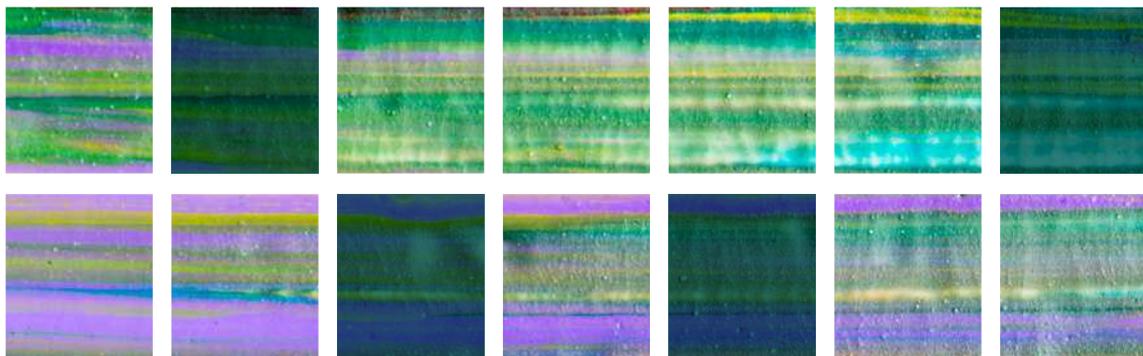


División judicial de la cosa común y extinción del *pro indiviso*

Aspectos de Derecho sustantivo y procesal

Alejandro Tofiño Padrino

■ BOSCH



División judicial de la cosa común y extinción del pro indiviso

Aspectos de Derecho sustantivo y procesal

Alejandro Tofiño Padrino

© Alejandro Tofiño Padrino, 2022
© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es
http://www.wolterskluwer.es

Primera edición: octubre 2022

Depósito Legal: M-26390-2022
ISBN versión impresa: 978-84-9090-647-7
ISBN versión electrónica: 978-84-9090-648-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

1.3. Capacidad para ser parte

Respecto a la *capacidad para ser parte* —definida por **GARBERÍ LLOBREGAT**⁴²⁶ como «el estado jurídico que posibilita el ser titular de los derechos, intereses legítimos y obligaciones que se discuten en un proceso»—, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 6 LEC, sin que consideremos digna de mención ninguna especialidad que no haya sido ya destacada por la doctrina con carácter general, más allá del hecho de que la misma tiene un alcance superior a su trasunto del Derecho civil, la capacidad jurídica, por cuanto la ley procesal la reconoce a sujetos que no ostentan esta última, como por ejemplo, las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración, y las entidades sin personalidad jurídica.

1.4. Capacidad procesal

Por el contrario, la *capacidad procesal* —concebida por el propio **GARBERÍ LLOBREGAT**⁴²⁷ como la «aptitud para decidir la realización de los distintos actos procesales»— sí merece ciertas puntualizaciones respecto de las personas físicas, con mayor motivo desde la entrada en vigor de Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

1.4.1. Formulación general

El art. 7 LEC, que lleva por rúbrica «*Comparecencia en juicio y representación*», comienza con la regla básica en la materia: «*Podrán comparecer en juicio todas las personas*» (apdo. 1).

Lo cierto es que este precepto, como acertadamente afirma **TORIBIOS FUENTES**⁴²⁸, se asemeja más a un principio programático, porque, después de esa afirmación, el art. 7 LEC se dedica a acotar o modular ese principio general, para acomodarlo a los distintos supuestos que en la práctica se plantean: menores no emancipados, personas con discapacidad, concebidos y no nacidos, personas jurídicas, etc. Por esta razón, las modificaciones introducidas por la LAPCD tienen en este punto una trascendencia más simbólica que real, pues a la hora de comparecer en juicio nada ha cambiado: quienes no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, precisarán de instituciones para suplirlo.

Se ha considerado habitualmente que la capacidad procesal constituye una proyección de la capacidad civil de obrar, por lo que solo gozan de aquella los que ostentan esta, es decir, los mayores de edad (art. 246 CC) y, con las reservas que se apuntarán,

426. *Capacidad, postulación y legitimación de las partes en el proceso civil*, Barcelona: Editorial Bosch, 2009, p. 26.

427. *Capacidad, postulación y legitimación de las partes en el proceso civil*, cit., p. 36.

428. Comentario al art. 4 («Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil»), art. 7 LEC, en Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III), 2021, pp. 1119-1120.

los menores emancipados o los que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad (art. 247 CC).

En lo que nos interesa por constituir el objeto de nuestro estudio, para determinar la capacidad procesal de los mayores de edad que no tienen asignada medida de apoyo por razón de discapacidad, hay que estar a lo dispuesto en el art. 1052, *inc.* —«*Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia*»—, aplicable en virtud de la remisión que el art. 406 CC efectúa a las reglas concernientes a la división de la herencia.

Esta remisión plantea el interrogante de si la exigencia al coheredero de la libre administración y disposición de sus bienes supone un añadido a la mayor edad. A nuestro entender, la respuesta ha de ser negativa puesto que, en cuanto tiene plena capacidad de obrar, el mayor de edad podrá disponer libremente. Por tanto, como la plena capacidad de obrar, de por sí, supone la libre administración y disposición de sus bienes, nada añade la previsión del art. 1052 CC.

En conclusión, los *mayores de edad sin medidas de apoyo* gozan de plena capacidad y pueden, por ende, ejercitar la acción de división.

1.4.2. Menores de edad no emancipados

Según el art. 7.2, *inc.*, LEC, «*Las personas menores de edad no emancipadas deberán comparecer mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley*». Así pues, la norma procesal realiza un reenvío a la regulación de la legislación sustantiva de los mecanismos dispuestos para integrar la capacidad.

Como distingue la ley, así diferenciamos nosotros los siguientes supuestos de integración regulados en el CC, en este caso, relativos a la capacidad procesal del menor no emancipado:

1.4.2.1. Representación

Como norma general, serán los padres titulares de la patria potestad los que actúen en el proceso por los menores de edad no emancipados (art. 162 CC).

Ahora bien, puede suceder que dicha representación corresponda al tutor. De hecho, con la LAPCD la tutela experimenta una reducción de su ámbito de aplicación, ya que los dos únicos casos en los que procederá su nombramiento se refieren a los menores no emancipados en situación de desamparo y los menores no emancipados no sujetos a patria potestad (art. 199 CC). En estos supuestos, el tutor será el representante del menor, salvo para aquellos actos que este pueda realizar por sí solo o para los que únicamente precise asistencia (art. 225 CC), y, por consiguiente, corresponde al tutor la comparecencia y representación en juicio del menor tutelado.

1.4.2.2. Asistencia

A partir del art. 39 CE se ha desarrollado en nuestro país un incesante desarrollo legislativo tendente al reconocimiento de los derechos de los menores y a su protección

jurídica. La LAPCD no es únicamente un hito en ese proceso, sino un referente que alcanza (aunque seguramente no culmina) cotas impensables no hace tanto tiempo. Frente a situaciones pasadas, en las que se consideraba al menor poco más que un incapacitado, en la actualidad, y fruto de ese proceso, se ve al menor como una persona con una mayor capacidad y posibilidad de actuación, que, ciertamente precisa del apoyo de su representante, pero que, a cambio asume la iniciativa en el devenir de su actividad jurídica.

Ha quedado dicho en el apartado anterior que la representación legal del tutor conoce la excepción de los actos que el menor pueda realizar por sí solo o para los que únicamente precise asistencia. En cuanto a aquellos, creemos que su fundamento radica bien en que el menor tiene un suficiente grado de madurez para su realización, o bien porque la ley así lo posibilita. En cambio, los otros, los que requieren únicamente de asistencia, por una mera cuestión conceptual es lógico que estén fuera del ámbito representativo del tutor: si la ley impone la mera asistencia, está de más la representación⁴²⁹. Nuestro Código Civil no recoge en un único precepto todos los actos necesitados de asistencia, sino que a lo largo de su articulado se contemplan diversos supuestos. Así, por ejemplo, los arts. 157 —«*El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez*»—, 443 —«*Toda persona puede adquirir la posesión de las cosas. Los menores necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor. [...]*»— y 1263 —«*Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales*».

La asistencia se traduce en todos estos casos mencionados, y en los demás previstos en la ley, en una simple labor de ayuda, apoyo o intervención, en contraposición con aquellos en los que se exige el consentimiento o autorización.

1.4.2.3. Autorización

El menor no emancipado puede realizar por sí mismo ciertos actos, pero, en algunos supuestos, al estar sujeto a la representación legal de los padres titulares de la patria potestad, se exige el consentimiento de estos; mientras en otros, ese consentimiento o autorización lo ha de prestar la autoridad judicial. Así, por citar algunos ejemplos, según el art. 1329 CC el menor no emancipado que reúna los requisitos exigidos para contraer matrimonio, podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor para pactar un régimen distinto al de separación o el de participación. O el art. 121, párr. 1.º, CC, cuando dispone que el reconocimiento de un hijo

429. Argumento empleado por SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Comentario al art. 2.º («Modificación del Código Civil»), art. 225 CC, en Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III), 2021, p. 378.

por menores no emancipados necesitará aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

1.4.3. *Concebidos y no nacidos*

Por los *concebidos y no nacidos* comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido (art. 7.3 LEC).

