

Id Cendoj: 28079110012010100744
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1027/2007
 Nº de Resolución: 793/2010
 Procedimiento: Casación
 Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x INDIVISIBILIDAD FÍSICA x
- x RECURSO DE CASACIÓN CIVIL x
- x PRESCRIPCIÓN x
- x COSTAS PROCESALES x

Resumen:

División de cosa común. Finca urbana materialmente indivisible. Características de la comunidad de bienes. Carácter imprescriptible de la acción de división de la cosa común.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil diez.

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 Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 377/04 , seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de **Alcázar** de San Juan; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Ana y doña Gloria , representadas ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Jesús Aguilar España; siendo parte recurrida don Jesus Miguel , don Bruno , don Fulgencio y don Maximo , representados por la Procuradora de los Tribunales doña Alicia Casado Deleito. Autos en los que también han sido parte don Carlos Antonio y don Aurelio que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de don Jesus Miguel , don Bruno , don Fulgencio y don Maximo contra doña Ana , doña Gloria , don Carlos Antonio y don Aurelio .

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 que declare: 1.- La extinción de la situación de pro indiviso sobre la finca urbana descrita en el cuerpo de este escrito.- 2.- La condición indivisible de la finca, cosa común.- 3.- A falta de convenio entre partes, ordene que, en ejecución de sentencia, salga a subasta la finca, con el tipo que se tase pericialmente en periodo probatorio, en la que, con intervención de las partes que puedan hacer posturas en calidad de ceder el remate a tercero, y admisión de licitadores extraños, habiéndose publicitado edictos con advertencia de los derechos de los condóminos, y del producto de la venta hacer reparto entre las partes en proporción a sus respectivas participaciones en la finca.- 4.- La imposición de las costas del juicio a la parte demandada, si se opusiera a convenir.*"

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Carlos Antonio 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, en definitiva, se "*... dicte sentencia donde se reconozca: 1º La plena conformidad y consiguiente allanamiento de esta parte a lo solicitado en el suplico de la demanda,*

esto es: - A la extinción de la situación de proindiviso sobre la finca urbana objeto de este procedimiento.- A la condición indivisible de la finca.- A que la falta de convenio entre las partes, ordene que en ejecución de sentencia salga a subasta la finca, tal y como pide la actora en su demanda.- 2º Absolver a mi representado de lo pedido en el otrosí primero digo de la demanda en virtud de los anteriores hechos y razonamientos y todo ello con expresa condena en costas a la parte actora."

La representación procesal de doña Gloria , doña Ana y don Aurelio contestó asimismo la demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado que se dicte "... sentencia por: 1.- La que se declare la divisibilidad de la finca en dos mitades, exclusión hecha del local de negocio ya propiedad de las demandadas.- 2.- La divisibilidad de la finca en dos mitades iguales sin hacer abstracción de la propiedad del local, como perteneciente a las hermanas demandadas y ello para el caso de no estimarse la inicial petición.- 3.- Declarar la divisibilidad de la finca en dos partes, correspondiendo una de ellas cinco octavas partes y a la otra, tres octavas partes, dejando a salvo como en los supuestos precedentes la propiedad del local.- 4.- Que para el supuesto que no sea posible conforme al informe pericial la división de la finca en las dos posibilidades que se contiene en los anteriores pedimentos, se decrete el término del condominio mediante la celebración de la correspondiente subasta conforme al informe pericial en que se tase la finca.- 5.- Que en cualquiera de todos los casos que se mencionan, debe declararse subsistente el derecho de arrendamiento sobre la porción de casa destinada desde el año 1979 a local de peluquería, sin perjuicio del ejercicio de la correspondiente acción que se ejercitará para la nulidad parcial de la Escritura de Adjudicación de Bienes por el fallecimiento de su madre.- 6.- Imponer las costas a la parte demandante."

