

Incluye

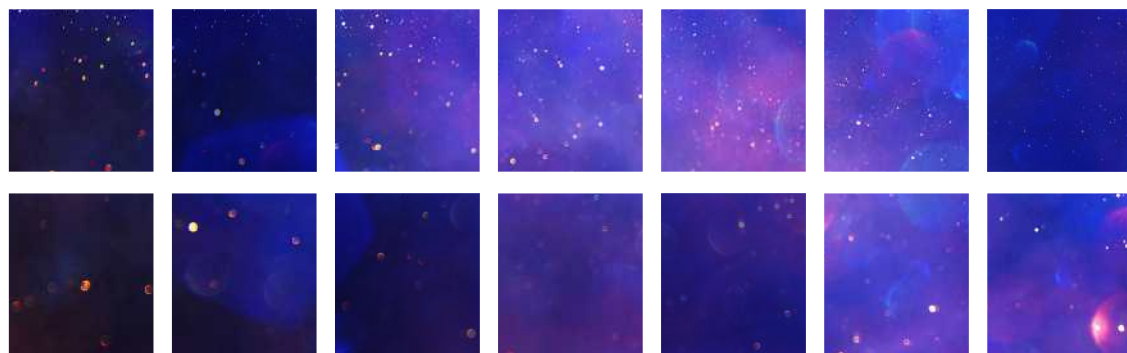


División judicial de la cosa común y extinción del *pro indiviso*

Aspectos de Derecho sustantivo y procesal (ampliada y adaptada al RDL 6/2023 y a la LO 1/2025)

2.ª Edición

Alejandro Tofiño Padrino



© **Alejandro Tofiño Padrino**, 2025
© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Segunda edición: septiembre 2025

Depósito Legal: M-19156-2025

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-845-7

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-9090-844-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** 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, ARANZADI LA LEY, S.A.U., 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.

ARANZADI LA LEY 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, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY 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.

ARANZADI LA LEY 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 **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, 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.

Prólogo	23
Introducción	27
Abreviaturas y siglas	39

PRIMERA PARTE

ASPECTOS DE DERECHO SUSTANTIVO

CAPÍTULO I. Justificación de la <i>actio communi dividundo</i>. El recelo a la comunidad indivisa	45
CAPÍTULO II. Naturaleza jurídica de la división	55
1. Primera aproximación	56
2. Breve reseña histórica	58
2.1. Derecho romano	58
2.1.1. <i>Textos jurídicos</i>	60
2.1.2. <i>Puntualizaciones y críticas</i>	62
2.2. Derecho común	67
2.3. La jurisprudencia francesa anterior a la codificación	69
2.4. El art. 883 del Code Napoléon de 1804	73
2.4.1. <i>Antes: la obra de Pothier</i>	73
2.4.2. <i>Después: revisita y ajuste doctrinal</i>	75
2.5. Apuntes de Derecho comparado	77
3. Código Civil español	80
3.1. Antecedentes legislativos y doctrinales	81
3.2. Tesis traslativa: el art. 1068 sobredimensionado	83
3.2.1. <i>Posicionamiento doctrinal</i>	84
3.2.2. <i>Recepción del efecto traslativo en la jurisprudencia</i>	89
3.3. Tesis declarativa: el art. 1068 infravalorado	95
3.3.1. <i>Defensa por Roca Sastre</i>	95
3.3.2. <i>Otras opiniones favorables</i>	101
3.3.3. <i>El efecto declarativo en la jurisprudencia</i>	102
4. Crítica de las teorías históricamente prevalentes	104
5. Otras propuestas	105

5.1.	Teoría traslativa de la partición como condición suspensiva. . . .	107
5.2.	Teoría determinativa o especificativa de derechos.	109
5.3.	Teoría del acto modificativo	109
5.4.	Teoría declarativa-distributiva o novatoria	110
5.5.	Teoría de los efectos traslativos para fines concretos	110
5.6.	Teoría de la subrogación.	112
5.7.	Teoría voluntarista o de la subsidiariedad del carácter traslativo .	113
5.8.	Teoría del carácter complementador o especificador del título .	114
6.	Generalización de la tesis determinativa o especificativa.	115
6.1.	En la doctrina	115
6.2.	En la jurisprudencia	119
7.	Partición de la herencia versus división de la cosa común	127
CAPÍTULO III. Clase de acción. ¿La <i>actio communi dividundo</i> como acción real o personal? Las acciones mixtas		131
CAPÍTULO IV. Características de la <i>actio communi dividundo</i>		141
1.	Facultad	141
2.	Irrenunciable	144
3.	Imprescriptible	147
4.	Carácter absoluto	151
5.	Acto de disposición. No sujeción al art. 398 CC	153
CAPÍTULO V. Límites a la facultad de pedir la división.		157
1.	Precisiones	157
2.	La buena fe.	159
3.	El pacto de indivisión	166
3.1.	Forma	167
3.2.	Duración	168
3.3.	Efectos de la indivisión frente a terceros.	175
3.4.	Restablecimiento de la divisibilidad.	178
4.	División condicionada al acuerdo mayoritario	179
5.	La indivisión impuesta por el causante o por el donante	179
5.1.	Introducción: concepto y regulación	180
5.2.	La indivisión impuesta por el causante	185
5.2.1.	<i>Antecedentes históricos y legislativos</i>	186
5.2.1.1.	Derecho romano y comentaristas medievales. .	186
5.2.1.2.	Derecho tradicional.	193
5.2.1.3.	Codificación	195
5.2.2.	<i>Art. 1051 CC</i>	196
5.2.2.1.	Extensión subjetiva de la prohibición	197
5.2.2.2.	Requisitos.	198
5.2.2.3.	Ineficacia de la prohibición. Remisión a las causas de extinción de la sociedad.	198
5.2.2.3.1.	Cuando expira el término por que fue constituida	199

5.2.2.3.2.	Cuando se pierde la cosa, o se termina el negocio que le sirve de objeto.	206
5.2.2.3.3.	Por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios, y en el caso previsto en el artículo 1699.	206
5.2.2.3.4.	Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1705 y 1707.	208
5.2.3.4.	Posicionamiento de doctrina y jurisprudencia. Presupuestos	209
5.3.	La indivisión ordenada por el donante	219
6.	La indivisibilidad jurídica.	222
CAPÍTULO VI. Indivisibilidad económica		227
1.	Planteamiento.	227
2.	Relación entre los arts. 401 y 404 CC	232
3.	El art. 401 CC como supuesto de indivisión forzosa: argumentos aducidos a favor	242
3.1.	Antecedentes históricos y legislativos	242
3.1.1.	<i>Derecho romano y comentaristas medievales</i>	242
3.1.2.	<i>Derecho tradicional</i>	247
3.1.3.	<i>Codificación</i>	253
3.1.4.	<i>Propiedad horizontal</i>	259
3.2.	Realidad social.	266
3.2.1.	<i>El forzado encaje de las instituciones de Derecho romano en la sociedad actual.</i>	266
3.2.2.	<i>Juicios de valor emitidos por el legislador</i>	267
3.2.3.	<i>Comunidades con ánimo de lucro</i>	268
3.2.4.	<i>La comunidad funcional</i>	275
3.2.4.1.	Garajes en copropiedad	277
3.2.4.2.	La mal denominada multipropiedad: el aprovechamiento por turnos	280
3.2.4.3.	El condominio naval	287
3.3.	La comunidad indivisible como comunidad germánica	289
4.	Supuestos en que resulta aplicable el procedimiento previsto en los arts. 404 y 1062 CC.	290
4.1.	Cuando de hacer la división la cosa resulte inservible para el uso a que se destina	291
4.2.	Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible.	298
4.3.	Cuando desmerezca mucho por su división	305
5.	Requisitos para la división civil o económica	308

6.	Apreciación y determinación de la indivisibilidad, condición de inservible o desmerecimiento de la cosa	312
7.	La división mediante la adjudicación de pisos o locales	316
8.	La indivisibilidad de la cuota	320
	CAPÍTULO VII. Normativa aplicable a la división de cosa común . .	321
	CAPÍTULO VIII. Efectos de la división.	323
1.	Entre los copropietarios.	323
2.	Frente a terceros.	326
2.1.	Acreedores y cesionarios de los partícipes. Facultades	328
2.1.1.	<i>Oponerse a la división</i>	329
2.1.2.	<i>Concurrir a la división</i>	330
2.1.3.	<i>Impugnar la división consumada</i>	330
2.2.	Terceros titulares de derechos reales sobre la cosa común	331
2.3.	Terceros titulares de derechos personales contra la comunidad	341
3.	Efectos de la división de la vivienda familiar común cuando uno de los cónyuges copropietarios tiene atribuido el derecho de uso.	342
3.1.	Consideraciones generales.	342
3.2.	Naturaleza del derecho de uso previsto en el art. 96 CC.	343
3.2.1.	<i>En la doctrina</i>	344
3.2.2.	<i>En la jurisprudencia</i>	349
3.3.	Posibilidad de ejercicio de la acción de división y sus efectos. Supuestos.	352
3.3.1.	<i>Vivienda común o privativa de uno de los cónyuges</i>	354
3.3.2.	<i>Vivienda familiar poseída por los cónyuges por virtud de un derecho personal</i>	356
3.3.2.1.	<i>Vivienda arrendada</i>	356
3.3.2.2.	<i>Arrendamiento por razón del cargo</i>	358
3.3.2.3.	<i>Precario</i>	358
4.	Aspectos registrales de la extinción del condominio	359
4.1.	Introducción	359
4.1.1.	<i>El Registro de la Propiedad</i>	360
4.1.2.	<i>Objeto de inscripción</i>	363
4.1.2.1.	<i>Delimitación conceptual</i>	363
4.1.2.2.	<i>La extinción de comunidad como título inmatriculador</i>	368
4.2.	Los actos de extinción de la comunidad en el Registro de la Propiedad	376
4.2.1.	<i>Extinción total</i>	376
4.2.2.	<i>Extinción parcial</i>	377
5.	Aspectos tributarios de la división	383
5.1.	Extinción total.	384
5.1.1.	<i>Doctrina de la Dirección General de los Tributos</i>	384
5.1.2.	<i>Doctrina del Tribunal Económico-Administrativo Central</i>	394
5.1.3.	<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i>	400
5.2.	Extinción parcial	405

5.2.1.	<i>Extinción parcial subjetiva</i>	406
5.3.	Extinción parcial objetiva	414
5.4.	Renuncia de un comunero a su cuota: ¿supuesto de extinción parcial de la comunidad?	417
5.4.1.	<i>Caracteres y efectos</i>	417
5.4.2.	<i>¿Es la renuncia un caso de extinción parcial?</i>	420

SEGUNDA PARTE

ASPECTOS DE DERECHO PROCESAL

CAPÍTULO IX. La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia	427
1. Motivación de la norma	427
2. Medidas en materia de eficiencia organizativa del Servicio Público de Justicia para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios	429
2.1. Implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia	429
2.2. Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial	430
3. Medidas en materia de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia	433
3.1. Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional	433
3.2. Abuso del servicio público de Justicia	435
4. Entrada en vigor	436
CAPÍTULO X. Competencia	439
1. Competencia internacional	439
2. Competencia objetiva	442
2.1. Regla general: competencia de los Tribunales de Instancia	442
2.2. Especialización de algunas secciones de los Tribunales de Instancia	442
2.2.1. <i>Secciones de Familia, Infancia y Capacidad</i>	444
2.2.2. <i>Secciones de lo Mercantil</i>	451
2.2.3. <i>Especialización en asuntos hipotecarios</i>	453
2.2.4. <i>Secciones de Violencia sobre la Mujer</i>	453
2.3. Jueces de paz	458
3. Competencia funcional	458
4. Competencia territorial	459
5. Reparto y determinación del tribunal	464
CAPÍTULO XI. Partes procesales	467
1. Capacidad	467
1.1. Introducción: La 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	467
1.2. Breve referencia a las medidas de apoyo	471
1.2.1. <i>Apoyo provisional</i>	472

