

Roj: **STS 89/2013 - ECLI:ES:TS:2013:89**Id Cendoj: **28079110012013100003**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/01/2013**Nº de Recurso: **1371/2010**Nº de Resolución: **1/2013**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP CO 162/2010,**  
**STS 89/2013,**  
**AATS 1336/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil trece.

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 Córdoba, como consecuencia de autos de juicio ordinario 428/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal don Juan Miguel , el procurador don Isacio Calleja García. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Raquel Nieto Bolaño, en nombre y representación de doña Nicolasa

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** Doña Enriqueta Cañete Leiva procuradora, en nombre y representación de doña Nicolasa interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Juan Miguel y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

1º- Haber lugar a la división de la cosa común. Se disuelva el condominio existente sobre la misma entre las partes litigantes.

2º.- Se declare la extinción del uso y disfrute que actualmente ostenta el Sr Juan Miguel sobre la planta NUM001 , local, y la planta NUM002 del inmueble objeto de la litis. Quedando diferido para ejecución de sentencia la liquidación del correspondiente estado posesorio.

3º- Se adjudique como un lote a Doña Nicolasa el pleno dominio así como el uso y disfrute de la planta NUM001 y la planta NUM002 del inmueble y a Don Juan Miguel el pleno dominio uso y disfrute de la planta NUM003 , y por el valor, actualizado, que de dichos lotes se hizo en la escritura pública de liquidación de sociedad de gananciales.

4º- Subsidiariamente, y para el caso de que por el perito, que en fase de prueba le sea designado a esta parte, se proponga una división distinta y más rentable del inmueble, se declare:

- Haber lugar a dicha división con la adjudicación a cada una de las partes de los lotes que al efecto sean determinados por dicho técnico y por el valor que de los mismos efectúe en el informe, con las correspondientes compensaciones económicas en efectivo metálico, caso de producirse diferencias de valor.

-Que las efectivas adjudicaciones se lleven a cabo en ejecución de sentencia, mediante sorteo de los respectivos lotes, de no existir acuerdo de las partes en cuanto a las respectivas adjudicaciones.



5º.- Que cada adjudicatario abone los gastos e impuestos propios de la respectivas adjudicaciones.

6º.- Se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales.

2.- El procurador don Ramón Roldán de la Haba, en nombre y representación de don Juan Miguel , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

a) Dictar Auto admitiendo la cuestión previa instada por esta parte en el sentido de que se resuelva no haber lugar a la petición de deposición de mi mandante del uso que se interesa de contrario para la actora y que ostenta mi poderdante por escritura de liquidación de gananciales no declarada judicialmente nula. Consecuentemente con ello la no procedencia de la liquidación de frutos por dicho uso que ostenta mi poderdante a favor la actora. Y todo ello con expresa condena en costas a ésta última dada su manifiesta temeridad.

b) Se dicte Sentencia por la que se extinga el condómino y división del inmueble de conformidad con la pericial resultante bien en lotes que ambas partes acepten y si ello fuera posible dado que entendemos que existe indivisibilidad jurídica de la casa conforme la doctrina del Tribunal Supremo, bien mediante la venta en pública subasta con reparto del precio de venta de por mitad a ambos copartícipes, respetando en todo caso el uso de la totalidad de la casa que existe con anterioridad al presente procedimiento a favor de mi poderdante, todo ello con expresa condena en costas a la actora dada su temeridad y mala fe.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba, dictó sentencia con fecha 18 de noviembre de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora sra. Cañete Leyra, en nombre y representación de doña Nicolasa , contra don Juan Miguel , debo declarar y declaro la extinción del condominio existente sobre el inmueble sita en Córdoba, CALLE000 n° NUM000 , de conformidad con el informe pericial obrante en autos, procediéndose en fase de ejecución de sentencia a la adjudicación a cada una de las partes de los lotes determinados por dicho técnico y por el valor que de los mismos efectuado en el informe, con los correspondientes compensaciones económicas en efectivo metálico, caso de producirse diferencias de valor, y lo anterior, mediante sorteo de los respectivos lotes, supuesto de no existir acuerdo de las partes en cuanto a las respectivas adjudicaciones, debiendo cada adjudicatario abonar los gastos e impuestos propios de las respectivas adjudicaciones y, todo ello, sin hacer especial pronunciamiento acerca de las costas causadas.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Juan Miguel , la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó sentencia con fecha 17 de mayo de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los Tribunales don Ramón Roldán de la Haba en representación de don Juan Miguel contra la sentencia dictada con fecha 18 de noviembre de 2009 por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Córdoba en el procedimiento ordinario n° 428/07, confirmamos íntegramente dicha resolución condenando al apelante al pago de las costas originadas en esta alzada.*