3.- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y admitidas fueron practicadas en el acto del juicio, quedando los autos vistos para sentencia.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 27 de abril de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Estimo parcialmente la demanda interpuesta por Don Jesus Miguel , Don Bruno , Don Fulgencio y don Maximo contra Doña Ana , Doña Gloria , Don Carlos Antonio y Don Aurelio y, en su virtud debo efectuar los siguientes pronunciamientos: 1. Declaro la extinción de la situación de proindiviso habida sobre la finca objeto de litis.- 2. Declaro la condición de divisible de la finca.- 3. Procédase a la división de la finca conforme a lo indicado por el perito Don Serafin en el informe emitido el 9 de febrero de 2005, sin tener en cuenta la existencia o no de derecho de arrendamiento sobre el local de negocio por algunos de los condóminos.- 4. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas a ninguna de las partes debiendo cada una de ellas satisfacer las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpusieron recursos de apelación la actora y la demandada, y sustanciada la alzada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, dictó sentencia con fecha 9 de marzo de 2007 , cuyo Fallo es como sigue: "Por unanimidad, Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Jesus Miguel (sic), D. Bruno , D. Maximo y D. Fulgencio , representados por la Procuradora Sra. Holgado Pérez y asistido de la Letrado Sra. Marcos-Alberca Prieto y desestimando el recurso interpuesto por los demandados Dña. Ana , Dña. Gloria y D. Carlos Antonio , representados por la Procuradora Sra. Santos Álvarez y asistidos del Letrado Sr. Jiménez Martín, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San Juan, de fecha veintisiete de abril de dos mil seis y recaída en Autos de Procedimiento Ordinario 377/04, debemor revocar y revocamos dicha Resolución y estimando la demanda declaramos la extinción de la situación de proindiviso sobre la finca urbana descrita en el cuerpo de este escrito y la condición de indivisible de la misma, condenando a que, a falta de convenio entre partes, se proceda a la venta en pública subasta conforme al valor tasado en Autos en informe del perito judicial. Con imposición de las costas de Primera Instancia a los codemandados no allanados y sin efectuar especial declaración de las costas causadas en esta alzada correspondientes a los respectivos recursos."

TERCERO.- La Procuradora doña Eva María Santos Álvarez, en nombre y representación de doña Ana y de doña Gloria , formalizó recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Ciudad Real, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , fundado en los siguientes motivos: 1) Por infracción de los artículos 400 y 401 del Código Civil ; 2) Por incorrecta o indebida aplicación del artículo 404 del Código Civil ; y 3) Por falta de aplicación de lo dispuesto en los artículos 406, 1061 y 1062 del Código Civil .

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 10 de marzo de 2009 por el que se acordó la admisión de dicho recurso, así como que se diera traslado del mismo a la parte recurrida, don Fulgencio , don Maximo , don Bruno y don Jesus Miguel , que se opusieron a su estimación por escrito bajo representación de la Procuradora doña Alicia Casado Deleito.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 16 de noviembre de 2010, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actores don Fulgencio , don Maximo , don Bruno y don Jesus Miguel , hoy recurridos, interpusieron demanda contra sus hermanos doña Gloria , doña Ana , don Carlos Antonio y don Aurelio , en súplica de que se dictara sentencia por la cual se declarara: a) La extinción de la situación de indivisión de la finca urbana, propiedad de todos ellos por octavas e iguales partes, sita en **Alcázar** de San Juan, CALLE000 , número NUM000 (hoy NUM001) , cuya superficie es de cuatrocientos cuarenta metros cuadrados. Linda derecha, entrando, con casa de Jose Francisco ; Izquierda, don Amador y por la espalda con Bodegas de los Señores Eutimio y Marino ; b) La condición indivisible de la finca; c) A falta de convenio entre las partes, se ordene que se venda el inmueble en pública subasta con admisión de licitadores extraños y del producto de la venta se haga reparto entre las partes en proporción a sus respectivas participaciones en la finca; y d) Se impongan las costas a los demandados que se opusieren a ello.