1.2.2.	<i>Medidas de apoyo voluntarias</i>	473
1.2.2.1.	Disposiciones reguladoras de la propia discapacidad	473
1.2.2.2.	Poderes y mandatos preventivos	473
1.2.2.3.	Autocuratela	475
1.2.3.	<i>Medidas de apoyo legales</i>	475
1.2.3.1.	Curatela	475
1.2.3.2.	Guarda de hecho	476
1.2.3.3.	Defensor judicial	477
1.3.	Capacidad para ser parte	478
1.4.	Capacidad procesal	478
1.4.1.	<i>Formulación general</i>	478
1.4.2.	<i>Menores de edad no emancipados</i>	479
1.4.2.1.	Representación	479
1.4.2.2.	Asistencia	479
1.4.2.3.	Autorización	480
1.4.3.	<i>Concebidos y no nacidos</i>	481
1.4.4.	<i>Menores de edad emancipados</i>	481
1.4.5.	<i>Personas con medidas de apoyo</i>	482
1.4.6.	<i>Concursado</i>	484
1.4.7.	<i>Ausente</i>	486
1.4.8.	<i>Habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial</i>	488
2.	Postulación.	492
3.	Legitimación	492
3.1.	Legitimación activa	492
3.1.1.	<i>Comuneros</i>	492
3.1.2.	<i>Acreedores</i>	502
3.1.3.	<i>Cesionarios</i>	504
3.1.4.	<i>Titulares de derechos reales</i>	504
3.1.5.	<i>Titulares de cuota ganancial</i>	509
3.1.6.	<i>Titular de la vivienda familiar cuando su uso exclusivo esté atribuido al otro cónyuge</i>	513
3.1.7.	<i>«Subcomuneros»</i>	518
3.1.8.	<i>Condómino declarado en concurso</i>	518
3.2.	Legitimación pasiva	519
3.2.1.	<i>Comuneros. Litisconsorcio pasivo necesario</i>	519
3.2.2.	<i>La herencia yacente como integrante del condominio</i>	533
3.2.3.	<i>Acreedores</i>	537
3.2.4.	<i>Titulares de derechos reales</i>	538
3.2.5.	<i>Arrendatarios</i>	540
3.2.6.	<i>Comunero casado bajo el régimen económico matrimonial de gananciales</i>	541
3.2.7.	<i>Condómino declarado en concurso</i>	543

3.2.8. Entes administrativos	544
4. Intervención de acreedores y cesionarios de los partícipes	544
4.1. Fundamento	545
4.2. Preclusión	550
4.3. Solicitud	550
4.4. Decisión	551
4.5. Efectos.	559
CAPÍTULO XII. Objeto del proceso	567
1. Concepto	567
2. Elementos	571
2.1. Petición	572
2.2. Fundamentación	572
3. Objeto del proceso en la <i>actio communi dividundo</i>	575
4. Ampliación del objeto procesal	575
4.1. Acumulación de acciones	576
4.1.1. Definición	576
4.1.2. Requisitos	576
4.1.3. Acumulación en acciones en el juicio de división de cosa común	577
4.2. Acumulación de autos	588
4.2.1. Definición y finalidades	588
4.2.2. Presupuestos, requisitos y procedimiento	592
4.2.3. Acumulación de autos en el juicio de división de cosa común.	594
CAPÍTULO XIII. Tipo de procedimiento	595
1. El juicio verbal	595
2. Cuantía	597
CAPÍTULO XIV. Preparación del proceso	601
1. Las diligencias preliminares	601
2. Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional.	
Requisito de procedibilidad.	607
2.1. Introducción	607
2.2. Antecedentes	608
2.3. Concepto y fundamento de los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional	610
2.4. Ámbito de aplicación de los MASC.	613
2.6. Disposiciones de carácter general.	614
2.6.1 Principios.	615
2.6.1.1. Principio de buena fe.	615
2.6.1.2. Principio de libertad	616
2.6.1.3. Principio de confidencialidad y protección de datos.	616
2.6.2. Asistencia letrada	619
2.7. Iniciativa de acudir al proceso de negociación	619
2.8. Efectos de la apertura de un MASC.	620
2.8.1. Proceso de negociación entre las partes o entre sus abogados.	621

2.8.2.	<i>Proceso de negociación en el que interviene un tercero</i>	621
2.9.	Modalidades de MASC.	623
2.9.1.	<i>Medios ya existentes con regulación especial</i>	623
2.9.2.	<i>Nuevos medios de solución de controversias</i>	623
2.9.2.1	Conciliación privada	624
2.9.2.2.	Oferta vinculante confidencial	624
2.9.2.3.	Opinión de persona experta independiente	626
2.9.2.4.	Proceso de Derecho colaborativo	627
2.9.2.5.	El procedimiento sobre reclamación previa en materia de cláusulas abusivas.	628
2.9.2.6.	Los Servicios de medios adecuados de solución de controversias.	628
2.9.3.	<i>La negociación directa entre las partes o a través de sus abogados</i>	630
2.10.	Finalización del MASC y su acreditación.	631
2.10.1.	<i>Sin acuerdo.</i>	631
2.10.2.	<i>Con acuerdo</i>	633
2.10.2.1	Formalización del acuerdo	633
2.10.2.2.	Validez y eficacia del acuerdo.	634
2.10.2.3.	Homologación judicial del acuerdo	634
CAPÍTULO XV. Fase declarativa.		637
1.	Demanda	637
1.1.	Requisitos	637
1.1.1.	<i>De carácter subjetivo</i>	638
1.1.2.	<i>De carácter objetivo</i>	641
1.2.	Documentos que han de aportarse con la demanda.	643
1.2.1.	<i>Documentos procesales</i>	643
1.2.2.	<i>Documentos relativos al fondo del asunto</i>	646
1.2.2.1.	Disposiciones generales	646
1.2.2.2.	Documentos relativos al fondo del asunto en la acción de división de cosa común.	652
2.	Posturas procesales del demandado.	658
2.1.	Rebeldía y falta de contestación	658
2.2.	Comparecer y no contestar a la demanda.	659
2.3.	Contestación a la demanda	659
2.3.1.	<i>Allanamiento</i>	659
2.3.2.	<i>Resistencia a la pretensión del demandante</i>	666
2.3.2.1.	Planteamiento y normas generales	666
2.3.2.2.	Alegaciones posibles en el juicio divisorio	667
2.3.3.	<i>Reconvención</i>	675
CAPÍTULO XVI. Preparación de la vista		687
1.	Cuadro general.	687
2.	Examen y resolución de las excepciones procesales	688
2.1.	Falta de capacidad de los litigantes o de representación	691

2.2.	Indebida acumulación de acciones	700
2.3.	Falta del debido litisconsorcio	702
2.4.	Cosa juzgada o litispendencia	709
2.5.	Inadecuación del procedimiento	716
2.6.	Demanda, reconvención o contestación defectuosas	721
2.7.	Cuestiones procesales análogas	728
3.	Proposición e impugnación de prueba	733
3.1.	Denuncia de inexactitud de una copia y efectos	733
3.2.	Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria. Ilicitud de la prueba. Remisión	733
3.4.	Posición de las partes ante los documentos y dictámenes presentados	733
4.	Decisión del tribunal. Supuestos de sentencia inmediata. Insuficiencia de proposición de prueba.	736
CAPÍTULO XVII. Desarrollo de la vista		743
1.	Recordatorio	743
2.	Asistencia de las partes.	743
3.	Desarrollo de la vista	744
3.1.	Intento de conciliación.	744
3.2.	Fijación de los hechos controvertidos	745
3.2.1.	<i>Alegaciones complementarias y aclaratorias. Pretensiones complementarias. Hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la demanda y la contestación. Presentación de documentos sobre dichos extremos</i>	746
3.2.1.1.	Alegaciones complementarias	746
3.2.1.2.	Alegaciones aclaratorias y rectificación de extremos secundarios	755
3.2.1.3.	Peticiones accesorias y complementarias	760
3.2.1.4.	Alegación de hechos nuevos o de nuevo conocimiento	765
3.2.1.5.	Presentación de documentos y aportación de dictámenes	769
3.3.	Práctica de la prueba.	770
3.4.	Trámite de conclusiones	771
CAPÍTULO XVIII. Fase probatoria (1). La prueba. Carga y valoración. Medios de prueba.		773
1.	La prueba.	773
1.1.	Concepto	773
1.2.	Caracteres	775
1.2.1.	<i>La prueba como actividad procesal.</i>	775
1.2.2.	<i>La prueba y los principios de aportación e investigación</i>	776
1.3.	Objeto.	777
1.3.1.	<i>Afirmaciones fácticas</i>	777
1.3.1.1.	Afirmación	779
1.3.1.2.	Pertinencia, relevancia y utilidad	780

1.3.1.2.1.	Hechos notorios	782
1.3.1.2.2.	Presunciones	783
1.3.1.3.	Disconformidad.	787
1.3.1.4.	Licitud	789
1.4.	Derecho	797
1.4.1.	<i>La costumbre.</i>	798
1.4.2.	<i>El Derecho extranjero</i>	800
1.4.2.1.	Regulación anterior a la actual LEC	800
1.4.2.2.	Regulación de la actual LEC	806
1.4.2.3.	Cuestiones controvertidas	808
1.4.2.4.	La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil	822
1.4.2.5	La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba del derecho extranjero	826
1.4.3.	<i>Normas estatutarias</i>	829
1.5.	Máximas de la experiencia	829
2.	Carga y valoración de la prueba.	832
2.1.	Carga de la prueba	832
2.1.1.	<i>Concepto</i>	832
2.1.2.	<i>Caracteres</i>	834
2.1.3.	<i>La carga de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil.</i> . . .	839
2.1.4.	<i>Examen de la carga de la prueba en los juicios de división de cosa común</i>	841
2.2.	Valoración de la prueba	853
2.2.1.	<i>Significado</i>	853
2.2.2.	<i>Sistemas de valoración</i>	854
2.2.3.	<i>Apreciación conjunta de la prueba</i>	855
3.	Medios de prueba	856
3.1.	Fuentes y medios de prueba	856
3.2.	Enumeración de los medios de prueba.	857
CAPÍTULO XIX. Fase probatoria (2). Examen específico de las pruebas documental y pericial		859
1.	Prueba documental	859
1.1.	Naturaleza jurídica y caracteres	860
1.2.	El documento	861
1.2.1.	<i>Concepto</i>	861
1.2.2.	<i>Elementos</i>	866
1.2.3.	<i>Clasificación</i>	868
1.2.3.1.	Documentos públicos	869
1.2.3.2.	Documentos privados	870
1.2.4.	<i>Copias reprográficas</i>	871
1.3.	Valor probatorio de la prueba documental	871
1.3.1.	<i>De los documentos públicos</i>	872
1.3.2.	<i>De los documentos privados.</i>	874

1.4.	Prueba documental en el proceso de división de cosa común . .	877
1.4.1.	<i>Demandante</i>	877
1.4.2.	<i>Demandado</i>	882
2.	Prueba pericial	888
2.1.	Precisiones conceptuales	889
2.2.	Naturaleza jurídica	889
2.2.1.	<i>Función de auxilio del juez</i>	890
2.2.2.	<i>Medio de prueba</i>	891
2.2.3.	<i>Postura intermedia</i>	892
2.3.	Objeto	892
2.4.	Sistema de dictámenes en la Ley de Enjuiciamiento Civil	895
2.5.	El perito	897
2.5.1.	<i>Distinción de figuras afines</i>	897
2.5.2.	<i>Capacidad</i>	903
2.5.3.	<i>Derechos y deberes</i>	904
2.5.3.1.	Derechos	905
2.5.3.2.	Deberes	907
2.6.	Valor probatorio de la prueba pericial	909
2.7.	Prueba pericial en el proceso de división de cosa común	913
	CAPÍTULO XX. Diligencias finales y sentencia	927
1.	Diligencias finales	927
1.1.	Concepto	927
1.2.	Fundamento	928
1.3.	Naturaleza jurídica	928
1.3.1.	<i>Actos de prueba</i>	928
1.3.2.	<i>Facultad de dirección material del proceso</i>	929
1.4.	Ámbito de aplicación	930
1.5.	Presupuestos	930
1.5.1.	<i>Diligencias finales acordadas a instancia de parte</i>	931
1.5.2.	<i>Diligencias finales acordadas de oficio</i>	934
2.	Sentencia	937
2.1.	Aspectos generales	937
2.2.	Motivación	938
2.2.1.	<i>Doctrina del Tribunal Constitucional</i>	938
2.2.2.	<i>El art. 218.2 de la LEC</i>	940
2.2.3.	<i>Aplicación práctica a la división judicial de cosa común</i>	940
2.3.	Congruencia	942
2.3.1.	<i>Fundamento</i>	942
2.3.2.	<i>Clases de incongruencia</i>	945
2.3.3.	<i>Aplicación práctica a la división judicial de cosa común</i>	946
	CAPÍTULO XXI. Ejecución forzosa	957
1.	Introducción	957
2.	Apuntes de la LEC 1881	957
2.1.	<i>División in natura</i>	958

2.1.1.	<i>Según las normas del juicio de testamentaria (art. 406 CC).</i>	958
2.1.2.	<i>Por árbitros o amigables componedores (art. 402 CC)</i>	961
2.1.3.	<i>Por las normas de la ejecución de las condenas de hacer (art. 924 LEC 1881).</i>	962
2.2.	Ejecución cuando la cosa es indivisible	964
3.	Formas de cumplimiento de la sentencia estimatoria	966
4.	Clase de sentencia.	967
5.	Cuestiones problemáticas	974
5.1.	Cosa común materialmente divisible	974
5.2.	Cosa común materialmente indivisible.	977
5.2.1.	<i>Valoración</i>	977
5.2.2.	<i>Intervención de los comuneros y de terceros.</i>	978
5.2.3.	<i>Condiciones de la subasta</i>	981
5.2.3.1.	Tipo de subasta	981
5.2.3.2.	Desarrollo de la subasta	983
5.2.3.3.	Destino de la suma obtenida.	990
6.	Alternativas a la aplicación literal de las normas sobre subasta.	992
6.1.	Pliego de condiciones pactado o debatido por las partes	992
6.2.	Aplicación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria	994
6.2.1.	<i>Expediente de subasta voluntaria</i>	994
6.2.2.	<i>Aplicación analógica de las normas de la subasta voluntaria</i>	997
7.	Dos proposiciones de reforma	998
7.1.	Indicación obligatoria en la demanda de las condiciones de la subasta	998
7.2.	Diseño de un procedimiento especial.	999
CAPÍTULO XXII. Costas procesales		1005
1.	Concepto.	1005
2.	Incidencia de los medios adecuados de solución de controversias en las costas procesales	1007
2.1.	La condena en costas	1007
2.1.1.	<i>Participación de las partes en un medio adecuado de solución de controversias</i>	1007
2.1.2.	<i>El abuso del servicio público de Justicia.</i>	1008
2.2.	La tasación de costas	1010
3.	Las costas procesales en la división judicial de cosa común.	1011
3.1.	Fase declarativa	1011
3.2.	Fase de ejecución	1025
Bibliografía		1035

Indivisibilidad económica

Coinciden todos los supuestos de limitaciones a la facultad de pedir la división de la cosa común examinados en el capítulo anterior en que interviene la voluntad de alguno, algunos o todos los intervinientes involucrados. Con mayor o menor intensidad, siempre hallamos presente una voluntad obstativa a la división: en cualquiera de los copartícipes, cuando se alega la buena fe; en todos o algunos de ellos, los que hayan acordado la indivisión, en el supuesto de pacto; en el causante o donante, cuando imponga la prohibición de dividir; la del legislador, si la división es prohibida por la ley.

Pero existe otro caso en que la indivisibilidad viene condicionada por la naturaleza de la cosa común, que impide o desaconseja absolutamente su partición material debido a que las fracciones resultantes dejan de prestar el servicio o fin propio del todo. Es la denominada *indivisibilidad económica*.

Para este supuesto se prevén mecanismos sustitutivos de la división material que consisten, básicamente, en la adjudicación del todo a uno de los copartícipes, debiendo este compensar económicamente a los otros, y la venta de la cosa común en subasta pública. Estas alternativas a la división material, para cuando no resulte posible en atención a la naturaleza, fin o valor de la cosa común, aplicables igualmente para los casos que nosotros hemos denominado *indivisibilidad jurídica*, son objeto de estudio en el presente capítulo.

1. PLANTEAMIENTO

Como afirma **D'ORS**¹, la divisibilidad puede entenderse en un sentido jurídico, que se refiere al derecho que se puede considerar dividido en cuotas ideales, de modo que se puede adquirir, extinguir y reclamar *pro parte*, y sus cotitulares pueden solicitar la división del derecho común indiviso; pero también en un sentido material, referido, no al derecho, sino a las cosas en sí, de forma que hay unas que se pueden repartir materialmente sin perjuicio de su integridad económica, y otras no. Mencionado autor pone como ejemplo la copropiedad sobre un esclavo que es divisible por cuanto se resuelve en cuotas ideales, pero es al propio tiempo indivisible, pues no se puede partir.

1. *Derecho privado romano*, Pamplona: Eunsa, 2008: 2.ª reimpr. de la 10.ª ed., p. 263.

Lo más natural para dividir una cosa común entre sus condueños, dice **BORRELL Y SOLER**², es dividirla materialmente y adjudicarles las porciones a prorrata de sus respectivas participaciones ideales. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que solo habrá división, en un sentido jurídico, cuando la división material implica a su vez la extinción de la comunidad. Y esto es así porque pueden darse supuestos de división o fraccionamiento de la cosa común que no suponen la disolución de la comunidad. **CRESPO ALLUÉ**³ menciona el supuesto de un fundo dividido materialmente en varias partes mediante setos, vallas, surcos, etc., sin que se constituyan diferentes propiedades. Por tanto, no basta con el fraccionamiento de la cosa común para conseguir su división material; se requiere, además, que la comunidad quede extinguida mediante la concreción de las cuotas ideales de cada comunero en derechos exclusivos de propiedad.

Si la cosa común es un único bien, la división material se obtiene con su fraccionamiento en diferentes partes, ya sea seccionando la misma ya separando sus elementos integrantes, para su reparto entre los comuneros en proporción a su respectiva cuota, pero siempre que dicho bien admita la división material —veremos seguidamente cuándo y con qué requisitos—. En caso de ser varios bienes, se formarán lotes que, por aplicación del art. 1061 CC, han de ser de un valor equivalente a las cuotas. No obstante, la jurisprudencia, consciente de que no siempre podrán obtenerse lotes de un valor exacto al de las respectivas cuotas, entiende que «la norma contenida en el citado art. 1061 CC tiene el carácter de "recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla" (STS 23 de junio de 1998) o su carácter más bien "facultativo y orientativo que de imperativa observancia" (SSTS 7 de enero de 1991 y 15 de marzo de 1995 además de las que estas mismas citan)» (STS 883/2000, de 6 de octubre [ECLI:ES:TS:2000:7118], FJ 3.º).

STS 100 bis/1970, de 27 de febrero (ECLI:ES:TS:1970:353), **CDO único**: «... la Ley no exige que la correspondencia entre los lotes sea matemática en la proporción de las respectivas participaciones de los comuneros, pues el propio artículo 402 del Código Civil prevé la posibilidad de los suplementos a metálico...».

STS 454/1990, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:1990:5664), **FJ 3.º**: «c) En cuanto a la infracción del art. 1.061 del Código Civil que se invoca, ha de ser rechazada por aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial, a tenor de la cual "la división como cuestión de hecho, cuando de fincas se trata, es de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, Sentencias, entre otras, de 25 de mayo de 1932 y 5 de octubre de 1961, pues el art. 1.061 tiene un carácter facultativo más bien que imperativo, ya que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso, naturaleza, calidad y valor de los bienes, posibilidades de su división, aunque haya de observarse un régimen de posible igualdad" (Sentencia de 8 de febrero de 1974 y en el mismo sentido la de 25 de junio de 1977), ya que "la circunstancia de que para el pago de lotes se adjudiquen bienes de distinta naturaleza no implica, si aquéllos son iguales, que se contravenga la igualdad dispuesta, ya que el art. 1.061 del Código Civil manda guardar la igualdad en las adjudicaciones sólo si ello es posible a base de cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, y se ha declarado por esta Sala que la formación de lotes

2. *El dominio según el Código civil español*, cit., p. 225.

3. *La división de la comunidad de bienes*, cit., p. 172.

depende de las circunstancias de cada caso y de la naturaleza de lo que se reparte, sin que sea precisa la existencia de una igualdad matemática y absoluta" (Sentencia de 17 de junio de 1980); principio de igualdad que fue respetado por el contador-dirigente al confeccionar el proyecto de partición que se impugna y que igualmente ha sido respetado por la Sala sentenciadora al aceptar el valor asignado a los bienes integrantes de la herencia al momento de hacerse la partición, momento éste que es el que ha de tenerse en cuenta, como acertadamente señala la sentencia recurrida, a tenor del art. 1.074 del Código Civil...».

STS 1093/2006, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7778), **FJ 5.º**: «El art. 1061 CC establece la igualdad, en el supuesto de que sea posible, en la realización de los lotes. Como declara la STS de 25 de noviembre de 2004 —y propugna la parte recurrente— cuando no se respeta el criterio de igualdad concurre una causa de nulidad, puesto que se vulnera lo preceptuado en la ley.

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

En esos casos en que no puede conseguir una absoluta correspondencia, se deberá compensar económicamente a los comuneros adjudicatarios de lotes de inferior valor a su cuota, evitando, siempre que sea posible, los suplementos a metálico (art. 402 CC).

Cuestión distinta es la concreción de los lotes, en los casos en que procede su formación y posterior adjudicación. En la mencionada **STS 454/1990, de 14 de julio** (ECLI:ES:TS:1990:5664) ya se dice que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso y de la naturaleza de lo que se reparte, calidad y valor de los bienes, de las posibilidades de división de la cosa común. Puede decirse, por este motivo, que el Tribunal Supremo no sigue un criterio uniforme en este punto, por lo que en algunas sentencias cada uno de los bienes integrantes de la comunidad forman un lote individualizado y distinto, y en otras los diferentes bienes no pueden constituir lotes separados, por lo que solo es posible su adjudicación a uno de los copropietarios o su venta en subasta.

Claro exponente del primer supuesto es la **STS 912/1988, de 30 de noviembre** (ECLI:ES:TS:1988:8418), en cuyo **FJ 2.º** se dispone:

«... establecidos como hechos en la Sentencia recurrida, en cuanto expresamente acepta los considerandos de la pronunciada en fase procesal de primera instancia y los complementa, con la consiguiente vinculación en casación al no haber sido desvirtuados, ni tan siquiera intentado, por el cauce o vía del error en la apreciación de la prueba que autoriza el n.º 4.º,

del art. 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la existencia de una situación de comunidad en relación al conjunto de las fincas a que afecta el debate jurídico planteado, en la que son miembros o cotitulares, en la proporción que se determina, el demandante y los demandados que se precisan en el fallo o parte dispositiva de la Sentencia objeto de recurso, así como que las fincas integradoras de dicha comunidad son esencialmente divisibles, a excepción de las designadas en los núms. 23, 25, 26 y 27 de la demanda originadora del juicio de que este recurso dimanara, por estar incluidas en la concentración parcelaria son indivisibles en sí mismas, claro es que en manera alguna se ha producido en la mencionada resolución infracción de los referidos arts. 400, 402 y 403 del Código Civil, sino, por el contrario, adecuado acomodo de ellos, toda vez que configurada la comunidad de que se trata por la integración en ella de diversas fincas, nada impide que la cesación de aquélla, que autoriza el invocado art. 400, y consiguiente disolución de la situación comunitaria, mediante la formación de lotes, posibilitadores de su divisibilidad, en cuanto a lo que ésta alcanza, cual reconoce el Tribunal de instancia, dado que la facultad divisoria al no establecer el legislador modalidades excluidas para llevarlas a cabo, puede realizarse, de estimarse judicialmente procedente, y como más adecuado, con formación de lotes y subsiguiente sorteo de ellos entre los condóminos, para alcanzar la mayor objetividad en la división, modalidad que ya concretamente se considera en la específica cesación de la comunidad hereditaria a medio de lo normado en el art. 1.061 del Código Civil; y sin que a ello obste el contenido de los arts. 402 y 403 en que el recurrente se basa para fundamentar el motivo que se examina, pues que el primero de dichos preceptos lo único que previene es la facultad de acordar los interesados, cuando así lo convinieren todos ellos, el realizar por sí la división o encomendarla a árbitros o amigables componedores, nombrados a voluntad de los partícipes, lo que conduce a que se lleve a cabo mediante acuerdo judicial cuando aquella concorde voluntad de los comuneros no se produzca, cual ha sucedido en el presente caso, y el segundo de aquellos preceptos no tiene aplicación desde el momento que no se acredita la concurrencia de acreedores o cesionarios de los partícipes que pudieran oponerse a que la división se efectuara sin su concurso».

Ejemplo del segundo supuesto es la **STS 111/1991, de 16 de febrero** (ECLI:ES:TS:1991:869), **FJ 6.º**:

«Sexto: en la segunda parte del motivo segundo, al que aún nos seguimos refiriendo, se denuncia error de hecho probatorio, consistente en que la sentencia recurrida declara probado que las dos casas son indivisibles, cuando dichas casas, dice la recurrente, ya están divididas, pues se encuentran situadas en calles diferentes y a unos trescientos metros de distancia una de otra, citando la prueba pericial practicada en autos como documento evidenciador de ese supuesto error que dice denunciar. El planteamiento de esta segunda parte del motivo, cuya claudicación es evidente, aunque no fácil de argumentar, descansa sobre un sofisma, cual es el de que entiende la recurrente que el objeto del condominio, en el caso concreto que nos ocupa, es unitario, o sea, está integrado por un todo único, de donde, por lo visto, pretende deducir que dicho todo unitario no es indivisible, pues ya está dividido en dos casas distintas, situadas en calles diferentes y a unos trescientos metros de distancia una de otra. Por lo que concluye que una de dichas casas (la que ella dice, precisamente) debe ser para ella en pleno dominio y la otra para el otro condueño. Aparte de no tener mucho sentido el que, si la división ya está hecha (según afirma la recurrente), ejercite, a través de este proceso, la actio communi dividundo (como dice en el encabezamiento de la demanda), la insólita tesis que, bajo la cobertura de un supuesto e inexistente error de hecho probatorio, pretende aquí sostener, no puede ser aceptada, pues, como ya se ha dicho en el fundamento jurídico anterior, mientras permanece la situación de indivisión, cada condó-

mino es titular de una cuota ideal o abstracta sobre cada una de las dos casas, y al cesar la indivisión, tiene derecho a que esa cuota ideal o abstracta se traduzca en una porción material y concreta en cada una de las dos referidas casas, y bajo esa perspectiva, no ofrece duda que cada uno de los dos repetidos inmuebles, individualmente considerados (como lo están en la realidad física y en el mundo registral, en el que aparecen inscritos como pertenecientes, por mitad y proindiviso, a las dos partes litigantes) son indivisibles, porque así lo declaran probado las contestes sentencias de la instancia, cuyo hecho probado ha de ser aquí mantenido invariable, al no haber sido desvirtuado en esta vía casacional».

Sin embargo, es muy frecuente que la cosa común no admita la división material. En este punto, **BIONDI**⁴ somete dicha división a que las singulares partes resultantes tengan la misma función que el todo, de forma que entre las partes y el todo haya diferencia de cantidad más que de calidad. Son, en cambio, indivisibles —jurídicamente hablando, pues «si hoy se llega a descomponer el átomo, está claro que ninguna cosa se sustrae a la posibilidad de la descomposición»— aquellas cosas que no son susceptibles de fraccionamiento de tal clase. Pone como ejemplos del primer tipo de bienes —los materialmente divisibles— las cantidades de género, tela, terrenos, edificios en líneas generales, ya que las partes resultantes de la división son siempre género, tela, terrenos, edificio, etc. Como ejemplos de los segundos —los materialmente indivisibles— cita la máquina de escribir, un libro, un animal, en cuanto físicamente se pueden triturar en cuantas partes se quiera, pero las partes resultantes de la división no tienen la misma función que el todo; serán piezas o fragmentos de máquina, de libro o de animal, pero jamás máquina, libro o animal. Además, la noción jurídica de divisibilidad no es pareja a la idea de valor, pues se requiere que las partes resultantes de la división han de tener la misma esencia y función del todo, pero no es preciso que la suma de las diferentes partes represente el mismo valor que el del bien entero. En ocasiones, el fraccionamiento de un fundo o de un edificio puede suponer un aumento de valor respecto al todo y, a la inversa, si se fracciona un objeto precioso en diferentes partes, estas siguen gozando de las mismas cualidades que la unidad entera, pero muy seguramente con un valor inferior.

Sigue argumentando el citado autor que la indivisibilidad debe plantearse referida a la cosa en su entidad material en relación a la división material o ideal de ella, pero no a la división del valor pues, desde esta última perspectiva, todas las cosas son divisibles en cuanto reducibles a dinero, que puede fraccionarse en cuantas partes se quiera.

Centrados ya en nuestro Código civil, jurisprudencia y doctrina han señalado tres supuestos de indivisibilidad:

- *Indivisibilidad funcional*. Se prevé en el art. 401, párr. 1.º, al disponer que *los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina*.

4. *Los bienes*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961 (trad. de A. de la Esperanza Martínez-Radio. Tít. orig.: *I beni*, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese [*Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. 4, t. 1], 1956: 2.ª ed.), pp. 94-96.

- *Indivisibilidad material*. El art. 404 se refiere a que *la cosa fuere esencialmente indivisible*, en cuyo caso, si los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio.
- *Indivisibilidad económica*. El art. 1062 CC, aplicable por la remisión del art. 406 CC a las reglas de la división de la herencia, contempla el supuesto de que la cosa *desmerezca mucho por su división*. De ser así, la ley establece como solución la adjudicación de la cosa común a uno de los comuneros, a calidad de abonar a los otros el exceso. Pero bastará que uno solo de ellos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga. Por tanto, en los casos de indivisibilidad material y económica, tal indivisibilidad se sustituye por la denominada división económica, esto es, la adjudicación de la cosa a uno de los comuneros, indemnizando a los demás, o de no existir acuerdo entre ellos en tal sentido, la venta en pública subasta y reparto del precio obtenido.

2. RELACIÓN ENTRE LOS ARTS. 401 Y 404 CC

Se ha planteado en la doctrina si los supuestos contemplados en los arts. 401 —cuando de hacer la división la cosa resulte inservible para el uso a que se destina— y 404 —cuando la cosa fuere esencialmente indivisible— son equiparables en cuanto a sus efectos, esto es, si en ambos casos la indivisión ha de ceder mediante la adjudicación a uno de los condueños de la cosa común indemnizando a los demás o la venta a un tercero con reparto del precio según las respectivas cuotas; cuestión que se reconduce a la discusión, ya clásica en la doctrina, de si el art. 401 CC excluye la división material de la cosa común, pero no la división económica o, por el contrario, elimina totalmente el ejercicio de la acción de división. Una parte de la doctrina se inclina por dicha equiparación y argumenta que, aun cuando existen cosas que no son susceptibles de división real o material —no porque no la admitan pues, en teoría, todas las cosas son físicamente divisibles, sino porque la harían inservible para el uso a que se destina—, el derecho reconocido al comunero en el art. 400 CC de pedir la división en cualquier momento prevalece y se impone incluso en los supuestos del art. 401 CC, sustituyéndose la división material por la adjudicación a uno de los comuneros, indemnizando a los demás, o por la venta de la cosa en subasta y posterior reparto de lo obtenido.

En esta línea de pensamiento, podemos citar a **SÁNCHEZ ROMÁN**⁵ para el que los arts. 401 y 404 constituyen modificaciones del principio de división de la cosa común, que no excepciones, porque, «a pesar de que el 401 niega el derecho a exigir la división de la cosa común si de hacerlo resulta inservible para el uso á que se destina, este artículo, que impide la división material de la cosa en tales casos, no es contradictorio del principio del 400, que no mantiene como obligatorio para ningún copropietario el estado de la comunidad, ni de la solución establecida en el art. 404 para que este principio

5. *Estudios de Derecho Civil 3: Derechos reales*, Madrid: Establecimiento Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», 1891: 2.ª ed., p. 185.

se realice por el medio de la adjudicación a uno de los copropietarios, indemnizando a los demás, ó por el de su venta y repartición de su precio, [...]; pues, aunque parece que el supuesto del 401 es sólo el de que la cosa *resultare inservible*, después de dividida, *para el uso á que se destina*, y el del 404, es que la cosa *fuera esencialmente indivisible*, esta diversidad literal de *motivos*, que inspira las soluciones de los arts. 401 y 404, no aporta una razón diferencial que haga inaplicable el remedio del artículo 404 al caso del 401, ambos de *indivisión material*, pero bien susceptibles los dos de las soluciones de dicho 404, confirmatorias del principio capital en la materia, que es el del 400, ó sea la *base* de toda esta doctrina, que debe tenerse como la legal preponderante en ella, de que "*ningún copropietario esté obligado a permanecer en la comunidad*": lo cual no obsta para ser de lamentar esta incongruencia de redacción, que en este caso, como en otros, podrá dar lugar en la aplicación del Código á cuestiones con buena ó con mala fe planteadas».

Siguiendo esta línea, **BELTRÁN DE HEREDIA**⁶ afirma que el art. 401 CC «parece una verdadera excepción a la facultad de pedir la división, precisamente por la fórmula empleada por el legislador al decir "sin embargo de lo dispuesto en el art. anterior...". Pero, puesto en relación con el art. 404, resulta simplemente una modificación y no una excepción, porque no es contradictorio con el principio del art. 400, ni con la solución del art. 404; es un caso de extinción de la comunidad, por un procedimiento que es un sustitutivo de la división».

FERRANDIS VILELLA⁷ entiende que el art. 401, párr. 1.º, es «poco afortunado en cuanto a su redacción, porque parece querer establecer una excepción al derecho de todo comunero a pedir la división (como se desprende de la frase inicial: "sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior") cuando lo que en realidad establece es una excepción a la división real o material del objeto. Su verdadero sentido se precisa confrontando la regla contenida en el art. 404».

Para **CLEMENTE DE DIEGO**⁸, la división material tropieza con graves inconvenientes cuando, según el art. 404 CC, de hacerla resulte la cosa inservible para el uso que se la destina o cuando la cosa sea esencialmente indivisible. Pero el art. 401 niega a los condueños el derecho de pedir la división cuando de hacerla resulte la cosa inútil para sus usos, y el 404 dispone que cuando sea indivisible esencialmente la cosa pueden convenir en adjudicársela a uno, indemnizando a los demás, o venderla, repartiendo el precio. Cree este autor que las dos soluciones son aplicables también al caso del art. 401, «el cual, lo que niega, no es el derecho a pedir la división, substrayéndose a la indivisión, sino el de pedir la división material que inutilizaría la cosa».

6. *La comunidad de bienes en Derecho español*, cit., p. 343.

7. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas a la obra de L. Enneccerus / T. Kipp / M. Wolff, *Tratado de Derecho Civil 2: Derecho de obligaciones 2: Doctrina especial*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1966 (trad. de B. Pérez González / J. Alguer. Tít. orig.: *Recht der Schuldverhältnisse - Ein Lehrbuch*, Tübingen: J. C. B. Mohr [Paul Siebeck] editor, 1958), p. 770.

8. *Instituciones de Derecho Civil español 1: Introducción. Parte General. Propiedad. Derechos reales*, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1941, p. 489.

Por fin, **ALBALADEJO GARCÍA**⁹ no excluye de división económica de la cosa que se halle en el supuesto del art. 401, párr. 1.º, CC argumentando que, como quiera que una cosa no es solo indivisible cuando al fraccionarla se destruye como tal cosa, sino también cuando la división la hace desmerecer mucho (art. 1062 CC) o, de dividirla, resultaría inservible para el uso a que se destina (art. 401, párr. 1.º, CC), se está realmente en todos estos casos ante una hipótesis de indivisibilidad jurídica, si bien es posible la denominada división 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.

Siguen también esta postura, entre otros, **BORRELL Y SOLER**¹⁰, **PUIG BRU-TAU**¹¹ y **MEDRANO Y RUIZ DEL ÁRBOL**¹².

Y esta tesis es la asumida por el Tribunal Supremo:

STS 56/1927, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:1927:447), **CDO 3.º**: «... el único caso en que el artículo 401 permite o consiente la indivisión no es en realidad una excepción sino que constituye la forma más adecuada de que, según el 404, cese la comunidad por medio de la venta de la finca poseída en común...».

STS 139/1927, de 31 de diciembre (ECLI:ES:TS:1927:837), **CDO 1.º**: «... el artículo 400 del vigente Código civil proclama lo que es principio capital en materia de comunidad de bienes, que es el derecho que asiste a cada partícipe para cesar en el estado de indivisión en que tiene su propiedad, cuando no le acomode continuar en la comunidad, ya que ésta constituye un estado voluntario que a nadie puede contra su voluntad imponerse; sin que admita la ley más excepciones de aquel principio de libertad, inherente a la del dominio, que las a que se refieren el segundo párrafo del mismo artículo que permite el pacto de indivisión por tiempo que no exceda de diez años, y el artículo 401, si la división hiciera inservible la cosa para el uso a que estuviese destinada; pero en este último tiene el propietario comunero el derecho de pedir la venta para que pueda ser repartido el precio a prorrata de la participación de cada comunero, si todos no convienen en que se adjudique a uno de ellos, con objeto de dar realidad al principio cardinal antes expresado, de respetar la libertad del dominio...».

STS 169/1928, de 28 de diciembre (ECLI:ES:TS:1928:1423), **CDO 1.º**: «... según tiene declarado este Supremo Tribunal en sentencia de 28 de abril de 1923, conforme a lo establecido en el artículo 392, en relación con el 348 del Código civil, los condóminos son en realidad propietarios de toda la cosa común, al mismo tiempo que de una parte abstracta de ella, y les corresponden por imperio de la ley todos los derechos derivados de la propiedad con la amplitud que abarca el concepto jurídico del dominio; y así se observa en los preceptos que dedica a la regulación de la comunidad de bienes, que si bien proclama en el artículo 400 el derecho que asiste a todo comunero para hacer cesar respecto a él la comunidad, cuando no quiera continuar en ella, existen limitaciones que tienen por objeto amparar el derecho de los comuneros, que no se hallen dispuestos a privarse de la propiedad de su parte en la cosa común, en la que pueden tener interés de afección o utilidad dignos de respetarse;

9. *Derecho Civil 3: Derecho de bienes*, cit., p. 396.

10. *El dominio según el Código civil español*, cit., pp. 220 y ss.

11. *Fundamentos de Derecho Civil 3-2: Comunidad de bienes. Propiedad horizontal. Superficie. Propiedad intelectual e industrial. Usufructo. Servidumbres*, cit., p. 43.

