



Roj: **STS 8485/1999** - ECLI: **ES:TS:1999:8485**

Id Cendoj: **28079110011999101316**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/12/1999**

Nº de Recurso: **1643/1995**

Nº de Resolución: **1131/1999**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JESUS EUGENIO CORBAL FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Duodécima, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuarenta y dos de Madrid, sobre división de cosa común; cuyo recurso fue interpuesto por D<sup>a</sup>. Lina , representada por la Procurador D<sup>a</sup>. María Granizo Palomeque; siendo parte recurrida D. Jesús Ángel , representado por la Procurador D. Magdalena Cornejo Barranco.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procurador D<sup>a</sup>. Magdalena Cornejo Barranco, en nombre y representación de D. Jesús Ángel , interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuarenta y dos de Madrid, siendo parte demandada D<sup>a</sup>. Lina , alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "en la que se contengan los siguientes pronunciamientos: a) Que procede la división de la cosa en común. b) Con respecto a los inmuebles, que se describen en el hecho cuarto del escrito de demanda: piso, trastero y plaza de garaje, por ser esencialmente indivisibles cada uno de ellos, se ordene la venta de los mismos, sacándolos a pública subasta con admisión de licitadores extraños si uno sólo de los condóminos lo pidiere, adjudicando a cada uno de los copropietarios la mitad del producto de dicha venta, en razón de su cuota de participación."

2.- La Procurador D<sup>a</sup>. María Jesús Fernández Salagre, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Lina , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que desestimando íntegramente la demanda presentada de contrario: a) Declare improcedente la división de la cosa común por las razones expuestas en este escrito. b) Subsidiariamente, y en caso de que se practique la división, venta y adjudicación de la vivienda, garaje y trastero en litigio, se mantenga declarándose el derecho de usufructo y uso que ostenta Doña Lina de modo permanente y vitalicio sobre la vivienda sita en la calle DIRECCION000 NUM000 de Madrid, y por ende, su derecho a permanecer viviendo en la misma a pesar de que se divida la cosa común. Todo ello con expresa condena en costas a la parte actora."

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Cuarenta y dos de Madrid, dictó sentencia con fecha 30 de octubre de 1992, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando el suplico de la demanda inicial de estas actuaciones interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup>. Magdalena Cornejo Barranco en nombre y representación de D. Jesús Ángel contra D<sup>a</sup>. Lina representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Jesús Fernández Salagre debo declarar y declaro que procede la división de la cosa común consistente en la vivienda sita en el piso 4º derecho del inmueble de la DIRECCION000 nº NUM000 con vuelta al paseo de DIRECCION001 nº NUM001 de Madrid y la plaza de garaje señalada con el nº 4 que constituye una participación de una catorceava parte indivisa



con derecho a aparcamiento sita en la planta 2ª, sótanos del inmueble de la DIRECCION000 n° NUM000 de Madrid, que incluye un trastero y debo ordenar y ordeno la venta de dichos bienes inmuebles en pública subasta con admisión de licitadores extraños si una sola de las partes lo pidiere y el reparto por mitad de lo que se obtenga entre los dos copropietarios y debo condenar y condeno a la demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de Dª. Lina , la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Duodécima, dictó sentencia con fecha 27 de marzo de 1995, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª. Mª Jesús Fernández Salagre seguido después por la también Procuradora Dª. María Granizo Palomeque en nombre y representación de Dª. Lina , debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada en 30 de octubre de 1992 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia número 42 de Madrid en los autos de que dimana sin hacer expresa imposición de las costas del recurso."

TERCERO.- 1.- La Procurador Dª. María Granizo Palomeque, en nombre y representación de Dª. Lina , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 27 de marzo de 1995, por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del artículo 1692, número 4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega la improcedencia de la división de la cosa común y conservación de los derechos reales sobre el bien objeto de división. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sic).

