



Roj: **STS 774/2011 - ECLI:ES:TS:2011:774**

Id Cendoj: **28079110012011100093**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/02/2011**

Nº de Recurso: **1937/2007**

Nº de Resolución: **106/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Murcia, Sección 2ª, 30-03-2007 (rec. 371/2006),
STS 774/2011**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Febrero de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2ª, por D. Aureliano , representado por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Berenguer López contra la Sentencia dictada, el día 30 de marzo de 2007, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 371/06 , que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Molina de Segura, en el procedimiento ordinario nº 694/02. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de D. Aureliano , en calidad de parte recurrente. Asimismo comparece la Procuradora Dª María del Angel Sanz Amaro, en nombre y representación de D. Florian , en calidad de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Molina de Segura, interpuso demanda de juicio ordinario D. Aureliano contra D. Moises , Dª Eulalia , D. Florian y Dª Purificacion y contra Dª Angelina . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... *dictar sentencia por la que estimando íntegramente la demanda, se declare la división de la comunidad proindiviso existente entre el actor y los demandados y se decrete:*

a) *La indivisibilidad de las fincas descritas en los hechos primero y cuatro de este escrito.*

b) *Que se proceda en período de ejecución de sentencia y de conformidad con lo establecido en los artículos 650 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto sean de aplicación, a la venta en pública subasta, previo avalúo y con admisión de licitadores extraños, de las fincas descritas en los hechos primero y cuarto repartiendo el precio que pudiera obtenerse conforme a los porcentajes o cuotas de proindiviso que, hasta ese momento, ostentaren el actor y los demandados.*

c) *La condena a los demandados al pago de las costas y gastos causados a la actora en este procedimiento".*

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Moises y D. Florian , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... *por allanado y conforme con la división de la cosa común, la que habrá de realizarse mediante la formación de lotes, en la forma expuesta al hecho quinto de este escrito, al que nos remitimos en aras de la brevedad, con adjudicación al actor y a su ex- esposa de aquél o aquellos que les correspondan en atención a su cuota de participación en las fincas cuya división se solicita, adjudicando el resto de los lotes a mis mandantes, lo que*



habrá de realizarse por los trámites previstos en el art. 782 y ss. de la LEC en ejecución de sentencia, condenando al actor al pago de las costas de esta litis en atención a haber litigado con temeridad".

D^a Eulalia y D^a Purificación no contestaron a la demanda, por lo que fueron declaradas en rebeldía por providencia de 24 de enero de 2003.

La representación de D^a Angelina alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: "... se dicte Sentencia por la que se DESESTIME la demanda, por lo que respecta a mi representada, por NO HABER EJERCITADO el actor contra ella la acción que correspondería atendiendo a las circunstancias aquí expresadas, dictándose una Sentencia absolutoria a favor de mi representada, con expresa imposición de costas a la actora, pro su temeridad y mala fé."

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes a la Audiencia Previa, señalándose día y hora y compareciendo las partes sin lograrse en la misma ningún acuerdo o transacción y proponiéndose la prueba que estimaron oportuna, señalándose a tal efecto día y hora para la celebración del oportuno Juicio, practicándose la prueba previamente declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Molina de Segura dictó Sentencia, con fecha 9 de marzo de 2005 y con la siguiente parte dispositiva: "**FALLO:** Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. Angel Cantero Meseguer, en nombre y representación de D. Aureliano , contra D. Moises , D. Florian , D^a Eulalia y D^a Purificación y contra D^a Angelina , debo efectuar los siguientes pronunciamientos:

1º. Absolver a D. Moises , D. Florian , D^a Eulalia y D^a Purificación y a D^a Angelina de todas las pretensiones deducidas.

2º. Imponer al demandante D. Aureliano las costas de este proceso".

La representación de D^a Angelina , presentó escrito solicitando rectificación de error material de sentencia, dictándose con fecha 1 de abril de 2005, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "ACUERDO: Corregir los errores materiales manifiestos de que adolece la Sentencia dictada con fecha 9/03/05, y en consecuencia sustituir el primer párrafo de su Fallo por el siguiente: "Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. Ángel Cantero Meseguer, en nombre y representación de D. Aureliano , contra D. Moises , D. Florian , D^a Eulalia y D^a Purificación y contra D^a Angelina , debo efectuar los siguientes pronunciamientos:".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Aureliano . Sustanciada la apelación, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia dictó Sentencia, con fecha 30 de marzo de 2007 , con el siguiente fallo: " Que desestimando el Recurso de apelación interpuesto por D. Aureliano , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Molina, **CONFIRMAMOS** dicha resolución, imponiendo al apelante las costas del recurso...".

TERCERO. Anunciado recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal por D. Aureliano , representado por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Berenguer López, interpuso ante dicha Sala el recurso extraordinario por infracción procesal articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción de las normas reguladoras de la sentencia contenidas en los arts. 209. 2, 216 y 218 de la LEC, al amparo de lo dispuesto en el motivo 2º del art. 469.1 de la Ley .

Segundo: Infracción por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 465 de LEC , en relación con las normas procesales reguladoras de la sentencia contenidas en los arts. 209.2, 216 y 218 de la LEC, al amparo de lo dispuesto en el motivo 2º del art. 469.1 de la citada Ley .

Tercero: Infracción por aplicación errónea de lo dispuesto en el art. 395 y 398 de la LEC, al amparo de lo dispuesto en el motivo 2º del art. 469.1 de la citada Ley .

Cuarto: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución Española, al amparo de lo dispuesto en el motivo 4º del art. 469.1 de la citada Ley .

El recurso de casación se interpuso al amparo de lo previsto en los apartados 1 y 2 del art. 477 de la LEC , con fundamento en los siguientes motivos:

Único: Infracción de norma aplicable para resolver la cuestión objeto del proceso y en concreto la vulneración de los arts. 400, 401, 404, 406 y 1062 del Código Civil y concordantes, así como el art. 1385.2 del Código Civil .

Por resolución de fecha 15 de octubre de 2007, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.



CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó el Procurador D. Jorge Deleito García en nombre y representación de D. Aureliano , en calidad de parte recurrente. Asimismo se personó la Procuradora Dª María del Angel Sanz Amaro, en nombre y representación de D. Florian , en calidad de parte recurrida.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora Dª. María del Angel Sanz Amaro en nombre y representación de D. Florian , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el nueve de febrero de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. Dª. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D. Aureliano era copropietario de las siguientes fincas: una tercera parte de la finca urbana nº registral NUM000 y una tercera parte de la finca rústica nº registral NUM001 . Los otros copropietarios eran sus hermanos. D. Moises y D. Florian y sus respectivas esposas.

2º D. Aureliano estaba separado de su esposa, también demandada, Dª Angelina . Los bienes pertenecían a su sociedad de gananciales.

3º D. Aureliano demandó a D. Moises y su esposa; D. Florian y su esposa y Dª Angelina , ex esposa de D. Aureliano pidiendo: a) que se declarase la indivisibilidad de las fincas; b) que se procediera en periodo de ejecución de sentencia a la venta en pública subasta, previo avalúo y con admisión de licitadores extraños, repartiendo el precio que pudiera obtenerse conforme a las cuotas de cada uno de los comuneros.

Los demandados D. Moises y D. Florian se allanaron a la división, pero en relación a la forma en que debía efectuarse, alegaron que el edificio urbano podía dividirse, adjudicándolo por pisos según las cuotas que cada comunero ostentaba en la comunidad.

Dª Angelina se opuso a la demanda, por inviable, porque el actor pretendía que se le adjudicara la cuota correspondiente cuando la mitad de los bienes correspondientes a estas cuotas pertenecía a la sociedad de gananciales que aun no se había liquidado.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Molina de Segura, de 9 marzo 2005 , cuyos errores materiales fueron corregidos por auto del mismo juzgado de 1 abril 2005 , desestimó la demanda, absolviendo a los demandados. Señaló que: a) la sociedad de gananciales se encuentra en procedimiento de liquidación, y b) la codemandada se opone expresamente a la división instada. De todo ello se llegaba a la conclusión que *"[...] el actor no puede ejercitar la presente acción hasta tanto se haya liquidado la sociedad conyugal (o bien hasta que cuente con el consentimiento de la demandada), lo que no es el caso"*. En definitiva, se entendió que el actor carecía de acción para instar la división de la cosa común frente a su ex esposa hasta que no se hubiera procedido a la liquidación de la sociedad conyugal.

5º D. Aureliano presentó recurso de apelación, que fue desestimado por la sentencia de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia, de 30 marzo 2007 . La sentencia ahora recurrida confirma la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia con el argumento siguiente: a) *"[...] cuando aun declarada disuelta la sociedad de gananciales no ha sido liquidada, como aquí sucede, cada cónyuge partícipe tiene una simple cuota abstracta sobre la totalidad del conjunto patrimonial, que solo podrá recaer sobre bienes concretos una vez que se haya procedido a su liquidación y adjudicación a los esposos; todo ello en consonancia con el carácter de comunidad germánica o en mano común que preferentemente se atribuye a la de gananciales, y b) "las consideraciones que preceden llevan a entender que no basta el Art. 1385.2 para una investidura que por su posición de enfrentamiento procesal se orilla más a las exigencias del Art. 1377.1 CC , respaldando estas conclusiones el tenor literal del Art. 496 CC [...]"*.

5º Contra esta sentencia D. Aureliano formula recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del Art. 469,1,2 LEC, dividido en 4 motivos y recurso de casación al amparo del Art. 477, 2, 2 LEC , con un motivo único. Los recursos fueron admitidos por auto de esta Sala de 12 enero 2010 .

1º RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO. El recurso se divide en cuatro motivos, que denuncian, en el *motivo primero* , la infracción de los Arts.209.2, 216 y 218 LEC por entender que la sentencia del Juzgado de 1ª instancia incurre en graves defectos de motivación, y además, debe ser congruente y exhaustiva. *El motivo segundo* , que señala la infracción de



los Arts. 209.2, 216 y 218 LEC por parte de la sentencia recurrida, por incurrir en los mismos defectos de falta de motivación, incongruencia y falta de exhaustividad que se habían denunciado en relación a la sentencia de instancia, lo que ha producido indefensión. *El motivo tercero* señala la aplicación errónea de los Arts. 395 y 398 LEC. Resulta cuestionable que se impongan las costas a los que se allanaron, pese a que los que contestaron la demanda, así lo solicitaran; por ello es discutible aplicar el criterio del vencimiento del Art. 394 CC, en contra de lo dispuesto en el Art. 395 LEC. Finalmente, el *Motivo cuarto* denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, de acuerdo con el Art. 24 CE.

Estos motivos se desestiman.

Las razones de la desestimación son las que se expresan a continuación: a) el motivo primero no puede estimarse porque a partir del Art. 468 LEC, solo es posible interponer recurso extraordinario por infracción procesal contra "sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia". En el régimen provisional establecido en la disposición final 16 LEC, el recurso extraordinario procederá, por los motivos previstos en el art. 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación, de acuerdo con el art. 477 LEC. Por ello solo puede impugnarse por medio de este recurso la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, nunca la del juzgado de Molina de Segura, porque los defectos que esta pudiera presentar se podían discutir mediante el recurso de apelación; b) respecto de la sentencia recurrida, hay que concluir que no se producen los defectos procesales que se denuncian; c) en relación a las costas del allanamiento, hay que partir del hecho que los demandados, hermanos del demandante, no se allanaron más que a la división solicitada, no cumpliéndose, en consecuencia, el supuesto exacto del Art. 21.1 LEC que se refiere al allanamiento a *todas* las pretensiones del actor, pero además, el tribunal rechazó la demanda, por lo que en puridad, debían imponérsele las costas al actor. Todo ello, no ha producido indefensión, por lo que debe rechazarse también el motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal.

2º RECURSO DE CASACIÓN.

TERCERO. *Motivo único.* Infracción de los Arts. 400, 401, 404, 406 y 1062 y concordantes CC y "para el caso de ser de aplicación a la situación de pendencia de los bienes de la liquidación de la sociedad de gananciales", denuncia también la infracción del Art. 1385.2 CC respecto a la acción de división de la cosa común y su ejercicio por uno de los comuneros bien respecto de bienes privativos", bien respecto de los gananciales. Cita diversas sentencias de esta Sala relativas al ejercicio de la acción de división y concluye que: a) no se prohíbe en el Código civil el ejercicio de la acción de división a uno de los miembros de la sociedad de gananciales; b) la jurisprudencia ha considerado que una vez disuelta la comunidad de gananciales, se convierte en una comunidad por cuotas, por lo que puede ejercer la acción de división; c) constante la sociedad de gananciales, el principio de cogestión del Art. 1375 se complementa con el auxilio judicial, y d) no se impide a ninguno de los cónyuges actuar en interés de los gananciales.

El motivo se estima.

Antes de entrar a estudiar la cuestión de fondo del recurso, debe advertirse que si bien en el recurso se citan como infringidas unas disposiciones "y concordantes", al resultar muy clara la intención del recurrente, que en definitiva está recurriendo contra la declaración de falta de acción para ejercer la división, debe entrarse a estudiar el único motivo del recurso.

CUARTO. El núcleo central del problema en el presente recurso de casación se centra en determinar si el actor, D. Aureliano, estaba o no legitimado para ejercer la acción de división de los bienes que ostentaba en copropiedad con sus hermanos, aun antes de haberse liquidado la disuelta sociedad de gananciales, dado que sus cuotas formaban parte del activo de la sociedad.

Lo primero que debe afirmarse es que el marido recurrente D. Aureliano es titular de la acción de división de los bienes comunes y ello con independencia de que se haya o no liquidado la sociedad de gananciales, porque de acuerdo con el Art. 400 CC, que se alega como infringido, ningún copropietario estará obligado a permanecer en la indivisión, regla que no tiene excepciones y a la que no puede oponerse el hecho de que las cuotas sean o no gananciales o no se haya liquidado aun la sociedad, porque también sería titular de la acción en el caso de que no se hubiese producido la crisis matrimonial y no debiera liquidarse dicha sociedad.

Dicho esto, el problema se plantea a continuación en relación a la consideración jurídica que deba tener el acto divisorio: si de trata de un acto de disposición debería aplicarse lo dispuesto en los Arts. 1375 y 1377.1 CC, que exigen la actuación conjunta de ambos cónyuges; si se trata de un acto de defensa de los bienes gananciales, como afirma el recurrente como argumento complementario al básico de su recurso, correspondería a cada cónyuge individualmente el ejercicio de la acción. La doctrina entiende que el "acto divisorio es un acto con un efecto extintivo de una situación jurídica anterior, la de la comunidad, y con un efecto modificativo del



derecho de cada uno de los sujetos intervinientes", por lo que debe ser calificado como "un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial".

Llegamos así al núcleo del problema planteado en este recurso, que se refiere, pues, a si uno de los cónyuges, en este caso el marido, puede ejercitar solo la acción de división o bien debe actuar conjuntamente con la esposa, tal como disponen los Arts. 1375 y 1377.1 CC . La conclusión a que se llega es que deben seguirse las reglas normales de la acción de división, es decir, que o bien actúan conjuntamente frente a los demás copropietarios, o bien debe demandarse al otro cónyuge, aquí a la esposa conjuntamente con los demás, en su cualidad de copropietaria como parte de la sociedad de gananciales. Esta es la situación ocurrida en el presente supuesto, por lo que la esposa demandada no puede oponer al demandante la necesidad de liquidación previa de la sociedad de gananciales para que pueda procederse a la división de los bienes de titularidad común con terceros propietarios.

QUINTO. La estimación del motivo único del recurso de casación implica que esta Sala asuma la instancia y deba dictar sentencia, al haber sido desestimada la demanda de división de cosa común por la sentencia recurrida, que confirmó la de 1ª Instancia.

El objeto de la demanda expresado en su suplico se resumía a dos extremos: a) que se declarase la indivisibilidad de las fincas; b) que se procediera en periodo de ejecución de sentencia a la venta en pública subasta, previo avalúo y con admisión de licitadores extraños, repartiendo el precio que pudiera obtenerse conforme a las cuotas de cada uno de los comuneros. No obran en este procedimiento dictámenes o informes técnicos acerca de la cualidad de divisible o indivisibles de las fincas sobre las que se ejercita la acción de división. Siendo esto así, esta Sala debe proceder a estimar la demanda, considerar ejercida la acción de división de cosa común sobre las fincas, y acceder a la venta en pública subasta, salvo acuerdo posterior de las partes.

SEXTO. De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 398.1 LEC , se imponen al recurrente las costas de su recurso extraordinario por infracción procesal y no se imponen las costas del recurso de casación.

No se imponen las costas de la primera instancia, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 394 LEC . No se impone a ninguna de las partes las costas del recurso de apelación.

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

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Aureliano contra la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia, de 30 marzo 2007, dictada en el rollo de apelación nº 371/06 .

2º Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Aureliano contra la sentencia de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia, de 30 marzo 2007, dictada en el rollo de apelación nº 371/06 .

3º Se casa y anula la sentencia recurrida.

4º En su lugar se dicta sentencia y se estima la demanda interpuesta por D. Aureliano contra D. Moises y su esposa Dª Eulalia ; D. Florian y su esposa Dª Purificacion y Dª Angelina y se declara ejercida la acción de división de cosa común sobre las fincas comunes, con número registral NUM000 y NUM001 , y se decreta su venta en pública subasta, salvo acuerdo posterior de los comuneros.

5º Se imponen al recurrente D. Aureliano las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

6º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

7º No se imponen a ninguna de las partes las costas de la 1ª instancia ni las de la apelación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la 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 .- Jesus Corbal Fernandez.-Antonio Salas Carceller .- Encarnacion Roca Trias .- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, 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.