12. «Problemas de la indivisión en la comunidad», en *RDN* 19, 1958, p. 67.

y con el fin de lograr la debida armonía entre el ejercicio de aquel derecho concedido a la libertad individual de todo comunero, con el de propiedad que quieran mantener sobre la cosa común los demás copartícipes, para los cuales de otro modo vendría a constituir el deseo del disidente una verdadera expropiación sin causa que la legitimara, está la limitación del artículo 401, que no permite a los propietarios exigir la división de la cosa común, cuando de hacerlo resulte inservible para el uso a que se destina y en todos los demás casos las disposiciones de los artículos 402 y 406 garantizan el derecho a conservar la propiedad de los comuneros que quieran seguir poseyendo su parte, y solamente se dispone la venta de la totalidad, cuando la cosa sea esencialmente indivisible (artículo 404) o desmerezca mucho en su división y no resulte convenio para la adjudicación entre los copartícipes interesados en la conservación de su propiedad (artículo 1.062, en relación con el 406); de cuyos preceptos se deduce con evidencia, que el legislador, para, llegar a la disolución de la comunidad por la venta de la cosa y reparto del precio, estima indispensable que concurren conjuntamente las dos circunstancias: indivisibilidad de la cosa o gran desmerecimiento de la misma por la división en partes y que no se hubiera logrado después de legalmente intentado el convenio para su distribución o adjudicación a favor de los que se hallaren dispuestos a abonar a los restantes el valor de su participación en la comunidad; y sería opuesto al expresado criterio de la ley, que en todos los demás casos no se mantuviera la procedencia de llegar a la división material y específica de la cosa por alguno de los procedimientos a que se refiere el artículo 402, o los que ofrecen en concepto de derecho supletorio las reglas relativas a la división de la herencia».

STS 280/1957, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:1957:184), **CDO 3.º**: «... en principio toda extensión de terreno, de carácter rústico, poseído en común, es susceptible de división entre los partícipes, con marcado amparo del Legislador que otorga facilidades para extinguir la comunidad, según se infiere del artículo 400 del Código Civil, por lo que, decretada en la instancia la división de la finca rústica en litigio, de acuerdo con el correspondiente informe pericial, y no demostrado por los demandados, que se opusieron a esta forma de extinción de la comunidad. La concurrencia de las circunstancias que por vía de excepción señalan los artículos 401, 404 y 1.062, en relación con el 406 del mencionado texto legal para poder enervar la acción "communi dividundo", carece de viabilidad el tercer motivo del recurso, sin que en contrario ofrezca relevancia la alegación de que en la sentencia recurrida, para dar paso a la acción ejercitada se apreciase un posible e íntimo desmerecimiento de la cosa común respecto de los demandantes y de la demandada D.^a Constanza, en el supuesto de que la división se llevase a efecto en forma distinta de la aconsejada por los Peritos agrónomos, pues, en todo caso, ni el desmerecimiento afectará al recurrente, don Daniel, ni revestirá la entidad prevista en el artículo 1.062 para impedir la división y consiguiente extinción de la comunidad por este medio, de aplicación preferente al de la venta que el recurrente propugna, sólo utilizable si la cosa fuera esencialmente indivisible, o resultase inservible para el uso a que se destina, o desmereciese "mucho" por efecto de la división, circunstancias que no concurren en el caso contemplado en este litigio».

STS 730/1957, de 28 de noviembre (ECLI:ES:TS:1957:1388), **CDO 4.º y 5.º**: «Considerando que dispuesto por el Código Civil que los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común cuando de hacerla resulta inservible para el uso a que se destina (artículo 401) y que cuando la cosa fuere esencialmente indivisible y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio (artículo 404), armonizando esos preceptos la doctrina científica entiende que se trata de una simple incongruencia de redacción y que lo mismo cuando la división material sea simplemente perjudicial que cuando sea imposible, existe el derecho de pedir

la disolución de la comunidad mediante la adjudicación o venta, de conformidad con el principio básico del artículo 400 de que ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad.

Considerando que la jurisprudencia tiene declarado que para llegar a la disolución de la comunidad por la venta de la cosa y reparto del precio es indispensable que concurren estas dos circunstancias; indivisibilidad de la cosa o gran desmerecimiento de la misma por la división en partes, y que no se hubiera logrado después de legalmente intentado el convenio para su distribución o adjudicación a favor de los que estuvieren dispuestos a abonar a los restantes el valor de su participación en la comunidad (sentencias de 28 de diciembre de 1928 y 30 de mayo de 1933), que la venta sólo es utilizable si la cosa fuere esencialmente indivisible o resultase inservible para el uso a que se destina o desmereciese mucho por efecto de la división (sentencia de 30 de marzo de 1957)».

STS 678/1960, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:1960:39), **CDO 4.º**: «... en el segundo motivo, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, se estima que la sentencia recurrida, al ordenar que para cesar en la comunidad se venda la finca en pública subasta con licitadores extraños, infringe por interpretación errónea los artículos 400 y 404 del Código Civil, en relación con los artículos 401, 402 y 1.062 a que se remite el 402, todos del mismo cuerpo legal; pues, según el motivo indicado, para llegar a la solución acordada por la Sala, no sólo hay que descartar la posibilidad de la adjudicación a uno indemnizando a los demás copartícipes, sino que se impone como [*sic*] requisito absolutamente esencial tanto para una como para otra de las dos soluciones, el de que la cosa sea esencialmente indivisible, conforme al artículo 404 de dicho Código, requisito que, agrega la parte recurrente, se señala con otro matiz en el artículo 401, estableciendo que no se podrá exigir la división de la cosa común cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina, y que, según el artículo 1.062, para adjudicar la cosa a uno de los condueños indemnizando a los demás, o a falta de acuerdo entre todos ellos, se precisa que la cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división; sin duda que, no obstante, sigue diciendo el motivo, en la sentencia recurrida se haga ninguna declaración de la indivisibilidad de la cosa, o que de la división resulte la inservibilidad o gran desmerecimiento de la misma; pero el motivo por que la primera objeción que se hace a la solución acordada por la Sala, es decir, la de que antes de proceder a la venta en pública subasta ha de descartarse la posibilidad de su adjudicación a uno de los condueños indemnizando a los demás, resulta improcedente, según el propio artículo 1.062 del Código Civil que se invoca, puesto que basta a tenor del mismo con que uno de los partícipes pida su venta en pública subasta y con admisión de lidiadores extraños para que así se haga, y no puede desconocerse que uno de los condueños, el actor, con una mayor participación que la suma de la de todos los restantes en la comunidad, ha pedido en el extremo segundo de su demanda que la finca se venda en pública subasta, y en segundo lugar, porque en cuanto a la falta de declaración por la Sala de la indivisibilidad de la finca, ya se advierte en el considerando precedente que al aceptar el cuarto considerando de la sentencia de primera instancia en que se estimó la divisibilidad de la finca, lo hizo exceptuando explícita y precisamente lo relativo a tal divisibilidad, pollo [*sic*] que es indudable que "*a sensu contrario*" reconoce la indivisibilidad del inmueble, indivisibilidad que, además, viene a declararse implícita pero indudablemente por la misma Sala al establecer que la única forma posible de realizar la división sería la demolición de lo edificado para parcelar el terreno existente, y que ello no lo autoriza la Ley, sin que medie el consentimiento de todos los interesados, con arreglo a lo que dispone el artículo 397 del Código Civil, consentimiento que en este caso no concurre, por oponerse el actor, quedando, por tanto, bien claro que a juicio del Tribunal la finca es esencialmente indivisible; y no será inútil destacar

que las declaraciones de puro hecho que como la indicada contiene la sentencia recurrida, han de ser base obligada del recurso, en el que no se impugnan por el cauce adecuado del artículo 1.692 de la Ley de Trámites».

STS 736/1964, de 16 de octubre (ECLI:ES:TS:1964:42), **CDO 1.º**: «... dicho derecho ("actio communi dividundo") es de carácter absoluto y no presenta más limitaciones que las subjetivas establecidas en el artículo 1.051 y segundo párrafo del 400 y las objetivas de los artículos 401, párrafo primero, 404 y 1.062...».

STS 322/1983, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:1983:1353), **CDO 2.º**: «... el artículo cuatrocientos cuatro no es sino una práctica consecuencia de dicha acción ["communi dividundo"] y complemento natural del artículo cuatrocientos uno...».

STS 422/1999, de 11 de mayo (ECLI:ES:TS:1999:3250), **FJ 2.º**: «El artículo 401 no excluye, pues ni lo refiere y menos lo prohíbe expresamente, la extinción de la comunidad por la venta pública de su objeto común y no se genera desequilibrio alguno o situación abusiva para los interesados, pues las partes ante la misma mantienen posturas de igualdad jurídica (Sentencia de 27 de diciembre de 1994), ya que todos ceden su posición de condueños plurales que pasa por entero al adjudicatario vencedor en la subasta, la que no está preordenado lo sea a favor de uno de ellos, ya que puede alcanzar estado de adjudicatario tanto un tercero como cualquiera de los integrantes de la comunidad que, de esta forma, se extingue, y lo que en realidad se divide entonces es el precio obtenido de la venta».

STS 744/2006, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2006:4257), **FJ 2.º**: «... débense señalar los extremos que se enlazan:

- ★ primero: la finca como tal, parcela de terreno con casa es indivisible; por más que el solar sí es susceptible de división, no lo es al estar unido a una vivienda; un terreno, mayor o menor, con una salida o con dos, es cosa indivisible si va unido a una casa-vivienda por sí misma indivisible; es, pues, indivisible física o materialmente y si se parte queda inservible como tal cosa, consistente en casa con terreno, conforme al artículo 401, párrafo primero, del Código civil;
- ★ segundo: ante la indivisibilidad de la cosa, conforme al artículo 404 se procede a la adjudicación a una de ellas compensando a la otra copropietaria o, en su defecto, se procede a la venta, no necesariamente en subasta y se reparte el precio en la proporción correspondiente;
- ★ tercero: es aplicable el artículo 1062 por su remisión del 406, por más que se haya discutido por una doctrina minoritaria, como complemento del 404 en el único sentido de que si no hay acuerdo en aquellas formas de división, que son preferentes, se acude a la subasta con admisión de licitadores extraños».

STS 504/2013, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2013:3874), **FJ 7.º**: «... el artículo 401 del Código Civil impide la división material de la cosa en determinados casos, pero no la económica mediante la cual el bien se mantiene íntegro —por lo que no cambia su sustancia ni su posible aprovechamiento— repartándose el precio obtenido entre los partícipes tras su venta en pública artículos 401 y 404 del Código Civil no se contraponen sino que se complementan».

Como vemos, para el Tribunal Supremo, el art. 401, párr. 1.º, CC abarca todas aquellas cosas que resultan inservibles si se dividen, lo que no impide el ejercicio de la acción de división, en la modalidad de división económica, esto es, venta de la cosa común y reparto del precio obtenido en proporción a las respectivas cuotas. Se excluye de esta forma la división material, pero se puede practicar la división económica cuando

la cosa es materialmente indivisible (art. 404), desmerezca mucho por la división (art. 1062), o resulte inservible como consecuencia de la misma (art. 401).

Ahora bien, como ha puesto de relieve **CRESPO ALLUÉ**¹³, un análisis más detallado de las sentencias anteriormente reseñadas, esclarece que se refieren a bienes —estanque de agua pluvial, molino y accesorios, dehesa con diferentes especies de cultivo, fincas urbana y rústica, industria de aserradero— cuya división no permitiría a los interesados el aprovechamiento de las partes independientes resultantes y atribuidas a cada uno de ellos, pero no impide el disfrute del bien íntegro por un tercero, por lo que es factible y conveniente su venta en subasta.

Con todo, la jurisprudencia mayoritaria aplica de forma indiferenciada los arts. 401, 404 y 1062 CC, abusando, a nuestro parecer, de una interpretación expansiva de los efectos del art. 404, en cuanto que lo aplica generalizadamente, más allá de los casos en que la cosa sea esencialmente indivisible, que es el supuesto que en realidad contempla este último precepto.

Empero, son cada vez más los autores que defienden la postura contraria, esto es, que el art. 401 constituye una verdadera excepción a la facultad de pedir la división y que, por ello, en el supuesto contemplado en dicha norma no puede aplicarse el mecanismo previsto en el art. 404. En otras palabras, el comunero, en los supuestos del art. 401 CC, no solo no puede pedir la división, sino que, además, tampoco puede solicitar la adjudicación o venta de la cosa. Hagamos un breve repaso a algunas de esas voces discordantes.

Para **OYUELOS PÉREZ**¹⁴ la partición de la cosa común que con la división dejaría de servir para el uso a que venía destinada «equivaldría a su destrucción o pérdida, a convertirla de útil en completamente inútil, y por ende, la división no puede autorizarse. En los casos de duda acerca de si servirá o no la cosa una vez practicada su división, habrá de estarse, como en todas las de igual índole consistentes en la apreciación de un hecho, a lo que determine el Juez en vista de la opinión pericial».

