

OBJETO	Acción <i>communi dividundo</i> . Indivisibilidad del inmueble y venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños.
PARTES	Doña Angeles Ballester (recurrente) <i>contra</i> don Joaquín Feliu Granell.
PONENTE	Excmo. Sr. D. ALFONSO BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA.
FALLO	No ha lugar al recurso.

*DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:*

*Artículo 1.692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; artículos 401, 404, 406 y 1.062 del Código Civil.*

*DOCTRINA:*

*La facultad que confiere el artículo 400 del Código Civil en orden a la división material de la cosa poseída en común, no se configura cuan un derecho incondicional y absoluto, toda vez que el propio texto legal se encarga de establecer ciertas limitaciones a semejante división, concretamente, en los artículos 401, 404 y 1.062, aplicable este último en virtud de la remisión que efectúa el artículo 406, cuyos límites son expresión, respectivamente, de la concurrencia de alguno de los siguientes presupuestos fácticos: inservibilidad para el uso a que estuviera destinada, indivisibilidad esencial y gran desmembramiento, criterios que se conjugan para hablarse de indivisibilidad jurídica, en el sentido de oposición a la material.*

*La indivisibilidad representa una cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora o, a lo sumo, una cuestión valorativa pero dependiendo, en todo caso, de los hechos acreditados.*

*No se admite la división cuando precisa la previa operación de un derribo.*

---

*HECHOS:*

Don Joaquín Feliu Granell, demandante, y doña Angeles Ballester, demandada, eran copropietarios por mitad y proindiviso de un inmueble. El demandante, en ejercicio de la acción *communi dividundo*, solicitó la declaración

de que el referido inmueble era indivisible o su división resultaría *contra natura* o desmerecería sustancialmente su valor y, consecuentemente, la condena de la demandada a estar y pasar por tal declaración y, al mismo tiempo, se ordenase sacar a pública subasta con admisión de licitadores extraños y distribución del precio que se obtuviera entre demandante y demandada a prorrata de su partición en el proindiviso del inmueble.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor, formulando, a su vez, reconvencción en orden a la declaración de adeudarle aquél la cantidad de 81.813 pesetas, condenándole al pago de la misma, con los intereses legales desde la fecha de interposición de la reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda de división, estimando parcialmente la reconvencción, al condenar al demandante al abono a la demandada de la cantidad de 58.251 pesetas e intereses legales y a ambas partes a abonar por mitad los gastos pendientes del inmueble, en concepto de contribución urbana. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia confirmó íntegramente la del Juzgado.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. Don Joaquín Feliu Granell promovió juicio declarativo de menor cuantía contra doña Angeles Ballester Castañer, y, en ejercicio de la acción *communis dividundo* respecto al inmueble «casa-habitación situada en la localidad de Burriana, calle Mayor, 14, compuesta de planta baja y dos pisos altos, cuya medida superficial con la almacera, según reciente medición, es de 446 metros cuadrados», solicitó la declaración de que el inmueble dicho, propiedad por mitades indivisas del actor y de la demandada, era indivisible o su división resultaría *contra natura* o desmerecería sustancialmente su valor y, consecuentemente, la condena de la demandada a estar y pasar por tal declaración y, al mismo tiempo, se ordene sacar a pública subasta el inmueble, con admisión de licitadores extraños y distribución del precio entre las partes a prorrata de su partición en el proindiviso, a cuyas pretensiones se opuso la demandada, quien, a la vez, formuló reconvencción en orden a la declaración de adeudarle el actor la cantidad de 81.813 pesetas, condenándole al pago de la misma, con los intereses legales desde la fecha de interposición de la reconvencción. Las pretensiones de la demanda principal fueron estimadas íntegramente por el Juzgado

de Primera Instancia de Vila-Real en sentencia de 21 de octubre de 1992, con estimación parcial de la reconvencción, al condenar al señor Feliu Granell al abono a la señora Ballester Castañer de la cantidad de 58.251 pesetas e intereses legales, y a ambas partes a abonar por mitad los gastos pendientes del inmueble, en concepto de contribución urbana, cuya sentencia fue confirmada por la dictada, en 7 de abril de 1994, por la Sección Primera de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Castellón, siendo esta segunda la recurrida en casación por la señora Ballester Castañer.

2. En el único motivo del recurso formalizado y al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 404 del Código Civil, pues el inmueble litigioso es perfectamente divisible (tanto física como civil o económicamente) sin que sea admisible la interpretación que se hace sobre la indivisibilidad jurídica, que atenta contra la letra y espíritu del precepto invocado, así como de los artículos 401, 406 y 1.062 del citado texto legal, argumentándose, en síntesis, lo siguiente: el inmueble es un edificio situado en el casco histórico de la ciudad de Burriana

con fachadas a la calle Mayor (núm. 12) y a la Plaza del Temedal (núm. 2). Ocupa una superficie de 431 metros cuadrados. Se encuentra actualmente en un estado ruinoso de imposible rehabilitación por medios y a un coste normal por haber estado deshabitado desde hace unos doce años. No obstante, la división material del actual edificio en dos partes (una para cada comunero) es factible y su coste se valora en 250.000 pesetas aproximadamente. Las Ordenanzas de Construcción del Plan General de Ordenación Urbana de Burriana imponen una parcela mínima de 70 metros cuadrados. Siendo la superficie total del inmueble de 431 metros cuadrados, es perfectamente divisible en dos parcelas de 215 metros cuadrados de aprovechamiento independiente y de un valor prácticamente similar. El aprovechamiento y utilización del inmueble pasa por su derribo y debe ser considerado como solar, por ello es divisible tanto en su configuración actual, como si se considera solar. El procedimiento establecido en los artículos 404 y 1.062 del Código Civil será aplicable en los tres casos siguientes: a) cuando la división material de la cosa común la dejaría inservible para el uso a que estuviera destinada (art. 401, párrafo primero del Código Civil); b) cuando la cosa sea indivisible y los condueños no acuerden que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás (artículo 404 del Código Civil); c) cuando desmerezca mucho por la división (artículo 1.062 del Código Civil). Así se deduce de la Jurisprudencia en sentencias de 30 de marzo y 28 de noviembre de 1957, 21 de noviembre de 1960, 31 de enero de 1964, 15 de febrero de 1966 y 11 de junio de 1967. La Jurisprudencia ha entendido por regla general que la indivisibilidad es una cuestión de hecho que sólo puede ser impugnada en casación por la vía del ahora número 4 del artículo 1.692. Esta es la corriente absolutamente mayoritaria en la Jurisprudencia. Sentencias de esta Sala de 14 de junio de 1895, 18 de junio de 1904, 17 de marzo de 1921, 25 de noviembre de 1957, 5 de octubre de 1961, 26 de abril de 1963, 15 de febrero y 28 de septiembre de 1966, 18 de enero

de 1968, 24 de junio de 1969, 27 de febrero de 1970, 10 de febrero de 1973, 3 de marzo de 1976, 27 de febrero y 30 de noviembre de 1979, 13 de mayo de 1980 y últimamente 8 de octubre de 1982. Frente a esta corriente, existen algunas sentencias (sentencia de 11 de junio de 1976 y 9 de noviembre de 1979) que afirman que la indivisibilidad es una cuestión valorativa, sin perjuicio de que haya que respetarse la fijación de los hechos necesarios para enjuiciarla. Así, la sentencia de 11 de junio de 1976: «Las afirmaciones sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común no es un hecho, sino un concepto valorativo deducible de unos hechos». La Sala de instancia admite primero como hecho incuestionable que el derribo es preciso para el aprovechamiento del solar. Pero argumenta después que el propio derribo supone un coste. El derribo no se deriva de la división, sino que viene impuesto por el estado ruinoso en que se encuentra el inmueble. Por ello, se divide o no, es preciso que se proceda al derribo por necesidad urbanística. La afirmación de la Sala de que «el derribo de un inmueble de tales dimensiones y con materiales (maderas y mosaicos) recuperables supone incuestionablemente un coste económico importante» no se ajusta a la realidad socio-económica ni se apoya en prueba alguna practicada al respecto. Y el supuesto demérito económico del solar y de las parcelas si se dividiera es una valoración contraria al propio informe del arquitecto que actuó como perito judicial, el cual informó que si el solar se dividiera no desmerecerían éstas. Esta afirmación se basa en un estudio que el perito-arquitecto realizó sobre el solar.

3. Evidentemente, la facultad que confiere el artículo 400 del Código Civil en orden a la división material de la cosa poseída en común, no se configura cuan un derecho incondicional y absoluto, toda vez que el propio texto legal se encarga de establecer ciertas limitaciones a semejante división, concretamente, en los artículos 401, 404 y 1.062, aplicable este último en virtud de la remisión que efectúa el artículo 406,

cuyos límites son expresión, respectivamente, de la concurrencia de alguno de los siguientes presupuestos fácticos: inservibilidad para el uso a que estuviera destinada, indivisibilidad esencial y gran desmerecimiento. La jurisprudencia de esta Sala ha conjugado los criterios de tales preceptos para hablar de indivisibilidad jurídica, en el sentido de oposición a la material, y, por supuesto, todo ello viene a representar una cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora o, a lo sumo, una cuestión valorativa pero dependiendo, en todo caso, de los hechos acreditados.

4. Atendiendo al aspecto fáctico del caso que nos ocupa, conviene resaltar como apreciaciones del Tribunal *a quo* las que siguen: el inmueble, que tiene una superficie total de 431 metros cuadrados, se encuentra en estado ruinoso y de imposible rehabilitación por medios y a un coste normal. Semejante circunstancia hace que no resulte factible su división material para su postrero aprovechamiento como casa-habitación. Cualquier utilidad a conseguir pasaría, por tanto, por su derribo y consideración como solar. Y la solución acabada de indicar no es posible jurídicamente por dos razones: 1.<sup>a</sup>) la divisibilidad del solar precisaría del previo derribo de la edificación, lo que supondría un coste económico importante, dada sus dimensiones y existencia

de materiales recuperables (maderas y mosaicos), y 2.<sup>a</sup>) efectuada la demolición, la única solución factible sería la división del solar mediante líneas ortogonales o perpendiculares, lo que daría como resultado dos parcelas, con 4 ó 5 metros de fachada y en forma de tubo hacia el interior, con un evidente desmerecimiento respecto del solar considerado en su conjunto.

5. Tanto si se atiende a las apreciaciones fácticas acabadas de reseñar, aisladamente consideradas, como a una valoración jurídica del resultado que ofrecen, es de llegar a igual conclusión que la establecida en la sentencia recurrida, en línea coincidente con la recaída en la instancia, o sea, que el inmueble es, por lo menos, jurídicamente indivisible, ello sin contar que la doctrina de esta Sala es contraria a la admisión de la división cuando precisa la operación de un derribo, y esto es así, y sin necesidad de mayores reflexiones, es de concluir que el Tribunal *a quo* no incurrió en infracción de las normas jurídicas citadas en el único motivo del recurso de casación interpuesto por doña Angeles Ballester Castañer, originándose así el pericipo del motivo, cuya improcedencia lleva consigo, en virtud de lo dispuesto en el ritualario artículo 1.715.3, la declaración de no haber lugar al recurso, con imposición de las costas a la parte recurrente y la pérdida del depósito constituido.

#### COMENTARIO:

Es ésta una nueva decisión de nuestro Tribunal Supremo acerca de la división de la comunidad de bienes, más concretamente, de la división de la cosa común cuando ésta es indivisible materialmente, la llamada *división civil o económica*, consistente en que la cosa se adjudique a uno, indemnizando a los demás, si todos los condueños están conformes, o bien que se venda y reparta su precio, si alguno no lo está. En las páginas que siguen hablaremos de ello.

#### I. NINGÚN COPROPIETARIO ESTÁ OBLIGADO A PERMANECER EN LA COMUNIDAD

El artículo 400 (concordancias de Derecho Comparado: art. 815 *Code*; art. 1.111 *Codice Civile* de 1942; art. 1.412 del Código Civil portugués de 1966; § 749 BGB, en relación a la comunidad romana o por cuotas

—*Gemeinschaft nach Bruchtheilen*— que reconoce el Código alemán junto a la germánica o en mano común —*Gemeinschaft zur gesammte Hand*—; art. 650 suizo; en Derecho Foral, Ley 374 Comp. Navarra) expresa con rotundidad que ningún copropietario tiene obligación de permanecer en la comunidad. Comencemos por aquí.

Ningún comunero está obligado a permanecer en la comunidad, ni a mantener dicha situación, pues no existe una vinculación jurídico-obligacional a continuar en la indivisión [MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. V, vol. 2.º (arts. 392 a 429), Madrid, 1985, *sub* art. 400, pág. 439, y en *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1993, *sub* art. 400, pág. 1102], libertad ésta que se infiere no sólo porque el mencionado precepto conceda a cada condómino el derecho a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa en común, sino también porque cada partícipe dispone de otras maneras de salir de la comunidad, como puedan serlo la transmisión de su cuota parte de copropiedad (art. 399 CC) o bien la renuncia a la misma con carácter liberatorio de obligaciones (art. 395 CC; *vid.* ROCA JUAN, Juan: «La renuncia liberatoria del comunero. (Notas al art. 395 del Código Civil español)», en *ADC*, t. X, 1957, págs. 91-125).

La inexistencia de vínculo es, pues, algo más que poder pedir la división (MIQUEL: *Comentarios*, t. V-2.º, cit., *sub* art. 400, pág. 439, y en *Comentario*, t. I, cit., *sub* art. 400, pág. 1102, a quien sigue CRESPO ALLUÉ, Fernando: *La división de la comunidad de bienes*, Valladolid, 1993, pág. 27), pero, sin duda, es ésta la salida más típica, además de ser la única causa específica (frente a las genéricas de extinción de la propiedad, como la destrucción de la cosa o usucapión por un tercero), junto a la concentración o reunión en un único titular de la totalidad de los derechos de participación, de hacer desaparecer el régimen de comunidad, puesto que una cosa es poder transmitir en cualquier momento la cuota o renunciar a ella y apartarse del condominio (ingresando plenamente en la comunidad el adquirente de la misma convirtiéndose él en comunero o bien acreciendo el derecho de participación objeto de renuncia a los demás condóminos, respectivamente), y otra bien distinta poder iniciar individualmente y en cualquier tiempo, mediante el ejercicio judicial de la *actio communi dividundo* (como uno de los medios para hacer eficaz el mandato del art. 400, junto a la división negocial o convencional y la arbitral *ex* art. 402 CC), un proceso que lleve al cese o disolución del condominio (*ius dissolventi*), afectando a todos los demás.

Precisamente esta libertad reconocida, en términos negativos, por el legislador para continuar o no en comunidad con otros constituye la pieza básica del pretendido disfavor o antipatía con que el Código Civil contempla toda situación de copropiedad, de naturaleza incidental y transitoria, hostilidad que, en base a los tan manidos, por reiterados, aforismos de la jurisprudencia romana *communio est mater discordiarum* o *in communione vel societate nemo compellitur invitus detineri* y, de acuerdo con nuestro Derecho tradicional de las Leyes de Partidas, que seguían el criterio conforme el cual *las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno sólo que cuando son de varios*, repite insistentemente nuestra doctrina (GAYOSO ARIAS,

Ramón: «Naturaleza y desarrollo procesal de la *actio communi dividundo*», en *RDP*, 1920, pág. 209; CASTÁN TOBENAS, José: *Derecho Español, común y foral*, t. III, vol. 1.º, Madrid, 13.ª ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, 1987, pág. 522; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José: *La comunidad de bienes en Derecho Español*, Madrid, 1954, pág. 330, y MUÑOZ XANCO, Juan: «Antecedentes y fundamentos histórico-legales de la acción divisoria del condominio», en *La Ley*, 1985-II, págs. 1090-1093) y jurisprudencia (con anterioridad a la promulgación del Código Civil, la STS de 19 de marzo de 1884 reputaba perjudicial y «odioso» el proindiviso por atentar asimismo al principio innato del hombre de poseer y ser dueño con exclusión de los demás; con posterioridad, SSTS de 9 de mayo de 1917, 5 de noviembre de 1924, 11 de noviembre de 1927, 28 de noviembre de 1957, 10 de diciembre de 1985, 9 de octubre de 1986 —comentada por MIQUEL GONZÁLEZ, en estos *Cuadernos*, núm. 12, págs. 4061-4069—, 19 de octubre de 1992, 25 de septiembre de 1993, 23 de septiembre de 1994 y 25 de marzo de 1996, entre otras).

Posiblemente el legislador del XIX luchaba recelosamente contra la indivisión en cuanto podía ser utilizada para amortizar los bienes, restringir su circulación o impedir el progreso de la agricultura, sin embargo, la realidad hoy es bien distinta (lo cual requiere una exégesis progresiva y de acuerdo con la realidad social de la norma *ex art.* 3 CC).

En nuestros días se encuentran razones suficientes para dudar de esa tónica desconfianza legislativa hacia la comunidad de bienes (por la conveniencia de la revisión de esta valoración negativa o anticomunitaria del legislador se inclina MIQUEL: *Comentarios*, t. V-2.º, *sub art.* 400, cit., pág. 442, *Comentario*, t. I, cit., *sub art.* 400, págs. 1102-1103, y en *CCJC*, cit., pág. 4065, para quien que la Ley mire con desfavor a la copropiedad por conceder la facultad de pedir la división «es tan indefendible como afirmar que la Ley mire con desfavor al matrimonio, porque admita el divorcio»; asimismo, *vid.* MORENO TRUJILLO, Eulalia: *La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes por cuotas*, Barcelona, 1994, págs. 23-28), entre las cuales, la exclusión por el artículo 401.1.º CC de la acción de división de la cosa común para ciertas comunidades o las restricciones al ejercicio de la facultad de dividir que el legislador prevé, como la posibilidad que concede a los condueños de pactar la indivisión (cuya naturaleza meramente personal o real es discutida; *vid.*, ampliamente, GODOY MELÉNDEZ, Luis A.: «El carácter personal o real del pacto de indivisión», en *RCDI*, 1995, págs. 605-616), pues si el legislador viera con malos ojos la situación de comunidad como tal, no se comprende cómo puede admitir la validez de un pacto de mantenerla (MIQUEL: *Comentarios*, t. V-2.º, cit., *sub art.* 401, pág. 477) o por otras normas (*vid.* NÚÑEZ IGLESIAS, Alvaro: *Comunidad e indivisibilidad*, Madrid, 1995, págs. 117-137), las prohibiciones de dividir impuestas por el testador (art. 1.051.1.º CC) o bien a voluntad del donante que efectúa una donación a varios según permite el artículo 637 CC (*vid.* Ley 374.2.º Comp. Navarra; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix: «Las prohibiciones de disponer voluntarias: estudio de sus efectos», en *RCDI*, 1983-I, págs. 9-55, concretamente para la prohibición de dividir bienes, págs. 19-22, y MORENO TRUJILLO: *La indivisión voluntaria*, cit., págs. 50-65), o, todavía más, la innegable utilidad económica que reporta la comunidad estable para supuestos en los cuales las par-

ticipaciones se negocian separadamente mejor que el todo (MIQUEL: *Comentarios*, t. V-2, cit., *sub art.* 400, pág. 442, y en *Comentario*, t. I, *sub art.* 400, cit., pág. 1103; Díez-PICAZO, Luis/GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, t. III, Madrid, 5.ª ed., 1990, pág. 95, y CRESPO ALLUE: *La división de la comunidad de bienes*, cit., pág. 31), acarreado la división, por consiguiente, funestas consecuencias, como los casos de plazas de garaje en comunidad (*vid.* RDGRN de 18 de mayo de 1983, y AZPITARTE CAMY, Rafael: «Los garajes en el título constitutivo de la Propiedad Horizontal», en *RDN*, 1979-I, págs. 7-296, concretamente, pág. 136) o la multipropiedad (MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Presente y futuro de la multipropiedad*, Madrid, 1992, págs. 111-113), razones económicas o jurídicas que recomiendan la permanencia en comunidad.

No parece, pues, que todas las comunidades sean iguales. Desde una óptica económico-social, existen comunidades ventajosas buscadas y realmente queridas y otras desventajosas e incómodas de las que pretende huirse y ambas comunidades tienen cabida en nuestro Ordenamiento. Ciertamente, se encuentran muchos preceptos en el Código Civil que muestran con claridad la animadversión del legislador decimonónico hacia toda situación de indivisión, para cuyo mejor entendimiento hemos de trasladarnos a la época de promulgación del citado Cuerpo legal, viaje absolutamente innecesario para interpretar adecuadamente otras normas: piénsese en el severo artículo 1.513 CC, el cual responde, sin duda, al deseo de la ley de evitar que renazca la indivisión cuando el vendedor a retro pretenda ejercitar su derecho de retracto, hasta el punto de hacerle imposible, si el comprador opta por ello —«podrá»—, la retroventa de la cuota que enajenó con pacto de retro si es que no alcanza a «redimir el todo». Los prejuicios de la ley hacia toda situación comunitaria son más que evidentes y no meramente históricos. Pese a ello, existen comunidades y comunidades.

## II. LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

La división (acerca de la discutida naturaleza del acto jurídico de la división, *vid.* BRIOSO ESCOBAR, Enrique L.: «Cuestiones sobre la comunidad de Derecho Romano y la facultad de pedir la división», en *RDN*, 1980-I, págs. 52-66, y MUÑOZ XANCO, Juan: «Naturaleza y clase de la *actio communi dividundo*», en *RCDI*, 1985, págs. 1235-1243) convierte en partes ciertas y determinadas las respectivas participaciones indivisas de los condueños. De otro modo, la *división material* de la cosa común (hacer porciones la cosa atribuyendo a cada comunero un derecho exclusivo sobre cada parte resultante) y la denominada *división económica o civil* de la misma (hacer porciones no del bien, sino de su valor o equivalente económico) extinguen la comunidad y conceden a cada comunero un derecho individual sobre su parte en ella.

El derecho a pedir la división no es un derecho autónomo, sino una mera facultad [si bien para un sector de la doctrina italiana el poder que tiene el comunero de provocar la división consiste en un derecho potestativo al que corresponde del lado pasivo, no ya una obligación, sino una sujeción, esto es, como un derecho de configuración jurídica; así, DOSSETTO, Mario: «Communione (Diritto Civile)», en *Noviss.D.It.*, t. III, Torino, 1959,

pág. 874, y BRANCA, Giuseppe: «Comunione. Condominio negli edifici», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro Terzo: Proprietà (art. 1100-1139), Bologna-Roma, 6.ª ed. 1982, págs. 271 a 276, calificación de la que parece hacerse eco en nuestro Derecho únicamente GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia», en *ADC*, 1965, t. XVIII, pág. 365, texto y nota 1, esta categoría, como es sabido, no es pacífica ni, en consecuencia, admitida, en general, por la doctrina española, que considera la división como una mera facultad; así, MIQUEL: *Comentarios*, t. V-1.º, cit., *sub art.* 400, pág. 440, y en *Comentario*, t. I, cit., *sub art.* 400, pág. 1102; Díez-PICAZO/GULLÓN: *Sistema*, t. III, cit., pág. 93; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Elementos de Derecho Civil* (LACRUZ), III, vol. 2.º, Barcelona, 1991, pág. 480; CAPILLA RONCERO, Francisco: *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral* (LÓPEZ Y LÓPEZ y MONTES PENADES, coords.), Valencia, 1994, pág. 403; ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, III, vol. 1.º, 8.ª ed., Barcelona, 1994, pág. 411, y O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 1996, *sub art.* 400, pág. 438; también la jurisprudencia se expresa en este sentido: STSS de 8 de junio de 1945, 15 de febrero de 1966, 31 de enero de 1967 y 31 de diciembre de 1985] individual (no colectiva), absoluta (salvo pacto de indivisión por tiempo determinado y objetiva indivisibilidad de la cosa; *vid.*, entre otras, STSS de 15 de febrero de 1909, 11 de noviembre de 1927, 31 de diciembre de 1985, 5 de junio de 1989, 31 de mayo de 1991, 10 de noviembre de 1995, que añade el límite del art. 401 interpretándolo correctamente y 6 de junio de 1997), imprescriptible (concebida como *res merae facultatis*, puede ser ejercitada en cualquier tiempo, con carácter imprescriptible, *in facultatibus non datur praescriptio*, como señala expresamente el art. 1.965 CC y la Ley 41.3.º de la Comp. Navarra; *vid.* STSS de 22 de junio de 1904, 29 de diciembre de 1905, 8 de junio de 1945, 28 de noviembre de 1957, 31 de diciembre de 1985 y 5 de junio de 1989) e irrenunciable (*ningún propietario estará obligado* dice el art. 400 CC, dado el tiempo verbal revelador de una norma típicamente del *ius cogens*, como destaca BRIOSO: *Cuestiones*, cit., págs. 68-69, y el pacto de indivisión no contradice dicho carácter; afirma ALBALADEJO: *Derecho Civil*, t. III-1.º, cit., pág. 411, nota 1, y MORENO TRUJILLO: *La indivisión voluntaria*, cit., págs. 85-97; *vid.* STSS de 28 de noviembre de 1957, 15 de febrero de 1966, 18 de enero de 1968 y 18 de noviembre de 1994).

Las condiciones o límites para ejercitar dicha facultad divisoria cualquiera de los comuneros podrían ser, dado que nuestro Código Civil no las considera expresamente, las que siguen: 1) buena fe, de acuerdo con el artículo 7.1.º CC, que hace innecesario, de alguna manera, acudir a la aplicación analógica del artículo 1.705 CC (BRIOSO: *Cuestiones*, cit., págs. 70-71; MIQUEL: *Comentarios*, t. V-2.º, cit., *sub art.* 400, pág. 456-459, y en *Comentario*, t. I, cit., *sub art.* 400, pág. 1103; Díez-PICAZO/GULLÓN: *Sistema*, t. III, cit., pág. 93, y CAPILLA: *Derechos Reales*, cit., pág. 404; expresamente, la Ley 374.1.º Comp. Navarra, estableciendo como consecuencia, no la suspensión de la división como los arts. 815 *Code* y 1.111 *Codice*, sino la indemnización; *vid.* la reciente STS de 6 de junio de 1997: además, remontándonos al Derecho Romano, la *actio communi dividundo* era una acción *bona fides*); 2) inexistencia de pacto de indivisión y de prohibiciones de dividir

impuestas por el testador (art. 1.051 CC) o el donante; 3) en cualquier tiempo, esto es, en tiempo oportuno, como impone el artículo 1.705 CC (expresamente, art. 650.3.º Código suizo y § 830 Código austríaco; en contra, MIQUEL: *Comentarios*, t. V-2.º, cit., págs. 456-457, y en *Comentario*, t. I, cit., pág. 1103), y 4) no exclusión de la división *ex artículo* 401 CC.

No mereciendo aquí ninguna explicación, por razón de brevedad, las tres primeras, nos detenemos un momento en la última exigencia, la no exclusión de la división *ex artículo* 401.1.º CC, puesto que dicha norma no ha sido —ni sigue siendo— correctamente interpretada.

La determinación del carácter divisible o indivisible de la cosa en común (obviamente, la divisibilidad que ha de juzgarse no es nunca meramente material, esto es, la indivisibilidad ha de atender a criterios económico-sociales, más que físicos, ya que físicamente todo es divisible; *vid.* STSS de 8 de diciembre de 1928, 30 de mayo de 1933, 30 de marzo y 28 de noviembre de 1957, 3 de marzo de 1976 y 7 de marzo de 1985; por otra parte, la apreciación de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común, por ser cuestión de hecho, queda a la soberanía de la Sala de instancia, como proclaman, entre otras, las STSS de 28 de noviembre de 1957, 27 de febrero y 30 de noviembre de 1979, 8 de octubre y 25 de noviembre de 1982, 9 de febrero y 6 de junio de 1983 y 28 de noviembre de 1992, si bien hay algunas sentencias que afirman que la indivisibilidad es una cuestión valorativa, sin perjuicio de que haya de respetarse la fijación de los hechos necesarios para enjuiciarla: así, STSS de 11 de junio de 1976, 9 de noviembre de 1979, 9 de febrero de 1983, 7 de marzo de 1985, 25 de enero de 1993 y 3 de abril de 1995) requiere una correcta y armonizada interpretación del juego que ofrecen los artículos 400, 401.1.º y 404, todos del Código Civil.

Si la cosa es divisible materialmente sin detrimento económico, la división ha de efectuarse *in natura*, esto es, fraccionando físicamente la cosa en partes materiales y concretas, que se adjudicarán en propiedad exclusiva a los comuneros en proporción al valor de su participación. Se trata de la *división en sentido estricto* o *división propiamente dicha*.

Comienzan los problemas cuando la cosa es indivisible.

La doctrina mayoritaria (MANRESA: *Comentarios*, t. III, cit., pág. 655; BELTRÁN DE HEREDIA: *La comunidad*, cit., págs. 343-345; PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. 2.º, Barcelona, 1973, pág. 44; ESPÍN CANOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil*, vol. 2.º, 5.ª ed., Madrid, 1977, pág. 259; ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. III-1.º, cit., págs. 415-416, nota 2, y, recientemente, O'CALLAGHAN: *Código Civil*, cit., *sub art.* 401, pág. 441) y también la jurisprudencia de forma casi unánime (SSTS de 11 de noviembre y 31 de diciembre de 1927, 28 de diciembre de 1928, 15 de junio de 1929) se inclinan por la equiparación de efectos entre los artículos 401.1.º y 404 del Código Civil, entendiendo que lo que es procedente cuando la cosa sea indivisible, ha de ser tanto o más adecuado cuando resultare inservible por efecto de la división, esto es, en el artículo 401.1.º no procede la división material de la cosa en común, pero sí la disolución de la comunidad.

Así las cosas, aunque el artículo 404 CC habla sólo de cosa *esencialmente indivisible*, la aplicación del artículo 1.062 CC por remisión del artículo 406

(salvo la STS de 2 de mayo de 1964), junto a la recién errónea interpretación del artículo 401 CC, lleva a doctrina y jurisprudencia a enunciar tres supuestos en los cuales, conforme a estos tres artículos, no se puede exigir la división material: 1) cuando la cosa sea esencialmente indivisible (art. 404); 2) cuando la cosa desmerezca mucho por su división material (art. 1.062), y 3) cuando la cosa, de dividirse, resultara inservible para el uso al que se le destina (art. 401.1.º).

Sin embargo, un sector cada vez más importante —por su número— de la doctrina (inicialmente, CASADO PALLARÉS, José María: «La acción *communi dividundo* y la propiedad sobre pisos y habitaciones», en *RDP*, 1930, t. XVII, págs. 133-141, a quien siguió PELAYO HORE, Santiago: «La indivisión perpetua en el Código Civil», en *RDP*, 1942, t. XXVI, págs. 458-463, para quien el artículo 404 se refiere a la comunidad tradicional y el artículo 401 a la que denomina *comunidad social*; asimismo, GULLÓN: *La disolución de la comunidad de bienes*, cit., pág. 381; CARRETERO GARCÍA, Tirso: «Comentario a la Resolución de 20 de diciembre de 1973», en *RCDI*, 1974, núm. 502, pág. 637; AZPITARTE: *Los garajes*, cit., pág. 137; BRIOSO: *Cuestiones*, cit., págs. 84-90, y, más recientemente mantienen esta teoría revisionista, MIQUEL: *Comentarios*, t. V-2.º, cit., págs. 467-481, y *Comentario*, t. I, sub art. 401, cit., págs. 1105-1106; CRESPO ALLUÉ: *La división de la comunidad de bienes*, cit., págs. 133-134; CAPILLA: *Derechos Reales*, cit., pág. 404; MORENO TRUJILLO: *La indivisión voluntaria*, cit., pág. 31, y NÚÑEZ IGLESIAS: *Comunidad e indivisibilidad*, cit., págs. 97-113), se muestra favorable a ver en el artículo 401.1.º CC una indivisión forzosa de la cosa por destino, esto es, un supuesto de indivisibilidad económica, en base a argumentos como el tenor literal del precepto, al impedir, en general, la *división de la cosa común*, esto es, tanto la material como la económica; la incongruencia del Código en caso de dictar dos disposiciones diversas, los artículos 401 y 404, para regular un mismo supuesto; la ubicación sistemática del artículo 401.1.º, tras haberse tratado de la procedencia del derecho a pedir la división y la del 404, colocado al tratar de la forma de llevar a cabo la división y, por último, los antecedentes históricos del precepto (un texto de PAULO —D. 10.3.19.1— y, sobre todo, el art. 683 del *Codice* de 1865, del cual procede este párrafo primero, norma que resultaba ser una verdadera excepción a la facultad divisoria, actual art. 1.112, que nos distingue perfectamente el *scioglimento* de la *divisione* de la comunidad; para mayor detalle, *vid.* CRESPO ALLUÉ: *La división de la comunidad de bienes*, cit., págs. 122-125).

