventa en la forma inicialmente proyectada.

QUINTO.- El motivo séptimo se formula al amparo del nº 4º del *artículo 1.692 de la Ley de*

Enjuiciamiento Civil y denuncia infracción del *artículo 1.252 del Código Civil* y de la doctrina jurisprudencial sobre la cosa juzgada.

El motivo ha de ser rechazado pues aun cuando es conocida la doctrina jurisprudencial citada en el recurso que, con otras muchas sentencias, proclama la existencia de cosa juzgada cuando se den las identidades de «cosas, causas, personas de los litigantes y calidad en que lo fueron», resulta esencial para ello que el pronunciamiento judicial antecedente resuelva una controversia entre las partes, que lógicamente no podrá serlo de modo distinto con posterioridad, pero no puede predicarse tal efecto cuando las sentencias de separación y de divorcio únicamente se limitaron a aprobar un convenio que, entre otros extremos y en relación con la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se limitaba a consignar la común voluntad de los interesados de llevar a efecto la venta del inmueble fijando un precio mínimo, lo que finalmente no se ha llegado a realizar y ha dado lugar a la iniciación del presente pleito.

SEXTO.- El octavo motivo, formulado indebidamente al amparo del nº 4º del *artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, denuncia la infracción del *artículo 154-3º de la citada Ley* por incompatibilidad de ejercicio simultáneo en el mismo juicio de acciones que, con arreglo a la ley, deban ventilarse y decidirse en juicios de diferente naturaleza. El motivo ha de ser rechazado ya que parte el recurrente de la consideración de la acción que entiende debió ejercitarse y no de la efectivamente ejercitada, que es la de división de cosa común e indemnización de daños y perjuicios respecto de las que no existe incompatibilidad alguna a efectos de su acumulación.

Por otro lado se trata de una cuestión nueva no planteada en las instancias y, por tanto, inadmisibles en casación (sentencias, entre las más recientes, de 9 febrero, 10 y 30 marzo 2006).

SÉPTIMO.- El noveno de los motivos del recurso denuncia, por la vía del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, la infracción del *artículo 392 del Código Civil*, en tanto que dicha norma dispone que la comunidad de bienes se regirá por las prescripciones del Código Civil sólo a falta de contratos o de disposiciones especiales, sosteniendo la parte recurrente que en el caso existía un contrato entre las partes que excluía la aplicación de las normas legales sobre división de cosa común. Efectivamente las partes convinieron en realizar la venta del inmueble privadamente y a partir de un precio mínimo, pero una vez que ello no se ha conseguido, como claramente queda demostrado mediante la prueba practicada, por razón además de depender de un tercero (comprador), no puede descartarse la posibilidad de que cualquiera de los interesados inste la aplicación de las normas legales del Código Civil sobre división de cosa común, como así ha sucedido, pues lo contrario crearía además una situación injustamente beneficiosa para la parte que ostenta la posesión y disfrute de la vivienda, en este caso el demandado.

En consecuencia ha de ser rechazado este motivo noveno, al igual que el décimo que, con iguales razonamientos, viene a sostener la indebida aplicación de los *artículos 400 y 404 del Código Civil* dada la existencia del citado pacto entre los cónyuges e incluso el convenio entre los condueños para que se adjudicara la vivienda a uno indemnizando al otro, lo que en forma alguna puede aceptarse como cierto a la vista de la prueba practicada.

OCTAVO.- El motivo undécimo, con el mismo amparo en el *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, denuncia la infracción del *artículo 1.218 del Código Civil* y de la doctrina jurisprudencial referida al mismo sobre el valor probatorio de los documentos públicos, que hacen prueba del hecho que motiva el otorgamiento y de su fecha. Sin embargo no cabe imputar a la sentencia impugnada la infracción que se dice ya que en ningún momento declara probado que el comprador Sr. Jose Daniel compareciera en la Notaría señalada el día 24 de marzo de 1994 con cheques en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad del precio -la actora afirmó que sí lo eran para satisfacer la parte correspondiente al demandado de dicho precio- y que se haya apartado la sentencia de lo que realmente quedó acreditado en el acta correspondiente, según la cual, en la que aparecen xerocopiados los cheques, estos sumaban un total de 14.500.000 pesetas. Cosa distinta es la valoración jurídica que de ello se extrajo a los efectos pretendidos por las partes.

Por ello, también he de ser desestimado este motivo.

