

Roj: **STS 225/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:225**Id Cendoj: **28079110012011100012**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/01/2011**Nº de Recurso: **984/2007**Nº de Resolución: **24/2011**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 3033/2007,**
STS 225/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 59 de la misma ciudad, cuyos recursos fueron preparados ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente el Procurador D. José Antonio Sandín Fernández, en nombre y representación de Dª Palmira y Dª Sandra ; siendo parte recurrida la Procuradora Dª Mª Isabel Díaz Solano, en nombre y representación de D. Juan Pedro y D. Alfredo .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** La Procuradora Dª Mª Isabel Díaz Solano, en nombre y representación de D. Juan Pedro y D. Alfredo , interpuso demanda de juicio ordinario contra Dª Sandra y Dª Palmira y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se acuerde la división de la vivienda con cuanto más en derecho proceda.

2.- El Procurador D. José Antonio Sandín Fernández, en nombre y representación de Dª Palmira y Dª Sandra , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y por formulada oposición a la misma, en tanto no sean emplazados los acreedores de D. Cipriano que figuran personados en el procedimiento 575/1999 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Madrid, debiendo suspenderse la tramitación hasta la recepción de la relación completa de acreedores que obra en dicho procedimiento, con objeto de ser notificados del presente juicio dándoles plazo para personarse y presentar oposición si a su derecho conviniera, y tras los trámites legales, se dicte la sentencia que proceda.

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 59 de Madrid, dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Que con estimación de la demanda interpuesta por el Procurador Dª María Isabel Díaz Solano en nombre y representación de Juan Pedro , Alfredo , contra Sandra y Palmira representadas por el Procurador José Antonio Sandín Fernández, debo declarar y declaro el cese de la comunidad existente sobre el piso de la CALLE000 , núm. NUM000 - NUM001 de esta ciudad, ordenándose proceda a la venta del mismo en pública subasta y verificada la venta se reparta el precio obtenido entre los litigantes por parte iguales, con imposición de costas a la parte demandada."*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 13 de



marzo de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** *Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Sandra y D^a Palmira contra la sentencia dictada con fecha 17 de Julio de 2006 en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 59 de los de Madrid bajo el núm. 1181/2004, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia , con la aclaración realizada en el fundamento jurídico tercero en orden a la división del precio, todo ello con expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte apelante.*

TERCERO .- 1 .- El Procurador D. José Antonio Sandín Fernández, en nombre y representación de D^a Sandra y D^a Palmira , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO:** Cita de los artículos 400 y 403 del Código civil e infracción de los artículos 1023 y 1024.2º del mismo código, en relación con la declaración final cuarta del cuaderno particional del que la comunidad trae causa. **SEGUNDO .-** Infracción del artículo 1024.2º del Código civil. **TERCERO .-** Normas de la comunidad de propietarios (artículos 392 y 400) y preceptos aplicables a la partición (artículos 1051 a 1087). **CUARTO .-** Cita de los artículos 1024, 1026 y 1032 del Código civil en relación con el 6.3 del Código civil.

2 .- Por Auto de fecha 5 de mayo de 2009, se acordó admitir el recurso de casación y no admitir el recurso por infracción procesal y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora D^a M^a Isabel Díaz Solano, en nombre y representación de D. Juan Pedro y D. Alfredo , presentó escrito de impugnación al mismo.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de enero del 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se ha ejercitado en el presente caso la *actio communi dividundo*, división de cosa común, procedente del Derecho romano, contrario siempre a la idea de comunidad, recogido en el Código civil, artículo 400 que mantiene la división como *res merae facultatis* y la comunidad como estado transitorio mirado con disfavor por la ley (como dicen las sentencias de 9 de octubre de 1986 , 21 de marzo de 1988 , 19 de octubre de 1992 , 4 de abril de 1997). Tal como dicen las sentencias de 7 de julio de 2006 y 27 de marzo de 2009 "*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)*". En el suplico de la demanda se interesaba la división de la vivienda de autos, considerada cosa indivisible.

Los actores, dos, son copropietarios de un tercio cada uno. Las demandadas, dos también, son copropietarias del tercio restante. Unos y otros lo son por sucesión *mortis causa*.

En el suplico de la contestación a la demanda, se interesa -como se ha transcrito en el primer antecedente de esta sentencia- que se emplace a los acreedores de la causante (cuya herencia ha dado lugar a la comunidad), se suspenda el procedimiento hasta la recepción de la relación de acreedores, con objeto de ser notificados de este proceso de división de cosa común, ya que las demandadas han aceptado la herencia a beneficio de inventario. En la audiencia previa, se dio lugar a ello, si bien ninguno de los acreedores se personó en autos ni realizó manifestación alguna.