El demandado don Carlos Antonio se allanó a la demanda, mientras que sus hermanos doña Gloria , doña Ana y don Aurelio , se opusieron y solicitaron que se dictara sentencia por la cual: a) Se declare la divisibilidad de la finca en dos mitades, exclusión hecha del local de negocio que ya es de propiedad de las demandadas; b) Se declare la divisibilidad de la finca en dos mitades iguales sin hacer abstracción de la propiedad del local, como perteneciente las hermanas demandadas, y ello para el caso de no estimarse la inicial petición; c) Se declare la divisibilidad de la finca en dos partes, correspondiendo a una de ellas cinco octavas partes y a la otra, tres octavas partes, dejando a salvo, como en los supuestos precedentes, la propiedad del local; y d) Para el supuesto de que no sea posible conforme al informe pericial la división de la finca en las dos posibilidades que se contienen en los anteriores pedimentos, se decrete el término del condominio mediante la celebración de la correspondiente subasta conforme al informe pericial en que se tase la finca.

Seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Alcázar de San Juan dictó sentencia de fecha 27 de abril de 2006 , por la cual estimó parcialmente la demanda declarando la procedencia de la extinción de la situación de indivisión de la finca y su carácter divisible, llevándose a cabo tal división conforme a lo indicado por el perito don Serafin en el informe emitido el 9 de febrero de 2005, sin tener en cuenta la existencia o no de derecho de arrendamiento sobre el local de negocio por algunos de los condóminos, todo ello sin especial declaración sobre costas.

Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Ciudad Real dictó nueva sentencia de fecha 9 de marzo de 2007 por la que estimó el recurso interpuesto por los actores y desestimó el de los demandados, revocando la sentencia dictada en primera instancia para, con estimación de la demanda, declarar la extinción de la situación de pro indiviso sobre la finca urbana propiedad de los litigantes, así como la condición de indivisible de la misma; por lo que, a falta de convenio entre las partes, procede la venta en pública subasta conforme al valor tasado en autos por el perito judicial, con imposición de costas de primera instancia a los demandados no allanados y sin especial declaración sobre las costas producidas en la alzada.

Contra dicha sentencia han recurrido en casación las demandadas doña Ana y doña Gloria .

SEGUNDO.- La Audiencia pone de manifiesto en su sentencia, hoy recurrida, que el informe pericial al que remite la sentencia dictada por el Juzgado para llevar a cabo la división material del inmueble, señala la divisibilidad de la finca en partes iguales y, en especial, propone que podía dividirse a un lado en 5/8 partes a cincuenta y cinco metros cuadrados cada una de ellas, y 3/8 partes por otro, sumando las cinco octavas partes diez metros de fachada y las tres octavas partes seis.

De ese modo -razona la Audiencia- no se satisface la pretensión de división ejercitada transformándose la sustancia del proceso *«ya que establece, tras dicha eventual división, dos comunidades correspondientes a las partes divididas, de forma que obliga a los demandantes a permanecer en comunidad»* , a lo que añade que *«por ello, que se pueda o no dividir en dos partes no es lo esencialmente relevante a los fines del proceso, sino su divisibilidad en ocho partes iguales»*.

TERCERO.- Frente a ello, los tres motivos del recurso, desconociendo los acertados argumentos de

la sentencia impugnada, insisten en afirmar que la misma ha vulnerado las normas del *Código Civil sobre la división de la cosa común y, en concreto, los artículos 400, 401, 404, 406, 1061 y 1062* del citado código, en cuanto ha de considerarse prevalente la solución que consiste en la división material o física del inmueble siempre que ello fuera posible, solicitando en el "suplico" del escrito de interposición que así se declare y que se divida el inmueble, de un lado, en cinco octavas partes de 55 metros cuadrados cada una -fragmentación que tomaría diez metros de fachada- y, al otro lado, en tres octavas partes de 55 metros cuadrados cada una -que tomarían seis metros de fachada-, para subsidiariamente, en el caso de que no se estime adecuada u oportuna la división física del inmueble en la forma expuesta, se declare la divisibilidad indicando esta Sala la forma en que dicha división debe llevarse a cabo.

Olvida así la parte recurrente que la casación no constituye una tercera instancia en la que se pueda pretender, sin más, una solución material del conflicto distinta de la decidida por la Audiencia Provincial y más acorde a los intereses y pretensiones de dicha parte, sino que por el contrario se trata de un recurso de carácter extraordinario cuya función es examinar la aplicación del derecho efectuada por el órgano de apelación a efectos de poder corregir las posibles infracciones cometidas, partiendo de los hechos que en la instancia se han tenido por probados.