Pese a ello, el Tribunal Supremo ha seguido posteriormente la solución contraria, entendiendo erróneamente —según nos parece— la norma como un supuesto de indivisibilidad de la cosa común que da lugar a la aplicación del artículo 404 CC (SSTS de 30 de mayo de 1933, 30 de marzo, 11 y 28 de noviembre de 1957, 21 de noviembre de 1960, 31 de enero de 1964, 15 de febrero de 1966, 10 de febrero de 1973, 3 de marzo de 1976, 6 de junio de 1983, 7 de marzo y 27 de junio de 1985, 19 de octubre y 28 de noviembre de 1992, 25 de enero y 12 de julio de 1993; en otro sentido, la STS de 10 de noviembre de 1995, que parece acoger la teoría revisionista del artículo 401, al considerar que la norma, al excluir la división, constituye, junto al pacto de indivisión temporal, un límite a la facultad de pedirla, si bien, ninguno de estos pronunciamientos ha decretado la licitación en un caso de indivi-

sibilidad por destino, razón por la cual no prueban nada en contra de la tesis de la comunidad forzosa del artículo 401 (MIQUEL: *Comentarios*, t. V-2.º, cit., sub art. 401, pág. 470, nota 6, y en *Comentario*, t. I, cit., sub art. 401, pág. 1105).

Es ésta la posición que, pese no ser aún la mayoritaria —si cierto es que poco falta—, nos parece preferible: el artículo 400 representa el principio general, el artículo 401 constituye la excepción y el artículo 404 establece un procedimiento de disolución de la comunidad cuando el objeto es naturalmente indivisible, y únicamente para este supuesto, siendo innecesario, aunque sí posible dada la remisión que realiza el artículo 406, acudir al artículo 1.062, puesto que dicha norma no es más que un desarrollo del artículo 404 (*vid.* GULLÓN: *La disolución de la comunidad de bienes*, cit., pág. 381, y LLEDÓ YAGÜE, Francisco: «Comentario a la sentencia de 31 de octubre de 1989», en estos *Cuadernos*, núm. 21, págs. 1051-1059).

Esto dicho, el artículo 401.1.º CC se refiere a determinadas cosas (*v. gr.*, un patio que sirva a dos viviendas contiguas) que, de disolverse la comunidad, se harían inservibles para su uso propio (no todo destino puede impedir el ejercicio de la acción, señala NÚÑEZ IGLESIAS: *Comunidad e indivisibilidad*, cit., pág. 113, y ampliamente, págs. 139-221), en cuyo caso no cabe ejercitar la acción de división, ni material ni civil o económica. Es, en pocas palabras, una comunidad de bienes sin acción de división —salvo, claro está, que cambie la afección de destino de la cosa—, en cuyo caso los comuneros no están condenados a permanecer perpetua y forzosamente en la indivisión, pues cada comunero podrá salir de la comunidad enajenando el bien privativo con la parte en la cosa común, que como elemento accesorio seguirá la suerte de la cosa principal (CAPILLA: *Derechos reales*, cit., pág. 404).

No es necesario, en este entendimiento, un cambio legislativo (como pretenden Díez-PICAZO/GULLÓN: *Sistema*, t. III, cit., pág. 95). Las normas ya existen. Basta con un cambio de rumbo por parte de la jurisprudencia —ya que la doctrina ya ha dado el viraje— en la interpretación del artículo 401.1.º CC, posibilitando la estabilidad de ciertas comunidades.

El artículo 404 (norma inexistente en el Proyecto de 1851 y que fue tomada del artículo 2.183 del Código Civil portugués de 1867; *vid.* Ley 374.3.º y 5.º Comp. Navarra) trata de cosas físicamente indivisibles, pero cuyo rendimiento económico no se altera por el hecho de la disolución de la comunidad, en cuyo caso debe ser siempre posible el ejercicio de la acción divisoria.