NOVENO.- Mediante los motivos duodécimo, decimocuarto, decimoquinto y decimosexto, siempre al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, se denuncia la infracción del *artículo 1.101 del Código Civil*, sobre el incumplimiento de la obligación de desalojo de la vivienda por el demandado, 1.281, sobre la interpretación de la cláusula quinta del convenio que preveía tal desalojo, 1.284, sobre la misma interpretación, y 1.256, en cuanto prohíbe que la validez y el cumplimiento de los contratos pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, con cita de doctrina jurisprudencial de la que precisamente se ha de desprender lo contrario de lo pretendido por el recurrente.

Establecida en la cláusula cuarta del convenio matrimonial celebrado en 1990 la voluntad conjunta de las partes de poner en venta la vivienda ganancial por un precio no inferior a 25.000.000 pesetas, la cláusula quinta contempló una situación meramente transitoria en virtud de la cual el esposo demandado quedaba en la posesión de la referida vivienda con la sola obligación de satisfacer los gastos corrientes de la misma; estipulación que claramente beneficiaba al esposo y que, sin duda, por voluntad de las partes se establecía en atención a que el plazo de ocupación sería breve. Pues bien, en el año 1992 la esposa le requirió de desalojo a fin de comprarle la mitad que le pertenecía satisfaciéndole la mitad del precio mínimo previsto (12.500.000 pesetas); propuesta que no obtuvo respuesta alguna del demandado y es dos años después, en marzo de 1994 -cuando el esposo ya ocupaba en exclusiva la vivienda común durante cuatro años- el momento en que se le hace un nuevo requerimiento de desalojo por la existencia de un comprador, a lo que se opone el demandado si no obtiene previamente la cantidad de un millón de pesetas en concepto de arras penitenciales. De ahí que la intención de los contratantes, como elemento esencial de interpretación previsto en el *artículo 1.281 del Código Civil*, y la producción de efectos a que se refiere el *artículo 1.284*, llevan a determinar que se trataba para el esposo de una obligación exigible con especial rigurosidad, dada la situación de claro beneficio que mantenía, y que no resultaba posible al mismo poner condiciones no previstas para el cumplimiento de dicha obligación. Por ello la conclusión obtenida por la Audiencia, al igual que ya había establecido el Juzgado, de que existió un incumplimiento por parte del esposo que genera responsabilidad conforme a lo dispuesto en el *artículo 1.101 del Código Civil* consistente en el pago de la diferencia del menor valor que por la venta del inmueble pudiere obtenerse en la actualidad y los intereses correspondientes de la cantidad resultante, respecto de la que en su momento pudo obtenerse si tal cumplimiento se hubiera hecho efectivo, no infringe ninguna de las citadas normas y los referidos motivos han de ser desestimados.

DÉCIMO.- El motivo decimotercero denuncia, al amparo del *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el cumplimiento de las obligaciones de hacer según la cual en estos casos la acción indemnizatoria es subsidiaria de la del cumplimiento de la obligación "in natura" o en sus propios términos, con cita de sentencias de esta Sala que se refieren a ello. Pero tal alegación carece de sentido en el caso pues, en primer lugar, aun cuando la obligación de hacer sea cumplida de modo forzoso no se excluye la posibilidad de que pueda ir acompañada de la indemnización de daños y perjuicios por su falta de cumplimiento en el tiempo oportuno (*artículo 1.101 del Código Civil*); y, en segundo lugar, carecería de sentido que la actora pretendiera ahora una simple condena del demandado al desalojo forzoso de la vivienda -que, sin duda, va unida a la de división- en lugar de la petición efectuada de indemnización por falta de cumplimiento en tiempo oportuno.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

UNDÉCIMO.- El motivo decimoséptimo, amparado en el *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, denuncia la infracción del *artículo 1.124 del Código Civil* sobre la resolución de las obligaciones recíprocas en cuanto a la desestimación de la reconvencción formulada para exigir de la actora el pago de determinadas cantidades referidas a la vivienda (186.252 pesetas por mensualidades del crédito hipotecario que existía sobre ella, los intereses de demora de tal cantidad; 72.496 pesetas por impuesto de bienes inmuebles y 11.282 pesetas por primas de seguro).