1.4.4. *Menores de edad emancipados*

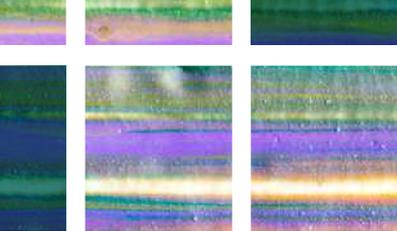
Los términos «*podrá por sí solo comparecer en juicio*» del derogado art. 323 CC planteaban la duda de si el menor emancipado tenía plena capacidad procesal; duda que, pese a la reforma operada por la LAPCD, persiste ya que el nuevo art. 247 CC mantiene, en esencia, el contenido del art. 323, sin retocar en nada aquella expresión. En relación al art. 323, pero igualmente aplicable al precepto que le viene a sustituir, algunos autores han defendido la plena capacidad procesal del menor emancipado. Entre los civilistas, para **VALET DE GOYTISOLO**⁴³⁰ «después de la reforma de 13 de mayo de 1981, conforme el artículo 323, queda claramente resuelto que los menores emancipados o que hubieren obtenido judicialmente el beneficio de la mayoría de edad, podrán demandar la división de la herencia sin necesidad de consentimiento de los padres o del curador y practicar la partición sin asistencia alguna». En esta misma línea, **MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ**⁴³¹ cuando afirma que los menores emancipados podrán comparecer en juicio «por sí solos, esto es, sin necesidad de que lo hagan a través de sus representantes legales, pudiendo, en consecuencia, nombrar procurador»; así como **O'CALLAGHAN MUÑOZ**⁴³², pues si el menor precisa del complemento de capacidad para ciertos actos: recibir dinero a préstamo, como prestatario y disponer de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales y de bienes muebles de extraordinario valores, «no precisa de complemento de capacidad para comparecer en juicio»; y **ROCA-SASTRE MUNCUNILL**⁴³³, aunque refiriéndose a la partición efectuada por los propios herederos, entiende que la capacidad necesaria es la propia para administrar o contratar y, por ello, pueden concurrir en la partición hereditaria los menores emancipados o que hubiesen obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad, por considerarse que la partición no es acto de enajenación y, por consiguiente, no se halla comprendida en las excepciones que prevé el art. 323 CC.

430. Comentario a los arts. 1052 a 1055, en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* 15:2, Madrid: Edersa, 1989, p. 121.

431. Comentario al art. 323, en J. L. Albácar López (dir. y coord.), *Código civil. Doctrina y jurisprudencia* 1:2, Madrid: Trivium, 1995: 4.ª ed., p. 2054.

432. *Código civil comentado y con jurisprudencia*, Madrid: La Ley, 2006: 5.ª ed., p. 371.

433. *Derecho de Sucesiones* 4, cit., p. 177.



Este libro aborda la división judicial de la cosa común desde las perspectivas del Derecho civil y del Derecho procesal, y, de ahí, que esté dividido en dos partes, bien que íntimamente relacionadas.

En la primera, se estudian los preceptos que el Código Civil dedica a la división de la cosa común. Resultarán del todo vanos los esfuerzos por acercarnos a los aspectos de Derecho procesal si no se poseen los conocimientos necesarios de los propios del Derecho civil; y esos conocimientos no bastan con una asimilación superficial o limitada a la proclamación general de que ningún copropietario puede ser obligado a permanecer en la comunidad. Solo con un análisis pormenorizado, pongamos por caso, del pacto de indivisión, llegará a comprenderse la excepción que el demandado puede oponer al demandante a fin de contrarrestar la pretensión divisoria.

En la segunda parte, se da cuenta de las particularidades que presenta el juicio divisorio que, ignoradas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, plantean numerosos problemas interpretativos que han obligado a la jurisprudencia y a la doctrina a ofrecer soluciones puntuales que, a menudo, han demostrado resultar insatisfactorias. Es objetivo de esta monografía ofrecer un exhaustivo examen de los trámites del proceso de división, desde la demanda y su preparación hasta la ejecución de la sentencia, ofreciendo propuestas con las que colmar las lagunas legales e interpretando la normativa procesal para adaptarla a la división judicial de la cosa común.

Se trata, en síntesis, de un tratado absolutamente necesario puesto que ofrece una visión teórico-práctica de la materia, lo que la convierte en una obra que pretende ser referente para los distintos operadores jurídicos.