CASADO PALLARÉS¹⁵ afirma que el artículo 401 CC impone la indivisión forzosa de la comunidad y en su apoyo argumenta:

- a) La literalidad del precepto. El art. 401 CC dice categóricamente que los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina, sin más adiciones ni desarrollos. Debe tenerse en cuenta que, además de que el artículo no distingue entre división material y civil, sino que se expresa en términos absolutos, para el Código la expresión no podrán exigir la división de la cosa común equivale a no podrán exigir la disolución de la comunidad; lo demuestra claramente el art. 405, toda vez que el precepto es aplicable también al supuesto del 404; el art. 1965 al decir que no prescribe entre condueños la acción para pedir la división de la cosa

13. *La división de la comunidad de bienes*, cit., p. 132.

14. *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español 2*, cit., p. 174.

15. «La acción "communi dividundo" y la propiedad sobre pisos y habitaciones», en *RDP* 200, 1930, pp. 132-141.

común y no la disolución de la comunidad, siendo evidente que es aplicable también al supuesto del 404; lo demuestra también el hecho que el Código no emplea nunca la expresión disolución de la comunidad, sino las de división y partición de la cosa común. Solo al tratar de la sociedad habla el Código de disolución de la sociedad, distinguiendo en el art. 1704 la disolución de la sociedad de la partición de los bienes.

- b) No puede admitirse que el Código dicte dos disposiciones diversas —los arts. 401 y 404— para regular el mismo supuesto, y tanto más cuanto que, de querer llevar a cabo esta asimilación, surgen graves dificultades de interpretación que demuestran que no puede ser este el verdadero sentido del art. 401.
- c) Atendiendo al plan del Código, esto es, a la colocación del art. 401 con relación a los demás que regulan la comunidad de bienes, encontramos que dicho precepto está colocado al tratar de la procedencia del derecho a pedir la división; el art. 400 sienta la regla general de que Ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad, y el 401 establece la excepción al decir que Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina. En cambio, el art. 404 está colocado al tratar de la forma de llevar a cabo la división y regula la forma de realizarla mediante la división civil, cuando la natural no fuese posible.
- d) El origen histórico del precepto, con remisión al ya estudiado art. 683 del Código italiano de 1865, de donde se tomó el 401, que disponía que la disolución de la comunidad no puede ser pedida por los copropietarios de cosas que dividiéndose cesarían de servir al uso para el que están destinadas.

Son de la misma opinión, entre otros, **COVIÁN**¹⁶, **PELAYO HORE**¹⁷, **MARÍN LÁZARO**¹⁸, **GULLÓN BALLESTEROS**¹⁹, **GARRIDO DE PALMA**²⁰, **DE LA CÁMARA ÁLVAREZ**²¹, **MIQUEL GONZÁLEZ**²², **CRESPO ALLUÉ**²³, **GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA**²⁴ y **MORENO TRUJILLO**.²⁵

16. Voz «División de bienes», en *Enciclopedia Jurídica Española* 12, Barcelona: Francisco Seix editor, 1910, p. 380.

17. «La indivisión perpetua en el Código civil», en *RDP* 305, 1942, pp. 458-463.

18. «Sociedad y comunidad. Una sentencia notable del Tribunal Supremo», en *RDP* 308, 1942, p. 693.

19. «La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia», cit., pp. 381-383.

20. «Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil», en *RDP* 56:8, 1972, pp. 765-766.

21. *Estudios de Derecho Civil*, Madrid: Editorial Montecorvo, S.A., 1985, pp. 274 y 284.

22. Comentario a los arts. 397 a 406, en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* 5:2, cit., pp. 467 y ss.

23. *La división de la comunidad de bienes*, cit., p. 125.

24. «La ¿necesaria? división de la comunidad de bienes», cit., pp. 1846-1847.

25. *La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes por cuotas*, cit., pp. 36-49.

Preparación de la vista

1. CUADRO GENERAL

De acuerdo con el art. 438.8 LEC, contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción o el crédito compensable¹, o transcurridos los plazos correspondientes, el LAJ acordará dar traslado del escrito de contestación a la parte demandante y concederá a ambas partes el plazo común de cinco días con las siguientes finalidades:

- (i) *Común a ambas partes*. Proposición de prueba:
 - Indicarán las personas que, por no poder presentar ellas mismas, han de ser citadas a la vista para que declaren en calidad de parte, testigos o peritos, señalando todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación.
 - Podrán pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en el art. 381.
 - Si alguna de las partes hubiera anunciado la presentación de una prueba pericial *ex* art. 337.1, el plazo de cinco días empezará a contar desde que se tenga por aportado el referido dictamen o haya transcurrido el plazo para su presentación.
- (ii) *Específico para la parte actora*. Podrá realizar las alegaciones que tenga por conveniente con respecto a las excepciones procesales planteadas por el demandado en su escrito de contestación que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

Según el art. 438.9 LEC, tras el traslado del escrito de proposición de prueba², las partes dispondrán de tres días para presentar las impugnaciones a las que se refieren los

1. El propio art. 438, en su apartado 3, se remite a lo dispuesto para el procedimiento ordinario (art. 408), para el caso de que el demandado formule en la contestación a la demanda un crédito compensable.

2. Plazo que comienza a computarse desde el traslado de las copias entre procuradores de las partes del escrito de proposición de prueba, sin necesidad de un expreso acto de traslado por el Tribunal de Instancia, Sección Civil, como prevé en términos generales para cualquier trámite el art. 278 LEC, aunque

arts. 280 (inexactitud de una copia), 283 (impertinencia o inutilidad de una prueba), 287 (ilicitud de la prueba) y 427 (autenticidad de los documentos y tacha de falsedad).

El tribunal resolverá por auto las cuestiones planteadas, la impugnación de la cuantía (art. 255.3 LEC), la admisión de la prueba propuesta y la pertinencia de la celebración de vista, acordando, en caso de no considerarla necesaria, que queden los autos conclusos para dictar sentencia. Cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y estos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales y el tribunal no considere pertinente o útil la presencia de los peritos en el juicio, se procederá a dictar sentencia, sin previa celebración de la vista (art. 438.10 LEC).

En otro caso, se convocará la vista en el plazo de un mes (art. 440 LEC).

Esta normativa viene a constituir la llamada fase intermedia del juicio verbal y, en buena medida, cumple las mismas funciones de la audiencia previa del ordinario, esto es: (i) examen y resolución de las excepciones procesales; y (ii) de proposición e impugnación de prueba y resolución sobre las mismas.

Conforme al art. 440 LEC, cuando haya de celebrarse la vista, se citará a las partes a tal fin dentro de los cinco días siguientes. La vista habrá de tener lugar dentro del plazo máximo de un mes. En la citación se fijará el día y hora en el que haya de celebrarse la vista, y se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso las partes indicarán en la vista o antes de ella su decisión al respecto y las razones de la misma. También se hará constar en la citación que la vista no se suspenderá por inasistencia del demandado y se advertirá a los litigantes que, si no asistien y se había admitido su interrogatorio, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el art. 304. Asimismo, se prevendrá a la parte demandante y demandada de lo dispuesto en el art. 442, para el caso de que no comparecieren a la vista.

2. EXAMEN Y RESOLUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES

El propósito de este trámite es la resolución de defectos o cuestiones procesales que, de persistir, impedirían que el juez pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto, contrariando el principio de economía procesal pues, como dice la Exposición de Motivos de la LEC, *«es una exigencia racional y constitucional de la efectividad de la tutela judicial que se resuelvan, cuanto antes, las eventuales cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, de modo que se eviten al máximo las sentencias que no entren sobre el fondo del asunto litigioso y cualquier otro tipo de resolución que ponga fin al proceso sin resolver sobre su objeto, tras costosos esfuerzos baldíos de las partes y del tribunal»* (apdo. XII, párr. 2.º). Así pues, la resolución de las cuestiones procesales tiene una evidente función saneadora, con la que minimizar en lo posible la emisión de las denominadas sentencias procesales o absolutorias en la instancia,

se haya instalado la praxis de acordar por diligencia de ordenación el traslado y el cómputo del plazo desde la notificación de tal resolución.

frecuentes durante la vigencia de la anterior ley procesal civil³, permitiendo que el acto del juicio esté exclusivamente destinado a formar la convicción del juez sobre los hechos controvertidos⁴.

Tales cuestiones vienen enumeradas en el art. 416.1 LEC, sin que suponga una lista cerrada pues el precepto prevé que el tribunal resolverá «sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y, en especial, sobre las siguientes», las que refiere acto seguido, y porque así lo consigna expresamente el art. 425 LEC al disponer que «La resolución de circunstancias alegadas o puestas de manifiesto de oficio, que no se hallen comprendidas en el artículo 416, se acomodará a las reglas establecidas en estos preceptos para las análogas».

Las circunstancias previstas en el art. 416 son:

- «1. Falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus diversas clases;
2. Cosa juzgada o litispendencia;
3. Falta del debido litisconsorcio;
4. Inadecuación del procedimiento;
5. Defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvencción, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca».

Se excluye expresamente la impugnación de la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal por ser extemporánea, pues debió proponerse en forma de declinatoria (art. 416.2, párr. 1.º, LEC). Empero, algunos autores han defendido la posibilidad de su alegación por medios indirectos⁵, y otros denuncian la severidad de la norma que impide al demandado utilizar tal medio por no hacerlo antes en forma de declinatoria⁶. Ello sin perjuicio de la facultad de control de oficio por el órgano judicial (art. 416.2, párr. 2.º, LEC).

Precisamente, como norma general, el momento preclusivo para alegar excepciones procesales es, para el demandado, la contestación a la demanda (art. 405.1 y 3 LEC),

3. **CUADRADO SALINAS**, «La apreciación de la falta de presupuestos procesales en la audiencia previa», en *Práctica de Tribunales* 64, Secc. Estudios, octubre 2009, Editorial Wolters Kluwer (recurso en línea: laleydigital [La Ley 15374/2009]), p. 2.

4. **DAMIÁN MORENO**, *Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares*, cit., pp. 75-76.

5. Según **ACHÓN BRUÑÉN**, «Problemas y soluciones que pueden surgir en el desarrollo de la audiencia previa», cit., p. 6, el demandado que no propuso declinatoria podrá suscitar la falta de jurisdicción o de competencia en un intento de forzar al juez su apreciación de oficio, aunque puede ocurrir que sea rechazada su pretensión por entenderse que, al contestar a la demanda, ha existido una sumisión tácita *ex art.* 56 LEC. En la misma línea se pronuncia **SILGUERO ESTAGNAN**, *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*, cit., p. 157, que, desde el punto de vista de la materia objeto de su estudio y respecto de la competencia territorial regulada por normas imperativas, cuyo tratamiento se asemeja al de otros tipos de competencia o al de la jurisdicción, afirma: «Aunque sigue siendo la declinatoria el medio establecido para su cuestionamiento, son las posibilidades de apreciación de oficio, las que permiten su control posterior y ello, por más que la facultad de formular la declinatoria, haya quedado como tal igualmente precluida. En suma, la preclusión existe pero la vinculación a sus efectos es sustancialmente menor».

6. **FAIRÉN GUILLÉN**, *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas. (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*, cit., p. 119: «Abona mi parecer, de ser esta preclusión exageradamente rígida, el dato real de que en el intervalo entre demanda y contestación —y en su caso, de reconvencción y su respuesta— se pueden presentar documentos, medios o instrumentos

mientras que para el demandante es la contestación a la demanda reconvenzional (art. 407.2 LEC) y, en ausencia de reconvencción, la propia audiencia previa, en el juicio ordinario, y los escritos de la fase preparatoria del art. 438.8 LEC para el verbal⁷. Cabe, no obstante, el control de oficio por el tribunal de ciertas cuestiones procesales. Según el texto de la ley son la falta de capacidad, que podrá ser apreciada en cualquier momento del proceso (art. 9 LEC), la inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía o de la materia (art. 254 LEC) y demanda, reconvencción o contestación defectuosa (art. 424 LEC). La jurisprudencia, por su parte, viene admitiendo el control de oficio de la cuestión de falta del debido litisconsorcio, como se verá en el apartado correspondiente.

Los criterios informadores de la resolución de los óbices procesales, adoptados al juicio verbal, pueden resumirse así:

1. El art. 417.1 LEC dispone el orden que necesariamente ha de seguirse para tratar y solucionar las diferentes excepciones; orden que, por cierto, no coincide con la enumeración contenida en el art. 416 LEC⁸.
2. De ser posible, se concede un plazo para la subsanación del defecto advertido, lo que responde al loable propósito del legislador de evitar, en lo posible, las sentencias absolutorias en la instancia.
3. Mientras la resolución por el tribunal de las cuestiones planteadas tendrá forma oral en el acto de la audiencia previa, con ciertas excepciones de decisión diferida

anteriores... cuando la parte que los produzca justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia (art. 270.1.2.º). Si se admiten documentos "o instrumentos" justificativos, lo lógico es admitir antes los que demostraren la falta de jurisdicción o de competencia del juez, y que éste no conocía ni tenía razón de haberlos conocido: en fin, por tratarse de *hechos nuevos*. Y el artículo 271.1, al fijar el momento de preclusión definitiva para la presentación de documentos, abona igualmente mi parecer, esto es, las partes deben poder alegar, en la vista o audiencia previa, la falta de jurisdicción y de competencia del juez, pese a no haber aprovechado la posibilidad procesal de hacerlo por medio de declinatoria si justifican este retraso mediante "documentos o instrumentos" de igual categoría.

7. Se pregunta **DAMIÁN MORENO**, *Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares*, cit., p. 82, si es posible que el juez aprecie en la sentencia otros vicios procesales no alegados que le impidan un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, y concluye una respuesta negativa: «Pensar, como ha estado sucediendo hasta ahora, que una vez celebrada la audiencia puede el juez prescindir de su obligación de dictar una sentencia de fondo so pretexto de la existencia de vicios de naturaleza procesal sería tanto como reconocer lisa y llanamente la inutilidad del sistema. No tiene ningún sentido que el legislador haya optado por destinar un único acto para que sean tratadas conjuntamente todas las cuestiones procesales para que luego este sistema fracase por causas ajenas al propio sistema. Por esa razón, bajo nuestro punto de vista, concluida la audiencia, los eventuales vicios o defectos procesales que resulten de las actuaciones quedarían como consecuencia de ello sanados y convalidados, lo que significa que el juez no podrá apreciarlos para negar una resolución sobre el fondo del asunto».

8. Al margen de este dato, evidente, la doctrina procesalista reproduce la misma objeción referida al improcedente orden de las cuestiones a tratar el previsto por el legislador. **DAMIÁN MORENO**, *Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares*, cit., pp. 83-84, entiende que debiera haberse exigido que en primer lugar se resolviera la cuestión de la relación procesal puesto que, si está mal constituida por faltar otro demandado de los que debiera estar, es evidente que sobra todo lo demás. **F. J. ABEL LLUCH**, «La audiencia previa: entre el deseo y la realidad», cit., p. 12, constata la falta de sentido que tiene resolver sobre defectos de capacidad cuando hay una manifiesta inadecuación por razón de la materia, de modo que se debe seguir el trámite del verbal, en lugar del juicio ordinario. **ALONSO-CUEVILLAS SAYROL**, «La audiencia previa al juicio», en J. Alonso-Cuevillas Sayrol (coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. 2, cit., p. 149, se formula esta pregunta: «¿Qué sentido tiene, por

por razón de complejidad; en el juicio verbal, ya hemos visto que se realiza por auto en la que hemos denominado fase preparatoria de la vista (art. 438.8 LEC).

4. De no ser posible la continuación del proceso (por no ser el defecto subsanable o, aun siéndolo, no se subsane en tiempo y forma), el tribunal dictará, según los casos, *auto poniendo fin al proceso o auto de sobreseimiento*⁹.
5. Contra el auto que resuelva sobre la impugnación de la cuantía del pleito, las excepciones procesales planteadas, la admisión de la prueba propuesta y la pertinencia de la celebración de vista, cabe interponer recurso de reposición con efectos suspensivo, alterando con ello la regla general del carácter no suspensivo de los recursos de reposición prevista en el art. 451 LEC.

Efectuadas estas breves consideraciones preliminares, procedemos a repasar las diferentes cuestiones procesales previstas en la ley, siempre con el foco puesto en el juicio de división de cosa común, en la medida de lo posible.

2.1. Falta de capacidad de los litigantes o de representación

Teniendo presente lo expuesto en el Capítulo XI en relación a los requisitos de capacidad de las partes y de postulación, centramos ahora nuestra atención en la depuración de cualesquiera defectos en esta materia.

ejemplo, malgastar tiempo y esfuerzos en examinar la eventual falta de capacidad del actor, denunciada por el demandado, si *prima facie* se percibe ya con claridad la existencia de cosa juzgada?». En la misma dirección se pronuncia **ACHÓN BRUÑÉN**, «Problemas y soluciones que pueden surgir en el desarrollo de la audiencia previa», cit., p. 7, al constatar la falta de sentido que presenta discutir en primer lugar excepciones como la falta de capacidad o representación, que son subsanables, si una vez enmendadas se aprecia la litispendencia o cosa juzgada. Por su parte, **GARBERÍ LLOBREGAT**, comentario a los arts. 281 a 516, en J. Garberí Llobregat (dir. y coord.), *Los procesos civiles* 3, cit., p. 446, considera que los defectos de litisconsorcio deben examinarse antes que las excepciones de cosa juzgada o litispendencia. Por estos inconvenientes, la doctrina aboga por flexibilizar el orden legal establecido, atendiendo al criterio de la necesidad que, en cada caso, exige la práctica forense; siempre, eso sí, a petición de parte. Así, **X. ABEL LLUCH**, «Análisis crítico de las excepciones procesales en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Propuesta de *lege ferenda*», en *Práctica de Tribunales* 102, Secc. Tribuna Libre, mayo-junio 2013, La Ley (recurso en línea: laleydigital [La Ley 2245/2013]), p. 4, sostiene que no resulta inadecuado que el legislador establezca un orden para la resolución de las cuestiones procesales, a modo de guía en la celebración de un acto oral como es la audiencia previa, pero entiende que, a petición de ambas partes, o de una de ellas con la aprobación judicial, debería existir cierto margen para su alteración. Por ello propone una modificación del art. 417 LEC en el sentido de unir a «*Cuando la audiencia verse sobre varias circunstancias de las referidas en el artículo anterior, se examinarán y resolverán por el orden en que aparecen en los artículos siguientes*», la siguiente adición: «salvo que a petición de una o ambas partes, el juez acuerde de modo distinto». El añadido permitiría conjugar el orden derivado de la fijación de una prioridad en la resolución de las excepciones procesales, con la flexibilidad derivada de la casuística.

9. **ARAGONESES MARTÍNEZ**, *Los procesos declarativos ordinarios. (Procesos ordinarios y sus especialidades)*, cit., pp. 82-83, a quien hemos tenido presente, como punto de partida, para la exposición de estos criterios generales, critica, con acierto, la indefinición de tales expresiones, sin que la Ley de Enjuiciamiento Civil haya precisado las diferencias ni sus efectos, hasta considerar que «Tal omisión es, quizás, el mayor defecto en el que incurre el legislador en la regulación de la audiencia, por cuanto ha dejado innecesariamente al juzgador la interpretación que habrá de darse a cada supuesto». Censura aplicable al juicio verbal.

De los términos en que se pronuncia el art. 418 LEC, tanto en su rúbrica como en su texto, las cuestiones procesales que podrán plantearse en la audiencia preliminar se refieren a la capacidad o representación de las partes. Consideramos que tienen cabida aquí las alegaciones relativas a la capacidad para ser parte, capacidad procesal y la representación material y procesal, aunque no todos los autores coinciden en la misma idea¹⁰.

La cuestión de la falta de capacidad o representación deberá ser introducida en el proceso en la contestación a la demanda si es el demandado el que denuncia tal defecto respecto del demandante, o en el escrito del art. 438.8 si la alegación procede del demandante frente al demandado, aunque si este hubiera planteado demanda reconvenicional, el demandante reconvenido deberá alegarla en la contestación a la misma.

Cabe la posibilidad, como ya se ha dicho, de que el tribunal plantee la cuestión de oficio con apoyo en el art. 9 LEC.

En cuanto a su tratamiento procesal, el art. 418 LEC distingue según se trate o no de defecto subsanable o susceptible de corrección. El contenido de dicho precepto, adaptado al juicio verbal, queda así. De ser subsanable, se podrá corregir en el plazo que el tribunal otorgará, no superior a diez días, en el auto del art. 438.10 LEC. Si el defecto no subsanable afecta al actor o este no lo subsana en el plazo concedido al efecto, se dictará auto poniendo fin al proceso. Por el contrario, si tal defecto insubsanable se refiere al demandado, o este no aprovecha el plazo que se le otorgue para sanarlo, se le declarará en rebeldía, sin que de las actuaciones que hubiese llevado a cabo quede constancia en autos, continuando las actuaciones su curso.

Seguidamente repasamos algunas resoluciones que, en el ámbito de la división de cosa común, ponen de manifiesto el tratamiento de esta materia por los órganos jurisdiccionales. Comenzamos con el **AAP de Madrid, Secc. 14.ª, 301/2009, de 3 de diciembre** (ECLI:ES:APM:2009:17205A), que versa sobre un supuesto de falta de capacidad procesal. Los antecedentes, resumidos, son los que siguen. Se interpone demanda el 11 de septiembre de 2008 en ejercicio de la acción de división de cosa común. Admitida a trámite y cursados los emplazamientos, comparece una hija de la demandada haciendo saber que su madre había fallecido el 14 de agosto de 2008. La

10. Por ejemplo, **GUASP y ARAGONESES**, *Derecho procesal civil 1: Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*, p. 641, consideran que el art. 418 se refiere exclusivamente a la representación legal, ya que la técnica afecta a la postulación y la voluntaria a la legitimación. Igual parecer muestra **ARAGONESES MARTÍNEZ**, *Los procesos declarativos ordinarios. (Procesos ordinarios y sus especialidades)*, cit., p. 84. **GIMENO SENDRA**, *Derecho procesal civil 1: El proceso de declaración. Parte General*, cit., p. 454, aun reconociendo que la ley no efectúa distinción alguna, entiende que la «representación» del art. 418 ha de circunscribirse a la representación material, y solo cuando por cualquier circunstancia no se hubiera examinado con anterioridad, habrá de dilucidarse la exigencia de postulación procesal en este momento procesal. En el mismo sentido que este último, **GARBERÍ LLOBREGAT**, comentario a los arts. 281 a 516, en J. Garberí Llobregat (dir. y coord.), *Los procesos civiles 3*, cit., p. 446. Por el contrario, **GUTIÉRREZ SANZ**, «El juicio ordinario», en J. C. Cabañas García (coord.), *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Editorial Trivium, 2000, p. 396, considera que la falta de capacidad podrá referirse tanto a la capacidad para ser parte como a la procesal y, en cuanto a la representación, «aquí se ventilarán las cuestiones propias de la integración en casos de falta de capacidad procesal, así como los conflictos que afecten a la representación técnica».

parte actora solicita que se instrumente la sucesión procesal, a lo que accede el Juzgado. Identificados los herederos solo compareció uno de ellos, a quien se emplazó para que contestara la demanda, declarando el Juzgado a sus hermanos en rebeldía. El demandado compareciente contesta a la demanda oponiendo la excepción de falta de legitimación pasiva, que fue aceptada en la audiencia previa. El juzgado dicta auto cuya parte dispositiva dice:

«DISPONGO estimando la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA articulada en nombre de [...], [...]y[...], declarar que no tienen capacidad procesal para ser parte en este procedimiento DEBIENDO ABSOLVERLOS EN LA INSTANCIA, remitiendo a la parte actora a que ejercite su acción en un nuevo procedimiento y CON IMPOSICION de las costas de este procedimiento a [...]».

Interpuesto recurso de apelación contra el auto dictado por el juzgador de instancia, la Audiencia Provincial resuelve siguiendo este *iter* argumental (**FJ 2.º**):

«El primer punto a dilucidar es la procedencia de la excepción de falta de legitimación.

La legitimación, es una cuestión de fondo cuyo examen es previo e inmediatamente anterior a la decisión final. Como tal jamás puede ser considerada una excepción dilatoria que deba ser resuelta en la audiencia preliminar ni provocar el sobreseimiento de los autos, y su estimación en fase de audiencia previa es incorrecta en cuanto se prejuzga o deja imprejuzgado el fondo del asunto. Tan es así que no esta revista en el catálogo de excepciones procesales del art. 416 LEC y salvo ocasiones en las que su ausencia sea grosera, o evidente no es posible a c olerla en la audiencia previa.

La doctrina procesalista entiende a *[sic]* por legitimación la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada bien desde el lado del crédito y exigencia del derecho, bien desde el lado del pasivo *[sic]* de la exigencia de la obligación —cumplimiento de la prestación—.

Asimismo, se ha afirmado que el poder de conducir el proceso se considera derivación procesal del poder de disposición del derecho civil, de suerte que, en principio, legitimados como partes lo están los sujetos de la relación jurídica deducida en juicio; es decir, el que tiene el derecho tiene, como secuela, la facultad de disponer de él y el ejercitarlo en juicio no es sino hacer uso de ese poder.

La legitimación no es, pues, un presupuesto del proceso ni una cuestión previa de forma, es de fondo; de estimación o desestimación de la demanda».

La cuestión planteada en el supuesto de autos no es, por tanto, de legitimación, porque, sigue explicando la citada resolución (**FJ 2.º y 3.º**):

«SEGUNDO. [...] no se discute la correspondencia lógica entre objeto y sujeto del proceso. Es algo más profundo; es de capacidad procesal entendida como capacidad jurídica: es un problema de apreciación de oficio de un presupuesto procesal.

