

Id Cendoj: 28079110012010100161
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1073/2006
 Nº de Resolución: 186/2010
 Procedimiento: Casación
 Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN x
- x SEPARACIÓN DE BIENES x
- x VIVIENDA HABITUAL (RÉGIMEN MATRIMONIAL) x
- x SUBASTA x

Resumen:

Extinción de condominio de dos personas casadas en su día en régimen de separación de bienes. División material o física del objeto de condominio. Doctrina jurisprudencial sobre la división de la cosa común.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Marzo de dos mil diez.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el demandado D. Gervasio , representado ante esta Sala por la Procuradora D^a Mercedes Albi Murcia, contra la sentencia dictada con fecha 6 de marzo de 2006 por la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación nº 990/05 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 571/04 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Quart de Poblet, sobre división de cosa común. Ha sido parte recurrida la demandante D^a Custodia , representada por la Procuradora D^a María Isabel Ramos Cervantes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de noviembre de 2004 se presentó demanda interpuesta por D^a Custodia contra D. Gervasio solicitando se dictara sentencia por la que se declarase: "1º.- *Haber lugar a la división de la comunidad y consiguiente extinción del condominio que ostentan mi mandante y el demandado sobre todos los bienes que han sido descritos en el hecho primero de esta demanda.*

2º.- *Se acuerde en consecuencia la venta de las referidas fincas en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, y el producto obtenido en la misma se lo repartan los litigantes por iguales partes, sin perjuicio, en su caso, de la deducción de los gastos que hayan sido satisfechos justificadamente sobre las fincas.*

3º.- *Y en consecuencia y en cualquier caso se condene al demandado a estar y pasar por estas declaraciones y a llevar a cabo las actuaciones necesarias para proceder a la división solicitada en la forma que se estime, con expresa imposición de las costas del procedimiento al demandado, aún cuando se allane a esta demanda."*

SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Quart de Poblet, dando lugar a los autos nº 571/04 de juicio ordinario, y emplazado el demandado, éste compareció y contestó a la demanda solicitando se dictara sentencia por la que "accediendo a la extinción del condominio de las partes respecto de los bienes que constituyen las Fincas Registrales NUM000 y NUM001 del Registro de la Propiedad nº 2 de Paterna, se declare sin embargo no haber lugar a la venta en pública subasta de las

citadas fincas, y en su lugar se acuerde proceder a la división física de las fincas:

- **CON CARÁCTER PRINCIPAL**, conforme a la Propuesta de División atendiendo a criterios de divisibilidad física que propone el Arquitecto Sr. Amadeo en el Apartado 5º de su Informe -aportado como Documental nº 13 de este Escrito-, adjudicando en cualquier caso la Parcela "A" resultante a mi mandante, con la indemnización económica para la actora que en tal caso prevé el Sr. Perito.

- **CON CARÁCTER SUBSIDIARIO**, conforme a cualquiera de las dos opciones que como Propuesta de División atendiendo a criterios de divisibilidad económica propone el Arquitecto Don. Amadeo en el Apartado 4º de su Informe, adjudicando en cualquier caso y siempre la Parcela "A" resultante a mi mandante, en este caso sin que proceda indemnización económica alguna.

Y todo ello con expresa condena en las costas de este procedimiento a la actora, aun cuando la sentencia contemple una estimación parcial de la demanda, por haber estimado al amparo del artículo 394.2 de la LEC, temeridad en su actuación".

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la Sra. Juez del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 26 de julio de 2005 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "Que estimando íntegramente la demanda formulada por Dña. Custodia contra D. Gervasio, debo declarar y declaro el derecho de las partes a la disolución de la comunidad y consiguiente extinción del condominio sobre las fincas de referencia en el antecedente de hecho primero, procediendo la venta en pública subasta de las mismas con reparto del precio obtenido entre los comuneros en proporción a las cuotas que sobre la finca ostenta. Haciendo expresa imposición de costas a la parte demandada".

CUARTO.- Interpuesto por el demandado contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 990/05 de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dicho tribunal dictó sentencia en fecha 6 de marzo de 2006 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo al recurrente las costas de la apelación.

QUINTO.- Anunciado recurso de casación por el demandado-apelante contra la sentencia de apelación, el tribunal de instancia lo tuvo por preparado, a continuación de lo cual dicho litigante lo interpuso ante el propio tribunal articulándolo en cinco motivos.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de las Procuradoras mencionadas en el encabezamiento, se dictó auto, con fecha 11 de noviembre de 2008, admitiendo el recurso únicamente por sus motivos segundo y tercero e inadmitiéndolo por los restantes.