**TERCERO** .- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación procesal de don Juan Miguel con apoyo en el siguiente **MOTIVO:ÚNICO**.- En virtud del artículo 469.1.2º de la LEC en cuanto que la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba infringe las normas procesales de regulación de sentencia, el art. 218 de la LEC , en su apartado 1º, 2º y 3º , así como el apartado 2º y 3º del artículo 209 de la LEC .

Por la misma representación se interpuesto **recurso de casación** con apoyo en el siguiente **MOTIVO:ÚNICO**.- De conformidad con el art. 479.3. de la LEC entendemos que se han infringido los artículos 392.2 ., 400 , 401 y 404 del Código Civil y la Doctrina del T.Supremo que los desarrolla (entre otras las sentencias del T.S ya señaladas en nuestro recurso de apelación y que igualmente señalaremos en el presente recurso).

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha uno de marzo de 2011 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Raquel Nieto Bolaño, en nombre y representación de doña Nicolasa , presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de enero del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Doña Nicolasa ejerció acción de división del condominio existente sobre el inmueble sito en la CALLE000 n° NUM000 de Córdoba, frente a Don Juan Miguel que tiene reconocido el uso de la planta NUM001 y NUM002, en la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, así como el de la NUM003 planta en virtud de resolución dictada en juicio matrimonial, en la que se adjudicó el uso de la totalidad de dicha casa junto a su hijo. En lo que aquí interesa, en la demanda solicitó la división del citado inmueble y que se adjudicara a cada una de las partes los lotes que al efecto se determinarían pericialmente y por el valor que de los mismos efectúe el informe, con las correspondientes compensaciones económicas en metálico, caso de producirse diferencias de valor. El Sr. Juan Miguel formuló reconvención interesando la extinción del condominio y división del inmueble, también de conformidad con la pericial resultante, y si ello fuera posible, dado que considera que existe indivisibilidad jurídica de la casa, conforme a la doctrina de esta sala, se produzca la venta en pública subasta con reparto de la venta por mitad a ambos coparticipes, respetando en todo caso el uso de la totalidad de la casa que existe a su favor con anterioridad al procedimiento.

La Sentencia de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y declaró la extinción del condominio existente de conformidad con el informe pericial, procediéndose en fase de ejecución de sentencia a la adjudicación a cada uno de los propietarios de los lotes determinados por dicho técnico y por el valor efectuado en el informe, con las correspondientes compensaciones económicas en efectivo, en caso de producirse diferencias de valor, debiendo cada adjudicatario abonar los gastos e impuestos propios de las respectivas adjudicaciones, declarando asimismo la extinción de uso y disfrute que actualmente ostenta el demandado sobre la planta NUM001, local y la planta NUM002 del inmueble.

La Audiencia Provincial de Córdoba, desestimó el recurso de apelación formulado por Don Juan Miguel y confirmó íntegramente dicha resolución.

Don Juan Miguel interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

### RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

**SEGUNDO.-** Se formula un único motivo, en el que denuncia la infracción de los artículos 218, apartados 1º, 2º y 3º, así como los apartados 2 y 3 del artículo 209, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la sentencia no se ha pronunciado sobre el uso atribuido al demandado en la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, que se debía respetar en todo caso, pues no se acordó la nulidad de la referida escritura como pretendía la demandante, en otro pleito, de manera que no solo se atacaba la declaración de la supresión del uso de la NUM003 planta que le fue concedido en sentencia de separación matrimonial, sino que también se atacaba la extinción del uso y disfrute por parte del Sr. Juan Miguel de la planta NUM001 junto con el local y el NUM004, y sobre esta cuestión la sentencia de apelación nada dice al respecto. Pero incluso, si entendiera que se da respuesta a esta cuestión por la remisión que hace la Sentencia de apelación a la Sentencia de Primera Instancia, igualmente se estaría vulnerando el artículo 218 de la LEC, por ser contradictoria, puesto que se señala, por un lado, que se debe de respetar el uso atribuido al Sr. Juan Miguel en base a la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, y por los efectos que despliega la cosa juzgada material de la Sentencia que así se lo atribuía y, por otro lado, el fallo resulta contradictorio pues extingue el uso atribuido al demandado. Por último la Sentencia recurrida tampoco aborda la cuestión planteada sobre la conveniencia de la división material o por el contrario sobre la conveniencia de sacar el inmueble a pública subasta.