Por ello resulta especialmente significativo que la propia parte recurrente, en la fundamentación del motivo segundo del recurso - el que denuncia la infracción del *artículo 404 del Código Civil* - insista en que la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común es cuestión de hecho, citando al respecto varias sentencias de esta Sala como las de 22 de diciembre de 1989 , 12 de marzo de 1996 , 2 de julio de 1998 y 22 de mayo de 2002 , lo que, si así se admite, determinaría que debiera quedar fuera de la casación.

CUARTO.- Pues bien aunque, aceptados los hechos que se han fijado en la instancia, quepa otorgar una cierta dimensión jurídica a la valoración de tales hechos en orden a establecer la divisibilidad o indivisibilidad jurídica de la cosa en aquellos supuestos en que lo fuera desde un punto de vista estrictamente material, no cabe imputar a la Audiencia la infracción de los citados preceptos del Código Civil pues aun cuando efectivamente pueda desprenderse de los mismos que resulta preferible la división material siempre que sea posible, no sólo la sentencia impugnada razona los motivos por los que resultaría jurídicamente inadecuada la división del inmueble en ocho partes, sino que además la parte ahora recurrente no lo interesó así al contestar a la demanda y solicitar entonces que se establecieran dos nuevas comunidades donde antes existía sólo una, de modo que por un lado se creara una comunidad nueva sobre 5/8 partes del inmueble, y otra sobre las 3/8 partes restantes; solución divisoria mediante la creación de nuevas comunidades que esta Sala ha rechazado en anteriores resoluciones.

El artículo 400 del Código Civil dispone, en su párrafo primero , que «ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común» ; y, en su párrafo segundo, que «esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención».

Se contienen en dicha norma los dos caracteres fundamentales de la comunidad de bienes: a) Su naturaleza incidental o transitoria; y b) La inexistencia de vínculo, a falta de pacto entre los particulares, por el cual los comuneros se encuentren obligados a permanecer en la comunidad. El Código Civil, inspirado en el carácter no definitivo, poco rentable y desfavorable con el que concibe la situación de comunidad, concede al comunero una acción para exigir que se divida la cosa común. La acción de división ("actio communi dividundo") es indiscutible por los demás partícipes, incondicional e imprescriptible, pues la facultad de pedir la división de la cosa no es un derecho que pueda extinguirse por su falta de ejercicio en determinado plazo, sino una facultad de carácter permanente que acompaña siempre a la comunidad y debe entenderse subsistente mientras dure aquélla (sentencia de 5 junio 1989). Con el ejercicio de la acción de división lo que se persigue es la cesación del estado de indivisión para que se adjudique al comunero la propiedad plena y separada de una parte o porción de la cosa común o, en el caso de que física o jurídicamente tal división no fuera posible, se le atribuya la parte proporcional del precio obtenido mediante su venta.

De ahí que la facultad concedida por dicha norma se dirige al cese de la situación de comunidad mediante el reconocimiento y asignación de titularidades individuales a cada uno de los partícipes y no contempla la creación de nuevas situaciones de comunidad sobre las porciones resultantes de la división, que únicamente resultaría posible si media el acuerdo de todos los interesados (*artículo 402 del Código Civil* (sentencia de esta Sala de 1 abril 2009 , que cita en igual sentido las de 16 febrero 1991 y 30 julio 1999)

QUINTO.- Procede por ello la desestimación del presente recurso, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo de conformidad con lo establecido en los *artículos 398.1 y*

394 de la 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 **doña Ana y doña Gloria** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª) de fecha 9 de marzo de 2007 en Rollo de Apelación nº 1008/07 , dimanante de autos de juicio ordinario número 377/04 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de **Alcázar** de San Juan, en virtud de demanda interpuesta por **don Fulgencio , don Maximo , don Bruno y don Jesus Miguel** contra las hoy recurrentes y otros, la que **confirmamos** con imposición a dichas recurrentes de las costas del presente recurso.

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 Rios.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Firmado y Rubricado. 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.