Las sentencias de instancia, tanto del Juzgado de Primera Instancia como de la Audiencia Provincial, Sección 19ª, de Madrid, estimaron la demanda y dieron lugar a la división de la cosa común, procediendo a la venta en pública subasta.

Las demandadas han interpuesto sendos recursos por infracción procesal y de casación, habiendo sido inadmitido el primero.

SEGUNDO .- El problema, pues, que se plantea es la posibilidad de ejercicio de la acción de división de cosa común, cuando una porción de la misma corresponde a una (en este caso, a dos) persona por su aceptación de la herencia (de la que esta porción forma parte) a beneficio de inventario. Ello, teniendo en cuenta el concepto y normativa de aquella acción, la función de la aceptación a beneficio de inventario y la realidad del caso presente en que una sola de las porciones (un tercio) es la aceptada a beneficio de inventario.

Actio communi dividundo y los posibles acreedores. Ya se ha mencionado que tal acción es una facultad del derecho de propiedad, cuando éste tiene pluralidad de sujetos y es norma imperativa del ordenamiento, no sólo



en cuanto a la división material sino también, en caso de ser cosa indivisible, división económica o en sentido jurídico, tal como dicen las sentencias de 10 de enero de 2008 , 27 de marzo de 2009 y 15 de diciembre de 2009 .

En lo que aquí interesa, el papel que tienen los acreedores de los copropietarios es, ante todo, que carecen de legitimación activa para pedir la división y que no pueden llevarla a cabo ellos mismos. El derecho que les reconoce el artículo 403 del Código civil es triple. La concurrencia, la oposición y la impugnación, en relación con la división. Concretando la primera, conocida doctrinalmente como "facultad de inspección" no va más allá de la concurrencia a la misma, para comprobar que la división se hace de una manera correcta, sin que se produzca fraude; es una intervención potestativa, sin que participen en la división propiamente dicha, pudiendo manifestar sus opiniones pero sin llegar a la partición directa como si se tratara de un comunero más.

Distinto es el tema de la oposición, para salvaguardar los derechos de los acreedores, que se da en un momento anterior a la división, para garantizar los derechos de los acreedores (y cesionarios), como dijo la sentencia de 31 de diciembre de 1985 . Y en un momento posterior puede darse la impugnación de la división de la cosa común, por razón de fraude de los acreedores, como acción personal en la que el acreedor actúa *iure proprio*, como advirtió la sentencia de 26 de abril de 1962 , y por razón de haberse realizado una oposición de manera formal para impedirla; impugnación, en todo caso, que deja a salvo los derechos del copropietario para mantener la validez de la misma.

En el caso presente, se ha citado a los acreedores, dándoseles la oportunidad de ejercer la facultad de inspección, que no han ejercitado y no media oposición ni se ha producido impugnación.

El beneficio de inventario y su relación con la división de la cosa común. La ley pone a disposición del llamado a la herencia el beneficio de inventario para que pueda adquirirla separada de su propio patrimonio, hasta que se hayan pagado todos los acreedores (y legatarios). Su función esencial, no otra, es limitar la responsabilidad del heredero al valor del activo hereditario. Por ello, el efecto básico es la no confusión de los patrimonios de heredero y causante (artículo 1023 .3º del Código civil) lo que conlleva la limitación de la responsabilidad de dicho heredero (artículo 1023.1º) quedando la herencia en administración hasta que resulten pagados los acreedores (y legatarios) (artículo 1026). De aquí que se pierda el beneficio de inventario si realiza algún acto doloso o culposo de enajenación de bienes hereditarios, conforme al artículo 1024 .2º del Código civil , debidamente interpretado; es decir, se trata de enajenación irregular, anómala; se trata de una enajenación que es válida pero que entraña una irregularidad que se sanciona con la pérdida del beneficio de inventario. Una antigua sentencia de 4 de abril de 1903 , refiriéndose el número 1º del mismo artículo lo aplica cuando el heredero ha actuado "*maliciosamente con el propósito de lucrarse o de perjudicar a los interesados en la sucesión o con cualquier otro intento más o menos reprobado*".

Además, los casos de pérdida del beneficio de inventario que enumera el artículo 1024 son *numerus clausus* y de interpretación restrictiva como todos los preceptos sancionadores. Así, pese a que la división de cosa común se califica de acto dispositivo, no puede entrar en el caso de *enajenación* de bienes de la herencia que sanciona el citado precepto en el número segundo. No dispone el llamado como heredero, a beneficio de inventario, irregularmente de un bien hereditario, sino que otros copropietarios (incluso él mismo) proceden a la división y concretan la porción que le corresponde a aquél, lo cual no puede considerarse como una enajenación irregular o maliciosa.

Caso presente: relación de los dos conceptos anteriores. Se ha dado una acción de división de cosa común, ejercida, por tanto, judicialmente, en el que una tercera parte forma parte de una herencia cuyas demandadas, actuales recurrentes, la han aceptado a beneficio de inventario. La relación entre una cosa y otra no plantea conflicto alguno y apenas se concibe sentido alguno a este proceso y mucho menos, que haya llegado a casación. La división la ampara el artículo 400 del Código civil , precepto de derecho cogente; el beneficio de inventario está contemplado y admitido en los artículos 1010 y siguientes del mismo cuerpo legal. Este no empece a aquél: dividida la cosa, quedará concretada la parte que corresponde a las demandadas y esta parte formará parte de su herencia, sin más.

TERCERO .- El recurso por infracción procesal que habían interpuesto las demandadas ha sido inadmitido. El de casación bien podría haberlo sido también por motivos formales, pues apenas se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y cabría la aplicación del artículo 483 .2º .

En todo caso, está admitido y procede su análisis aunque conviene partir de una precisión: el suplico del escrito de contestación a la demanda (que se ha transcrito en los antecedentes de hecho) ha sido atendido por la Juez de Primera Instancia y cuando ha presentado el escrito del recurso de apelación, alegando otra causa de oposición, la sentencia de la Audiencia Provincial (fundamento tercero) ha advertido la regla *pendente appellatione nihil innovetur*.

Yendo al análisis de los que denomina "motivos de casación".



El motivo primero alega la infracción de los artículos 400 y 403 y cita a continuación los artículos 1023 y 1024 del Código civil. Los dos primeros artículos se han cumplido plenamente, ya que se ha ordenado la división y han sido notificados los acreedores para que *podieran* concurrir a la misma, lo cual no han hecho. En cuanto a los artículos 1023 y 1024 del mismo código, en el texto del recurso no dice en qué han sido infringidos y, como se ha dicho anteriormente, en nada impiden la acción de división de la cosa común y en nada han sido vulnerados.

En el motivo segundo no se cita en qué se funda, es decir, cuál es la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, como exige el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el texto del motivo, tras explicar una cuestión de hecho que no se ha discutido, cita el artículo 1024.2º del Código civil e insiste en una autorización judicial, que no ha sido objeto del proceso y que, pese a ello, la Audiencia Provincial en su sentencia objeto de este recurso, lo resuelve acertadamente, conforme se ha expuesto en el fundamento anterior, de que en nada altera el hecho de división de cosa común, que no puede verse impedido por la situación en que se encuentra un copropietario, más allá de la posible "facultad de inspección" de un acreedor que, ciertamente, se ha ofrecido y no ha sido ejercitada en el presente caso. En consecuencia, en nada se ha infringido el artículo 1024.2 del Código civil.

El tercero de los motivos no se explica o simplemente no tiene sentido. Se refiere a la normativa del Código civil sobre la propiedad y a la normativa sobre la sucesión hereditaria, sin concretar la norma cuya infracción es el fundamento del motivo. Finaliza el texto del motivo con la referencia a la situación excepcional de la aceptación a beneficio de inventario, que no se discute y a la aplicación normativa por analogía, que no ha sido empleada por la sentencia recurrida.

El motivo cuarto, más que formularse como motivo y denunciar una infracción de norma del ordenamiento jurídico, insiste en su postura de que las demandadas recurrentes no podían realizar ningún acto de disposición, como es la división de cosa común. Lo cual no es así, ya que, como se ha dicho anteriormente, la división no implica enajenación en el sentido que le da el artículo 1024.2º del Código civil aunque si la cosa es indivisible, dé lugar a una verdadera enajenación.

Por todo ello, se rechazan todos los motivos, se declara no haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, como dispone el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por la representación procesal de D^a Palmira y D^a Sandra, contra la sentencia dictada por la Sección 19^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 13 de marzo de 2007, que se CONFIRMA.

Segundo .- En cuanto a las costas, deben imponerse a la parte recurrente.

Tercero. Líbrese a la mencionada Audiencia 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 .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Xavier O'Callaghan Muñoz .- Francisco Marin Castan .-Jose Antonio Seijas Quintana.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Rubricados.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**, 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.