



Roj: **SAP IB 2321/2013 - ECLI: ES:APIB:2013:2321**

Id Cendoj: **07040370032013100387**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **22/11/2013**

Nº de Recurso: **249/2013**

Nº de Resolución: **405/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CATALINA MARIA MORAGUES VIDAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00405/2013

S E N T E N C I A N º 405

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS:

Doña Catalina Moragues Vidal

Don Gabriel Oliver Koppen

En Palma de Mallorca a veintidós de noviembre de dos mil trece.

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio Ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma, bajo el número 344/12, **Rollo de Sala número 249/13**, entre partes, de una como demandado-apelante Fátima, representada por el Procurador don Antonio Colom Ferrá y asistida por el Letrado don Boris J. Barragán Bech Col, de otra, como actor-apelado Ismael, representado por el Procurador don José A. Cabot Llambias y asistido por la Letrada doña Isabel Fontanet Gomila.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada doña Catalina Moragues Vidal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma, se dictó sentencia en fecha 6 de Marzo de 2013, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que debo estimar y estimo la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales don José A. Cabot Llambias, en nombre y representación de don Ismael, contra doña Fátima declarando que procede la extinción de la situación de copropiedad sobre los siguientes bienes inmuebles: garaje sito en CALLE000 NUM000 portal NUM001, planta NUM002, puerta NUM003, finca NUM004; garaje sito en CALLE000 NUM000 portal NUM001, NUM005, finca NUM006; y vivienda sita en DIRECCION000 NUM000, planta NUM002, finca NUM007 pertenecientes al actor y a la demandada por mitades indivisas, declarando, asimismo, la indivisibilidad de tales bienes de los comuneros se proceda a la venta de los mismos en pública subasta con admisión de los licitadores extraños y, previa aprobación judicial de la pública subasta, procédase en su caso, al reparto del precio de la venta entre los litigantes de conformidad con su respectiva cuota de propiedad.



Asimismo, y en relación a inmueble sita en calle DIRECCION000 NUM000 la cesación de la comunidad de dicha vivienda y venta no afectará al derecho de uso y ocupación de la misma que corresponde a doña Fátima , cuyo derecho quedará debidamente garantizado, en tanto persistan los requisitos fijados en el artículo 96.1 del Código Civil y cualquiera que sea el resultado de la ejecución de la sentencia recurrida. Se imponen las costas procesales a doña Fátima .

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo 13 de noviembre de 2013.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia que concluye la primera instancia resuelve estimar la acción de división de la cosa común ejercitada en la demanda interpuesta por don Ismael contra doña Fátima , cuyo objeto fueron los cuatro inmuebles de los que resultaban ser copropietarios por mitades indivisas los litigantes, y respecto de cuya descripción e identidad registral no ha existido controversia, como tampoco sobre la predicada indivisibilidad de cada uno de los inmuebles. La meritada resolución declara la procedencia de la extinción de la situación de indivisión de tales inmuebles en los exactos términos recogidos en su fallo, y que han sido íntegramente transcritos en el antecedente de hecho primero de la presente resolución. Muestra la parte demandada, doña Fátima , su disconformidad con el antedicho fallo íntegramente estimatorio de la pretensión actora, solicitando, de este Tribunal, su revocación y el dictado de otro, en su lugar, por el que se desestime la demanda, esgrimiendo en fundamento de tal pretensión revocatoria las alegaciones que, resumidamente, pasamos a exponer: a) total falta de capacidad del actor; b) ausencia total y absoluta de autorización judicial para accionar; y, c) subsidiariamente, y para el caso de que no se estimaran los dos anteriores motivos del recurso, solicita la parte apelante la no imposición de costas "habida cuenta de que confluyen factores emocionales derivados del divorcio", la analogía de la acción ejercitada con la acción para la partición de herencia en la que no se imponen las costas y, por último, por considerar que hay serias dudas de hecho y de derecho que, sin embargo, no especifica.

La parte actora hoy apelada solicita la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Debe señalarse que la parte demandada hoy apelante ya esgrimió al contestar a la demanda la falta de capacidad del actor, alegación que fue contestada y rechazada en la sentencia apelada y que, ahora, se reitera imputando la parte apelante al juzgador "a quo" que no ha tenido en cuenta que las causas de incapacitación eran muy antiguas y que *debió atenderse al tenor del artículo 418 de la LEC , suspendiendo la Audiencia Previa para, como mínimo, tener la certeza absoluta de la capacidad material y procesal del actor.*

El motivo debe rechazarse por cuanto, y en primer lugar, don Ismael fue judicialmente incapacitado para la administración de sus bienes, a instancia de la hoy demandada, sin que ello afectase a los restantes aspectos de su persona, y sometido a régimen de curatela, en virtud de sentencia dictada, el 13 de diciembre de 1998, por el juzgado de primera instancia nº 3 de Palma ; dicha resolución fue objeto de sendos recursos de apelación por parte de ambos litigantes, seguido ante esta misma sección 3ª, recayendo sentencia en fecha 15 de julio de 1999 por la que se estimaba en parte el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Ismael y se desestimaba el interpuesto por la Sra. Fátima , resolución que, a su vez, fue objeto de sendos recursos de casación, resueltos por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de noviembre de 2002 , declarando no haber lugar a los mismos. En fecha 13 de enero de 2004, don Everardo , designado curador de don Ismael , acepto dicho cargo, el cual firma la demanda origen de las presentes actuaciones al ser su objeto la división de los inmuebles de los que ostenta el Sr. Ismael la titularidad de la mitad indivisa.

