



Roj: **STS 2152/2003 - ECLI:ES:TS:2003:2152**

Id Cendoj: **28079110012003101710**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2003**

Nº de Recurso: **2531/1997**

Nº de Resolución: **314/2003**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ALFONSO VILLAGOMEZ RODIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Marzo de dos mil tres.

VISTOS por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados identificados al margen, el Recurso de Casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia de Barcelona - Sección quince-, en fecha 17 de febrero de 1997, como consecuencia de los autos de juicio de menor cuantía, sobre cese de comunidad y división de vivienda familiar cuyo uso ha sido atribuido judicialmente a la esposa, (venta en pública subasta), tramitados en el Juzgado de Primera Instancia de Gavá número cinco, cuyo recurso fue interpuesto por don Clemente , representado por el Procurador de los Tribunales don José-Luis Pinto Marabotto, en el que es parte recurrida doña Eugenia , a la que representó doña María-Jesús Fernández Salagre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia de Gavá cinco tramitó el juicio de menor cuantía número 382/1994, que promovió la demanda de don Clemente , en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicó: "Que previos los trámites legales pertinentes, en su día, dictar sentencia por la que se estime la demanda en todos sus pedimentos, acordando sacar a pública subasta, con admisión de licitadores extraños, la vivienda propiedad de Don Clemente y Doña Eugenia sita en Gavá, AVENIDA000 , NUM000 , y ordenando se distribuya el producto de la misma por partes iguales, con expresa imposición de las costas del presente procedimiento a la demandada si se opusiere al mismo".

SEGUNDO.- La demandada doña Eugenia se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso por medio de las razones de hecho y de derecho que aportó, terminando por suplicar: "Que dando al pleito el curso correspondiente, dictar sentencia desestimando por completo la demanda condenando al actor al pago de una indemnización por daños y perjuicios causados por este juicio así como la condena en costas; y, subsidiariamente, en el caso de que fuera acordada la disolución de la comunidad de bienes se acuerde adjudicar la mitad de la finca que reclama el actor a la demandada, absolviendo a mi representada, con imposición de las costas causadas al actor, por su evidente temeridad y mala fe".

TERCERO.- Unidas las pruebas practicadas, que fueron declaradas pertinentes, el Juez de Primera Instancia del Juzgado número cinco de Gavá dictó sentencia el 10 de julio de 1995, la que contiene el siguiente Fallo literal: "Que estimo la demanda formulada por el Procurador D. Jordi Martínez del Toro en nombre y representación de D. Clemente frente a D^a Eugenia , y en su virtud se acuerda la división de la vivienda sita en Gavá, AVENIDA000 nº NUM000 , mediante la venta de esta vivienda común, y el reparto del precio entre los dos ex-cónyuges, a falta de acuerdo en la adjudicación a uno de los copropietarios con indemnización al otro, se procederá a venderlo en pública subasta, todo ello sin perjuicio del derecho a su uso y ocupación de Sra. Eugenia ; sin imposición de costas a ninguna de las partes".

CUARTO.- La referida sentencia fue recurrida por la demandada que promovió apelación, a la que se adhirió el demandado, para ante la Audiencia Provincial de Barcelona y su Sección quince tramitó el rollo de alzada



número 1098/1995, pronunciando sentencia con fecha 17 de febrero de 1997, la que contiene la siguiente parte dispositiva, Fallamos: "Estimamos el recurso interpuesto por D^a Eugenia contra la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia del Juzgado nº 5 de Gavá, cuya parte dispositiva ha sido transcrita en el primero de los antecedentes de hecho de la presente resolución, y REVOCÁNDOLA absolvemos a la expresada recurrente de la demanda contra ella interpuesta por D. Clemente . No ha lugar a la imposición de las causadas en ninguna de las dos instancias".

QUINTO.- El Procurador de los Tribunales don José-Luis Pinto Marabotto, en nombre y representación de don Clemente , formalizó recurso de casación contra la sentencia de apelación, que integró en un solo motivo, aportado por el ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se denuncia infracción del artículo 400 del Código Civil, en el que se denuncia infracción del artículo 400 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta.