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procurador Dª. Magdalena Cornejo Barranco, en nombre y representación de D. Jesús Ángel , presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de diciembre de 1999, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n° 24 de Madrid el 31 de marzo de 1989 se decretó el divorcio del matrimonio formado por Dn. Jesús Ángel y Dña. Lina , y se atribuye a la esposa el uso del domicilio familiar; y por Auto de 18 de diciembre de 1990 del Juzgado de 1ª Instancia n° 25 de la misma Capital se aprobó la liquidación de la sociedad gananciales atribuyéndose a cada uno de los ex-cónyuges la participación indivisa de cincuenta enteros por ciento respecto de la vivienda sita en el piso 4º, derecha, de la Calle DIRECCION000 n° NUM000 , con vuelta al DIRECCION001 n° NUM001 , de la misma Ciudad, plaza de garage y trastero, por lo que respecto de todo ello se constituye una comunidad en régimen de condominio ordinario. Por el Sr. Jesús Ángel se ejerció acción de división de la comunidad que dio lugar al juicio de menor cuantía 108/92 del Juzgado de 1ª Instancia n° 42, el cual se resolvió por Sentencia de 30 de octubre de 1992, en el sentido de estimar la demanda y declarar que procede la división de la cosa común, disponiendo la venta de los inmuebles en pública subasta con admisión de licitadores extraños si una sola de las partes lo pidiere y el reparto por mitad de lo que se obtenga entre los dos copropietarios, cuya resolución, recurrida en apelación por la Sra. Camarero Camarero, fue confirmada por la Sentencia dictada por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 1995. Es de observar que ambas Sentencias dejan claro en su fundamentación que con la estimación de la acción divisoria pierde toda su eficacia el derecho al uso de la vivienda reconocido a la Sra. Lina en la Sentencia de divorcio y aducen como argumento básico la Sentencia dictada por esta Sala el 22 de septiembre de 1988. La Sentencia de la Audiencia es recurrida en casación por Dña. Lina que plantea dos motivos, el primero, dividido en dos submotivos, en los que respectivamente alega la no procedencia de la división de la cosa común y la conservación, en cualquier caso, de los derechos reales ostentados sobre el bien objeto de división (uso y disfrute), y el segundo, en el que denuncia infracción del art. 359 LEC (por "lapsus" se dice 369) en cuanto declara que las sentencias han de ser congruentes con las demandas y contestaciones, en todas sus pretensiones.

SEGUNDO.- La primera cuestión que se suscita en el recurso es la relativa a si el demandante-recurrido Sr. Jesús Ángel puede ejercitar la "actio communi dividundo" cuando concurre una situación como la que se examina, en la que el otro condómino (el ex-cónyuge) es titular de un derecho de uso en exclusiva sobre la cosa (vivienda que constituyó el domicilio familiar). Esta Sala, como doctrina general, viene declarando (Sentencias de 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999) 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 solo 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. Los argumentos que expone en sentido contrario la parte recurrente en el primer submotivo carecen de base alguna. La alegación referida a la sociedad de gananciales tropieza con el hecho de que el divorcio, como la separación matrimonial, producen la disolución "ipso iure" de dicho régimen económico matrimonial ( art. 1392, 1º y 3º C.C.), y además son diferentes el derecho de uso a la vivienda familiar en sede del art. 96, párrafo primero, de la adjudicación de la vivienda o derecho de uso en sede arts. 1406.4º y 1407, todos ellos del Código Civil, aparte de que, en el caso, la existencia de la comunidad ordinaria se generó precisamente como consecuencia de la extinción y liquidación de la de gananciales. Por otra parte, no se da en el supuesto que se enjuicia ninguna situación que pudiera incardinarse en el precepto del párrafo primero del artículo 401 CC, y obviamente no cabe debatir si lo es la comunidad ganancial, porque falta el presupuesto de que tenga ya tal naturaleza la vivienda litigiosa. Y por último, las Sentencias que se alegan en el motivo (apartado A), no tienen nada que ver con el caso. La de 14 de diciembre de 1898 ( cuya cita procede seguramente de la que hace la de 17 de mayo de 1958) se refiere a la invocación por una usufructuaria parcial de falta de legitimación pasiva para ser demandada, como lo revela que se desestima la excepción de "sine actioni agis" porque se considera que resulta afectada en su interés en la división y en la parte alícuota del usufructo. La de 17 de mayo de 1958 también se refiere a la legitimación pasiva y en absoluto entiende que un derecho de usufructo obste a la "actio communi dividundo", pues indica que "la sentencia recurrida no contradice las normas sobre duración del usufructo que con la división subsiste...". Y la de 6 de marzo de 1956 no dice (como pretende el motivo) que "la división de la cosa común latente el usufructo, solo es practicable cuando la cosa sea materialmente divisible", sino que se refiere a que, no solo la copropiedad (comunidad dominical sobre cosa corporal), sino también las comunidades de "derechos" pueden ser susceptibles de división, y añade que "puede serlo la de usufructo cuando recaiga sobre cosas susceptibles de materializar en ellas el propio derecho". Obviamente se está refiriendo a una división de comunidad de usufructo, y no a una división de copropiedad en que la cosa común (cosa corporal) está gravada con un usufructo.

Además, resulta incuestionable que la existencia de derechos reales o personales sobre la cosa común, o una cuota, no obstan a la división, como tampoco resultan afectados -indemnidad- por dicha división ( artículo 405 C.C. en relación con derechos de terceros, 123 LH, 535 CC en materia de servidumbres, SS. 12 mayo 1997 sobre derecho de usufructo y 28 febrero de 1991 respecto de usufructo de cuota indivisa sobre cosa común).

TERCERO.- La segunda cuestión que se plantea se refiere a la suerte que ha de seguir el derecho de uso que la Sentencia de divorcio atribuye a la ex-esposa en relación con la vivienda familiar (que obviamente no comprende la plaza de garage). El Sr. Jesús Ángel pretende que no se examine el tema, argumentando que tal cuestión es la primera vez que aparece en el procedimiento y su estimación representaría una violación del derecho que le asiste de tutela judicial efectiva. Por su parte la Sra. Lina denuncia el vicio procesal de incongruencia (segundo motivo) porque afirma que planteó la petición correspondiente, con carácter subsidiario, en el suplico de su escrito de contestación, y que no ha sido tratado en la Sentencia, ni existe declaración sobre la misma en el fallo de dicha resolución.

Resulta innegable que la petición se formuló en los términos que sostiene la parte recurrente, y ello constituía una evidente reconvencción implícita que debió dar lugar en el momento procesal oportuno a su tramitación con arreglo a derecho ( artículo 688 LEC). Y aunque una omisión de tal relevancia podría dar lugar a una solución de mayor gravedad (nulidad de actuaciones), sin embargo, habida cuenta que no hay indefensión porque el tema fue tratado en el proceso, como lo revela el contenido de las dos Sentencias de instancia, además de razones de lógica y economía procesal, y que no se produce ninguna desarmonía en el proceso dado que la cuestión es valorable como excepción, y su eventual acogida solo opera en el sentido de limitar el alcance de los efectos de la división, procede entrar en su examen y decidir lo que corresponda. Y al efecto es de decir que, aun cuando es cierto que la Sentencia de 22 de septiembre de 1988 recoge el criterio aludido en la instancia, esta doctrina ha sido rectificada por la de las Sentencias de 22 de diciembre de 1992, 20 de marzo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, con arreglo a las 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, (aunque limitado a vivienda y trastero, sin comprender la plaza de garage), y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, lo que solo 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.

Por todo ello, se acoge sustancialmente el segundo submotivo del primer motivo del recurso de casación, y de conformidad con lo establecido en el art. 1715.1. 3º, la Sala, resolviendo lo que corresponde dentro



de los términos en que aparece planteado el debate, debe acoger la declaración de haber lugar, en parte, al recurso de casación, con anulación parcial de la Sentencia de la Audiencia Provincial y revocación también parcial de la del Juzgado; y ya como juzgador de instancia se dispone -con base en lo antes razonado- que la división, y en su caso, venta en pública subasta acordada en las instancias, habrá de respetar, en tanto el mismo subsista, el derecho de uso a la vivienda familiar establecido en la Sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid el 31 de marzo de 1989, sin que tal estimación en el fallo incurra en incongruencia porque solo supone dar menos de lo pedido en la demanda, sin exceder de los términos en que quedó conformado el debate.

CUARTO.- La estimación parcial de la demanda conlleva la no imposición de costas en la primera instancia ( art. 523, párrafo segundo, LEC), sin que tampoco proceda una especial condena en las de la apelación (art. 710, párrafo segundo); y habida cuenta la estimación del recurso de casación, cada parte habrá de satisfacer las causadas en el mismo a su instancia (art. 1715.2) debiendo también ordenarse la devolución del depósito constituido por la parte recurrente.

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

## FALLAMOS

Que declaramos haber lugar al recurso de casación formalizado por la Procurador Dña. María Granizo Palomeque contra la Sentencia dictada por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid el 27 de marzo de 1995, por lo que casamos y anulamos parcialmente dicha resolución y revocamos también parcialmente la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 42 de los de dicha Capital el 30 de octubre de 1992 en el sentido de añadir a su fallo que "la división y en su caso venta en pública subasta no afectará, en tanto subsista, al derecho de uso a la vivienda familiar (que no comprende la plaza de garage) establecido en favor de Dña. Lina , por la Sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid el 31 de marzo de 1989, cuya subsistencia debe quedar garantizada". Asimismo se acuerda dejar sin efecto la condena en costas de la primera instancia, sin hacer expresa imposición en ninguna de ellas, ni en las de este recurso de casación, respecto de las que cada parte abonará las suyas. Devuélvase el depósito constituido, publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y remítase los autos originales y Rollo de apelación a la Audiencia procedencia, con certificación de esta Sentencia para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- ALFONSO VILLAGOMEZ RODIL.- ROMAN GARCIA VARELA.- JESUS CORBAL FERNANDEZ.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, 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.