



Roj: **SAP GR 663/2010 - ECLI: ES:APGR:2010:663**

Id Cendoj: **18087370032010100219**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **3**

Fecha: **11/06/2010**

Nº de Recurso: **226/2010**

Nº de Resolución: **250/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE REQUENA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN TERCERA

ROLLO Nº 226/10 - AUTOS Nº 518/06

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE GUADIX

ASUNTO: JUICIO ORDINARIO

PONENTE SR. JOSÉ REQUENA PAREDES.

S E N T E N C I A N º 250

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JOSÉ REQUENA PAREDES

MAGISTRADOS

D. ENRIQUE PINAZO TOBES

D^a. M^a CRISTINA MARTÍNEZ RODRÍGUEZ

En la Ciudad de Granada, a once de junio de dos mil diez.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial constituida con los Ilmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo nº 226/10- los autos de Juicio Ordinario nº 518/06, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Guadix, seguidos en virtud de demanda de D. Segismundo y D. Juan Carlos contra D. Bernardo .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que, por el mencionado Juzgado se dictó resolución en fecha 19 de octubre de 2009, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Debo estimar y estimo en parte la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Segismundo y D. Juan Carlos contra D. Bernardo y en consecuencia declaro la disolución y extinción del condominio sobre la finca «local en planta primera o baja, destinado a taller mecánico, con entrada por la carretera de Granada. Tiene una superficie construida de cuatrocientos metros cuadrados. Linda: fondo, patio de luces exterior de la edificación; derecha, calle de nueva apertura de ocho metros de anchura; frente la Carretera de Granada, en línea de quince metros y diez centímetros; e Izquierda, Antonio Sánchez Morillas», sita en Purullena (Granada), declarando que la división de la finca común se realizará en ejecución de sentencia mediante la formación de tres lotes iguales o equivalentes, salvo pacto en contrario, que se fijarán en trámite de ejecución de sentencia y que se adjudicarán a las partes mediante sorteo, sin que haya lugar a especial pronunciamiento en cuanto a las costas.".



SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, oponiéndose la parte contraria; una vez elevadas las actuaciones a este Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO.- Que, por este Tribunal se han observado las formalidades legales en ésta alzada.

Siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ REQUENA PAREDES.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los dos demandantes, D. Segismundo y D. Juan Carlos , demandaron a su hermano D. Bernardo , en ejercicio de la "actio communi dividendo" sobre la finca registral nº NUM000 , sita en Purullena, que mediante escritura pública de 1 de septiembre de 1994, les fue donada por sus padres por terceras e indivisas partes iguales. La finca se describía como local destinado a taller mecánico con entrada por la carretera de Granada, de 400 m2 y, sobre ella, al igual que sobre el resto de los bienes donados en esa escritura, los donantes establecían la prohibición a los donatarios de "enajenar o gravar las fincas donadas sin su consentimiento o del que de ellos sobreviva", así como "se reservan la facultad de disponer de los bienes donados hasta su fallecimiento".

Por nueva escritura de 9 de noviembre de 2005 los donantes hicieron renuncia de la facultad de disposición reservada y cancelaron la prohibición de enajenar o gravar las terceras partes indivisas, donadas a los hoy demandantes, sobre el citado local, permaneciendo respecto al demandado que, al parecer, a diferencia de aquellos, no solicitó de sus progenitores donantes la liberación de la reserva y la cancelación de la prohibición de disponer, y por esta razón se opuso a la demanda al contestar a la misma considerando que se está ante una imposibilidad jurídica para proceder a la división y disolución del condominio.

La sentencia de instancia acogió la demanda y ordenó, con disolución y extinción del condominio, proceder a la división material de la finca común en lotes (partes iguales o de equivalente valor) a fijar en trámite de ejecución de sentencia y con adjudicación, por sorteo, a cada uno de los actuales codueños de su parte, y contra esta decisión se alza, en apelación, el demandado que articula su impugnación a la sentencia a través de tres motivos, subsidiarios entre ellos.

SEGUNDO.- El primer motivo, bajo la censura de error en la valoración de la prueba, combate la conclusión alcanzada por la juzgadora de instancia de entender que la prohibición y reserva de disponer había desaparecido por expresa voluntad de los donantes, cuando lo cierto y tangible es que se mantiene respecto de la parte indivisa donada al apelante, y así consta en la certificación registral aportada (f. 97) y, en consecuencia, concurre causa de imposibilidad legal o jurídica para practicar la división.