SÉPTIMO.- De los motivos admitidos, uno (segundo del escrito de interposición) se funda en infracción del art. 404 CC y el otro (tercero del mismo escrito) en infracción de los arts. 18.2 y 47 CE.

OCTAVO.- La parte actora-recorrida presentó escrito de oposición al recurso impugnando sus dos motivos y solicitando su desestimación total con imposición de costas al recurrente.

NOVENO.- Por providencia de 28 de enero del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de marzo siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco **Marin** Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El presente recurso de casación versa sobre la extinción del condominio entre dos personas, casadas en su día en régimen de separación de bienes, sobre una superficie de tierra constitutiva de dos fincas registrales de una misma urbanización y pertenecientes por mitad a ambos condóminos, existiendo en una de las fincas registrales una vivienda terminada, habitable y habitada por uno de los condóminos y en la otra una vivienda en construcción de la que sólo está levantada la estructura.

La demanda fue interpuesta por la mujer contra el marido, tres años después de su separación de hecho, pidiendo la división de la comunidad y consiguiente extinción del condominio mediante la venta de las fincas en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, y reparto del producto obtenido entre los litigantes por partes iguales, alegándose que la división física disminuiría considerablemente el valor de las fincas y que había sido imposible llegar a un acuerdo con el demandado. Éste, por su parte, contestó a la

demanda aceptando la extinción del condominio pero oponiéndose a la venta en pública subasta porque en su opinión las fincas eran divisibles según el informe de arquitecto que aportaba, con base en el cual, sin formular reconvencción, proponía dos posibilidades de división material o física, una principal con compensación económica a la actora y otra subsidiaria sin indemnización económica alguna, aunque siempre con la condición de que al demandado se le adjudicara la parcela en la que se encontraba la casa terminada y habitada por él junto con el hijo común de ambos litigantes.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda razonando que el demandado no había formulado reconvencción y por tanto no podían acogerse sus propuestas; que si bien las fincas no eran físicamente indivisibles ni quedarían inservibles si se dividieran, sí era necesaria, para evitar una pérdida considerable de su valor, agregarlas para proceder después a su segregación, *"lo que alcanzaría un elevado coste, dependiendo además en su realización de las licencias del Ayuntamiento, y no resulta posible obligar a todos los comuneros a pechar con inciertos y costosos trámites administrativos"*; que por tanto se daba una indivisibilidad jurídica por lo antieconómico de la división física, pues el demandado no había probado que cada porción resultante *"supondría un beneficio tal para cada una de las partes divididas por la importante revaloración que experimentarían, que dejarían en mal lugar el principio de antieconomicidad"*; y en fin, que no había prueba de que la vivienda habitada por el demandado fuera vivienda familiar y por tanto no era aplacible el art. 1320 CC en cuanto a la necesidad de autorización judicial.

Interpuesto recurso de apelación por el demandado, el tribunal de segunda instancia lo desestimó y confirmó la sentencia apelada. Razones de su fallo son, en esencia, las siguientes: 1) Las propuestas del demandado no eran atendibles porque con arreglo al art. 406 LEC tendría que haber formulado reconvencción al tener aquellas una conexión directa con la demanda y ser necesaria la reconvencción para toda pretensión distinta de la mera absolución de la demanda; 2) tampoco había considerado el demandado que sus propuestas tuvieran el carácter de una reconvencción implícita a tramitar como tal, pues ni tan siquiera había interesado nulidad de actuaciones; 3) en consecuencia, la única cuestión litigiosa a examinar quedaba reducida a si los inmuebles eran o no susceptibles de división; 4) como el objeto del condominio eran dos fincas jurídicamente independientes y no un patrimonio conjunto, debían considerarse indivisibles materialmente ante la dificultad intrínseca de su separación en dos partes iguales, pues en las fincas registrales se encontraban diferentes construcciones no homogéneas y la habitada por el demandado no podía dividirse; 5) prueba de ello es que el propio demandado, ante la dificultad de dividir materialmente las fincas en su consideración individual y por las construcciones existentes sobre las mismas, pretendía su unión para luego segregaras de forma distinta, *"manteniendo en todo cada edificación entera dentro de uno u otro nuevo terreno, en función de su eventual aprovechamiento, para su división, a su vez, en parcelas"*; 6) no se podía obligar a uno de los condóminos a unir en uno solo los dos terrenos diferentes para luego permitir dividirlos, *"de manera incierta jurídicamente y a expensas de la realización de una serie de trámites hasta la consecución final del objetivo, como tampoco a percibir una indemnización como parte del minusvalor de la porción que se le pueda adjudicar"*; 7) a falta de acuerdo entre los litigantes, que por demás podía alcanzarse en cualquier momento, lo procedente era, conforme al art. 404 CC, la venta en pública subasta; 8) además, el demandado no tenía ningún título de atribución de la vivienda que le diera preferencia sobre la parcela en que ésta se encuentra, y *"se desconoce la influencia última del impacto del planeamiento urbanístico cuando no existe un estudio específico al efecto, lo que puede influir tanto en lo que se refiere a la valoración de las fincas resultantes, a efectos de poder equiparar las mismas, como de la posibilidad de unir y segregar, y en su caso parcelar, las mismas"*; 9) finalmente, excedía del principio *iura novit curia* el alcance de *"los costes concretos de las actividades necesarias para la unión y segregación de fincas, que se calculan por primera vez en apelación por el recurrente en la suma de 9.095'88 euros, a cuyo efecto hubiera sido preciso la oportuna alegación y demostración mediante prueba adecuada"*.

SEGUNDO .- Contra la sentencia de apelación recurrió en casación el demandado mediante cinco motivos, el primero de los cuales denunciaba infracción del art. 406 LEC por haber exigido la sentencia impugnada reconvencción para entrar a conocer de las propuestas de división contenidas en la contestación a la demanda. Sin embargo ese primer motivo fue inadmitido en su momento por esta Sala, junto con otros dos, por plantear una cuestión propia del recurso extraordinario por infracción procesal, como ciertamente es la relativa a la necesidad o no de reconvencción para conocer de peticiones del demandado distintas de su mera absolución de la demanda. En consecuencia no cabe ya volver sobre la misa cuestión, y tampoco plantea el recurrente si, para el caso de mantenerse la indivisibilidad, la venta debe hacerse por un procedimiento distinto de la pública subasta con admisión de licitadores extraños.

TERCERO .- Así las cosas, los dos únicos motivos admitidos del recurso pueden y deber estudiarse conjuntamente porque su objetivo común es que se acuerde la división material o física del objeto del condominio conforme a las propuestas, una principal y otra subsidiaria, contenidas en la contestación a la

demanda. Para ello uno de los motivos se funda en infracción del *art. 404 CC* por no ser procedente acudir a la pública subasta cuando las fincas no resulten esencialmente indivisibles; y el otro se funda en infracción del *art. 40 CC* en relación con los *arts. 18.2 y 47* de la Constitución porque, partiendo de la divisibilidad de las fincas, el recurrente tendría "*un plus o prius de atribución*" respecto del lote en el que se encuentra la vivienda terminada en la que tiene su residencia habitual y por tanto su domicilio. Pues bien, ambos motivos han de ser necesariamente desestimados porque, firme el pronunciamiento de naturaleza procesal sobre la necesidad de reconvencción para pretensiones del demandado distintas de su absolución de la demanda, el recurso de casación nunca podría alcanzar el objetivo pretendido, y en tal caso, admitida desde el primer momento por el demandado-recurrente la extinción del condominio, sustituir la venta por una división de la cosa común fundada pura y simplemente en no ser ésta esencialmente indivisible comportaría el riesgo de que a aquél no se le adjudicara la parte en que se encuentra la casa que habita y, entonces, se diera el contrasentido de ser la solución del pleito contraria a los intereses de ambas partes. Y es que el demandado, especialmente mediante el motivo fundado en infracción del *art. 40 CC* en relación con los *arts. 18.2 y 47* de la Constitución, persiste en el error, mantenido desde su contestación a la demanda hasta ahora, de arrogarse un derecho preferente frente al otro comunero, es decir la demandante, sobre la vivienda totalmente edificada y habitada por él junto con el hijo común de ambos litigantes, cuando en realidad carece de título de atribución alguno que le permita servirse de la cosa común con exclusión del otro condómimo en contra de lo que disponen los *arts. 394 y 398 CC* y lo que declaran tanto las sentencias de esta Sala de 30 de noviembre de 1988 y 23 de marzo de 1991 como la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 1994 según la cual la cuota no atribuye un derecho exclusivo al uso de la vivienda, no habiendo mediado tampoco en este caso ninguna resolución judicial de atribución de la vivienda que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala representada por la sentencia de 3 de diciembre de 2008 (rec. 1463/03) y las que en ella se citan, obligue a respetar el derecho de uso sobre la vivienda a pesar de la división.