En segundo lugar, y tal como se declaró en la STS de 24 de junio de 2013 , "las causas de incapacidad, dice la *sentencia de 29 de abril de 2009 , que cita la de 11 de octubre de 2012 , están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a diferencia con lo que ocurría en la antigua redacción del Código civil, no existe una lista, sino que el art. 200 CC establece que "son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma". Es evidente que el art. 322 CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 mayo 1998 , 26 julio 1999 , 20 noviembre 2002 , 14 julio 2004 ; como afirma la *sentencia de 28 julio 1998 ,* (...) para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una*



enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) lo que verdaderamente sobresaie es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma". Y, tales circunstancias, son las que fueron tenidas en cuenta en el anterior proceso, ya señalado, para declarar un grado de incapacidad atenuado, nombrando un curador que, no se olvide, no suple la voluntad del afectado sino que la refuerza, controla y encauza, medida que se adoptó al ser la más favorable a su interés. Conforme la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, debe tenerse en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, mas allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.

En tercer lugar, y tal como se establece en el artículo 288 del Código Civil, la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos. La curatela, como ya se ha dicho, no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, por lo que, su función no es de representación (supuesto que sí podría incardinarse, en su caso, en el artículo 418 LEC), sino más bien de asistencia y protección para aquellos actos que deba realizar el afectado y que se hallan especificados en la sentencia que declara su incapacidad atenuada. En el presente caso, no existe el defecto denunciado que de lugar a su subsanación, habiendo suscrito el curador del Sr. Ismael la demanda de autos, autorizando así su interposición, lo que se estima suficiente y adecuado al grado de incapacidad afectante al demandante.

Tampoco se estima el segundo de los motivos del recurso, relativo a la falta de autorización judicial, pues, tal como se afirma en la sentencia apelada en aplicación del artículo 272 del Código Civil, no se exige autorización judicial para el ejercicio de la acción de división de cosa común. Pero es que, además, el artículo 289 del citado cuerpo legal, establece que la curatela tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido, en el presente caso, la asistencia del curador se ha prestado al suscribir la concreta demanda interpuesta. Todo ello sin perjuicio, claro está, de la rendición de cuentas a que esta obligado todo curador.

TERCERO.- Sabido es que, en materia de costas procesales, rige en nuestro derecho procesal civil el sistema objetivo del vencimiento, sistema conforme al cual las costas se imponen a la parte cuyas pretensiones son desestimadas, sin dejar margen a valoraciones judiciales sobre su conducta procesal, criterio cuya constitucionalidad no ofrece dudas como ya ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional. El artículo 394.1 LEC contempla la excepción a dicha regla general, excepción consistente en que el caso presente serias dudas de hecho y/o derecho, que, en caso de estimarse concurrentes, deberán ser razonadas, estableciendo el párrafo segundo de la antedicha norma que para apreciar que el caso es jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. La doctrina ha entendido que la redacción contenida en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil ha limitado la discrecionalidad del órgano jurisdiccional para no imponer las costas de primera instancia al litigante vencido ya que, el artículo 523 párrafo 1º in fine de la LEC de 1.881, permitía la no imposición de costas cuando concurriesen circunstancias excepcionales que, el precepto, no concretaba, y cuya apreciación dejaba al arbitrio judicial, mientras que el inciso final del artículo 394.1 LEC 2000 limita las circunstancias que justifican la no imposición de costas al litigante vencido a la apreciación de que el caso sometido a la decisión del órgano jurisdiccional presente serias dudas de hecho o de derecho, que, en caso de concurrir, habrán de ser razonadas; además, la regla de no imposición de costas al amparo del artículo 394.1 párrafo 1º in fine, ha de ser interpretada con carácter restrictivo, en la medida en que supone una excepción al principio general del vencimiento objetivo que recoge el inciso inicial de este mismo precepto. Como ha venido declarando este Tribunal, entre otras la sentencia de 1 de diciembre de 2011, el carácter dudoso al que se refiere la norma, vendrá determinado, en el primer caso, por las dificultades probatorias sobre la existencia de los hechos constitutivos de la pretensión, revelándose el proceso como imprescindible para establecer tales hechos relevante, o, en el segundo de los casos, por los problemas jurídicos motivados por cambios legislativos o de líneas de interpretación o criterios jurisprudenciales que dificultan el encaje entre los hechos y el derecho.

Pues bien, debe rechazarse, por no tener encaje en las previsiones legales anteriormente relatadas, que los "factores emocionales derivados del divorcio", ni la supuesta "analogía" de la acción ejercitada con otras, justifiquen la excepción al principio general del vencimiento, y tampoco se aprecia por la Sala la concurrencia de las circunstancias previstas legalmente para justificar la excepción al principio general y objetivo del vencimiento, circunstancias que tampoco han sido precisadas por la parte apelante, desconociendo el Tribunal a que concretas dudas de hecho o de derecho puede referirse dicha parte en su alegato.



CUARTO.- Por lo expuesto, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia, con expresa imposición de costas a la parte apelante, tal como prescribe el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 9, se decreta la pérdida del depósito para recurrir constituido por el apelante, al que se dará el destino fijado legalmente.

FALLAMOS

SE DESESTIMA el RECURSO de APELACIÓN interpuesto por doña Fátima , representada en esta alzada por el procurador Sr. Colom, contra la sentencia dictada en fecha 6 de marzo de 2013, por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº Uno de Palma , en el procedimiento de Juicio Ordinario, del que trae causa la presente alzada, y, en consecuencia, SE CONFIRMA dicha resolución.

Se imponen a la parte apelante las costas procesales causadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.