



Roj: **STS 1283/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1283**

Id Cendoj: **28079110012016100174**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/03/2016**

Nº de Recurso: **673/2014**

Nº de Resolución: **160/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 2350/2013,**
STS 1283/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Marzo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación e infracción procesal interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 218/2013 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm 673/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pontevedra, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don José Manuel Domínguez Lino en nombre y representación de doña Celsa, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Mª Concepción Tejada Marcelino en calidad de recurrente y la procuradora doña Mª Mar Prat Rubio en nombre y representación de doña Luisa y otros, en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1 .- La procuradora doña Susana Tomas Abal, en nombre y representación de doña Luisa interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Leon, doña Violeta, don Roberto, doña Carla, doña Julia, don Jesús Carlos, doña Sacramento, doña Celsa, doña Belinda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«...condene a los demandados a realizar en fase de ejecución de sentencia la división de la cosa común mediante la venta en pública subasta, previo evalúo del bien con admisión de licitadores extraños para proceder posteriormente al reparto del importe de la venta entre los condueños, en la proporción establecida en el hecho tercero de la demanda una vez deducidos los gastos de evalúo y subasta y con imposición de las costas a los demandados».

2.- La procuradora doña Olga Casablanca García, en nombre y representación de doña Julia, 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:

«...se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi patrocinada de todos sus pedimentos. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 21 de diciembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«...Que desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Tomás Abal en nombre y representación de Doña Maribel y de Doña Luisa, quien actúa en su propio nombre y derecho y en representación de Don



Isidoro , contra Doña Julia , Doña Sacramento , Doña Celsa , Don Leon , Doña Violeta , Don Roberto , Doña Carla , Don Jesús Carlos y Doña Belinda ; y absuelvo a los referidos demandados de todas y cada una de las pretensiones dirigidas contra ellos.

Se imponen las costas a doña Maribel , doña Luisa y don Isidoro ».

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Luisa y otros, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 9 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«..Acogiendo en parte la Apelación formulada por la representación de doña Luisa , doña Maribel y don Isidoro contra la Sentencia de fecha 21-XII-2012 dada en el P. Ordinario n.º 785/10 seguido ante el J. de la Instancia n.º 2 de Pontevedra (Rollo n.º 218/13) debemos revocar y revocamos la misma dando lugar a la estimación parcial de la demanda deducida por aquéllos en los términos consignados en el Fundamento 6º y 8º de esta resolución sin hacerse expresa imposición de las costas causadas en la instancia ni en la alzada. Devuélvase a los apelantes el depósito constituido para recurrir».

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia interpuso recursos de casación y extraordinario por infracción procesal la representación procesal de doña Celsa , argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes Motivos: Primero.- Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia. Segundo.- Vulneración de derechos fundamentales.

El recurso de casación lo argumentó con arreglo al siguiente Motivo: Único.- Infracción del art. 400 en relación con el 1068 ambos del Código Civil .

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 14 de enero de 2015 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María del Mar Prat Rubio, en nombre y representación de doña Luisa presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de enero del 2016, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la viabilidad de una acción de división de la cosa común (*actio communi dividundo*), conforme a lo dispuesto por los artículos 400 y 404 del Código Civil . Se cuestiona, principalmente, la legitimación de dos de los tres demandantes de la acción de división. La de doña Luisa y la de don Isidoro . Por el hecho de accionar y ejercitar su pretensión en nombre propio exclusivamente, y no en el interés de la comunidad, y en la medida en que su derecho de comunero no puede afirmarse en sentido propio. Por corresponder, en parte, en el caso de doña Luisa , y, en todo, en el caso de don Isidoro , a las comunidades hereditarias de dos de los cinco hermanos titulares de la comunidad de bienes sobre el objeto de la presente litis. De forma que doña Luisa no acredita la partición que materialice el derecho de acrecer que integra su pretensión, y don Isidoro no acredita su condición de heredero único, bien testamentario, o bien abintestato, como paso previo a su reclamación.

2. La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda interpuesta. Fundamenta que si bien, en primer término, la legitimación activa de doña Luisa puede salvarse por el legado de cosa cierta que recibe de su tío, don Estanislao , heredero, a su vez, de su hermano don Laureano , comunero originario del bien objeto de la litis (artículos 882 y 885 del Código Civil), no sucede así en el caso de don Isidoro , que no aporta testamento o declaración de herederos que justifique su condición de único heredero de su padre, careciendo, por tanto, de legitimación activa al ostentarla la comunidad hereditaria de aquél. También destaca que, en cualquier caso, el fallecimiento de la originaria comunera Luisa (persona distinta a la aquí codemandante doña Luisa), sin testamento, soltera y sin descendientes, implica que su parte acrece al resto de sus hermanos y sus estirpes, por lo que resulta necesario que se acredite tanto la condición de herederos de los actuales condóminos, como la partición en donde se les adjudicó en común los derechos que a su causante correspondían en la cosa común objeto del presente pleito. De ahí que, por último, considere que no se trata de un problema de incorrecta constitución de la relación jurídica procesal, pues esta se establece entre aquellos que afirma la parte actora que ostentan la legitimación, sino de fondo, al no haberse identificado debidamente a los comuneros.