Se desestima.

La sentencia ni adolece de falta de motivación, en los términos que reiteradamente ha expuesto esta Sala, ni es tampoco incongruente. En primer lugar, ofrece una respuesta suficiente sobre las razones por las que declara extinguido el uso que se le atribuyó en su momento valorando todas las circunstancias que se tuvieron en cuenta desde que se dictaron las resoluciones que lo reconocían (explotación del negocio familiar y atribución de la guarda y custodia de uno de sus hijos), hasta el momento en que se acordó la división del inmueble, sin que se advierta contradicción alguna en su argumentación pues una cosa es que reconozcan los usos anteriores y otra distinta el valor que tengan en este momento como resultado de la división. En segundo lugar, también se pronuncia, por la remisión a la sentencia de 1ª instancia, sobre el carácter divisible del inmueble, valorando tanto las circunstancias meramente físicas, como las jurídicas o económicas. El inmueble, dice, *"puede ser dividido en dos propiedades, una en planta NUM001 y otra en planta alta compartiendo el trastero del NUM004 y las terrazas"* siendo esta solución la más óptima *"desde el punto de vista económico, jurídico e inmobiliario"*, sin que las obras de reforma alcancen un valor importante *"respecto del valor del inmueble, al ser el valor del edificio muy superior a la obra"*. Cosa distinta es que no esté de acuerdo ni con aquella motivación, ni con esta valoración, pero este desacuerdo no supone la infracción de los artículos que se citan en el motivo.

### RECURSO DE CASACIÓN.



**TERCERO.**- Se desarrolla en un motivo único, en el que denuncia la infracción de los artículos 392.2 , 400 , 401 y 404, todos ellos del Código Civil . El motivo se argumenta de forma heterogénea. Por un lado, considera que el cotitular sobre una cosa podrá pedir la división de la misma, pero la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso. El de la NUM003 planta se lo adjudicó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, y el resto en la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que, como el Tribunal Supremo señala en las Sentencias 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995 , entre otras, la división no afecta a la subsistencia del derecho de uso cualquiera que sea su naturaleza. Por otro, entiende que si bien toda realidad material es divisible, lo que la Sentencia impugnada no ha tenido en cuenta es la doctrina jurisprudencial que establece que deben evitarse los suplementos en metálico por las diferencias de valor ( SSTS de 30 de julio de 1999 y 13 de julio de 1996 ), y que la división de la cosa no desmerezca el inmueble, o grave con un gasto considerable a los comuneros, extremos éstos que aconsejan, según el recurrente, acudir a la venta en pública subasta, como interesó en la contestación a la demanda. Por último, la sentencia tampoco tiene en cuenta la constitución del inmueble en régimen de propiedad horizontal ni el posible destino del ático fuera de ordenación respecto al P.G.O.U vigente en Córdoba, cuestiones esta últimas en las que no se ha entrado. La primera porque en ningún caso ha sido planteado ni resuelto en la sentencia. La segunda, porque se está simplemente especulando sobre una realidad que existió desde el primer momento y que de cambiar afectará por igual a ambos partícipes.

Los demás argumentos se desestiman.

Es cierto que el artículo 400 del CC reconoce que todo copropietario puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa en común, pero también lo es que el artículo 401 añade que no podrá pedirse "cuando hacerla resulte inservible para el uso a que se destina". La división material se practica cuando la cosa común es divisible y se puede adjudicar una porción a cada comunero; y la división económica, mediante la venta y el reparto del precio en proporción a la cuota de cada uno, cuando la cosa es indivisible físicamente o jurídicamente o por resultar inservible para el uso a que se destina o por desmerecer su valor.

Tal como dice la sentencia de 10 de enero de 2008 y reproducen las de 27 de marzo y 15 de diciembre de 2009 : "Según la interpretación que parece mejor fundada, la división, para el Código civil, no significa solamente 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 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 2183 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 1062 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 1062 CC )".

