



Roj: STS 923/2013  
Id Cendoj: 28079110012013100103  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1679/2010  
Nº de Resolución: 148/2013  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Marzo de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 43/08, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Eivissa; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de **doña Julieta**, representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don José Manuel Villasante García; siendo parte recurrida **don Guillermo**, representado por la Procuradora de los Tribunales doña M<sup>a</sup> del Carmen Moreno Ramos.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de don Guillermo contra doña Julieta .

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara "... *Sentencia en la que: 1º.- Se declare la procedencia de la división de la finca objeto de las presentes actuaciones.- 2º.- Se ordene la división de la finca mediante la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños.- 3º.- Establezca que el precio obtenido de la venta de la finca objeto de la división será repartido por mitades entre los copartícipes.- 4º.- Se condene en costas a D<sup>a</sup> Julieta, caso de que se oponga a los petitums de la presente demanda.*"

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Julieta contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, "... *dicte sentencia en la que se declare la procedencia de la división de la cosa común y extinción del régimen de comunidad entre ambos litigantes, desestimándose no obstante la petición de venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños de la isla por ser la misma divisible material y jurídicamente, siendo por tanto procedente la partición de la misma entre ambos litigantes en los términos que se proponen en la demanda reconvenzional que sigue a continuación, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.- Subsidiariamente y solo para el caso de que se considere el bien común como indivisible se proceda en primer lugar a la adjudicación a uno de los copropietarios pagando al otro su parte correspondiente por medio de subasta entre las partes; y, en su defecto, se acuerde la subasta con intervención de licitadores extraños sin fijar base de licitación ni fijación de tipo, y posterior reparto del precio obtenido por mitades.*" Al mismo tiempo que formulaba reconvección, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado "... *se dicte Sentencia por la que: 1.- Se declare el cese de la indivisión y por extinguido el condominio de ambas partes litigantes sobre la isla de S'Espalmador.- 2.- Se declare haber lugar a la división material y jurídica de la isla en dos fincas segregadas o fracciones equivalentes -Finca A " DIRECCION000 " y Finca B " DIRECCION001 "- y como consecuencia de lo anterior se declare equitativa y conforme a Derecho la propuesta de división material que obra en el Informe del Perito Sr. Maximino (Doc. nº. 1) y al cual se remite esta parte.- 3.- Se proceda, en ejecución de sentencia a adjudicar por riguroso sorteo entre los litigantes cada una de las fincas o fracciones segregadas procediendo el titular adjudicatario de la DIRECCION000 " a compensar al otro con el importe en metálico de 235.309,75 # en concepto de diferencia del valor entre las fracciones adjudicadas;*

o alternativamente del menor importe que en su caso resulte como consecuencia de la compensación del derecho de aumento de volumen edificable de hasta un 50% que reconozca al titular de " DIRECCION001 ".- 4.- Se condene en costas a la parte demandada reconvenional caso de que se opusiere a la misma."

3.- Dado traslado de la reconvencción a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que "... se dicte Sentencia de conformidad a lo solicitado en el escrito de demanda de esta parte e integra desestimación de la demanda reconvenional, y ello con expresa imposición de las costas a la demandada reconviniente por su mala fe y temeridad."

4.- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y declaradas pertinentes fueron practicadas en el juicio, quedando los autos conclusos para sentencia.

5.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 27 de noviembre de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que Estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. José López López en nombre y representación de D. Guillermo , contra Doña Julieta , debo Declarar y Declaro la procedencia de la división de la finca Nª NUM000 del Registro de la Propiedad nº 2 de Ibiza, ordenando la división mediante venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños y que el precio obtenido de la venta sea repartido por mitades entre los copartícipes, con expresa condena en costas a la parte demandada.- Que desestimando la demanda reconvenional formulada por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Mari Abellán en nombre y representación de Doña Julieta contra D. Guillermo , debo absolver y absuelvo al demandado de los pedimentos formulados con expresa condena en costas a la actora reconvincente."

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la demandada, y sustanciada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha 22 de junio de 2010 , cuyo Fallo es como sigue: "1) Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación mantenido por la procuradora doña María Garau Montané, en nombre y representación de doña Julieta , contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2009, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Jueza del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Eivissa , en los autos Juicio ordinario, de los que trae causa el presente Rollo, y, en consecuencia, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos.- 2) Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante."