Por su parte, la sentencia de segunda instancia estima en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y acoge la viabilidad de la acción de división ejercitada.

En este sentido, aunque tiene en cuenta los razonamientos acerca de la falta de legitimación que declara la sentencia de primera instancia, pues no se acredita la legitimación de los citados demandantes respecto de la cuestión de fondo que se plantea, al hacerse en nombre propio con unas cuotas concretas que no le corresponden, no obstante, en su fundamento tercero, declara que:

«[...] puede salvarse la situación en base a la Jurisprudencia que viene entendiendo viables las acciones en nombre propio sin especificarse "en beneficio de la Comunidad Hereditaria" a la que pertenece y le asisten aquéllas, cuando pueda concluirse, partiendo de que cualquier comunero puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, que efectivamente éste viene a ser su sentido último. En este caso es así, los planteamientos de la demanda en lo que al inmueble objeto de litis se refiere y a los porcentajes que se relacionan en el Hecho 3º de aquélla, sí permiten llegar a tal conclusión; el que sea necesariamente en beneficio de la comunidad efectivamente convergente sobre el inmueble, en razón de la Partición referida, por ostentarse derechos directos e indirectos a medio de comunidades hereditarias generadas ulteriormente a aquella, que no se pueden aquí materializar».

En todo caso, con especial incidencia para la fundamentación resultante, en su fundamento quinto, (que en realidad corresponde al sexto, pues se reproduce dos veces el ordinal del fundamento tercero), precisa lo siguiente:

«[...] Establecido lo anterior lo que resulta evidente es que el derecho propio a cada quinta parte se atribuyó o partió entre los hijos D. Laureano , D^a Lorenza , Da Maribel , Da Luisa , y Doña Socorro , teniendo por ello cada uno de ellos por sí o los integrantes de las Comunidades hereditarias subsiguientes, en su caso acreditadas, el derecho a pedir la partición de ese principal común. En este sentido, es claro que, en todo caso, la actora Doña Maribel tiene plena legitimación a tal efecto, por el derecho propio en el que acciona; con ello, como bien refiere la apelante en su recurso, ha de tenerse en cuenta que el fallecimiento de uno de los comuneros no impide el ejercicio de la acción divisoria ni impone su aplazamiento hasta la declaración de herederos abintestato (STS 24 de marzo de 2003), y también que tal postura no deja de ser la asumida por los demandados en tanto en cuanto, como ya anticipamos supra, lo que discuten en última instancia son los porcentajes que han de corresponder y a quien».

3. A los efectos que aquí interesan, de los antecedentes del caso resultan acreditados los siguientes hechos:

A) El bien objeto de la presente litis, un inmueble compuesto por una casa y circundado, fue adquirido por compraventa, de 27 diciembre 1943, por doña Julia . Posteriormente se procedió a la partición hereditaria por los cinco hermanos beneficiarios de la herencia, de los cuales han fallecido dos, dando lugar a tres hijuelas que atribuían por mitad a don Laureano y doña Lorenza y a doña Maribel y doña Luisa , las dos mitades en las que se dividía la casa y a doña Socorro el terreno circundado de la misma.

B) Dicha partición de la herencia, aceptada por todos ellos, dio lugar a una comunidad de bienes sobre un inmueble, que resulta indivisible urbanísticamente, con un porcentaje real y efectivo de participación de cada comunero del 20%, esto es, una quinta parte del mismo.

C) La demandante doña Maribel ejercita la acción de división de acuerdo a su titularidad en la referida comunidad de bienes.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal. Legitimación activa y tutela judicial efectiva.

1. La codemandada doña Celsa , al amparo de los ordinales 2.º y 4.º del artículo 469. 1 LEC , interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en dos motivos.

En el primero, denuncia la infracción del artículo 10 LEC , dado que no existiendo declaración de herederos o partición de la herencia respecto de D. Isidoro , no ostenta éste legitimación activa para ejercitar la acción de división de la cosa común sobre la vivienda en la que no se ha justificado que sea el único heredero de su padre. Igualmente no se hallan legitimados pasivamente los codemandados, los supuestos herederos de D.^a Luisa .