TERCERO. La demandada falleció antes de la interposición de la demanda; la demanda se interpuso el 11 de septiembre de 2008 y la demandada había fallecido el 14 de agosto de 2009, y en esas condiciones no puede decirse que hubiera sujeto pasivo procesal hábil.

El art. 6 LEC dice que tienen capacidad para ser parte las personas físicas, lo que nos obliga a remitirnos a los arts. 29 y 30 C. C. en cuanto al nacimiento de la personalidad jurídica ligado al parto, y al art.32 C. C. en cuanto a su extinción ligada a la muerte.

Con arreglo a estas ideas la conclusión es clara; al momento de presentar la demanda el demandado carecía de personalidad; había fallecido un mes antes, y desde ese momento no había sujeto pasivo hábil.

La sanción a esta falta de capacidad originaria la da el art. 9 LEC, que ordena que la falta de capacidad procesal sea apreciada de oficio por el Tribunal en cualquier tiempo, o lo que es lo mismo lo procedente es la nulidad de todo lo actuado por falta de un presupuesto procesal insubsanable; es imposible demandar a un fallecido.

Cosa distinta es la pérdida de la capacidad sobrevenida, en cuyo caso la solución es otra. Es la sucesión procesal, entendida como aplicación particular del mecanismo general de la sucesión *mortis causa*.

Este criterio es el seguido por la sentencia de esta Sala de 24 de julio de 2008. Que ahora mantenemos por no haber motivo para alterarlo, limitándonos a reproducirlo. en aquella ocasión decíamos: "La condición de parte procesal legítima viene establecida en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la capacidad para ser parte en el artículo 6 y la comparecencia en juicio y representación en el artículo 7 de dicha ley procesal.

Como dice la sentencia de la sección 21ª de esta Audiencia Provincial, de 31 de julio de 2001: Para que un proceso sea válido es necesario que los sujetos de la relación jurídica procesal, demandante y demandado, tengan personalidad procesal o capacidad para ser parte. La personalidad procesal o capacidad para ser parte coincide con la personalidad general o capacidad jurídica, de modo que sólo la ostenten las personas físicas, desde su nacimiento, en las condiciones fijadas por el Código civil (artículos 29 y 30), hasta su muerte (artículo 32), sin perjuicio de que también el '*nasciturus*' o concebido aun no nacido, puede ser parte, para el caso de que llegue a nacer, y las personas jurídicas (artículo 38 párrafo primero), mientras dure su existencia (y aun a veces después de terminada ésta, a fines de liquidación). (...) Es radicalmente inválida '*ab initio*' la relación jurídica procesal que intente construir un demandante con una persona física fallecida con anterioridad a la presentación de la demanda, pues ese demandado carece de capacidad para ser parte. (...) Constituida en su inicio una relación jurídica procesal perfectamente válida, por dirigirse la demanda contra el deudor que sea una persona física ya nacida y aun no fallecida, en el momento de la presentación de la demanda, el óbito posterior del demandado, estando en curso el proceso, en absoluto invalida la relación jurídica procesal válidamente constituida que continua inalterable, pero produciéndose un cambio en la parte demandada que deja de ser el fallecido (éste nunca puede ser parte) para pasar a ser la herencia yacente o los herederos (...)" [...].

Resulta indiferente que la actora conociera el fallecimiento al resultar negativa la diligencia de emplazamiento. Lo relevante es que aquél contra quien se dirigía la demanda en condición de demandado había fallecido antes de la interposición de la demanda y desde su inicio la relación jurídica procesal estaba mal constituida y era inválida.

La sucesión procesal consiste en el cambio de personas en una de las posiciones procesales mientras está pendiente el proceso, por haberse modificado la titularidad de los derechos en el litigio. En el caso litigioso no estamos en presencia de un supuesto de sucesión procesal por muerte de un litigante, ni de sucesión por transmisión del objeto litigioso. Estamos en presencia de un supuesto en que la persona llamada al procedimiento como demandado carece de personalidad y de cualquier tipo de capacidades por haber fallecido antes de la presentación de la demanda. La muerte que abre la sucesión procesal es la muerte de un litigante producida durante la pendencia del proceso. Difícilmente podrá el sucesor procesal continuar en la misma posición que la parte ocupaba en el proceso, si no existía, ni podía existir tal parte en el momento de entablarse la litispendencia, esto es, en la fecha de interposición de la demanda (una vez admitida a trámite).

La falta de capacidad procesal es una cuestión de orden público, sometida al control del tribunal con independencia de la actuación de las partes en el procedimiento».

El AAP de Madrid, Secc. 14.ª, 156/2005, de 21 de julio (ECLI:ES:APM:2005:6942A), **FJ 1.º**, aunque se pronuncia únicamente sobre la condena en costas a la demandante, precisamente por estimarse la alegación de falta de la debida representación, expone en sus razonamientos un resumen de lo acaecido en la instancia que resulta relevante a los efectos que nos interesan:

«Ejercitada acción de división de cosa común por D.ª Elisa, representada por don Rubén, los demandados se opusieron a la demanda alegando, en primer término, la falta de legitimación activa y de poder general para pleitos toda vez que D.ª Elisa se encontraba incurso en un procedimiento de incapacidad y quien decía actuar en representación de la misma, su esposo don Rubén, carecía de la representación que se irrogaba, al haber sido nombrado únicamente defensor judicial de la presunta incapaz en el procedimiento de incapacitación y a esos solos efectos (asistencia y defensa de la presunta incapaz en el procedimiento de incapacitación seguido contra la misma), como se ponía de relieve en el poder general para pleitos otorgado por don Rubén a favor del Procurador personado (poder otorgado como defensor judicial de la presunta incapaz) y en el auto dictado por el Juzgado que efectuó el nombramiento. En la audiencia previa, la parte actora invocó la subsanabilidad de los defectos y aportó la sentencia ya dictada en el proceso de incapacitación (posterior al otorgamiento del poder general para pleitos) en la que se declaraba la incapacidad de D.ª Elisa y se nombraba tutor a don Rubén. El juez de instancia estimó la excepción de falta de legitimación activa razonando que existía ausencia de representación, de carácter insubsanable, ya que el poder general para pleitos otorgado por don Rubén, en representación de su esposa, se realizó en base a su condición de defensor judicial, nombrado por auto de 1 de octubre de 2003 a los solos efectos recogidos en el mismo (asistencia y defensa de la entonces presunta incapaz en el procedimiento de incapacitación seguido contra ésta a instancias del Ministerio Fiscal), sin conferirle poder de representación en general, negando virtualidad sanadora a la aportación en la audiencia previa de la sentencia de incapacitación porque el poder general para pleitos aportado con la demanda había sido otorgado cuando ostentaba la condición de defensor judicial y no la condición de tutor, lo que implicaba no un simple defecto de representación sino total ausencia de ésta y porque, aún en la condición de tutor, habría sido precisa autorización judicial para entablar la demanda, conforme a lo dispuesto en el artículo 271 del Código civil, de modo que dio por finalizado el proceso y condenó a la parte actora al pago de las costas causadas».

Vemos, por tanto, que el archivo del proceso se debió a que la parte actora no cumplía en el momento de formular la demanda los requisitos de representación exigidos, ya que: (i) ostentaba la condición de defensor judicial y no la de tutor, entendiéndose que la de interponer la demanda no era función específicamente encomendada, puesto que solo asumía la asistencia y defensa de la presunta incapaz en su procedimiento de incapacitación; y (ii) como consecuencia de lo anterior, el defensor excedió de sus funciones al otorgar el poder para pleitos.

El AAP de Cádiz, Secc. 2.ª, 41/2008, de 10 de marzo (ECLI:ES:APCA:2008:62A), **FJ único**, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la tutora de un incapacitado contra la denegación de la correspondiente autorización previa (art. 271.6.º CC, en la redacción anterior a la LAPCD) para formular reconvencción en un juicio de

división de cosa común. Del relato de la citada resolución se desprende que la negativa su fundó en que la autorización fue interesada *a posteriori*:

«El recurso debe ser estimado. No cabe duda que la actuación procesal del tutor cuando de ejercitar acciones en nombre del tutelado se trata ya sea por vía directa, ya vía reconvenzional, precisa la previa autorización judicial. Así lo impone el art. 271.6º del Código Civil, que afecta estrictamente a tales actuaciones procesales, esto es, queda excluída la simple contestación a la demanda. También lo es que en el supuesto litigioso, es decir, en la acción de división de cosa común ejercitada contra la tutelada María Cristina que se sigue en el Juzgado n.º 3 de los de El Puerto de Santa María bajo el n.º 605/2005, tan conveniente a la defensa de sus intereses es oponerse al modo en que se pretende realizar la división de la finca de la que es copropietaria por su hermana —y actora en aquellos autos— Raquel, como que se proceda definitivamente a la división de la finca de conformidad, eso sí, con los acuerdos existentes al respecto desde el año 1972. En otras palabras, la defensa de la incapaz quedaría incompleta si simplemente se formulara oposición a la demanda deducida por la condueña, por cuanto a la misma es obvio que le ha de interesar disolver la comunidad y adquirir definitivamente su porción privativa.

Así las cosas, resulta que la tutora ha procedido con absoluta corrección a defender el patrimonio de su pupila, pero sin recabar la previa autorización que reclama el precepto antes citado. No existen datos en autos para justificar tal conducta bajo la excepción de urgencia y mucho menos de escasa cuantía previstos en el Código Civil. Antes al contrario, la incapacitación se produce una vez que se dedujo la demanda que nos ocupa y no hay razón que explique por qué se ha recabado la autorización judicial el día 10/mayo/2007, si la reconvencción se presenta el día 26/abril anterior.

Con todo, creemos que la autorización aunque sea *a posteriori* debe otorgarse no ya, que también, porque resulte de utilidad a los intereses de la tutelada, sino porque con ello no se causa perjuicio o indefensión a nadie. La doctrina, con el loable intento de superar el sistema anterior a la Ley 13/1983, se muestra reacia a legitimar las autorizaciones posteriores en tanto que suponga la vuelta al sistema de aprobación y no de previa autorización. El Tribunal Supremo, sin embargo, en alguna inclusión se ha mostrado proclive a la convalidación de este tipo de actuaciones (así sentencia de 30/marzo/87), siendo esta la postura que nosotros también adoptamos siquiera sea por la patente utilidad que ello reviste en nuestro caso. Ignoramos si la falta de autorización habrá tenido algún efecto en los autos principales, esto es, en el citado Juicio Ordinario n.º 605/2005, pero en cualquier caso no debe olvidarse que la autorización, como requisito procesal que también es, es plenamente subsanable de conformidad con lo previsto en los arts. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 418 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

La **SAP de Baleares, Secc. 3.ª, 405/2013, de 22 de noviembre** (ECLI:ES:APIB:2013:2321) analiza la intervención del curador del demandante con capacidad modificada judicialmente que pretende la división de cosa común (**FJ 3.º**):

«Debe señalarse que la parte demandada hoy apelante ya esgrimió al contestar a la demanda la falta de capacidad del actor, alegación que fue contestada y rechazada en la sentencia apelada y que, ahora, se reitera imputando la parte apelante al juzgador "*a quo*" que no ha tenido en cuenta que las causas de incapacitación eran muy antiguas y que debió atenerse al tenor del artículo 418 de la LEC, suspendiendo la Audiencia Previa para, como mínimo, tener la certeza absoluta de la capacidad material y procesal del actor.

Esta segunda edición de *División judicial de la cosa común y extinción del pro indiviso* incluye las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, que establece que las demandas en las que se ejercite la acción de división de cosa común se tramitarán necesariamente por los cauces del juicio verbal, así como por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que reestructura el modelo de organización judicial decimonónico y dispone de un requisito de procedibilidad: haber acudido a un medio adecuado de solución de controversias.

La obra sigue dividida en dos partes diferenciadas, aunque íntimamente ligadas entre sí. **En la primera, se estudian los preceptos que el Código Civil dedica a la división.** 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. Solo un análisis pormenorizado, pongamos por caso, del pacto de indivisión, llegará a comprenderse la excepción que el demandado puede oponer a fin de contrarrestar la pretensión divisoria. Esta parte presenta como novedad la ampliación del capítulo relativo a los efectos de la división a dos materias fundamentales: la manifestación registral de la extinción del condominio y los aspectos tributarios de la misma.

En la segunda parte, completamente revisada y actualizada para adaptarla al nuevo juicio verbal para la división de cosa común y a los recientes Tribunales de Instancia, **se da cuenta de las particularidades este procedimiento,** para lo que se ofrece un exhaustivo examen tanto de los medios adecuados para la solución de conflictos, en un momento previo a la judicialización del conflicto, como de los trámites procesales, 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 para adaptarla a la división judicial de la cosa común.

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

ISBN: 978-84-9090-844-0



9 788490 908440