La jurisprudencia, además, sigue diciendo la misma sentencia, " ha venido considerando que el tono imperativo del artículo 401 II CC hace inexcusable su aplicación siempre que sea posible, pues se trata de un derecho ejercitable por cualquiera de los copropietarios que se encuentren en tal situación ( SSTS 16 de octubre de 1964 , 20 de enero de 1988 , 13 de diciembre de 1983 ), que es viable en cuanto se produzca la solicitud y concurren las características ( STS 26 de septiembre de 1990 , 1 de marzo de 2001 , etc.), siempre que no se exijan obras de enorme importancia ( STS 30 de junio de 1993 ) y que no se produzca la pervivencia de la copropiedad ordinaria, pues se trata de una forma de división. Se valora, en el sentido de propiciar lo que se ha llamado "esta peculiar forma de división" ( STS 26 de septiembre de 1990 ), la semejanza de los lotes o cuotas asignados a los copropietarios ( SSTS 26 de septiembre de 1990 , 13 de julio de 1996 , etc.), así como la delimitación suficiente del espacio susceptible de aprovechamiento independiente (Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 y 7 de enero de 1998) y la susceptibilidad de aprovechamiento independiente, es decir, que no se precise el goce por cada uno de los propietarios de los espacios resultantes (plazas de garaje) de los demás elementos privativos (RR de la DGRN de 12 de noviembre de 1997 y 3 de julio de 2000).





Pues bien, las normas que se dicen infringidas no lo han sido, ya que la solución adoptada por la Sentencia recurrida para disolver la comunidad se ajusta a lo interesado por ambas partes litigantes, en particular, por quien ahora recurre por cuanto pretendió con carácter principal la división material si esta fuera posible, y solo en el caso de indivisibilidad jurídica que se procediera a la venta en pública subasta, respetando en ambos casos el uso de la totalidad de la casa, y esta posibilidad de dividir la casa viene determinada en el informe pericial que la sentencia ha seguido para hacerla efectiva, sin que sean importantes y sustanciales las obras que deberán realizarse, como ocurre en la sentencia que cita de 1 de marzo de 2001, ni que a resultas de la misma desmerezca el inmueble, como se colige del informe pericial, por lo que está planteando cuestiones de hecho que contradicen lo sustentado por la resolución recurrida. En primer lugar, porque las obras de reforma no alcanzan un valor importante respecto del valor del inmueble. En segundo, porque el inmueble puede ser dividido en dos propiedades, una en planta NUM001 y otra en planta alta compartiendo el trastero del NUM004 y las terrazas y esta es una solución óptima desde el punto de vista económico, jurídico e inmobiliario.

**CUARTO.-** Respecto al uso, en ningún caso se ha cuestionado que debe respetarse y es aquí donde también acierta la sentencia al detectar el verdadero interés de quien recurre de seguir ostentando el uso de todo el inmueble, tanto de la vivienda familiar, como del local y planta NUM001 del edificio: la NUM003 porque así se decidió en juicio matrimonial; los otros dos, porque así se acordó en la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, pues, en definitiva, la pretensión de que, dividiendo o no, se deberán respetar ambos usos, viene a hacer ilusorio que un tercero pueda hacerse con toda ella. Sin duda la división de la cosa común produce importantes efectos que afectan a los condóminos, a los terceros y a la misma cosa poseída en común. Pero es el caso que la sentencia parte de la existencia del uso exclusivo de la vivienda por el recurrente resultante del juicio matrimonial y declara que no hay ninguna prueba respecto a si se mantienen las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de adoptar esta decisión de uso exclusivo o si por el contrario estas han cambiado, y lo cierto es que ninguna alegación o valoración de estos hechos se hace en el motivo que pueda ser determinante de una calificación jurídica distinta que, en cualquier caso, no afecta al derecho que en su día le fue reconocido por el Juzgado de Familia, con base en las circunstancias concurrentes en aquel momento, que podrán o no mantenerse, pues el uso que extingue la sentencia tiene que ver únicamente con una parte del inmueble.

**QUINTO.-** Consecuencia de lo razonado es la desestimación de ambos recursos y la imposición de las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

## FALLAMOS

Desestimar los recursos formulados por el procurador don Ramón Roldán de la Haba, en la representación que acredita de Don Juan Miguel, contra la sentencia dictada por la Sección primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 17 de mayo de 2010, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana .Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y Rubricado.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.