Se considera que la cosa es indivisible, cuando lo es «esencialmente» (art. 404), es decir, cuando por su naturaleza no puede fraccionarse sin detrimento (individualidad *in natura*, pues como señala MIQUEL: *Comentarios*, t. V-2.º, cit., sub art. 404, pág. 510, hay un defecto de traducción en la norma lusa: «*não poder ser dividida em substancia*»), expresión en la que tiene cabida el desmerecimiento económico del bien por su división (no siendo preciso, pues, acudir al art. 1.062) o el perjuicio económico para los comuneros si se produjera la división material de la cosa, como pueda ser la producción de un gasto considerable a los partícipes (STS de 7 de marzo

de 1985), la necesidad de realizar obras desproporcionadas al valor de la cosa para poder dividirla (STS de 30 de junio de 1993, que declara indivisible materialmente —en propiedad horizontal— un inmueble, porque las obras que han de realizarse son de tal envergadura y necesitan de tal inversión de dinero que suponen, más que división de un edificio, construcción de otro nuevo) o cuando es preciso procederse al derribo (STS de 21 de noviembre de 1960). Son, pues, innumerables los factores a considerar, los cuales nos permiten hablar de tres clases de indivisibilidad material: el supuesto general del 404 CC, por desmerecimiento y por incomodidad (criterio este de una enorme elasticidad para el juez al que aluden los arts. 1.114 y 1.19 *Codice Civile*).

Mas la cosa indivisible materialmente no lo es jurídica o económicamente, lo cual permitirá al comunero obtener una parte del importe o precio obtenido por su adjudicación o venta pública en proporción a su cuota. La norma viene a establecer el remedio para que no deje de cumplirse el principio general del derecho a pedir la división en casos en los que la cosa no pueda dividirse materialmente. Ciertamente no hay división, pero la finalidad que aquel principio persigue se cumple a través del sustituto de la adjudicación a un copropietario que indemniza a los demás, o mediante la venta de la cosa en pública subasta con reparto del precio. En consecuencia, cuando el Código Civil habla de división de la cosa común, se refiere también a este supuesto, aunque en él no exista estrictamente división de la cosa.

La posibilidad que el artículo 404 confiere a cada condueño, no es, pues, propiamente división, sino un modo de desarrollar la facultad de pedirla (MIQUEL: *Comentarios*, t. V-2.º, cit., *sub art.* 404, pág. 508, y en *Comentario*, t. I, cit., *sub art.* 404, pág. 1112), división económica de la comunidad que puede practicarse de manera convenida o judicial: adjudicando la cosa, por acuerdo unánime, a uno de los condueños que indemniza a los demás el valor de sus respectivas participaciones, o bien subastándola, con admisión de licitadores extraños (refiriéndose a la posibilidad de licitación entre los mismos comuneros, *vid.* NÚÑEZ IGLESIAS: *Comunidad e indivisibilidad*, cit., pág. 114, dado el silencio del art. 404, frente al 1.062 y la STS de 27 de diciembre de 1994), repartiéndose el precio obtenido entre los comuneros en proporción a sus cuotas (STS de 19 de octubre de 1992).

Por la forma de expresarse el precepto, parece que la venta pública de la cosa indivisible sea un recurso subsidiario operante sólo en el caso de que no se hubiese logrado, después de legalmente intentado, el convenio para su adjudicación a favor del condueño que estuviese dispuesto (o estuviesen dispuestos, si son varios) a abonar a los restantes el valor de su participación en la comunidad (STSS de 28 de diciembre de 1928, 30 de mayo de 1933, 30 de marzo y 28 de noviembre de 1957), pero esta interpretación no es lógica, ya que si cualquiera de los comuneros exige la subasta, es evidente que no se puede contar, al menos, con la voluntad del peticionario para el acuerdo de adjudicación; sería inútil exigir como trámite formal el intento de convenio (DÍEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema*, t. III, cit., pág. 94; CRESPO ALLUÉ: *La división de la comunidad de bienes*, cit., págs. 194-195, y TORRES LANA, José Angel/ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. II (arts. 333 a 608), *sub art.* 404, Madrid, 4.ª ed. 1995, pág. 598; en la jurisprudencia, *vid.* STS de 6 de junio y 19 de diciembre de 1983).

### III. LAS LÍNEAS DE LA SENTENCIA OBJETO DE COMENTARIO

La sentencia que ha dado pie a estas líneas no contiene una doctrina innovadora, sino más bien reiterativa, pero ha merecido dedicarle estas páginas, de un lado, por las cuestiones importantes que suscita y, de otro, por adscribirse en esa orientación jurisprudencial que conviene revisar (para el buen entendimiento independiente del precepto más que por otra razón, dado que el Alto Tribunal no ha llegado nunca a decretar la licitación de la cosa indivisible por destino) acerca de la interpretación del tan aludido artículo 401 CC.

En efecto. La decisión objeto de comentario incurre en el error de entablar una relación, que es inexistente, entre los artículos 401 y 404 CC, incluyendo, de este modo, el artículo 401 en el supuesto de imposibilidad de división material, pero no civil o económica cuando, en realidad, se refiere a una comunidad sin acción de división alguna, si bien ésta no es finalmente la causa de la división de la casa objeto de *litis*, que es esencialmente indivisible *ex artículo* 404 CC, en concreto, por un doble criterio: incomodidad (la divisibilidad del solar precisaría el previo derribo de la edificación, lo que supondría un coste económico importante, dada sus dimensiones y existencia de materiales recuperables, básicamente, maderas y mosaicos) y desmerecimiento económico (efectuada la demolición, la única solución factible sería la división del solar mediante líneas ortogonales o perpendiculares, lo que daría como resultado dos parcelas, con 4 ó 5 metros de fachada y en forma de tubo hacia el interior, con un evidente desmerecimiento respecto del solar considerado en su conjunto).

Declarado el inmueble jurídicamente indivisible, se procede a la división de la cosa común (*rectius*: disolución de la comunidad) mediante la venta pública de la misma.

*Inmaculada Vivas Tesón*