**TERCERO.-** La Procuradora doña María Garau Montané, en nombre y representación de **doña Julieta** , formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, fundado el primero en los siguientes motivos: 1) Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas legales reguladoras de la carga de la prueba establecidas en el artículo 217, en relación con el artículo 386, de la misma Ley ; 2) Con igual amparo procesal, por incongruencia omisiva con infracción de lo dispuesto por el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; y 3) Con igual amparo procesal, nuevamente por incongruencia omisiva con infracción de lo dispuesto por el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por su parte, el recurso de casación se formula por diez motivos, de los cuales los siete primeros se refieren a la infracción de los artículos 400 , 401 , 402 , 404 , 406 , 1061 y 1062 del Código Civil , en relación con diversas normas de carácter administrativo; el octavo se formula por infracción del artículo 1061 del Código Civil ; el noveno alega igual infracción en relación con los artículos 400 , 401 , 402 , 406 y 1062 del Código Civil; y el décimo, por aplicación indebida del artículo 1062 del Código Civil, en relación con los artículos 400, 401, 402, 406 y 1061 del mismo código .

**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 26 de abril de 2011 por el que se acordó no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y sí el de casación, así como que se diera traslado del mismo a la parte recurrida, don Guillermo , que formuló escrito de impugnación bajo representación de la Procuradora doña Carmen Moreno Ramos.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 20 de febrero de 2013.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El demandante don Guillermo interpuso demanda de juicio ordinario contra su hermana doña Julieta en ejercicio de acción de división de cosa común, alegando que ambos son propietarios, por mitad y proindiviso, de la finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad nº 2 de Ibiza, que se

describe como: *RÚSTICA.- "Isla llamada DIRECCION002 , sita en las aguas de la isla de Formentera, de doce hectáreas y sesenta y cinco centiáreas de tierra culta con árboles y casa y unas setenta hectáreas de bosque, rocas y arenal, que linda en todos sus vientos con el mar". La casa viene constituida por tres construcciones; una vivienda principal, la casa del mayoral y unas pequeñas cuerdas, constituyendo un mismo grupo, al ser las dos segundas anexas y de servicios a la principal y no disponiendo de servicios propios.*

Se afirma por el demandante la indivisibilidad de la finca respecto de la que, en primer lugar, no cabe segregación alguna por aplicación de las normas de carácter administrativo, y en todo caso la división resultaría absolutamente antieconómica pues el valor de la finca se reduciría de forma drástica, como mínimo en un 80% del valor de mercado de la finca como unidad. Considera que la forma de practicar la división es la subasta del bien con intervención de terceros porque, aunque se admitiera una división jurídica, las parcelas resultantes no serían equiparables entre sí y porque la segregación implicaría un desmerecimiento y consiguiente reducción del precio que podría obtenerse en caso de venta como unidad. Concluye afirmando que, ante la inexistencia de acuerdo entre los comuneros, únicamente cabe acudir a la venta en pública subasta.

La demandada, doña Julieta , se opuso a la demanda y formuló reconvencción. Sostuvo la divisibilidad de la finca e interesó que se dictara sentencia por la cual se declare el cese de la indivisión y la extinción del condominio, así como haber lugar a la división material y jurídica de la isla en dos fincas segregadas o fracciones equivalentes, Finca A: DIRECCION000 , y Finca B: DIRECCION001 , y como consecuencia se declare equitativa y conforme a derecho la propuesta de división material que obra en el informe pericial que aporta, de modo que se proceda en ejecución de sentencia a adjudicar por riguroso sorteo entre los litigantes cada una de las fincas o fracciones segregadas procediendo el titular adjudicatario de la DIRECCION000 a compensar al otro con el importe en metálico de 235.309,75 euros en concepto de diferencia de valor entre las fracciones adjudicadas o, alternativamente, el menor importe que en su caso resulte como consecuencia de la compensación del derecho de aumento de volumen edificable de hasta un 50% que se reconozca al titular de DIRECCION001 .

Seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ibiza dictó sentencia de fecha 27 de noviembre de 2009 por la que estimó la demanda y desestimó la reconvencción, con imposición de costas a la demandada doña Julieta . Ésta recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3ª) dictó sentencia de fecha 22 de junio de 2010 por la que desestimó el recurso e impuso las costas de la alzada a la apelante, que ha recurrido ahora por infracción procesal y en casación, si bien únicamente ha sido admitido a trámite este último recurso.

**SEGUNDO.-** Antes de entrar en el examen de los motivos que integran el recurso de casación, resulta preciso determinar las razones por las cuales la Audiencia desestimó el de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia, ratificando el criterio ya expresado por el Juzgado de Primera Instancia sobre la indivisibilidad del bien de titularidad común y ordenando, en consecuencia, que la cesación en la situación de indivisión debía producirse por medio de la venta del bien en pública subasta.

Dice al efecto la sentencia (fundamento de derecho segundo) que *«siendo que el destino de la isla Espalmador durante los últimos casi ochenta años ha sido el de recreo y esparcimiento de sus dueños sin actividad agrícola alguna, y pretende seguir siéndolo tras la división, no resulta lógico aferrarse ahora a la legislación agraria para conseguir su división manteniendo el uso actual, sin acreditar debidamente la viabilidad de dicha división sin dedicar la finca a la explotación agraria»* ; a lo que añade que *«en el caso, la propuesta de división no abarca la totalidad de la isla, como se desprende claramente de los ortofotogramas referentes a la delimitación de propiedades y linde propuesto, que se acompañan con el informe del perito agrícola, quedado aproximadamente la mitad de la finca en régimen de comunidad»*.

A ello se añade (fundamento de derecho tercero) la falta de equivalencia o proporcionalidad de los lotes propuestos y la constatación de la "indivisibilidad jurídica" del bien pues *«en el caso que nos ocupa, constando probado por la admisión de las partes una oferta de compra de la total finca por la importante cantidad de 30.050.000 euros, falta sin embargo la prueba de que la división en dos fincas independientes su valor alcanzara dicha suma (sic), es más el propio perito de la demandada, en su declaración en el acto del juicio, reconoce que quien está dispuesto a pagar una cantidad tan grande por una isla lo hace en razón a un valor añadido cual es la exclusividad y la privacidad, que desaparece si se divide, admitiendo la dificultad de alcanzar la cantidad ofertada en caso de división, por lo que el detrimento económico que se produciría en la finca por su división y adjudicación parcial a los condóminos afectaría sin duda a su valor en venta, y obvio es que ello comporta una suerte de indivisibilidad jurídica ....»*.

**TERCERO.-** Esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencia núm. 835/2009, de 15 diciembre , que son tres las maneras que se pueden dar de indivisibilidad: indivisibilidad física, inservibilidad y desmerecimiento, siendo un concepto valorativo deducible de unos hechos ( sentencia de 7 de marzo de 1985 ) . A lo que añade que *«la indivisibilidad puede resultar de que la cosa, en caso de división, quede inservible para el uso a que se la destina, o bien porque produzca un anormal desmerecimiento, o bien ocasione un gasto considerable ( SSTs 7 de marzo de 1985 , 13 de julio de 1996 , 12 de marzo de 2004 , 7 de julio de 2006 etc.).....»*.

En un sentido similar, la sentencia núm. 38/2005, de 3 de febrero , decía que la determinación de la indivisibilidad, inservibilidad o desmerecimiento de la cosa desde la perspectiva de la verificación casacional presenta dos aspectos: el fáctico, integrado por los hechos y descripciones que configuran la situación juzgada, de modo que las premisas sentadas solo pueden ser atacadas en casación mediante el error en la valoración de la prueba, y el jurídico -«questio iuris»-, que comprende las valoraciones o calificaciones deducidas de aquellas premisas inmovibles, de forma que el Tribunal de casación siempre puede controlar el contenido puramente axiológico de la resolución de la instancia ( Sentencias, entre otras, 11 junio 1976 , 30 noviembre 1979 , 7 marzo 1985 ).

En consecuencia nos encontramos, como ha puesto de manifiesto la Audiencia en la sentencia hoy recurrida, ante un supuesto de indivisibilidad jurídica por desmerecimiento de la cosa siendo principio propio de la doctrina jurisprudencial sobre la división de la cosa común aquél según el cual no puede quedar a la decisión de alguno de los comuneros el hecho de llevar a cabo una división física cuando ello comporta una notable depreciación económica del bien considerado en su conjunto.

**CUARTO.-** Como lógica consecuencia de lo razonado procede rechazar los siete primeros motivos del recurso de casación, que coinciden en denunciar la infracción de los artículos 400 , 401 , 402 , 404 , 406 , 1061 y 1062 del Código Civil , relacionándolos con la vulneración de normas de carácter administrativo que son traídas a colación por la parte recurrente para pretender justificar, frente a ciertos razonamientos de la sentencia impugnada, la posibilidad jurídica de que efectivamente se llevara a cabo la división material de una parte de la isla -la que podría considerarse como de propiedad privada sin condicionamientos de orden jurídico-administrativo- sin violentar la legislación aplicable. Pero, como ya se ha adelantado, ni siquiera la admisión de tales razonamientos contrarios a lo resuelto por la Audiencia significarían la estimación del recurso -por carencia de efecto útil- pues el argumento que se considera definitivo para decidir sobre la indivisibilidad de la cosa común consiste en la consideración de la pérdida de valor del inmueble si se procede a su división; argumento cuya realidad incluso vino a ser reconocida por el perito de la parte demandada en el acto del juicio.

**QUINTO.-** También ha de ser rechazado el motivo octavo, que denuncia la infracción, por inaplicación, de lo dispuesto por el artículo 1061 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta y aplica, sin duda por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1061, ya que -de modo coherente- la sentencia impugnada, al considerar que la cosa resulta jurídicamente indivisible por la pérdida de valor que supondría la división efectiva, prescinde lógicamente de la aplicación de las normas que disciplinan materialmente la operación divisoria y concretamente de aquélla -como la citada- que simplemente obliga a guardar la posible igualdad entre los lotes permitiendo, en consecuencia, los suplementos en metálico a favor de uno u otro de los partícipes.

El motivo noveno vuelve a denunciar la infracción del artículo 1061 del Código Civil , junto con los artículos 400, 401, 402, 406 y 1062, alegando vulneración del principio de equivalencia de lotes, apartándose otra vez de la razón que se ha considerado fundamental para determinar la indivisibilidad jurídica del inmueble, lo que priva de sentido a la discusión que el motivo pretende plantear acerca de si la diferencia a satisfacer en metálico por un comunero al otro -en caso de división efectiva- concretada en la cantidad de 235.309,75 euros supone en realidad -dada su importancia- una efectiva indivisibilidad, ya que no es ese el tema planteado como verdadera "ratio decidendi" de la sentencia recurrida.

Igual sucede con el motivo décimo, que reitera la infracción de las mismas normas y centra su argumentación en la vulneración del artículo 1062 del Código Civil , también aplicable a la división de la cosa común por remisión del artículo 406. El citado artículo 1062 del Código Civil dispone que cuando una cosa sea indivisible "o desmerezca mucho por su división", podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, bastando que uno solo de los herederos (o partícipes) pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.



Esto es lo ocurrido en el caso presente ya que tal solicitud es la que ha sido formulada por el demandante y, una vez aceptada por ambas partes -según recoge la sentencia impugnada- la existencia de una oferta por parte de tercero de compra del inmueble por un precio de 30.050.000 euros, no cabe discutir ahora el desmerecimiento que la división supondría respecto de dicha suma por el hecho evidente de que, al no haberse celebrado aún la subasta, se ignora cuál va a ser el precio finalmente ofertado y, en todo caso, el que podría atribuirse a cada uno de los inmuebles resultantes en caso de división material.

**SEXTO.-** Procede en consecuencia la desestimación del recurso con imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo y también por el de infracción procesal, que resultó inadmitido; todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

## FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar al recurso de casación** interpuesto en nombre de **doña Julieta** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3ª) de fecha 22 de junio de 2010 en Rollo de Apelación nº 216/2010 dimanante de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ibiza con el nº 43/2008, en virtud de demanda interpuesta contra aquélla por don Guillermo , la que **confirmamos** y condenamos a la recurrente al pago de las costas causadas por su recurso de casación, así como de las producidas por el recurso por infracción procesal que no le fue admitido.

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**.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , 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.