Puesto que existe el error valorativo y, efectivamente, persiste la prohibición de disponer que, en términos generales, autoriza el art. 639 del C.C. , siguiendo así nuestro C. Civil la tradición histórica de nuestro Derecho (Partida 5.5.44) que, a su vez, mantenía la del Derecho Romano (Digesto 30, 114.14), el motivo plantea la interesante cuestión de, fijando el alcance y naturaleza de esta estipulación que impide, en principio, al donatario realizar actos dispositivos o, al menos, ser validados ante el Registro de la Propiedad (art. 26.3 L.H.) -vid STS de 2 de diciembre de 2009 -, decidir si el mismo tiene virtualidad para oponerse a una norma imperativa de tanta protección en nuestro Derecho como en la que respalda la acción ejercitada con base en el art. 400 del C.C. al señalar, 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".

Precepto ampliamente interpretado por la Jurisprudencia que, destacando la naturaleza incidental o transitoria de la comunidad de bienes (copropiedad), señalaba, en la STS de 30 de abril de 2009 , que nuestro "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 dividendo") 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 de junio de 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."

TERCERO.- Sobre esta base, el análisis de la llamada reserva de la facultad de disponer que el art. 639 del C.C. reconoce al donante ha sido interpretado, tanto por la Doctrina científica como por la Jurisprudencia, como



actos reveladores, bien de una ausencia de "ánimus donandi", (SSTS de 28 de abril de 1975 y 7 de julio de 1978), bien de una donación "mortis-causa" que no se pretende que tenga efectividad hasta la muerte del donante (SSTS de 19 de junio de 1956 y 9 de junio de 1995); posición esta segunda que, en principio, parece, para algún sector doctrinal, más correcta que la primera por cuanto es claro que donándose unos bienes sobre los que el donante se reserva la facultad de disposición sin que el donatario pueda hacerlo (prohibición de disponer), no es tanto que el donante no quiera beneficiar al donatario, como que no quiere hacerlo de manera definitiva hasta su fallecimiento, con lo que la norma se aparta del Derecho francés cuya regla "donner et retenir ne vaut..." no fue acogida permitiendo, conforme a los antecedentes históricos que antes se dejaban apuntados, unas facultades que, aunque con escasos pronunciamientos, se ha ido concretando tanto por la Jurisprudencia como, especialmente, por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Expresiva de la primera es, además de las apuntadas, la STS de 22 de marzo de 1993 , que parece admitir el efecto propio de una donación sujeta a condición resolutoria ya que el donatario, aún siendo propietario, puede verse privado del bien transmitido si se ejercita por el donante la facultad reservada, naturaleza que ya había perfilado antes la R.D.G.R. y N. de 23 de octubre de 1980, pero sin que, concurriendo realmente el "ánimus donandi" o de liberalidad, la entrega y disfrute exclusivo del bien, aún cuando no puede ni gravarlo ni enajenarlo de no contar con el consentimiento del donante ello impida que, entre tanto, no sea único y verdadero titular o propietario del bien (STS de 14 de mayo de 2007), lo que es básico y, a su vez, suficiente para reconocer en este procedimiento, al apelante-demandado, la legitimidad exclusiva para soportar la acción de división, que es el objeto del pleito y el núcleo de estas reflexiones, pues a igual conclusión parece llegar, aunque "obiter dicta", la R.D.G.R. y N. de 28 de junio de 2006 que, mientras considera inviable la acción de división tratándose de prohibiciones de disponer judiciales (anotación preventiva de una medida cautelar en tal sentido, el titular puede vender o dividir la finca), lo considera posible jurídicamente, en cambio, cuando, como aquí ocurre, se trata de prohibiciones de disponer de origen voluntario (testamentario o convencional) pues, en definitiva, la prohibición de disponer seguirá afectando a la finca o derecho no obstante la extinción del condominio realizada (art. 405 del C.C .), con lo que la finalidad para la que surgió la prohibición (la no transmisión a un tercero de la finca o derecho) no quedaría de esa forma vulnerada sino que, incluso, podría considerarse como un acto no impedido por la prohibición, al no ser equiparables a los actos de transmisión o gravamen, y ser sólo un acto de carácter simplemente declarativo, especificativo o particional (Resoluciones de este Centro Directivo de 2 de enero de 2004 y 4 de abril de 2005). Y, así mismo, la STS de 25 de enero de 2008 , parece aceptar que la prohibición de disponer no puede contravenir ni anteponerse a la norma imperativa del art. 400 del C.C ., obligando a los comuneros a una indivisión que, en el caso de autos, parece persistir más por voluntad del apelante donatario que de los donantes, que ya renunciaron a esas mismas facultades que impusieron, inicialmente, sobre el mismo local a sus otros dos hijos donatarios y que trata así de quedar blindado a una acción de división con el perverso efecto que la acción a la que se resiste trata de evitar, esto es, el provocar y obligar, "contra legem", a soportar un estado de permanente discordia, entre otras poderosas razones, porque es esa parte apelante la que disfruta y se beneficia en exclusiva del local y de su explotación económica sin contraprestación alguna y basta por tanto recordar, con la STS de 15 de diciembre de 2009 , que nuestro Derecho en este tema mantiene la acción del Derecho Romano contrario a la idea y permanencia de los bienes en comunidad y, por ello, el tan citado art. 400 del C.C ., como señalaban las SSTS de 7 de julio de 2006 y 27 de marzo de 2009 , mantiene que "la idea que se mantiene desde el principio es que nadie puede ser forzado a mantenerse en situación de copropiedad (nemo invitus compellitur ad conmmunionem), que no es sino un estado transitorio mirado con disfavor por el ordenamiento (communio est mater discordiarum)".

Así pues, si la reserva a la facultad de disponer en ningún caso puede interpretarse como de reversión o recuperación del dominio al donante, pues no sólo no es autorizada esa interpretación amplia de la donación operada (R.D.G.R. y N. de 17 de junio de 2003) sino que, en nuestro Derecho, como la irrevocabilidad de las donaciones sigue siendo el principio general, la única facultad que le concede la reserva de disponer será precisamente, como ya apreciaba la R.D.G.R. y N. de 28 de julio de 1998, la de poder vender o transferir el dominio a un tercero. Y esa facultad permanece incólume, aún después de la división material de la finca o, lo que es igual, después de la división y segregación de la finca común en tres locales independientes, como se ordena realizar por la sentencia de instancia sin defecto ni impedimento alguno de la relación procesal, donde ni siquiera se ha denunciado un litisconsorcio, ni se ha provocado una llamada adhesiva al procedimiento, los donantes ni han sido traídos como testigos, ya que por no ser titulares del local son ajenos a la acción deducida para la que únicamente están legitimados los propietarios (STS de 2 de abril de 2008), y ninguno otro cualquiera que sean los Derechos reales que le correspondan sobre la cosa que no sólo perviven a su favor, y podrá, por tanto, seguir disponiendo de la parte que se adjudique al donatario sujeto a la reserva, pero sin opción alguna a oponerse, como tampoco a impedir, por ejemplo, que esa cuota, hasta ahora indivisa y luego separada, pueda embargarse por terceros (SAP de Castellón -Secc. 2ª- de 14 de octubre de 2000 ó R.D.G.R. y N. de 22 de febrero de 1989), que superaba así la postura contraria del mismo Centro de 21 de abril de 1949, o al igual que se ha aceptado, registralmente, manteniendo el donante con facultad de disponer la posibilidad de



hipotecar el bien donado (R.D.G.R. y N. de 30 de abril de 1999), pero también del donatario sobre el que pese esa prohibición de disponer pero no de gravar (R.D.G.R. y N. de 26 de febrero de 2008).

CUARTO.- Resuelto lo anterior, que arrastra la desestimación del primer motivo del recurso, el segundo y tercero, que permiten respuesta conjunta y más breve, vienen a combatir en esta alzada, por la vía también del error en la valoración de la prueba practicada, la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia de que la finca en litigio y en común es divisible física y materialmente, alegando que tal solución lo haría desmerecer económicamente en perjuicio de todos los comuneros, que además deberán soportar los cuantiosos gastos de todo tipo que conlleva su realización material, por lo que sería más procedente la adjudicación a uno de los comuneros con indemnización al resto o su venta en pública subasta, aunque ninguna de estas opciones -termina diciendo el recurso- puede realizar el apelante por las prohibiciones comentadas que limitan su dominio. Esto es, el recurso sostiene ahora que se está ante una imposibilidad económica y jurídica que hace indivisible materialmente el local y, subsidiariamente, que aunque fuera físicamente posible llevar a cabo la división y segregación, también sería imposible ante los condicionantes y prohibiciones de disponer y gravas que pesan sobre el apelante por así exigirlo sus donantes.

