



Roj: **SAP V 2037/2007 - ECLI:ES:APV:2007:2037**

Id Cendoj: **46250370112007100227**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **11**

Fecha: **12/06/2007**

Nº de Recurso: **92/2007**

Nº de Resolución: **338/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ALEJANDRO FRANCISCO GIMENEZ MURRIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN UNDÉCIMA

VALENCIA

NIG: 46250-37-2-2007-0000515

Procedimiento: Recurso de apelación Nº 92/2007- A -

Dimana del Juicio Ordinario Nº 000192/2005

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 3 DE GANDIA

Apelante/s: Diana Y Iván .

Procurador/es.- JUAN GERARDO KONINCKX BATALLER.

Apelado/s: Jesus Miguel , Cecilia , HERENCIA YACENTE DE Inocencio y Antonieta , María Cristina , Rosario .

SENTENCIA Nº 338/2007

=====
Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente

D. JOSE ALFONSO AROLAS ROMERO

Magistrados/as

D. ALEJANDRO GIMENEZ MURRIA

D. MANUEL JOSE LOPEZ ORELLANA

=====
En Valencia, a doce de junio de dos mil siete

Vistos por la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial, siendo ponente el Ilmo. Sr/Sra D/Dña. ALEJANDRO GIMENEZ MURRIA, los autos de Juicio Ordinario - 000192/2005, promovidos por D. Diana Y D. Iván contra D. Jesus Miguel , D. Cecilia , HERENCIA YACENTE DE D. Inocencio , D. Antonieta , María Cristina , y D. Rosario sobre "división de cosa comun", pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por D. Diana Y D. Iván , representado por el Procurador D/Dña. JUAN GERARDO KONINCKX BATALLER y asistido del Letrado D/Dña. JAIME FERRA PELLICER contra D. Jesus Miguel , D. Cecilia , HERENCIA YACENTE DE D. Inocencio y D. Antonieta , D. María Cristina , y D. Rosario .

ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-**

EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 3 DE GANDIA, en fecha 25-5-06 en el Juicio Ordinario - 000192/2005 que se tiene dicho, dictó sentencia conteniendo el siguiente pronunciamiento: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el procurador Sr. Juan Gerardo Koninckx Bataller, en nombre y representación de Diana y Iván , contra Jesus Miguel , Cecilia , Herencia Yacente de Inocencio , Antonieta , María Cristina y Rosario representado por el procurador declarados en rebeldía debo dictar sentencia en la que DECLARO el final de la situación de indivisión que afectaba a la finca urbana sita en la Avinguda DIRECCION000 nº NUM000 NUM000 - NUM006 que consta en el registro de la propiedad nº NUM001 de Gandia, finca NUM002 , inscrita al folio NUM003 del tomo NUM004 libro NUM005 , CONDENANDO a los demandados a pasar por la declaración de finalizar la situación de indivisión del inmueble litigioso descrito, y a que si en el plazo de quince días desde la sentencia, no se ponen de acuerdo sobre la adjudicación del inmueble a la actora con la indemnización correspondiente a los demandados, subsidiariamente, que se saque el inmueble a pública subasta con llamamiento a extraños y con el resultado se aprueba la venta con indemnización a los copropietarios de su partes y que se conclusas las operaciones divisorias, se ordena la inscripción de las mismas en el Registro de la propiedad previo otorgamiento de escritura publica en su caso, sin que proceda hacer especial condena en costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.-

Contra dicha sentencia, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de D. Diana Y D. Iván , y emplazadas las demás partes por término de 10 días, se presentó en tiempo y forma escrito de oposición por la representación de D. Jesus Miguel , D. Cecilia , HERENCIA YACENTE DE D. Inocencio y D. Antonieta , D. María Cristina , y D. Rosario . Admitido el recurso de apelación y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, se señaló para deliberación y votación el día 24 de mayo de 2007 .

TERCERO.-

Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los razonamientos jurídicos de la sentencia recurrida, y.

PRIMERO.-

Este procedimiento se inicio por la reclamación solicitando el actor que se condenase a los demandados a: "... a) declarar el fin de la situación de indivisión del inmueble litigioso; b) condenar a los demandados a que si en el plazo de 15 días desde el pronunciamiento de la sentencia no se ponen de acuerdo sobre la adjudicación de los bienes a la actora con la indemnización correspondiente a los demandados se convoque en ejecución de sentencia la junta prevista en el artículo 1057 del Código Civil , para la designación del contador-partidor dativo cuyo dictamen requerirá la ulterior aprobación judicial donde se fije el importe a indemnizar a los demandados por su cuota parte y solidariamente; c) se saque el inmueble a pública subasta con llamamientos a extraños y con su resultado se apruebe la venta con indemnización a los copropietarios en su cuota parte; d) que conclusas las operaciones divisorias se ordene la inscripción de las mismas y previo otorgamiento de escritura pública en los términos legalmente precedentes para su inscripción en el Registro de la Propiedad nº 4 de Gandia; y e) con expresa condena en costas....". Dictándose sentencia en la que se estimó la demanda condenando a los demandados a pasar por la situación de indivisión del inmueble y a que si en el plazo de 15 días desde la sentencia no se ponen de acuerdo sobre la adjudicación del inmueble a la actora indemnización correspondiente a los demandados y subsidiariamente se saque a pública subasta con llamamiento a extraños y con el resultado se aprueba la venta con indemnización a los propietarios a sus partes y que conclusas las operaciones divisorias se ordene a la inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad previo otorgamiento de escritura pública en su caso. Ante esta resolución por la representación de la parte actora se formulo recurso de apelación alegando en síntesis que: este recurso se refiere a la desestimación del punto "b" apartado "b" del suplico de la demanda, pues se ha hecho una lectura formal del artículo 1057 del Código Civil, que la sentencia reconoce que la actora representa el 79,38 % de la comunidad y desea que pericialmente sea fijado el importe del resto del que es propiedad, ya que la aplicación del artículo 1057 del C.C . determina que se cite al resto de los interesados si su domicilio fuera conocido, ya que si no se les puede citar, la venta en pública subasta puede hacer que el precio se altere, no puede olvidarse la aplicación de la realidad social, de la propia LEC., y en este caso del derecho civil valenciano, incurriendo en un error al no haber tenido en cuenta Els Furs, aplicables en virtud del nuevo estatuto de autonomía en su disposición transitoria tercera , en el que se establece la preferencia de precio sin citación a terceros.



SEGUNDO.-

La resolución del recurso debe partir de la existencia o no de gravamen en el mismo y para esto deberá acudir a lo que se solicitó en la demanda concretamente en el extremo "b" que según el recurso es el objeto del mismo: "...b) condenar a los demandados a que si en el plazo de 15 días desde el pronunciamiento de la sentencia no se ponen de acuerdo sobre la adjudicación de los bienes a la actora con la indemnización correspondiente a los demandados se convoque en ejecución de sentencia la junta prevista en el artículo 1057 del Código Civil , para la designación del contador-partidor dativo cuyo dictamen requerirá la ulterior aprobación judicial donde se fije el importe a indemnizar a los demandados por su cuota parte y solidariamente". En la sentencia en su fundamento de derecho primero lo que estableció fue la inaplicabilidad del artículo 1057 del C.C . al entender el Juez a quo que el nombramiento del contador partidor dativo esta reservado a que el domicilio de los copropietarios sea conocido, lo que no ocurre en este caso. La primera conclusion es la de que, aunque el fallo de la sentencia refiere la estimación de la demanda la realidad es que esa estimacion fue parcial, ante la desestimación de la petición de que se adjudique a la actora con indemnización a los demandados acudiendo pimariamente y a falta de acuerdo al nombramiento del contador conforme establece el artículo 1057 del C.C ., relegando el sistema de la pública subasta para disolver la comunidad de propietarios, a petición subsidiaria en el suplico de la demanda, apartado "c" . La discrepancia radica en que el recurrente entiende que procede acudir al sistema del artículo 1057 del C.C . y solo subsidiariamente a la subasta que solicita en su extremo "c", sin perjuicio de lo que al final de este fundamento se dirá sobre la alegación de la aplicación directa dels Furs a raíz de lo establecido en el nuevo Estatuto de Autonomía de esta Comunidad en su disposición transitoria tercera . La resolución de este recurso debe partir de que la acción ejercitada es la "comuni dividundo" que lo que se persigue es la división del objeto en este caso el piso apartamento que se encuentra radicado en Gandia, Avenguda DIRECCION000 , nº NUM000 A- NUM000 - NUM006 , bien inmueble que como tal al ser indivisible determina acudir a lo establecido en el artículo 404 del C.C ., teniendo presente las normas reguladoras de la comunidad de bienes de los artículos 392 a 406 del C.C .. Antes de continuar debe iniciarse en que este Tribunal comparte la interpretación que el recurrente hizo del artículo 1057 del C.C ., en la media que su inaplicación no puede sustentarse en el domicilio desconocido de los comuneros, ya que el mismo solo afecta al tramite de la citación que recoge en su párrafo 2º. Sin embargo, aunque por razonamientos distintos si se considera que no cabe la aplicación del artículo 1057 del C.C ., porque: 1º) el articulo 404 del C.C ., ya recoge el sistema de división cuando la cosa es esencialmente indivisible, como en este acaso ocurre al recaer la comunidad sobre una vivienda cuya división "in natura" la haría desmerecer y para ello establece dos reglas: por un lado el acuerdo de todos los comuneros y en su defecto la venta y el reparto del precio, evidentemente este régimen específico para la división de la cosa común en la comunidad de bienes, impide acudir a los preceptos de la división de la herencia, que en todo caso tiene carácter subsidiario; 2º) aunque el artículo 406 del C.C ., se remite a la reglas de la división de herencia ello no puede interpretarse, como lo efectúa el demandante, en el sentido de que serán aplicables todas ellas, pues no debe omitirse que las mismas comprenden operaciones particionales como la colación o las referentes a las deudas hereditarias que quedan fuera del régimen de la división de la cosa común. Y en este sentido, esa remisión no puede entenderse realizada a los artículos 1056 y 1057 del C.C ., por cuanto: a.- ambos preceptos vinculan la figura del contador partidor al testador de manera que opera la designación del Juez cuando no hubiera testamento, figura que no existe en la división de la cosa común; y 2º) su aplicación supondría dejar fuera la reglas contenidas en el artículo 402 del C.C ., que permite que la división de la cosa común se realice por los interesaros o por árbitros o amigables componedores. La conclusión a la que llega la Sala es, aunque por argumentos distintos similar a la del Juez a quo, de que el artículo 1057 del C.C . no es aplicable.

Por ultimo, no se puede compartir la interpretación que realiza el recurrente, concretamente de la vigencia dels Furs en base a la Disposición Transitoria tercera del Estatuto de Autonomía Valenciano , y su directa aplicación excluyendo en nuestra Comunidad las normas del Código Civil. Y para ello, conviene recordar lo dicho por esta Sala en otras sentencias, sobre que el Estatuto no ha modificado la regulación en materia civil del régimen común aplicable en la Comunidad Valenciana, pues contrariamente a la interpretación del recurrente, la de la disposición transitoria debe hacerse atendiendo, a que en el preámbulo, se recoge que: "... se procurará la recuperación de los contenidos de los Fueros del Reino de Valencia"; en el mismo sentido el artículo 50 al enumerar las competencias de la Generalitat Valenciana incluye entre ellas la de recuperar derecho histórico valenciano; y por último el artículo 92 le otorga competencia exclusiva sobre Derecho Civil Foral Valenciano; sin obviar que en aquella disposición se dice textualmente "se recupera y actualiza", lo que necesariamente implica la publicación de una norma en este sentido.

TERCERO.-

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede imponer al apelante las costas de esta alzada.



Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

PRIMERO.-

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Carlos Francisco Díaz Marco, en nombre y representación de don Roberto Ramón Ynsa, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, el día 15 de mayo de 2006 , en el Juicio Ordinario seguido con el numero 1042/2004.

SEGUNDO.-

Confirmar íntegramente dicha resolución.

TERCERO.-

Imponer al apelante las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, y, a su tiempo, devuélvanse los autos principales al Juzgado de procedencia con certificación literal de la misma, debiendo acusar recibo.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, según doctrina del Tribunal Supremo sentada reiteradamente, entre otros, en autos de fecha 18 de octubre de 2005, 21 de febrero de 2006 , 21 y 28 de marzo de 2006, 18 de abril de 2006, 21 y 28 de noviembre de 2006, 19 de febrero de 2007, y 20 de marzo de 2007.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.