Es cierto que la sentencia de primera instancia, con argumentos íntegramente acogidos en apelación, cita como apoyo de tal solución el *artículo 1.124 del Código Civil*, pero la verdadera "ratio decidendi" es distinta. Así se razona que «ha sido la propia conducta del demandado la que ha impedido llevar a cabo la compraventa, habiendo estado disfrutando del bien durante todo el tiempo transcurrido desde el convenio regulador, en aras de un equilibrio y a fin de evitar un enriquecimiento injusto por parte del demandado en cuanto que estaría disfrutando un bien totalmente sin que la actora haya percibido merced alguna por ello». Son razones de equidad y de evitación del enriquecimiento injusto las que llevaron a desestimar tales pretensiones reconvenzionales.

Enlaza con ello la formulación del motivo vigésimo segundo que, con el mismo amparo procesal, denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto al estimarla mal aplicada, pues la jurisprudencia exige inexistencia de causa (sentencia de 12 enero 1943) y lo excluyen cuando existe un convenio válido entre las partes (sentencias de 24 mayo 1979 y 16 diciembre 1959). Pero no puede olvidarse que, en primer lugar, el convenio se estableció en contemplación de un espacio breve en que habría de procederse a la venta de la vivienda, sin que entonces pudiera preverse una ocupación tan prolongada y, en segundo lugar, el enriquecimiento injusto no se sitúa exactamente en la ocupación, pues no se solicita indemnización por ella, sino en el hecho de que con tal situación de hecho tan beneficiosa para el demandado y perjudicial para la actora, aquél hubiese de percibir además de ella las cantidades que le reclama.

Por ello el motivo ha de ser rechazado.

DUODÉCIMO.- Los motivos decimotercero al vigésimo primero, todos amparados en el *artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, denuncian sucesivamente la infracción de los *artículos 1.258, 1.262, 1.450 y 1.451 del Código Civil*, con la pretensión de que se reconozca ahora efecto vinculante para la actora al requerimiento que formuló al demandado en enero de 1992 a efectos de que desalojara la vivienda y otorgara escritura de venta de su parte a la demandante ofreciéndole ésta el pago de 12.500.000 pesetas, de modo que, según sostiene ahora el recurrente habría llegado a perfeccionarse el contrato. Sólo como argumento puramente defensivo puede admitirse tal afirmación carente del menor sustento. No sólo dejó de solicitarse expresamente en el suplico de la demanda reconvenzional tal declaración sobre la perfección del contrato, sino que además difícilmente puede considerarse existente el acuerdo de voluntades (*artículo 1.254 del Código Civil*) cuando se trató simplemente de una propuesta realizada por vía notarial por la actora al demandado, a la que éste nada contestó, y es el mismo demandado quien al contestar a la demanda (hecho sexto) califica dicho requerimiento de "a todas luces impresentable" y que "no merecía respuesta alguna", aunque ahora inexplicablemente pretenda obtener una indemnización que habría de asentarse en su eficacia.

El motivo, por ello, ha de ser desestimado.

DÉCIMOTERCERO.- Como cierre y resumen de los motivos anteriores, opone el recurrente el vigésimo tercero y último de los motivos, que ampara en el ordinal 4º del *artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* para denunciar la vulneración del *artículo 7.1 del Código Civil* denunciando la actuación de mala fe de la parte actora. Sin entrar ahora en la valoración de la conducta de cada una de las partes, baste decir, para rechazar este motivo, que tal invocación ni se contiene en la contestación a la demanda ni fue objeto de apelación, por lo que se trae como cuestión nueva a la casación donde resulta por ello inadmisibile (sentencias, ya citadas, de 9 febrero, 10 y 30 marzo 2006). Además, la sentencia citada de 30 de marzo de 2006 señala que la ausencia o presencia de buena fe es cuestión de hecho, no discutible en casación si no se desvirtúan los elementos de hecho de los que el juzgador de instancia extrajo su juicio.

Por ello, también ha de ser desestimado este último motivo.

DÉCIMOCUARTO.- Rechazados los anteriores motivos, procede la desestimación del presente recurso con imposición a la parte recurrente de las costas del mismo y la pérdida del depósito constituido para su interposición (*artículo 1.715, apartado 3, de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil*).

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

FALLAMOS

Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Luis Angel contra la sentencia de fecha veintiocho de julio de mil novecientos noventa y nueve dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Quinta, en autos de juicio de menor cuantía número 404/94 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de dicha ciudad por doña María Luisa contra el hoy recurrente y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución con imposición a la parte recurrente de las costas del presente recurso y acordamos la pérdida del depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, 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.