

Id Cendoj: 28079110012008101156  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1463/2003  
Nº de Resolución: 1123/2008  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

DIVISIÓN DE INMUEBLE EN COPROPIEDAD. Se mantiene el uso acordado a la ex esposa y a los hijos a pesar de la división. El ejercicio de la facultad de pedir la división no constituye un acto de disposición que requiera el consentimiento del otro cónyuge copropietario.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, por Dª. Magdalena , representada por la Procurador de los Tribunales Dª. Nuria María Calvo Boizas, contra la Sentencia dictada, el día 14 de abril de 2003, por la referida Audiencia, en el rollo de apelación nº 124/03, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valladolid, en el procedimiento ordinario nº 404/02. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de D. Juan Carlos , en calidad de recurrido. Asimismo comparece el Procurador D. Roberto Primitivo Granizo Palomeque, en nombre y representación de Dª. Magdalena , en concepto de recurrente.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valladolid, interpuso demanda de juicio ordinario, D. Juan Carlos , contra Dª. Magdalena . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "...dictar sentencia estimatoria de la demanda, declarando la procedencia de la venta en pública subasta del bien descrito en el hecho primero de esta demanda que tienen demandante y demandada, para salir de la indivisión, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y sus efectos, repartiendo el producto de la venta entre demandante y demandada por mitades e iguales partes, así como al pago de las costas procesales".

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de Dª. Magdalena mediante el oportuno escrito los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte Sentencia por la que se desestime la demanda". Asimismo formuló demanda reconvenicional contra D. Juan Carlos , en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, para terminar suplicando: "...se dicte sentencia por la que se condene al reconvenido a abonar a mi representada la cantidad de 620,47 euros, más los intereses legales correspondientes, así como al pago de las costas procesales de esta reconvenición".

Contestada la demanda se acordó conferir traslado de la reconvenición al actor, contestando a la misma mediante el oportuno escrito, en el que se alegan los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...dictar sentencia estimatoria de la demanda reconvenicional sin imposición de costas".

Contestada a la demanda reconvenicional se acordó convocar a las partes a Audiencia Previa, señalándose día y hora para llevar a efecto la misma, la que tuvo lugar en el día y hora señalado, practicándose la prueba que previamente fue declara pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Valladolid dictó Sentencia, con fecha 11 de diciembre de 2002 y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Juan Carlos representado por el Sr. Blanco Urzaiz contra Magdalena representada por la Proc. Sra. Valvo Boizas, debo declarar y declaro la procedencia de la venta en pública subasta del piso objeto de autos y de sus anejos, si bien, pese a dicha venta sigue sobre ellos constituido el derecho de uso y disfrute de la demandada en tanto subsista (excepto en la plaza de garaje), condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y sus efectos, repartiendo el producto de la venta entre las partes por mitades e iguales partes, sin perjuicio del derecho de la demandada de embargar la cantidad correspondiente al actor por las deudas que éste tenga respecto de aquella; que, por otra parte, estimando íntegramente la demanda reconvenicional formulada por Magdalena frente Juan Carlos debo condenar y condeno al demandante-reconvenido a pagar a la demandada reconviniente la cantidad de SEISCIENTOS VEINTE EUROS CON CUARENTA Y SIETE CÉNTIMOS (620,47 euros) cantidad que devengará el interés legal correspondiente desde la fecha de interposición de la demanda, y todo ello sin especial imposición de las costas procesales causadas".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Juan Carlos . Sustanciada la apelación, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó Sentencia, con fecha 14 de abril de 2003 , con el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Juan Carlos , debemos revocar y revocamos la sentencia de 11 de diciembre de 2002 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Valladolid , y estimando íntegramente la demanda, debemos acordar y acordamos que procede declarar la procedencia de la venta en pública subasta del bien descrito en el hecho primero de la demanda, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y sus efectos, repartiendo el producto de la venta entre demandante y demandada por mitades e iguales partes, con expresa condena a la demandada en las costas procesales de la instancia y sin especial declaración en la alzada. Se ratifica la sentencia en cuanto a la reconvenición".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por la representación de Dª Magdalena contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por la Procuradora Dª Nuria María Calvo Boizas lo interpuesto ante dicha Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

Único: Al amparo de lo dispuesto en el *artículo 477 incisos 1 y 2.º* de la LEC, infracción de los *artículos 96, 1281, 1282, 1256 y 1320 del Código Civil* , así como el *artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Por resolución de fecha 10 de junio de 2003 la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de D. Juan Carlos , en calidad de recurrido. Asimismo se persono el Procurador D. Roberto Primitivo Granizo Palomeque, en nombre y representación de Dª Magdalena , en concepto de recurrente. Por Auto de fecha 22 de mayo de 2007, la Sala acuerda: "1.- NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DOÑA Magdalena contra la Sentencia dictada con fecha 14 de abril de 2003, por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª), en el rollo de apelación 124/03, dimanante de los autos de juicio ordinario 404/2002 del Juzgado de PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 9 DE VALLADOLID, RESPECTO DE LOS FUNDAMENTOS PRIMERO, CUARTO Y QUINTO DEL MOTIVO ÚNICO del escrito de interposición. 2.- ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la indicada parte recurrente, contra la mencionada Sentencia, respecto de los FUNDAMENTOS SEGUNDO y TERCERO DEL MOTIVO ÚNICO del escrito de interposición". Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de D. Juan Carlos , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

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

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. Dª. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. D. Juan Carlos y Dª Magdalena se habían separado en 1998. Ambos eran propietarios de una vivienda sita en Valladolid, con los trasteros y una plaza de garaje. El uso y disfrute de la vivienda en cuestión fue atribuido a Dª Magdalena , en virtud de los pactos del convenio homologado en la sentencia, a

quien se había atribuido la guarda y custodia de los hijos.

D. Juan Carlos demandó a su esposa, pidiendo la división del inmueble y su venta en pública subasta, con el reparto de lo obtenido por partes iguales. D<sup>a</sup> Magdalena reconoció que nunca había negado el derecho a dividir la copropiedad, pero insistió en que la vigencia del derecho de uso y disfrute hacía imposible la venta en pública subasta con presencia de licitadores extraños, por lo que solicitó la desestimación de la demanda. Al mismo tiempo formuló demanda reconvenzional, pidiendo el pago de una cantidad que debía su esposo, a lo que éste se allanó.

La sentencia del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 9 de Valladolid, de 11 diciembre 2002 , estimó parcialmente la demanda. Se señala que debe prosperar la petición de que se venda en pública subasta el piso y sus anejos, si bien con la limitación de que a pesar de la venta, debe quedar indemne el derecho de uso y disfrute que ostenta la demandada, porque si bien se puede pedir la división de la cosa común, ello no afecta a la subsistencia del derecho de uso, que corresponde a su titular en virtud de la sentencia de divorcio, atribuido a la esposa demandada y a los hijos.

Apeló dicha sentencia el marido demandante. La sentencia de la sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 14 abril 2003 , estimó el recurso. Considera la sentencia que ahora se recurre que la apelada es incongruente, porque se hace mención de los trasteros y el garaje que no figuraron en la demanda. Añade respecto del derecho de uso, que "es un derecho que está ahí y que nadie discute. Será un elemento a introducir en el momento de la celebración de la subasta, al igual que si existen hipoteca gravámenes, arrendamiento, etc.[...]". Declara la procedencia de la venta en pública subasta de la vivienda que pertenece por mitad a ambos cónyuges, repartiéndose por mitad el producto de la misma.

D<sup>a</sup> Magdalena presenta recurso de casación, con un único motivo, pero dividido en cinco fundamentos. El auto de esta Sala de 22 mayo 2007 admitió sólo los fundamentos segundo y tercero.

SEGUNDO. En la fundamentación general del motivo único del recurso presentado, la recurrente señala la vulneración de los *artículos 96, 1281, 1282, 1256 y 1320 CC* , así como del *Art. 222 LEC*. *Al haberse inadmitido los fundamentos primero y cuarto* del recurso de casación, la norma infringida se centra en el *art. 96 CC* .

Así la argumentación del segundo motivo, aunque no cita ningún artículo como directamente infringido, considera que se ha vulnerado el *artículo 96 CC* y la jurisprudencia, identificada en las sentencias de esta Sala de 2 diciembre 1992, 14 julio y 18 octubre 1994, a las que han seguido con criterio similar las de 16 diciembre 1995, 3 mayo 1999 , según las que el ejercicio del derecho a la división, amparado en el *artículo 400 CC* , ha de llevarse a cabo respetando la eficacia de la atribución judicial de la vivienda, efectuada de acuerdo con el *artículo 96 CC* . Señala la recurrente que "la atribución del uso de la vivienda familiar en causa matrimonial no impide el ejercicio de la acción de división de cosa común, siempre y cuando, en la sentencia que la acoja, se garantice aquel derecho, impidiendo que las personas que ocupan la vivienda familiar por atribución judicial puedan ser desalojadas en tanto persistan las circunstancias tomadas en consideración para su atribución". Por ello concluye que "la decisión adoptada por la sentencia impugnada, al acordar la procedencia de la venta en pública subasta de la vivienda familiar sin establecer las preceptivas medidas que garanticen la subsistencia del derecho de uso y disfrute concedido por la sentencia judicial de separación a la demandada y a los hijos comunes de las partes, transgredió el criterio jurisprudencial apuntado, y, en consecuencia, supone una flagrante infracción del *artículo 96 CC* ".

El motivo se estima.

Es jurisprudencia constante de esta Sala, entre cuyas sentencias se incluyen las que cita la recurrente como infringidas, que se mantiene el derecho de uso sobre la vivienda a pesar de la división de la cosa común; la persona a quien dicho uso se atribuyó en la sentencia de separación o divorcio tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes mientras subsista la situación que dio lugar a la atribución de dicho uso (SSTS de 2-12-1992, 14-7 y 18-10-1994, 16-12-1995, 3-5-1999, 26-4-2002, 28-3-2003 y 27-11-2007 , entre otras). La sentencia recurrida difiere de lo dicho por la jurisprudencia de esta Sala en la interpretación del *art. 96 CC* cuando se ejercita la acción de división. Esta Sala ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 400 CC* y el mantenimiento de los derechos derivados del *artículo 96 CC* , de manera que la sentencia de 8 mayo 2006 afirma que [...] "la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes. Así la sentencia de 27 de diciembre de 1999, citando en igual sentido las anteriores de 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999,

afirma que «la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa». La misma sentencia añade posteriormente que «si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne (..) y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó». En igual sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencia más reciente de 28 de marzo de 2003 ».

Por tanto, al no declarar la sentencia recurrida que el derecho de uso se mantenía a pesar de la división del piso, con venta en pública subasta, aunque indirectamente lo considera existente, ha vulnerado la jurisprudencia de esta Sala.

No es aceptable la alegación del recurrido, que señala que la recurrente no pidió expresamente el mantenimiento de este derecho en la contestación a la demanda. Aunque no se diga, se mantiene el derecho de uso mientras subsista la situación que provocó la atribución a uno de los antiguos cónyuges, pero ello no impide la venta en pública subasta.

TERCERO. Según el tercer fundamento del recurso, se ha infringido lo dispuesto en el *artículo 222.4 LECiv* en relación con la cosa juzgada y el *artículo 96 CC* in fine, en relación con la disposición de los bienes comunes una vez decretada la separación. Dice la recurrente que el *art. 96 CC* exige o bien el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o la autorización judicial, protección que "se articula en beneficio del cónyuge, aunque éste no sea titular de la vivienda familiar, de modo que el cónyuge separado, titular del 100% del inmueble cuyo uso se haya atribuido al otro cónyuge, no puede disponer de su derecho de propiedad sobre el mismo", por lo que no puede admitirse que la demandada pierda esta garantía al ser titular sólo del 50% del inmueble.