En el segundo motivo, denuncia la infracción del artículo 24 CE por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al haberse efectuado la división de la cosa común, sin que previamente se haya determinado, por medio de la partición correspondiente, quienes son los copropietarios de dicha cosa en común.

Por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser desestimados.

2. Con relación al primer motivo debe señalarse que, aunque en determinados casos la cuestión de la legitimación para el ejercicio de las acciones interpuestas puede tener acceso a este recurso extraordinario, no obstante, ello no resulta pertinente en aquellos casos, como el presente, en donde la *ratio* de la decisión



responde a la valoración de una cuestión sustantiva en sentido estricto. En efecto, como se examina en el recurso de casación, la cuestión debatida, objeto del presente caso, se centra en la valoración jurídica acerca de la posible viabilidad de la acción de división ejercitada por varios comuneros cuando, al menos uno de ellos, sí que ostenta legitimación activa para su ejercicio.

3. El alcance de la cuestión jurídica así planteada también determina que no pueda estimarse la infracción del artículo 24 CE con relación al derecho de la tutela judicial efectiva de la codemandada, y aquí recurrente, pues su conclusión jurídica resulta plenamente válida e independiente de la indeterminación que puedan presentar la titularidad de algunas de las cuotas que conforman la comunidad de la cosa común, por corresponder a diversas comunidades hereditarias aún no concretadas.

TERCERO.- Recurso de casación. Acción de división de la cosa común (actio communi dividundo), artículos 400 y 404 del Código Civil . Indivisibilidad urbanística del bien objeto de comunidad. Viabilidad de la acción cuando concurre la legitimación activa en uno de los comuneros accionantes. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La codemandada doña Celsa , al amparo del ordinal tercero del artículo 477. 2 LEC , con base al interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo denuncia la infracción del artículo 400 del Código Civil , en relación con el artículo 1068 del mismo cuerpo legal , y de la doctrina jurisprudencial que los desarrolla, entre otras, las SSTs de 28 de mayo de 2004 , 2 de abril de 2008 y 11 de septiembre de 2010 . Considera que don Isidoro carece de legitimación activa al no haberse efectuado la partición de la herencia de su padre, y haber ejecutado la acción en su propio nombre y no en interés de la comunidad hereditaria.

Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

2. El artículo 400 del Código Civil dispone que ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad, de modo que «cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común».

Como esta Sala ya tiene declarado, entre otras, en la STS de 15 de junio de 2012 (núm. 399/2012), este reconocimiento tan explícito de la acción de división (*actio communi dividundo*), más allá del posible disfavor con el que nuestro Código Civil acogió las situaciones de indivisión resultantes de la comunidad, se presenta como una aplicación de uno de los principios rectores que informa la comunidad de bienes, conforme a la preferencia de la libertad individual que cada comunero conserva pese al estado de división. De forma que se erige en una significativa facultad del comunero de naturaleza imprescriptible (artículo 1965 del Código Civil), siendo calificada, además, como una facultad de carácter irrenunciable. Todo ello, de acuerdo a su antecedente inmediato en la antigua "actio familiae unerciscundae" (acción de partición de herencia), de la que trae su caracterización básica.

En el presente caso esto es lo que ocurre, pues no cabe duda que doña Maribel ejercita esta facultad en sentido propio, es decir, como legítima comunera de una comunidad de bienes válidamente constituida y formada por la anterior partición hereditaria celebrada entre todos los coherederos implicados. De ahí que la viabilidad de la acción ejercitada, conforme a su naturaleza y alcance, no pueda quedar condicionada, o excepcionada, por la muerte de otro comunero y la situación sucesoria que este hecho determine respecto de la titularidad de su derecho en la comunidad de bienes preexistente. Situación que, por lo demás, se verá concretada o resuelta por la aplicación de las reglas del Derecho sucesorio, sin perjuicio o menoscabo del derecho de participación en la cosa común que corresponda a los que resulten adjudicatarios de la misma.

En esta línea, como declara la sentencia de la Audiencia, también procede la aplicación del artículo 404 de Código Civil , dada la indivisibilidad urbanística acreditada de la cosa común.

CUARTO.- Desestimación de los recursos y costas.

1. La desestimación de los motivos planteados comporta la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación interpuestos.

2. Por aplicación del artículo 398. 1 en relación con el artículo 394 LEC , procede hacer expresa imposición de las costas de ambos recursos a la parte recurrente.

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

FALLAMOS



1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, y el recurso de casación, interpuestos por la representación procesal de doña Celsa contra la sentencia dictada, con fecha 9 octubre 2013, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.ª, en el rollo de apelación n.º 218/2013 .

2. Imponer las costas de los recursos interpuestos a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS