

# EDJ 2006/65268

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 8-5-2006, nº 455/2006, rec. 2878/1999  
Pte: Salas Carceller, Antonio

## Resumen

*El TS declara haber lugar al recurso de casación promovido contra sentencia dictada en autos de juicio sobre división de la cosa común, confirmando la sentencia recurrida salvo en lo referente al pronunciamiento sobre costas, toda vez que en el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa, por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.7 , art.96

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	4
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	5
FALLO .....	7

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

COMUNIDAD DE BIENES

COPROPIEDAD O CONDOMINIO

División de la cosa común

En general

Práctica y modos

Indivisibilidad

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.7, art.96 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.24apa.1, art.120 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.404 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Barcelona de 16 marzo 1999 (J1999/12897)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge más necesitado, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Fin de las necesidades familiares o de la custodia, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos por SAP Navarra de 3 noviembre 2006 (J2006/400105)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos por SAP Navarra de 18 abril 2007 (J2007/140760)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 8 junio 2007 (J2007/210275)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 14 diciembre 2007 (J2007/233281)

Citada en el mismo sentido sobre CARGA DE LA PRUEBA - CARGA DE PROBAR LO PEDIDO EN LA DEMANDA por SAP Navarra de 16 noviembre 2007 (J2007/339798)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - Supuestos diversos por STS Sala 1ª de 27 junio 2007 (J2007/80176)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 4 abril 2007 (J2007/86471)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 20 junio 2008 (J2008/111554)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Casos de división de la vivienda o su uso entre los cónyuges por SAP Madrid de 18 julio 2008 (J2008/152356)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Indivisibilidad, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos por SAP Asturias de 17 julio 2008 (J2008/194046)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge más necesitado por SAP Navarra de 17 junio 2008 (J2008/248475)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - En general por SAP Madrid de 22 septiembre 2008 (J2008/258689)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos por SAP Toledo de 9 enero 2008 (J2008/30230)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Indivisibilidad, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos por SAP Baleares de 22 octubre 2008 (J2008/323513)

Citada en el mismo sentido sobre QUIEBRA - RETROACCIÓN por SAP Málaga de 30 diciembre 2008 (J2008/358221)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Indivisibilidad, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos por SAP Asturias de 9 diciembre 2008 (J2008/361547)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Casos de división de la vivienda o su uso entre los cónyuges, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - En general por SAP Ciudad Real de 21 octubre 2008 (J2008/363706)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - En general por SAP Barcelona de 15 abril 2008 (J2008/83411)

Citada en el mismo sentido sobre ABUSO DE DERECHO - SUPUESTOS DE NO APRECIACIÓN por SAP Castellón de 8 mayo 2009 (J2009/128943)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 15 junio 2009 (J2009/134646)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - Extinción y efectos, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - En general por SAP Vizcaya de 4 junio 2009 (J2009/183257)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Indivisibilidad, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - En general por SAP Madrid de 2 diciembre 2009 (J2009/340381)

Citada en el mismo sentido sobre ABUSO DE DERECHO - SUPUESTOS DIVERSOS por SAP Navarra de 31 marzo 2009 (J2009/375010)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Indivisibilidad por SAP Asturias de 9 enero 2009 (J2009/59190)

Citada en el mismo sentido sobre PRECARIO - OTROS SUPUESTOS por STS Sala 1ª de 18 enero 2010 (J2010/14195)

Citada en el mismo sentido sobre ABUSO DE DERECHO - SUPUESTOS DE NO APRECIACIÓN por STS Sala 1ª de 22 junio 2010 (J2010/152949)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos por SAP Madrid de 20 julio 2010 (J2010/173931)

Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 29 septiembre 2010 (J2010/237394)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge más necesitado, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos por SAP Navarra de 17 junio 2010 (J2010/266386)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 16 marzo 2010 (J2010/64131)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos, GANANCIALES - DISOLUCIÓN - Por separación o divorcio, GANANCIALES - CONDICIÓN DE LOS BIENES - Gananciales por SAP Madrid de 25 mayo 2011 (J2011/169014)

Citada en el mismo sentido sobre FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Del Tribunal Supremo por SAP A Coruña de 11 noviembre 2011 (J2011/288699)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - En general, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - Cuota de participación, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - En general por SAP Pontevedra de 17 febrero 2011 (J2011/45730)

Citada en el mismo sentido sobre ABUSO DE DERECHO - CONCEPTO, ABUSO DE DERECHO - REQUISITOS - En general, ABUSO DE DERECHO - SUPUESTOS DE NO APRECIACIÓN por SAP A Coruña de 29 abril 2011 (J2011/98725)

Citada en el mismo sentido sobre ABUSO DE DERECHO - EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL por STS Sala 1ª de 18 junio 2012 (J2012/125245)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos por SAP Castellón de 1 marzo 2012 (J2012/129443)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge más necesitado, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Hijos mayores de edad - Extinción de la obligación - Supuestos en que sí procede, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Procedimiento de modificación de medidas - Requisitos de la modificación de condiciones - Sobrevenidas por SAP Cádiz de 17 enero 2012 (J2012/16485)

Citada en el mismo sentido sobre FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Del Tribunal Supremo, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Casos de división de la vivienda o su uso entre los cónyuges por STS Sala 1ª de 27 febrero 2012 (J2012/24609)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - Extinción y efectos, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos por SAP Lleida de 4 diciembre 2012 (J2012/329287)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos, FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Del Tribunal Supremo por SAP Asturias de 20 abril 2012 (J2012/79761)

Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - Supuestos diversos, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - En general por STS Sala 1ª de 5 febrero 2013 (J2013/6549)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 14 junio 2005 (J2005/96609)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 6 mayo 2005 (J2005/68293)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 10 noviembre 2004 (J2004/159604)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 14 octubre 2004 (J2004/159545)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 4 julio 2003 (J2003/49228)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Indivisibilidad, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - En general STS Sala 1ª de 8 marzo 1999 (J1999/2226)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - En general STS Sala 1ª de 6 junio 1997 (J1997/5406)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 15 enero 1996 (J1996/14)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 19 octubre 1995 (J1995/5553)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 13 febrero 1995 (J1995/542)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 11 julio 1994 (J1994/11870)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 2 diciembre 1994 (J1994/9356)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 20 febrero 1992 (J1992/1581)

Cita en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - En general STS Sala 1ª de 5 junio 1989 (J1989/5665)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 22 octubre 1988 (J1988/8284)

## Bibliografía

Comentada en "La efectiva liquidación de la sociedad de gananciales, ¿conlleva la extinción tácita del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido sin plazo en una resolución judicial anterior? Foro abierto"

Comentada en "La actio communi dividundo de la vivienda familiar atribuida a uno solo de los cónyuges copropietarios. Praxis judicial"

Citada en "Algunas cuestiones relacionadas con el concurso de acreedores de la persona casada (II)"

Citada en "Casuística de los tribunales sobre el precario. Respuesta de los Tribunales"

Citada en "¿Ante la transmisión onerosa de una parte de un inmueble dividido por pisos, titularidad de una copropiedad de la que algunos de sus miembros están casados en régimen de gananciales, es necesario el consentimiento de los cónyuges respectivos caso de const"

Citada en "El precario en las relaciones familiares"

En la Villa de Madrid, a ocho de mayo de dos mil seis.

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 Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía núm. 342/97, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona, sobre reclamación de cantidad; cuyo recurso fue interpuesto por D<sup>a</sup> Verónica, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Teresa Gamazo Trueba,

sin que conste la identidad del Letrado que firma el escrito; siendo parte recurrida D. Ismael, representado por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, sin que conste asimismo la identidad del Letrado que firma el escrito.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de D. Ismael contra D<sup>a</sup> Verónica.

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 que contenga los siguientes pronunciamientos: "1º.- Que se decreta y declara (sic) la división de cosa común el piso y las tres plazas de aparcamiento de AVENIDA000, núm.000 bis de Barcelona y que el mismo es indivisible, cuya descripción figura en el hecho primero.

2º.- Que se dispone se saque a pública subasta el inmueble, piso núm.001, puerta núm.002, y de las tres plazas de aparcamiento núm.003, núm.004 y núm.005, de la casa núm.000 bis de AVENIDA000 de Barcelona, cuya subasta se anuncie y practique en trámite de ejecución de Sentencia.

3ª.- Que se entregue y pague a la actora la mitad del precio que se obtenga de la subasta del piso núm.001, puerta núm.002, y de las tres plazas de aparcamiento núm.003, núm.004 y núm.005, de la casa núm.000 bis de AVENIDA000 de Barcelona, en concepto de copropietario de la mitad del mismo, y que la otra mitad de dicho precio se entregue a la demandada.

4º.- Que se condene en costas a la demandada, si se opusiera a la demanda".

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de D<sup>a</sup> Verónica 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, en definitiva, se desestimase la demanda, al tiempo que formulaba reconvenición, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado:"... dicte sentencia en la que se disponga:

A) Que, conforme al artículo 404 del C.C EDL 1889/1 ., por ser las fincas objeto de la presente acción esencialmente indivisibles, se saquen a la venta a través de Agente de la Propiedad Inmobiliaria que, a falta de acuerdo entre las partes, sea designado por el juzgado; y que del precio obtenido por la venta se satisfaga a la reconviniente, D<sup>a</sup> Verónica, la mitad y que la otra mitad se pague a la parte reconvenida, como pago de sus respectivas cuotas de comunidad.

B) Que, de no estimarse procedente lo anterior, se declare la indivisibilidad de la cosa y se ordene que se saque a la venta el bien y que del precio obtenido por la venta se satisfaga a la reconviniente, D<sup>a</sup> Verónica, la mitad y que la otra mitad se pague a la parte reconvenida, como pago de sus respectivas cuotas de comunidad. en este caso, la parte reconviniente se reserva, a falta de acuerdo con el reconvenido, el derecho a instar la subasta pública o voluntaria del mismo en ejecución de sentencia.

C) Que se condene en costas a la reconvenida si se opusiera a la reconvenición."

3.- Dado traslado de la reconvenición 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".. dicte sentencia en la que, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada, se declare no haber lugar a la división de la cosa común, sita en Palafrugell (Girona). Y, alternativamente, y para el supuesto de que no se estimase la excepción de incompetencia de jurisdicción se acuerde la venta a través de agente de propiedad inmobiliaria, previa valoración de la finca en cuestión, repartiendo el valor obtenido entre las partes litigantes, con expresa condena en costas a la Sra. Verónica."

4.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

5.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 15 de diciembre de 1997, cuya parte dispositiva es como sigue:"... A) Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Feixó Bergada en nombre y representación de Ismael contra Verónica, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a dicha demandada de la pretensión en ella ejercitada, con imposición al actor de las costas causadas y.- B) Que estimando la reconvenición formulada por el Procurador D. Carlos Arcas Hernández en nombre y representación de Verónica, contra Ismael, DEBO DECLARAR Y DECLARO la indivisibilidad de los bienes en comunidad descritos en el hecho primero de la reconvenición, ordenando su venta y reparto del precio al 50 por ciento entre ambos litigantes y cuya venta se efectuará a través de Agente de la propiedad inmobiliaria designado de común acuerdo, y, en su defecto, designado por insaculación en trámite de ejecución de sentencia, y con imposición al demandante-reconvenido, de las costas causadas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación D. Ismael, y sustanciada la alzada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 1999, cuyo Fallo es como sigue: "Se estima el recurso de apelación interpuesto por Ismael contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número veintisiete de Barcelona en el procedimiento de Menor Cuantía núm. 342/97 EDJ 1999/12897 , y, revocándose parcialmente la misma, se estima demanda (sic) interpuesta por el recurrente contra Verónica, acordándose cesar la indivisión de los inmuebles que se describen en la demanda mediante su venta a través de agente de la propiedad inmobiliaria, con respeto del derecho de uso que sobre el mismo tiene atribuido judicialmente

a la demandada, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de dicha sentencia. No se hace declaración alguna respecto del pago de las costas producidas en ambas instancias."

TERCERO.- La Procuradora de los Tribunales, D<sup>a</sup> Teresa Gamazo Trueba, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Verónica, formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos:

I.- Al amparo del artículo 1.692-4<sup>o</sup> de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, denunciando como infringido el artículo 96-4 del Código Civil EDL 1889/1 .

II.- Al amparo del artículo 1.692-3<sup>o</sup> de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, habiéndose infringido los artículos 359 de la citada Ley y 24-1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

III.- Al amparo del artículo 1.692-3<sup>o</sup> de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, citándose como infringidos los artículos 120 y 24-1 de la Constitución Española EDL 1978/3879, y: IV.- Al amparo del artículo 1.692-3<sup>o</sup> de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, citándose como infringido el artículo 359-1 de la citada Ley.

CUARTO.- Dado traslado del recurso a la parte contraria, se opuso al mismo por escrito y, al no haber solicitado ambas partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 25 de abril de 2006, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor D. Ismael interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía en ejercicio de acción de división de cosa común, que dirigió contra su esposa D<sup>a</sup> Verónica, la que finalizaba suplicando del Juzgado que dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1<sup>o</sup>) Decretar la división de cosa común en cuanto a la vivienda sita en el piso núm.001, puerta núm.002, y las plazas de aparcamiento núm.003, núm.004 y núm.005 de la casa núm.000 bis de la AVENIDA000 de Barcelona, por tratarse de objetos indivisibles; 2<sup>o</sup>) Que se saquen a pública subasta la mencionada vivienda y plazas de garaje; 3<sup>o</sup>) Que se entregue y pague a la parte actora la mitad del precio que se obtenga en la subasta y la otra mitad a la demandada; y 4<sup>o</sup>) Que se impongan las costas a la demandada si se opusiere a todo ello.

La demandada formuló oposición y solicitó la desestimación de los pedimentos de la demanda por las razones expuestas en la contestación y especialmente por haber sido ejercitado el derecho a la división de mala fe y con evidente abuso de derecho, con imposición de costas a la parte demandante. Igualmente opuso reconvencción ejerciendo acción de división de cosa común respecto de otra vivienda sita en la CALLE000, núm.006, de la URBANIZACIÓN000" de Palafrugell (Gerona) y dos parcelas en la misma urbanización, solicitando que se acordara que se saquen dichos bienes a la venta a través de agente de la propiedad inmobiliaria que, a falta de acuerdo entre las partes, se designe por el Juzgado y que del precio obtenido se haga entrega por mitad a cada una de las partes con imposición de costas a la parte actora-reconvenida si se opusiere a ello.

Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona se dictó sentencia de fecha 15 de diciembre de 1997 que fue desestimatoria de la demanda con absolución de la demandada e imposición de costas al actor, mientras que, por el contrario, estimó la reconvencción formulada por la demandada, declaró la indivisibilidad de los bienes comunes descritos en el hecho primero de la reconvencción y ordenó su venta y reparto del precio al cincuenta por ciento entre ambos litigantes, cuya venta habría de efectuarse a través de agente de la propiedad inmobiliaria designado de común acuerdo, y en su defecto por insaculación, en trámite de ejecución de sentencia, con imposición al demandante-reconvenido de las costas causadas.

Recurrida dicha sentencia en apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Primera) dictó sentencia de 16 de marzo de 1999 EDJ 1999/12897 , la cual estimó el recurso y, con revocación parcial de la sentencia dictada por el Juzgado, estimó la demanda acordando la cesación de la situación de indivisión de los inmuebles que se describen en la misma (vivienda y plazas de garaje) mediante su venta a través de agente de la propiedad inmobiliaria, con respeto del derecho de uso que tiene atribuido judicialmente la demandada, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia, sin especial declaración sobre costas causadas en ambas instancias.

Contra dicha sentencia EDJ 1999/12897 se interpuso el presente recurso de casación por la parte demandada interesando su anulación y, con carácter principal, que se dicte una nueva conforme a derecho según lo alegado por dicha parte, que en definitiva interesa el mantenimiento de la resolución dictada en primera instancia; y que, en caso de entrar a enjuiciar y apreciarse los motivos segundo o tercero del recurso, se anule la sentencia de la Audiencia Provincial y remita los autos nuevamente a la Sala de la Audiencia para que dicte nueva sentencia, apercibiéndole de que lo haga motivando adecuadamente por qué desestima la defensa que interpuso la demandada de ejercicio abusivo de la acción o de mala fe.

SEGUNDO.- Por razón de método procede alterar el orden en el examen de los motivos respecto del seguido por la parte recurrente y abordar en primer lugar el tercero -sobre falta de motivación- y el segundo -sobre incongruencia- para posteriormente estudiar, en su caso, el primero -único que se refiere a infracción de norma legal sustantiva- y el cuarto -que combate el pronunciamiento sobre costas-.

La falta de motivación, denunciada en el tercer motivo del recurso al amparo del artículo 1.692-3º de la Ley con denuncia de infracción del artículo 120 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , ha de ser rechazada. Se concreta el motivo en la afirmación de que la Audiencia al estimar la demanda lo ha hecho sin examinar la alegación de la demandada de que las pretensiones incorporadas a la misma se habían efectuado con abuso de derecho y de mala fe. La parte recurrente, al contestar a la demanda, hace referencia a un posible fraude de ley por el actor al formular su pretensión de división aplicada a la vivienda familiar en cuanto que no contempla el derecho al uso concedido por la sentencia del juzgado de familia (hecho quinto), afirmando por su parte la demandada que no se opone al ejercicio del derecho de división de la parte actora siempre que se le mantenga su derecho de uso o, en su caso, se valore e indemnice su renuncia al mismo.

De ahí que al salvar la sentencia ahora recurrida EDJ 1999/12897 el respeto a tal derecho de uso como interesaba la demandada, carece de sentido cualquier razonamiento sobre dicho extremo y no precisaba la sentencia de mayores argumentos ni motivación en cuanto al posible ejercicio abusivo del derecho por la parte actora que, en caso de existir, había sido corregido por la propia sentencia al salvar el derecho de uso que a la demandada correspondía. Por otra parte en la misma contestación se hace referencia a que la acción de división del demandante se ejercita de mala fe por su titular al no instar la división en cuanto a otros bienes de los que igualmente son titulares en común ambas partes, lo que resulta contrario a la exigencia contenida en el artículo 7 del Código Civil EDL 1889/1 .

Sobre ello procede razonar de igual forma a la precedentemente expuesta ya que olvida la recurrente que el recurso se da contra la sentencia y no contra la demanda, lo que comporta que si lo definitivamente resuelto por la instancia no significa el reconocimiento de un derecho ejercido de forma abusiva o contrario a las exigencias de la buena fe, porque tal posibilidad ha quedado destruida en el desarrollo del propio proceso, poco importa que tal fuera la posición de la parte y la sentencia no ha de incidir sobre un planteamiento que, si en principio pudiera tacharse de abusivo, ha dejado de serlo porque no impedía que la litigante contraria lo contrarrestara oportunamente, como ha sucedido en el caso presente en que, instada la división únicamente sobre parte de los bienes comunes, la demandada amplió mediante la vía reconvenional el objeto del proceso para integrar en el mismo la petición de división de los demás bienes que mantenía en copropiedad con el actor.

Falta así, en relación con el posible abuso de derecho por la parte demandante, el requisito del daño para la parte demandada que viene exigido por el artículo 7.2 del Código Civil EDL 1889/1 pues, como dice la sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 2004 EDJ 2004/159545 , con cita de las de 11 de mayo de 1991, 2 de diciembre de 1994 EDJ 1994/9356 , 13 de febrero EDJ 1995/542 y 19 de octubre de 1995 EDJ 1995/5553 , "el abuso del derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado" y tal perjuicio no existe, ni podría existir, dada la posibilidad que la ley concede a la parte demandada, y que ésta ha utilizado por vía reconvenional, de aumentar el objeto del proceso mediante el ejercicio de una acción de división sobre otros bienes comunes que, además, le ha sido estimada.

De ahí que alguna sentencia, como la de 22 de octubre de 1988 EDJ 1988/8284 , requiera para la estimación de una situación de abuso de derecho "la existencia de una actitud meramente pasiva de quien la sufre" o, lo que es lo mismo, la imposibilidad de hacer frente a la misma con otros remedios procesales que no sean el de la propia denuncia del abuso, que constituye un remedio extraordinario de oposición para los supuestos en que el perjudicado carece de cualquier otro (sentencia de 4 de julio de 2003 EDJ 2003/49228 , que cita en igual sentido las de 20 febrero 1992 EDJ 1992/1581 y 11 julio 1994 EDJ 1994/11870 ). Por lo anteriormente expuesto, resultaba superflua cualquier motivación añadida sobre un eventual ejercicio abusivo del derecho, cuyos efectos había eliminado la propia Audiencia atendiendo a las propias peticiones de la demandada.

Lo mismo ha de concluirse en cuanto a la incongruencia denunciada -motivo segundo- que en realidad no existe, ya que la sentencia se ha pronunciado sobre la totalidad de las pretensiones deducidas por las partes y ha hecho las declaraciones que las mismas exigen conforme a lo requerido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , sin que pueda apreciarse gravamen alguno para la parte recurrente ni interés legítimo para denunciar una sedicente incongruencia de la sentencia por el hecho de no referirse expresamente a la ya citada actuación abusiva o de mala fe del actor, que en todo caso habría de considerarse como apreciada por la sentencia que por ello en realidad estima sólo en forma parcial la demanda pues admite la petición de división de cosa común mediante su venta -por tratarse de bien indivisible- eliminando el posible abuso en la formulación de la pretensión con la concreción de que la venta se hará a través de agente de la propiedad inmobiliaria y que se respetará el derecho de uso que corresponde a la demandada.

TERCERO.- El primer motivo en que se apoya el recurso (artículo 1.692-4º de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ) refiere la infracción de lo dispuesto en el artículo 96, párrafo cuarto, del Código Civil EDL 1889/1 y mantiene la necesidad de que, al constituir la división de cosa común un verdadero acto de disposición, concorra en todo caso la conformidad del cónyuge -en este caso la esposa demandada- que tenga atribuido el uso de la vivienda. No obstante, la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes.

Así la sentencia de 27 de diciembre de 1999, citando en igual sentido las anteriores de 5 de junio de 1989 EDJ 1989/5665 , 6 de junio de 1997 EDJ 1997/5406 y 8 de marzo de 1999 EDJ 1999/2226 , afirma que "la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia

obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto.

En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa". La misma sentencia añade posteriormente, con cita de las de 22 de diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, que "si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la Sentencia de divorcio.

Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne (...) y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó". En igual sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencia más reciente de 28 de marzo de 2003. En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El cuarto y último motivo del recurso, amparado en el artículo 1.692-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 denuncia incongruencia de la sentencia en relación con el pronunciamiento sobre costas y consiguiente infracción del artículo 359 de la misma Ley dado que la Audiencia modificó la decisión del Juzgado sobre las costas de la reconvencción, que había sido condenatoria para el actor-reconvenido, opuesto a ella, y sin embargo, sin que el tema se planteara en la apelación, la sentencia hoy impugnada dejó sin efecto tal pronunciamiento.

Como recuerdan las sentencias de esta Sala de 10 de noviembre de 2004 EDJ 2004/159604 y 14 de junio de 2005 EDJ 2005/96609 "si bien la apelación, dada su condición de recurso ordinario, otorga al Tribunal "ad quem" las más amplias facultades para revisar todo lo actuado por el Juzgado de instancia tanto en lo que afecta a los hechos y a la valoración de la prueba, como en lo relativo a las cuestiones jurídicas, oportunamente deducidas por las partes y para comprobar si las normas procesales y sustantivas han sido aplicadas correctamente, tales facultades rescisorias se hallan limitadas, como se cuida de puntualizar, entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional 3/96 EDJ 1996/14 , por una parte, por la prohibición de la "reformatio in peius", y, en segundo lugar, por la imposibilidad de entrar a conocer o decidir sobre los extremos que hayan sido consentidos por las partes por no haber sido objeto de impugnación".

Esto es lo que efectivamente sucedió en cuanto al pronunciamiento sobre costas causadas por la reconvencción, como acertadamente pone de manifiesto la parte recurrente. El Juzgado procedió correctamente en cuanto, aplicando en cada caso lo dispuesto por el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 formuló pronunciamiento separado sobre costas de la demanda y de la reconvencción siguiendo el criterio mantenido por esta Sala, entre otras en sentencia de 6 de mayo de 2005 EDJ 2005/68293 , según la cual "a cada una de ellas ha de aplicarse, por separado, el régimen legal sobre costas, teniendo en cuenta el contenido de la sentencia en relación con cada una"; por el contrario la Audiencia operó una compensación entre las costas de la demanda -que estimaba, al acoger el recurso de apelación- y las de la reconvencción incidiendo en la incongruencia "extra petita" denunciada, que debe dar lugar a la apreciación del motivo, máxime cuando ni siquiera tal compensación resultaba oportuna en tanto que, si bien la estimación de la reconvencción era total, no ocurría igual con la de la demanda pues, al reconocerse el derecho del actor a instar la división, se condicionaba esencialmente por el mantenimiento del uso por parte de la demandada y con la fijación de un sistema de venta preferente al de la pública subasta que era el solicitado en la demanda. Por ello ha de ser estimado el motivo y, parcialmente, el presente recurso de casación.

QUINTO.- De ello se deduce conforme con lo dispuesto en el artículo 1.715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 que cada parte ha de soportar las costas causadas a su instancia en el presente recurso.

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

## FALLO

Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Verónica contra la sentencia de fecha dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Primera) en autos de juicio de menor cuantía número 342/97 EDJ 1999/12897 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de dicha ciudad contra dicha recurrente por D. Ismael y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida salvo en lo que se refiere al pronunciamiento sobre costas causadas en primera instancia por la reconvencción, las que, de acuerdo con lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia, se imponen al actor reconvenido. Cada una de las partes satisfará las costas causadas por su intervención en el presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller.- Antonio Gullón Ballesteros.

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.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012006100468**