El motivo no se estima.

La razón fundamental de la desestimación de este motivo radica en que el *art. 400 CC* establece una regla taxativa que no tiene ninguna excepción cuando se trata de la división de un bien que pertenece a unas personas que lo habían adquirido durante el matrimonio por su condición de cónyuges y que a pesar de la disolución, siguen siendo copropietarios y es que cualquiera de los condóminos puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común al no estar obligados a permanecer en tal situación, salvo el pacto de indivisión por diez años (*art. 400.2 CC*). En los casos en que uno de los copropietarios ejercita la facultad de dividir, de acuerdo con el *Art. 400 CC*, no se plantea ninguna cuestión relacionada con la facultad de disposición del no usuario, porque lo único que pide es la división y no dispone de su cuota. Por otra parte, la propia recurrente había manifestado en la contestación a la demanda, que no se oponía a la división. Además, confirmado que el derecho de uso se mantiene a pesar de la venta en pública subasta, son inútiles las consideraciones que hace la recurrente en relación con la existencia o no de cosa juzgada, que no concurre.

CUARTO. La estimación del segundo motivo del recurso de casación presentado por la representación procesal de D<sup>a</sup> Magdalena contra la sentencia de la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 14 abril 2003 comporta la estimación parcial del recurso y la anulación del fallo de dicha sentencia, con la confirmación de la del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 9 de Valladolid, de 11 diciembre 2002, que estimó parcialmente la demanda.

QUINTO. La estimación parcial del recurso implica la no imposición a ninguna de las partes de las costas ocasionadas por el presente recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el *artículo 398.2 LECiv/2000*. Se imponen las costas de la segunda instancia a D. Juan Carlos .

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

**FALLAMOS**

1º Ha lugar en parte al recurso de casación instado por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Magdalena , contra la Sentencia de la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valladolid, de catorce de abril de dos mil tres , cuyo fallo dice: "Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Juan Carlos , debemos revocar y revocamos la sentencia de 11 de Diciembre de 2002 dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 9 de Valladolid , y estimando íntegramente la demanda, debemos acordar y acordamos que procede declarar la procedencia de la venta en pública subasta del bien descrito en el hecho primero de la demanda, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y sus efectos, repartiendo el producto de la venta entre demandante y demandada por mitades e iguales partes, con expresa condena a la demandada en las costas procesales de la instancia y sin especial declaración en la alzada. Se ratifica la sentencia en cuanto a la reconvencción".

2º Se casa y anula el fallo de la Sentencia recurrida.

3º Se confirma la Sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> instancia nº 9 de los de Valladolid, de 11 de diciembre de 2002 , cuyo fallo dice: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Juan Carlos representado por el Proc. Sr. Blanco Urzaiz contra Magdalena representada por la Proc. Sra. Calvo Boizas, debo declarar y declaro la procedencia de la venta en pública subasta del piso objeto de autos y de su anejos, si bien, pese a dicha venta sigue sobre ellos constituido el derecho de uso y disfrute de la demandada en tanto subsista (excepto en la plaza de garaje), condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y sus efectos, repartiendo el producto de la venta entre las partes por mitades e iguales partes, sin perjuicio del derecho de la demandada de embargar la cantidad correspondiente al actor por las deudas que éste tenga respecto de aquella; que, por otra parte, estimando íntegramente la demanda reconvenicional formulada por Magdalena frente a Juan Carlos , debo condenar y condeno demandante-reconvenido a pagar a la demandada reconviniente la cantidad de SEISCIENTOS VEINTE EUROS CON CUARENTA Y SIETE CENTIMOS (620,47 euros) cantidad que devengará el interés legal correspondiente desde la fecha de interposición de la demanda, y todo ello sin especial imposición de las costas procesales causadas".

4º No se hace especial declaración de costas del recurso de casación.

5º Se imponen las costas de la apelación al apelante D. Juan Carlos .

Líbrense 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. D<sup>a</sup>. 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.