A esta última objeción ya dimos amplia respuesta desestimatoria en el Fundamento anterior y respecto a los inconvenientes que se citan para desaconsejar la división material hemos de señalar de nuevo, con la STS de 11 de mayo de 1999, que la regla general que rige las comunidades de bienes es que éstas no permanezcan en tal situación en forma indefinida, conforme a nuestro Derecho tradicional -Las Partidas decían que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios (SS de 5 de noviembre de 1924 y 28 de noviembre de 1957)-, por eso el Código autoriza a los condóminos a pedir el cese de tal estado, que tiene las siguientes limitaciones: a) Cuando hay pacto vinculante entre los partícipes para continuar la situación indivisoria por el tiempo autorizado por la ley o resulta impuesta por el donante o testador, que ya hemos visto que no es el caso; b) Si la cosa resultase inservible, según su uso y destino, por consecuencia de la división a practicar (art. 401 C.C.); y c) Si fuese esencialmente indivisible o desmereciese mucho por la división, sin que medie acuerdo para su adjudicación a alguno o algunos de los copartícipes (art. 404 C.C.), en cuyo caso el legislador optó por la solución de proceder a la venta pública con reparto del precio obtenido.

Es cierto, como recuerda la STS de 15 de diciembre de 2009 reiterando lo dicho por las de 10 de enero de 2008 ó 27 de marzo de 2009, que "la división, para el Código Civil, no significa sólo división material, sino que comprende la división en sentido jurídico, por lo que la indivisibilidad puede resultar de que la cosa, en caso de división, quede inservible para el uso a que se la destina, o bien porque produzca un anormal desmerecimiento, o bien ocasione un gasto considerable (SSTS de 7 de marzo de 1985, 13 de julio de 1996, 12 de marzo de 2004, 7 de julio de 2006, etc.). No existen distintas acciones de división según que las cosas sean o no divisibles, y por esta razón el artículo 401, párrafo primero, no puede ser interpretado en el sentido de que excluye un tipo de acción de división pero deja subsistentes otros, puesto que no hay más que una acción de división. El artículo 401 I, enlazado con el artículo 400, ha de ser entendido como exclusión de la acción de división. Por ello, si es posible la división que prevé el artículo 401 II CC, no puede ser aplicado, ni menos en conexión con el artículo 404 CC, precepto que por su origen histórico (artículo 2.183 del antiguo Código Civil portugués) ha de ser entendido como previsión de lo que se ha de hacer cuando no puede practicarse una división material o in natura, a lo que se ha de añadir la previsión del artículo 1, 062 CC, traído a causa por el artículo 406 CC, sobre el desmerecimiento; en tanto que el artículo 401 I CC excluye, sencillamente, la acción división, pues, como han dicho las SSTS de 19 de junio de 2000 y 22 de julio de 2002, a falta de convenio el juzgador ha de examinar si la cosa es divisible o indivisible, entendiéndose que se da esta hipótesis no sólo cuando no sea divisible desde la perspectiva material, según criterios económicos y sociales, sino también cuando desmerezca mucho por la división, en cuyo supuesto se comprende también la inservibilidad (artículos 404, 406 y 1.062 CC).".

No ocurre así en el caso de autos y así lo ha apreciado la sentencia de instancia y lo vuelve a apreciar este Tribunal. La prueba pericial aportada por los demandantes y elaborada por un Arquitecto Superior -Sr. Darío - (ff. 48 a 56) desvirtúa la tesis del apelante, baraja distintas posibilidades y concluye optando por lo que parece más razonable y, aún así, la sentencia vuelve a dar esa oportunidad para optar por cualquiera de esas soluciones, o de otras, pero en todo caso por dividir el local, lo que ciertamente generará gastos y, desde luego, un solar de 400 m2 puede perder valor si se divide en tres, lo que es habitual en cualquier promoción urbanística, pero, en todo caso, ni los haría inservibles ni su disfrute, así individualizado, puede considerarse, jurídicamente, que empeore otra situación que la del propio apelante que, de modo insolidario, explota en exclusiva el amplio local común sin participación alguna a los hermanos y se ha mostrado cerrado a toda solución que haga copartícipes de los frutos, o en el uso, a los otros copropietarios, hasta provocar este largo pleito que ya se remonta a casi cuatro años, una y otra interrumpida o suspendida en su tramitación en aras, al parecer, más que en alcanzar un acuerdo en manejar a su antojo los tiempos del proceso desde una estrategia que sólo ha dado como resultado el prolongar al apelante en la permanencia, exclusiva y excluyente, del local, haciendo de facto para los demandantes, verdaderamente, antieconómica y antijurídica la situación de indivisión que tan



artificialmente se defiende atrincherado en toda clase de impedimentos soslayables por lo que procede, sin más, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia, que es ajustada a Derecho.

QUINTO.- Dado el sentir de esta resolución y por aplicación del art. 398 de la LEC se imponen al apelante las costas de este recurso.

Y por lo que antecede,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre de D. Bernardo contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Guadix en Juicio Ordinario nº 518/06 de fecha 19 de octubre de 2009, confirmamos íntegramente la misma con imposición al apelante de las costas de este recurso y pérdida del depósito constituido.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDUC