

Roj: **STS 1318/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1318**Id Cendoj: **28079110012012100113**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/02/2012**Nº de Recurso: **2039/2008**Nº de Resolución: **77/2012**Procedimiento: **Casación**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 12890/2008,**
STS 1318/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Febrero de dos mil doce.

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 Madrid, sección 18ª, por **D. Luis María**, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Mercedes Rodríguez Puyol contra la Sentencia dictada, el día 22 de septiembre de 2008, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 559/2008, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Madrid, en el procedimiento ordinario nº 1306/2007. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Sra. Rodríguez Puyol en nombre y representación de DON Luis María, personándose en concepto de parte recurrente. El Procurador Sr. Álvarez Díez compareció, en nombre y representación de DOÑA Constanza, personándose en concepto de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Madrid, interpuso demanda de juicio ordinario, Dª. Constanza, contra D. Luis María. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"...dicte sentencia por la que se ordene la división de la vivienda sita en Madrid en la CALLE000 número NUM000 NUM001 que tienen en común mi mandante y el demandado D. Luis María, sacándolos, en su caso y si no llegaran a un acuerdo en cuanto a su adjudicación a uno de ellos, a venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, y con la adjudicación del metálico en un cincuenta por ciento a cada uno de los propietarios, condenando al abono de las costas procesales si se opusiera a la presente demanda"*.

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Luis María los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... dictar en su día Sentencia por la que estimando la excepción invocada de inadecuación del procedimiento por razón de la materia se acuerde el sobreseimiento del proceso, con archivo de la demanda, y subsidiariamente, para el caso de que no se estimare dicha excepción, se desestime íntegramente la demanda absolviendo a mi representado de los pedimentos de la misma, y con imposición de costas a la parte actora en ambos casos"*.

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes al acto de la audiencia previa, al que acudieron las partes debidamente representadas, y no alcanzándose acuerdo entre las mismas, afirmándose cada una de ellas en sus pretensiones y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó convocar a las partes para la celebración del oportuno Juicio, practicándose la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.



El Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Madrid, dictó Sentencia , con fecha 14 de marzo de 2008 , y con la siguiente parte dispositiva: " *FALLO: Debo estimar y estimo la demanda presentada por don Javier Álvarez Díaz, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de doña Constanza , contra don Luis María , sobre acción de división de cosa común y, en consecuencia, declaro disuelto el régimen de copropiedad existente sobre la vivienda sita en Madrid número NUM002 al folio NUM003 del tomo NUM004 , libro NUM004 , acordando la pública subasta, en el caso de no haber acuerdo entre las partes, con admisión de licitadores extraños además de los litigantes, del referido inmueble y con el precio que se obtenga por su venta distribuir el mismo en proporción a la cuotas de copropiedad existentes, que son, el cincuenta por ciento a favor de doña Constanza y el otro cincuenta por ciento a favor de don Luis María ; todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandada*".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Luis María . Sustanciada la apelación, la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 14 de marzo de 2008 , con el siguiente fallo: "*Debo estimar y estimo la demanda presentada por don Javier Álvarez Díaz, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de doña Constanza , contra don Luis María , sobre acción de división de cosa común y, en consecuencia, declaro disuelto el régimen de copropiedad existente sobre la vivienda sita en Madrid, CALLE000 número NUM000 , NUM001) inscrita en el Registro de la Propiedad de Madrid número NUM002 al folio NUM003 del tomo NUM004 , libro NUM004 , acordando la pública subasta, en el caso de no haber acuerdo entre las partes, con admisión de licitadores extraños además de los litigantes, del referido inmueble y con el precio que se obtenga por su venta distribuir el mismo en proporción a las cuotas de copropiedad existentes, que son, el cincuenta por ciento a favor de doña Constanza y el otro cincuenta por ciento a favor de don Luis María ; todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandada*".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D. Luis María , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la procurador de los Tribunales Dª. Mercedes Rodríguez Puyol lo formalizó, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción del art. 401 del Código Civil , con relación al art. 400 del mismo Cuerpo legal .

Segundo.- Por infracción del art. 1205 del Código Civil , con relación a los arts. 403 y 405 del mismo Cuerpo legal .

Por resolución de fecha 18 de noviembre de 2008, 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 la Procuradora Sra. Rodríguez Puyol en nombre y representación de DON Luis María , personándose en concepto de parte recurrente. El Procurador Sr. Álvarez Díez compareció, en nombre y representación de DOÑA Constanza , personándose en concepto de parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 12 de enero de 2010 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Javier Álvarez Díez, en nombre y representación de Dª Constanza , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Hechos probados en el litigio relevantes para el recurso de casación.

1º Dª Constanza y D. Luis María son propietarios por mitad de un piso situado en Madrid. Este piso fue adquirido antes del matrimonio de los litigantes y les pertenece como bien privativo en común y proindiviso.

2º El inmueble se encuentra gravado con una hipoteca, que fue contratada constante matrimonio por ambos cónyuges con el fin de adquirir otro piso.

3º Dª Constanza interpuso la acción de división, en la que pedía que se ordenase la división de la vivienda, y si no se llegara a un acuerdo entre los copropietarios en lo relativo a la adjudicación a uno de ellos, se procediera a la venta en pública subasta, con participación de licitadores extraños y con la adjudicación del metálico en un 50% a cada uno de los propietarios.



D. Luis María se opuso a la demanda, alegando que la finca se encuentra gravada con una hipoteca constituida por la sociedad de gananciales para la adquisición de un nuevo inmueble, y que dicha sociedad aun no se ha liquidado, y que en este momento, la pretensión es inviable, de acuerdo con el Art. 666 LEC .

4º La sentencia del Juzgado de 1ª instancia nº 18 de Madrid, de 14 marzo 2008 , estimó la demanda de Dª Constanza . Razonó lo siguiente: **a)** la vivienda no es susceptible de división material; **b)** por ello, solo puede procederse a su división económica, que a falta de acuerdo entre los propietarios, implica la venta y el reparto del precio obtenido; **c)** la oposición del demandado no puede tener acogida, porque la acción se ha ejercitado al amparo del art. 400 CC , que "responde a que nadie puede ser obligado a permanecer en la indivisión" ; **d)** al haberse ejercitado la acción de división, no cabe optar por otras alternativas contrapuestas.

5º Apeló D. Luis María . La SAP, sección 18, de Madrid, de 22 septiembre 2008 , desestimó el recurso, con los siguientes argumentos: **a)** "[...]nada obstan las alegaciones del demandado en relación con la existencia de un crédito de la sociedad de gananciales contra los cónyuges por el importe de las cuotas hipotecarias pagadas por la sociedad para la adquisición de ese bien privativo al 50 % entre los integrantes de la misma, y ello porque ese crédito seguirá subsistente con independencia de la permanencia del bien en posesión y dominio de ambos comuneros y habrá de computarse también con independencia en las operaciones liquidatorias de la sociedad ganancial, como así ocurriría si los litigantes de mutuo acuerdo hubieran procedido a su venta"; **b)** "[...] es indiferente que la disuelta sociedad ganancial sea acreedora de sus antes integrantes, porque seguirá siéndolo a pesar de la división"; **c)** no puede hablarse de "inviabilidad de la división" "en base a la consideración de que el valor de la vivienda es inferior al de la carga hipotecaria, y ello porque tal dato sólo se determinará en ejecución de sentencia y afectará a los posibles licitadores, pudiendo en cualquier caso adjudicarse la misma uno de los comuneros abonando su parte al otro. Pero es que además el valor de ese bien cuando se proceda en su caso a la subasta pública será el que se ofrezca por el mismo y se acepte por los vendedores", y **d)** "En modo alguno puede aplicarse en este supuesto el Art. 1205 C.c. puesto que el adquirente, si lo hubiere, no se subroga en el crédito hipotecario sino que adquiriría un bien gravado con una hipoteca, derecho real, y por lo tanto es el bien el que responde del préstamo como garantía real y hasta donde alcance su valor, respondiendo los prestatarios del resto y no el adquirente. Y por último este hecho, que según se dice es perjudicial para ambos comuneros puesto que les sería aplicable el principio de responsabilidad patrimonial universal, no empece en modo alguno el derecho que asiste a cualquier comunero de instar la división, y cuando la insta asume las consecuencias que de esa división se deriven" . 6º D. Luis María interpone recurso de casación, al amparo del art. 477,1.2 LEC , en razón de la cuantía, que fue admitido por el ATS de 12 enero 2010 . Figuran las alegaciones de la parte recurrida, que se oponen a la estimación del recurso.

SEGUNDO. Motivo primero . Infracción del art. 401 CC , en relación con el art. 400 CC , por inaplicación, al haber acordado la división por el mero hecho de haber sido solicitada, sin tener en cuenta que hay casos en los que no procede, como en el actual, por el desmerecimiento de la vivienda objeto de la división. La vivienda es inferior al valor de la carga hipotecaria, por lo que debiendo atenderse al valor del bien al tiempo de interponerse la demanda y siendo superior el valor de la hipoteca al de la vivienda, debe aplicarse el Art. 666 LEC , por lo que no podrá verificarse la subasta. Por ello, la sentencia debe ser casada, al concurrir un desmerecimiento económico del propio bien y de los partícipes. Además, si se procede a la división, se estaría permitiendo a la parte contraria liquidar una deuda ganancial a costa de un bien privativo con un claro perjuicio para el recurrente, que utiliza dicho inmueble como su domicilio.

El motivo no se estima.

El derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción en el Art. 400 CC que el pacto entre los condóminos y aun así, con las limitaciones que el propio artículo establece. Cada comunero puede salir de la comunidad, y el Código civil permite imponer a los demás la división, porque el régimen de comunidad tiene una naturaleza transitoria e incidental. Y por ello la acción es imprescriptible e irrenunciable.

La indivisibilidad de la cosa común no permite, pues, el mantenimiento de la indivisión, sino que impone un procedimiento distinto, que es la subasta pública. Este es el sentido del Art. 401 CC , que aquí se considera infringido, según el sentido que le da la STS 602/2000, de 19 junio , que entiende que se debe examinar si la cosa es o no indivisible no solo desde la perspectiva material, según criterios económicos y sociales, sino también cuando desmerezca mucho con la división, "en cuyo supuesto se comprende la inservibilidad; por ello entiende la citada STS que, de acuerdo con la doctrina dominante, el Art. 401 CC se refiere al supuesto en que no cabe *actio communi dividundo* porque se producen dos supuestos: el de la inservibilidad de la cosa para el uso a que se la destina y el de la imposibilidad de que tenga lugar la venta en pública subasta. Si concurre alguno de estos elementos, la división debe efectuarse mediante la subasta (Ver asimismo SSTS 179/2001, de 1 marzo y 38/2005, de 3 febrero).



Estas mismas razones llevan a excluir la aplicación del Art. 666 LEC , que está regulando la suspensión de la ejecución cuando exista un embargo por deudas previas y señala que "si el valor de las cargas y gravámenes iguala o excede del determinado para el bien, el Secretario judicial dejará en suspenso la ejecución sobre ese bien". El segundo párrafo del Art. 666 LEC se funda en el principio de cobertura, de modo que los bienes solo saldrán a subasta cuando su valor sea igual o menor de todas las cargas y gravámenes en que ha de subrogarse quien lo adquiera. No es esta la situación del litigio, puesto que aquí se requiere la subasta para dividir el bien indivisible y no para la satisfacción de las deudas del propietario del bien. La hipoteca subsiste de acuerdo con lo que dispone el Art. 405 CC y la división de la finca no altera el crédito hipotecario, debiendo aplicarse el Art. 123 LH .

TERCERO. *Motivo segundo* . Infracción del art. 1205 CC , en relación con los arts. 403 y 405 CC . Se refiere el recurrente a la adjudicación, en su caso, del bien a dividir que está gravado con una hipoteca, al que deberá aplicarse lo establecido en el art. 670.5 LEC y del art. 405 CC , de modo que si el tercer adquirente se subroga en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, hay una novación, al sustituirse el antiguo deudor por uno nuevo, que debe ser consentida por el acreedor hipotecario, en virtud de lo dispuesto en el art. 1205 CC , lo que viene agravado por el hecho de que la hipoteca tiene un valor superior al inmueble objeto de la división.

El motivo se desestima.

Tal como se ha indicado a final del anterior FJ, la división de la cosa común no perjudica al tercero, quien según lo que dispone el Art. 405 CC , "conservará los derechos de hipoteca [...]" y otros derechos reales que la graven. Este es el sentido del Art. 405 CC , así como el del Art. 670.5 LEC , que impone al adjudicatario la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, subrogándose en la responsabilidad que de ellos se deriva, no en la deuda que origina semejante responsabilidad. No se infringe, por tanto, el Art. 1205 CC , que regula la novación por cambio del deudor de una obligación, puesto que en el supuesto actual, solo cambia el responsable en tanto que como adquirente del bien sujeto a una hipoteca, debe soportar la ejecución por las deudas impagadas, pero no se convierte en deudor ni se subroga en esta posición, al contrario de lo que insinúa el recurrente. A tal efecto conviene recordar lo que establece el Art. 123 LH , cuando después de admitir que el acreedor hipotecario y el deudor garantizado con hipoteca pueden pactar la distribución de la deuda en los casos de división de la finca hipotecada, a falta de pacto, "podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en las que se haya dividido la primera o contra todas a la vez".

El adquirente por tanto, resultará afectado por la hipoteca en tanto que responsable por su cualidad de titular de los bienes adquiridos en subasta, aunque no se produzca una novación porque el deudor se mantiene. En definitiva y como resumen, debe recordarse que lo que cambiaría en la adjudicación a un tercero es el titular de la garantía, no el de la deuda.

CUARTO. La desestimación de los dos motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Luis María contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 22 septiembre 2008 , determina la de su recurso de casación.

De acuerdo con lo establecido en el art. 398.1 LEC , corresponde imponer las costas de la casación a la parte recurrente

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

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis María contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 22 septiembre 2008 , en los autos 559/2008 .

2º No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3º Se imponen a la parte recurrente, las costas de este recurso.

Líbrense 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 .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel .-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias .-Rafael Gimeno-Bayon Cobos .- 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.