En suma, no hay infracción alguna del *art. 40 CC* porque la sentencia recurrida no niega que el recurrente tenga su domicilio en la vivienda de que se trata por ser el lugar de su residencia habitual; tampoco hay infracción del *art. 18.2* de la Constitución porque la acción de división de la cosa común ejercitada por un comunero contra otro nada tiene que ver con la inviolabilidad del domicilio frente a las injerencias de los poderes públicos; y en fin, menos aún la hay del *art. 47* de la Constitución, ya que el derecho a una vivienda digna puede hacerse valer frente a los poderes públicos pero no frente a un condómimo que tiene sobre la vivienda en cuestión exactamente los mismos derechos que el demandado-recurrente, de suerte que, a falta de acuerdo, la mera tolerancia de la demandante para que aquél resida en la vivienda no constituye, como declara la sentencia de 3 de febrero de 2005 (rec. 3544/98), el título de atribución definitiva que en el recurso se pretende. Lejos de ello, la sentencia de 14 de julio de 2003 (rec. 3490/97) ya señaló la improcedencia de un proyecto de división que satisfacía los intereses particulares de los recurrentes "de seguir viviendo en la casa que habitan pero que ignora tanto el legítimo interés de los demandantes en una división igualitaria como el desmerecimiento económico que supondría la división"; la sentencia de 25 de junio de 2008 (rec. 1111/01) rechaza que por "consideraciones conceptualistas" quepa prolongar la situación beneficiosa del coheredero que ocupa la vivienda que constituye el principal bien de la herencia litigiosa; y en fin, la sentencia de 14 de diciembre de 2007 (rec. 4648/00) declara que la voluntad de uno de los partícipes no puede imponer, "en contra de los intereses comunes, una solución claramente perjudicial desde el punto de vista económico". Por su parte la sentencia de 27 de diciembre de 1994 (rec. 3031/91) rechazó que la subasta como medio de salir de una situación de indivisión fuera contraria a la Constitución por el hecho de que su *art. 33.3* impida que nadie pueda ser privado de sus bienes sin procedimiento expropiatorio, y lo mismo declara la sentencia de 17 de noviembre de 2003 (rec. 1646/98), añadiendo, además, que si del proyecto de división del objeto del condominio resultan dos lotes no homogéneos por incluirse en uno de ellos la vivienda de mayor valor, lo procedente es "acordar la venta de la finca en su totalidad en pública subasta, conforme autoriza el *artículo 404 del Código Civil*".

De todo ello se deriva la falta de consistencia del otro motivo del recurso, fundado precisamente en infracción de dicho *art. 404 CC* , pues aun cuando sean discutibles algunas consideraciones de la sentencia recurrida sobre la falta de un patrimonio conjunto por ser objeto del condominio dos fincas registrales diferentes, ya que por el contrario la sentencia de esta Sala de 2 de noviembre de 2009 (rec. 1833/05) declara que el objeto de la división es la finca real y no la registral, sí es indiscutible, de un lado, que los proyectos de división propuestos por el demandado-recurrente exigían una agrupación registral y posterior segregación de resultado incierto, al precisar en cualquier caso de las correspondientes autorizaciones administrativas urbanísticas, comportando gastos excesivos que no cabe imponer a uno de los comuneros (SSTS 3-2-05 en rec. 3544/98 y 7-7-06 en rec. 3990/99), y por ende, no garantizando la decisión judicial, por sí sola, la efectividad de la división proyectada (STS 30-4-99 en rec. 2165/04); y de otro, que en definitiva, ante la falta de acuerdo entre los comuneros para dividir el objeto del condominio compensando económicamente a uno de ellos, la única solución posible es la venta, pues como señala la sentencia de 3

de febrero de 2005 , ya citada, "la divisibilidad de una comunidad no está en función del interés y apreciación subjetiva de una parte, que no puede pretender un criterio de divisibilidad que no conste de respuesta de igualdad objetiva a las respectivas cuotas", de suerte que ante la falta de acuerdo de los interesados es ajustada a derecho la decisión judicial que ordena la división en pública subasta porque los tribunales no pueden imponer soluciones que requieren el acuerdo de las partes", razón esta última contenida también en las sentencias de 7 de julio de 2006 (rec. 3990/99) y 1 de abril de 2009 (rec. 1056/04).

CUARTO .- Desestimados los dos motivos del recurso procede, conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1 , todos de la LEC, confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas al recurrente.

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

FALLAMOS

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por el demandado D. Gervasio , representado ante esta Sala por la Procuradora Dª Mercedes Albi Murcia, contra la sentencia dictada con fecha 6 de marzo de 2006 por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación nº 990/05.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco **Marin** Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Encarnacion Roca Trias.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco **Marin** Castan, 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.