SEXTO.- La parte recurrida presentó escrito por medio del cual impugnó el recurso formalizado.

SEPTIMO.- La votación y fallo del presente recurso de casación tuvo lugar el pasado día dieciocho de marzo de dos mil tres.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resultan hechos probados los siguientes: 1º. Los litigantes contrajeron matrimonio el 18 de noviembre de 1965, de cuya unión nacieron tres hijos; 2º. La sentencia de 30 de mayo de 1985, del Juzgado de Primera Instancia de Sant Boi de Llobregat estableció la separación de los esposos, manteniendo y confirmando el auto de 25 de febrero de 1985 sobre medidas provisionales, que se elevan a definitivas y mediante el cual se adjudicó el uso de la vivienda familiar que se discute en el pleito a la esposa con la que convive un hijo del matrimonio. La sentencia de separación fue confirmada por sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de fecha 30 de octubre de 1987; 3º. Por sentencia de 12 de mayo de 1993 se decretó el divorcio, que mantuvo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección catorce), pronunciada el 16 de junio de 1994, que se remite a la sentencia de separación y con ello al mantenimiento del uso de la vivienda familiar por la esposa, y 4º. Durante la vigencia del matrimonio, en el año 1970, los cónyuges habían adquirido en común y por mitades indivisas la propiedad de la vivienda de referencia.

En el único motivo del recurso aduce infracción del artículo 400 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, para sostener la procedencia de la disolución de la titularidad común que los litigantes ostentan sobre la vivienda litigiosa, a lo que no accedió la sentencia de apelación, que aportó un razonamiento que resulta sugerente, ya que se dice que lo que el demandante interesó fue la venta en pública subasta y de este modo trata de imponer a la ex- cónyuge una enajenación forzosa, toda vez que no se ha producido autorización judicial ni consentimiento de la titular del uso.

Ha de partirse que el bien común presenta condición de indivisible y la cesación de la comunidad que establece el artículo 400 del Código Civil -norma de condición imperativa (sentencia de 12-7-1993)- ha de tener lugar por la vía del artículo 404 que autoriza, a falta de acuerdo de los comuneros sobre adjudicación a uno de ellos, a su venta y reparto del precio.

Si bien se aporta como petición nuclear en el suplico de la demanda la venta pública de la vivienda, también se interesó la distribución del precio por partes iguales entre los litigantes, lo que bien se expresa, y ello, en correspondencia con la fundamentación fáctica y jurídica de la demanda, permite llegar a la conclusión de que se instó el cese y la división de la comunidad, y así ha de ser tenido como bien entendido, pues la enajenación solicitada por vía de subasta pública opera como medio para finalizar en la indivisión del inmueble (Sentencias de 23-9-1994 y 10-2-1997).

La acción de división es irrenunciable y asiste a cualquier copropietario como derecho indiscutible e incondicional, pues su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo que concurra pacto válido de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a cinco años (Sentencias de 5-6-1989, 31-5-1991, 14-4-1997) u otro impedimento legal.

El motivo ha de ser acogido y el recurso en forma parcial conforme se dirá, al asumir este Tribunal de Casación funciones judiciales de instancia, conforme autoriza el artículo 1715-1-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para resolver lo que corresponda respecto a la cuestión de fondo en los términos en los que ha sido planteado el debate procesal.

Ha de tenerse en cuenta y no se puede dejar de lado que la vivienda fue atribuida a la esposa por decisión judicial ratificada en la sentencia de divorcio. Se trata de situación preexistencia por no haberse instado su



modificación judicial, lo que autoriza la Disposición Adicional sexta, apartado ocho, de la Ley de 7 de Julio de 1.981, sobre nulidad, separación y divorcio, ni tampoco concurrió mutuo acuerdo de los interesados (Sentencia de 3-5-1999).

El mandato judicial atributivo del uso no puede dejarse de lado, ni tampoco actúa como prohibitivo de la cesación y división de la comunidad, y es la disposición de la vivienda la que resulta condicionada por el uso judicial, ya se considere el uso como derecho o carga real o dotado de proyección eficaz "erga omnes", pues esta situación ha de mantenerse indemne en tanto subsistan los presupuestos que determinaron su atribución, en este caso al cónyuge cotitular.

La jurisprudencia de esta Sala así lo ha entendido (Sentencias de 22-9-1988, 11-12-1992, 20-5-1993, 16-12-1995 y 16-2-1998). Se ha de distinguir el supuesto contemplado en el número cuarto del artículo 96 del Código Civil, que refiere a vivienda ocupada por cónyuge no titular, del supuesto, que corresponde a este pleito, en el que la vivienda resulta de la propiedad común de los ex-cónyuges, al que ha de aplicarse el artículo 400 del Código civil, pero respetando la ocupación judicial decretada y mantenida.

Es significativa la sentencia de 14 de julio de 1.994 que resuelve el caso de vivienda de titularidad común de matrimonio separado legalmente y que fue adjudicada por vía judicial a la esposa para uso de vivienda familiar, declarando la coexistencia del derecho que otorga a todo propietario el artículo 400 del Código Civil con el uso judicial (artículo 96). Se trata de derechos que no son contradictorios y cabe compaginar y de este modo el derecho divisorio que ejerció el recurrente en su demanda, no elimina por completo la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por una normativa específica consecuyente del proceso de separación, aquí seguido de divorcio, y por ello, subsistiendo la situación establecida en la sentencia de divorcio, ha de mantenerse la indemnidad de la ocupación de la vivienda en tanto dure la temporalidad del disfrute.

En parecidos términos se pronuncia la sentencia de 27 de diciembre de 1.999, que decide la cuestión sobre si cabe ejercitar la "actio communi dividundo" cuando concurre la situación de que el otro condomino (ex-cónyuge) resulta titular por atribución judicial de un derecho de uso exclusivo sobre la vivienda de propiedad común, procediendo el cese y división del bien, y la eventual venta del mismo debe respetar y garantizar la subsistencia del derecho de uso a la vivienda familiar, en tanto el mismo permanezca.

Procede confirmar la sentencia del Juzgado, si bien integrándola en la forma que se dirá en la parte dispositiva de esta resolución.

SEGUNDO.- Al estimarse el recurso no procede declaración expresa en sus costas ni respecto a las causadas en las dos instancias, conforme al artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación que fue formalizado por don Clemente contra la sentencia que pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona -Sección quince-, en fecha diecisiete de febrero de 1.997, la que casamos y con ello anulamos y confirmando en la forma que se dirá la que dictó el Juez de Primera Instancia de Gavá número cinco, el diez de julio de 1995, en el sentido de integrar y añadir a la estimación parcial de la demanda de dicho recurrente, en cuanto se declara que procede la cesación de la comunidad de la vivienda sita en la AVENIDA000 número NUM000 de la localidad de Gavá, procediéndose a su venta y al reparto del precio entre los ex-cónyuges por mitad, a falta de acuerdo en la adjudicación a uno de ellos con la correspondiente indemnización a favor del otro y tal cesación y venta no afectará al derecho de uso y ocupación de la vivienda que corresponde a doña Eugenia , cuyo derecho quedará debidamente garantizado, en tanto persistan los requisitos fijados en el artículo 96-1º del Código Civil y cualquiera que sea el resultado de la ejecución de la sentencia recurrida.

No se hace pronunciamiento expreso en costas correspondientes a este recurso, así como respecto a las causadas en las dos instancias.

Líbrese testimonio de esta resolución a la expresada Audiencia, devolviéndose autos y rollo a su procedencia, interesando acuse de recibo de todo ello.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Alfonso Villagómez Rodil.-Luis Martínez-Calcerrada Gómez.-José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Alfonso Villagómez Rodil, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