

Roj: STS 3150/2011
 Id Cendoj: 28079110012011100320
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 942/2008
 Nº de Resolución: 379/2011
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x ACCIÓN DE DIVISIÓN x
- x RECURSO DE CASACIÓN CIVIL x
- x SUPUESTO DE LA CUESTIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x

Resumen:

Acción de división de cosa común. Concepto y fundamento. Recurso de casación: supuesto de la cuestión.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Mayo de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Montilla, cuyos recursos fueron preparados ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de partes recurrentes el procurador D. Santos de Gandarillas Carmona, en nombre y representación de Dª. Estefanía y el Procurador D. Julián Sanz Aragón, en nombre y representación de D. Constancio ; siendo parte recurrida la Procuradora Dª. Lourdes Fernández Luna Tamayo, en nombre y representación de D. Enrique .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. José Mª Portero Castellano, en nombre y representación de D. Enrique , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Constancio , contra Dª Estefanía y contra la entidad "Maexpa Grupo Inmobiliario Sociedad Limitada" y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que *se declare el derecho de mi mandante a no permanecer en la proindivisión de la propiedad de la finca de autos junto con los demandados doña Estefanía y don Constancio ; su derecho a permanecer en proindivisión en dicha finca junto a Maexpa Grupo Inmobiliario, S.L: y en su consecuencia se condene a todos los demandados a estar y pasar por la división de la misma en la forma expresada en el cuadro 5 y plano número 4 del informe pericial elaborado por el ingeniero técnico agrícola don Justino que se acompaña a esta demanda como documento numero tres o alternativamente por otra división que se pueda acordar por el perito judicial que eventualmente se nombre en este procedimiento o su venta en pública subasta con reparto del precio entre los comuneros en proporción a sus respectivas cuotas en la comunidad si la división fuera imposible. Todo ello con expresa imposición de costas a los demandados si se opusiesen a esta demanda.*

2.- El Procurador D. Francisco Solano Hidalgo Trapero, en nombre y representación de D. Constancio , 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 *desestime la demanda por ausencia del deslinde previo de la finca registral nº NUM000 de las fincas registrales nº NUM001 , NUM002 y NUM003 , todas, del término municipal de La Victoria e inscritas en el Registro de la Propiedad de La Rambla en la forma expresada; subsidiariamente, declare disuelta la comunidad constituida sobre la finca*

registrar número NUM000 y que se proceda a su división material con sujeción a las normas urbanísticas vigentes en el término municipal de La Victoria y a las agrícolas de aplicación, mediante la formación de sectores homogéneos por su clasificación urbanística actual, distinguiendo al menos estos tres: 1.- Sector de suelo urbanizable. 2.- Sector de edificaciones protegidas del cortijo. 3.- Sector de suelo no urbanizable; ordenando luego la división material de cada uno de ellos en lotes equivalentes al porcentaje de participación de cada comunero en la comunidad disuelta y, si alguno fuera indivisible, la venta de ese sector concreto en pública subasta con admisión de licitadores extraños a la comunidad, con posterior reparto del resultado entre sus miembros, en función de su porcentaje de participación respectivo, condenando al actor a estar y pasar por todo ello y al pago de las costas. Formulando demanda reconvenzional, alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando declare la obligación del demandado de presentar y rendir cuentas de la administración de la explotación agraria y demás aprovechamientos de que han sido objeto las fincas agrupadas bajo el nombre de "La Condesa" sitas en el término municipal de La Victoria y, en todo caso, de las fincas registrales nº NUM000 y NUM002 del mismo término municipal, inscritas en el Registro de la Propiedad de la Rambla, desde el 27 de enero de 1987 hasta la fecha, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración, a rendir cuentas detalladas de su administración, a abonar a don Constancio el saldo que resulte a favor suyo de las cuentas presentadas y aprobadas, con intereses desde los vencimientos anuales de las cuentas de administración, con todo lo demás que en derecho proceda, así como al pago de las costas.

3.- La Procuradora D^a M^a Dolores Requena Jiménez, en nombre y representación de D^a Estefanía 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 declare extinguido y disuelto el condominio y se proceda a la división de la finca descrita en el hecho primero de la demanda conforme al proyecto de división presentado con esta contestación a la demanda como documento nº 1, contenido en el informe de don Sebastián de Lara Cruz o, alternativamente, cualquier otra división que se pueda acordar por las partes, o por el perito judicial que pueda designarse en los presentes autos y, posteriormente, se adjudiquen los lotes atribuyendo a mi mandante el que queda reflejado en el informe pericial aportado con esta contestación como documento nº 1. Todo ello sin hacer pronunciamiento de costas en contra de mi mandante, por su buena fe.

4.- El Procurador D. Rafael Moreno Gómez, en nombre y representación de "Maexpa Grupo Inmobiliario Sociedad Limitada" en escrito de fecha 8 de noviembre de 2006, se allanó a la demanda.

5 .- El Procurador D. José M^a Portero Castellano, en nombre y representación de D. Enrique , contestó a la demanda reconvenzional 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 la referida demanda con imposición de las costas al demandante.

6.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Il^{tre}. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Montilla, dictó sentencia con fecha 19 de julio de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Que debo estimar y estimo la demanda presentada por el Procurador Sr. Portero Castellano en nombre y representación de D. Enrique , contra D. Constancio representada por el Procurador Sr. Hidalgo Trapero, contra D^a Estefanía , representada por la Procuradora Sra. Requena Jiménez y frente a la entidad Maexpa Grupo Inmobiliario Sociedad Limitada, y representada por el Procurador Sr. Moreno Gómez en el ejercicio de acción de división de la cosa común, condenando a los demandados a estar y pasar por la división de la misma en la forma expresada en el cuadro 5 y plano nº 4 del informe pericial elaborado por el Ingeniero Técnico Agrícola D. Justino (aunque aumentando el valor inicial del conjunto La Condesa de Gavía en un 25%) con imposición de costas para los codemandados D. Constancio y D^a Estefanía no procediendo a la imposición de costas a la codemandada entidad Maexpa Grupo Inmobiliario S.L. ". Que debo desestimar y desestimo la demanda reconvenzional presentada por el Procurador Sr. Hidalgo Trapero en nombre y representación de D. Constancio contra D. Enrique , representado por el Procurador Sr. Portero Castellano en el ejercicio de la acción de rendición de cuentas, absolviendo al demandado de todos los pedimentos contra ella deducidos, con imposición de costas para la parte actora.

SEGUNDO .- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior sentencia por las representaciones procesales de D. Constancio y de D^a Estefanía , la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Córdoba, dictó sentencia con fecha 10 de marzo de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** Estimando en parte como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Estefanía y desestimando íntegramente el formulado por la de D. Constancio contra la sentencia dictada con fecha 19.7.2007 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de Montilla , adicionando el fallo de la sentencia recurrida, se declara que atendido el incremento de valor (25 %)

atribuido al conjunto del cortijo de la finca NUM000 sobre la valoración efectuada por el perito don Justino (787899 #), la propuesta aceptada, incluidas las valoraciones de terrenos y excluida la del cortijo, tendrá las siguientes modificaciones: -a favor de D. Constancio se ampliará el lote para el propuesto, con terreno contiguo al que en el sector SR-5 aparece adjudicado al mismo en el plano 4 de los aportados con el informe pericial de la demanda y con cargo lógicamente a la porción que para ese mismo sector se prevenía fuera adjudicado a D. Enrique , -a favor Maexpa, también con terreno contiguo al que le aparece adjudicado en la zona SR-5 con el que le aparece adjudicado en el mismo a don Enrique , hasta completar su cuota que pasa a ser de 4079.39 a 4209.10 # - a favor de D^a Estefanía con adjudicación a la misma con cargo al resto de terreno adjudicado a D. Enrique en el sector SR-5 y en cuanto éste sea insuficiente con metálico hasta cubrir su cuota de 2638907.48 #. No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de primera instancia derivadas de la demanda, manteniéndose el resto de sus pronunciamientos salvadas las anteriores modificaciones, y con imposición a D. Constancio de las costas derivadas de su recurso, y sin especial pronunciamiento sobre las propias del recurso de doña Estefanía .

TERCERO .- 1 .- La Procuradora D^a Remedios Gavilán Gisbert, en nombre y representación de D^a Estefanía , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. vulneración de los **artículos 1061 del código civil en relación con el 406** del mismo cuerpo legal. **SEGUNDO** .- La resolución del presente recurso presenta interés casacional.

2.- Por Auto de fecha 8 de septiembre de 2009, se acordó admitir el recurso de casación de D^a Estefanía y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- La Procuradora D^a Ines González Santa-Cruz, en nombre y representación de D. Constancio , interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia de los que finalmente desistió, cuyo desistimiento fue aprobado por auto de 24 de noviembre de 2009.

4.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora D^a. Lourdes Fernández Luna Tamayo, en nombre y representación de D. Enrique , presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto por D^a Estefanía .

5. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de mayo del 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La llamada *actio communi dividundo* proveniente directamente del Derecho romano regido por el principio de *nemo inuitus compellitur ad communionem*, está recogida en el **artículo 400 del Código civil** que permite a todo copropietario pedir la división de la cosa común, como facultad inprescriptible del derecho de propiedad, *res merae facultatis*. El ejercicio de esta acción es la exigencia coactiva de la división, cuando no se ha conseguido por acuerdo de los interesados o "por árbitros o amigables componedores", como dice el **artículo 402** . La práctica de la división, cuando queda sometida al ejercicio de la *acción* queda al buen sentido de la decisión judicial -discrecional, que no arbitraria- a la luz de la prueba practicada, especialmente la pericial y a la vista de las pretensiones de las partes.

Así, en el presente caso, tres hermanos y una entidad son copropietarios de una explotación agrícola y y uno de ellos (don Enrique) ejercita la acción de división de la finca registral número NUM000 del Registro de la Propiedad de La Rambla frente a una sociedad ("Maexpa"), que se allana y frente a su hermana (doña Estefanía) y su hermano (don Constancio) que se oponen, no a la división, sino al modo de practicarla que pretende aquel demandante.

Ejercitada, pues, la acción de división, se da, ineludiblemente, lugar a ella, conforme al **artículo 400 del Código civil** y se tiene en cuenta el **406 en su remisión al 1061** que proclama el principio de "*posible igualdad*" , norma que tiene un carácter más facultativo y orientativo que imperativo (como dicen las sentencias de 15 de marzo de 1995 y 1 de julio de 2006 , con cita de muchísimas anteriores) o carácter de "recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla" (sentencias de 23 de junio de 1998 y 6 de octubre de 2000) o que es un "criterio de estricta equidad o equitativa ponderación (sentencias de 25 de noviembre de 2004 y 2 de noviembre de 2005), determinada por las circunstancias de cada caso (sentencias de 14 de julio de 1990 y 16 de enero de 2008) .

En virtud de tales principios, la Juez de primera instancia número uno de Montilla ordena la división de una forma detalladamente razonaba, valorando la prueba practicada y atendiendo las pretensiones de

las partes y aumenta el valor inicial del conjunto. Lo cual es confirmado por la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 1ª, de Córdoba, de 10 de marzo de 2008 que, también muy razonadamente, la modifica atendiendo al incremento de valor aludido.

El resultado final, es decir, la división acordada judicialmente no es aceptada por la hermana, doña Estefanía, ni por el hermano, don Constancio, del demandante, ya que tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial habían partido de la propuesta por este último. Ante tal disconformidad, ambos formulan sendos recursos, de casación la primera y por infracción procesal y de casación el segundo, del que ha desistido, desisimiento aprobado por auto de 24 de noviembre de 2009.

Ante este planteamiento ante la Sala, conviene hacer unas precisiones generales sobre la función de la casación y la valoración de la prueba, pues es bien cierto que la disconformidad con la división practicada judicialmente en virtud del ejercicio de la acción muy difícilmente alcanza el ámbito de la casación so pena de caer en hacer supuesto de la cuestión y no cabe la impugnación de los razonamientos que llevan a ella basados en las pruebas, especialmente en la valoración de la prueba pericial, ya que esta Sala en ningún caso puede pretenderse que caiga en una tercera instancia.

SEGUNDO.- El recurso de casación formulado por doña Estefanía contiene dos motivos, que ambos deben ser desestimados.

El primero de ellos entiende que se ha producido infracción del *artículo 1061 en relación con el 406 del Código civil* por razón de que no se ha guardado igualdad entre los lotes, que son desproporcionadamente desiguales en cuanto a su valor y sin tener en cuenta que no son de la misma naturaleza, calidad y especie.

El *artículo 406* se remite a las *reglas concernientes a la división de la herencia* para la división de la cosa común - *actio communi dividundo*- (a lo que se refiere expresamente la sentencia de 14 de diciembre de 2007) y es el *artículo 1061* el que proclama el *principio de igualdad* entre los partícipes de la comunidad en el sentido, como antes se ha apuntado, de que no se trata de una igualdad matemática o absoluta, tal como resume la sentencia de 16 de enero de 2008 en estos términos:

"La jurisprudencia ha declarado, en la interpretación de este precepto, que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación (SSTS de 30 de enero de 1951 ; 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de 1974 , 17 de junio de 1980 , 21 de junio de 1986 , 28 de mayo de 1992 , 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998). Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977 , 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990), sino de una igualdad cualitativa (STS de 13 de junio de 1992); que la norma tiene un carácter orientativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991); está dotada de un grado de imperatividad sólo relativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974 , 25 de junio de 1977 , 17 de junio de 1980 , 21 de junio de 1986 , 14 de julio de 1990 , 28 de mayo de 1992 , 15 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 2005); y no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991)..."

En el desarrollo del motivo simplemente intenta que prevalezca su criterio subjetivo y lógicamente interesado sobre el objetivo seguido por la sentencia recurrida, que se ha basado en la prueba practicada, cuya valoración también se discute en este motivo, valoración cuya revisión no cabe en casación, que no es una tercera instancia, como dicen, entre otras muchas, las sentencias de 30 de septiembre de 2009, 25 de junio de 2010, 14 de abril de 2011.

En realidad, en todo lo largo del desarrollo del motivo se hace supuesto de la cuestión, lo que tampoco cabe en casación, precisamente por no ser una tercera instancia, tal como dice la sentencia de 15 de abril de 2011 que recoge las sentencias anteriores y sintetiza la doctrina jurisprudencial en estos términos:

"... no se hace otra cosa que supuesto de la cuestión, proscrito en casación, como dicen, entre otras muchas anteriores, las sentencias de 2 de julio de 2009, 5 de noviembre de 2009, 20 de noviembre de 2009, 13 de octubre de 2010 que lo conceptúan como el partir de hechos distintos a los declarados probados o basarse en los que no ha declarado probados la sentencia de instancia; lo que conduce también a la pretensión de llevar la casación a una tercera instancia, como dicen las sentencias de 15 de junio de 2009, 30 de septiembre de 2009, 25 de junio de 2010."

En definitiva, parte la recurrente de datos distintos a los probados y del criterio judicial, sin que corresponda a la casación el examinar de nuevo la prueba, hacer los cálculos y realizar una división sin permitir a las partes que aleguen o discutan la misma, causándoles verdadera indefensión. El criterio ponderado y justificado de la sentencia de instancia debe mantenerse, rechazando este motivo de casación.

El segundo de los motivos del recurso se enuncia literalmente como "la resolución del presente recurso presenta interés casacional", lo cual no es motivo de casación conforme al *artículo 477 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* que exige que se fundamente en la *infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso* y en el motivo no se cita norma alguna que se considere infringida. Por esto solo, podría rechazarse el motivo, que cita sentencias de esta Sala que abonan el criterio contrario a lo que mantiene, tanto más cuanto hay otras muchas que han sido citadas en la presente resolución.

Por otra parte, este proceso se ha seguido por cuantía, no por materia (*artículo 249 .2 ; no 249.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) y, por tanto, el acceso a la casación es por la cuantía (*artículo 477.2.2º*), no por interés casacional (*artículo 477.2.3º*) y si fuera así, no cabe confundir la *causa de admisión* (*artículo 477 y .2 : "son recurribles..."*) con el motivo de casación (*artículo 477 .1 : "infracción de normas..."*). En conclusión, este motivo se rechaza, pues ni siquiera es un motivo de casación.

Por ello, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia recurrida, como dice el *artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con la preceptiva condena en costas que impone el *artículo 398 .1 en su remisión al 394 .1* del mismo cuerpo legal.

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D^a. Estefanía, contra la sentencia dictada por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Córdoba, en fecha 10 de marzo de 2008 QUE SE CONFIRMA.

Segundo .- Se condena en las costas a la parte recurrente.

Tercero .- Líbrese a la mencionada Audiencia 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.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.**- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**, 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.