

A. DERECHO CIVIL	ACCIÓN DE DIVISIÓN DE COSA COMÚN PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA EJECUCIÓN	Núm. 3/2001
-------------------------	---------------------------------------------------------------------------------	------------------------

José Ignacio ATIENZA LÓPEZ
Secretario Judicial

• **ENUNCIADO:**

Los hermanos A, B y C son copropietarios de una finca en pro indiviso recibida en herencia de sus padres, y ante la falta de acuerdo entre ellos a la hora de efectuar la división, las hermanas A (soltera), y B (casada en régimen de gananciales), inician un proceso de menor cuantía en ejercicio de la acción de división de la cosa común contra C que finaliza con sentencia en primera instancia dictada en diciembre del año 2000, estimatoria de la demanda en la cual se declara la finca indivisible y se decreta la disolución de la comunidad constituida sobre la finca, otorgándose plazo a los cotitulares para que acuerden la propiedad a favor de uno de ellos indemnizando a los demás y, en otro caso, se llevará a cabo la venta en pública subasta judicialmente.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

- a) Competencia y procedimiento tras la Ley 1/2000.
- b) Normas de ejecución a aplicar.
- c) Cuestiones de la ejecución y forma para aplicar la Ley 1/2000: examen comparativo de la Ley de 1881 y la Ley de 2000.
- d) Régimen de normas transitorias.

• **SOLUCIÓN:**

Se hace obligado, en primer lugar, comentar brevemente la cuestión de la competencia y procedimiento en las acciones de división de cosa común y ya desde el primer momento se hace preciso indicar que el vacío legal preside toda la regulación procesal de este tipo de acciones. Da la impresión de que el legislador, limitándose a crear la parte sustantiva del derecho personal de todo condómino a quebrar la situación de comunidad, se olvida por completo de que tal derecho tendrá dificultades para hacerse efectivo si no va acompañado del correspondiente correlato procedimental en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Por toda previsión procesal, se limita el artículo 406 del Código Civil a decir que serán aplicables a estas pretensiones las reglas concernientes a la división de la herencia. Pues bien, es a partir de esta remisión sucesoria, desde la cual se parte para acabar llegando al juicio de menor cuantía como modelo de aplicación del ejercicio de la acción que estamos tratando.

Al no regularse en la LEC de 1881 ningún proceso específico para este tipo de acciones y partiendo de que existe un conflicto que las partes no han sabido resolver por la vía del acuerdo (la cual está prevista en el art. 402 CC), se ha de partir del artículo 1.088 de la LEC, que señala que de no haber conformidad, se dará al asunto la tramitación del juicio ordinario que por la cuantía corres-

ponda. Aquí aparece una primera dificultad dimanante de que ninguna de las reglas del artículo 489 de la LEC de 1881 se adecua completamente al tipo de pretensión que tratamos. Nace la tipificación de menor cuantía como tipo de procedimiento a aplicar a las acciones de división de cosa común, según unos autores por mandato de la regla 13.^a del artículo 489 de la LEC y según otros por el apartado 3.º del artículo 484 de la LEC, al estimar que se trata de una demanda que no admite fijación de su cuantía ni siquiera por las reglas del artículo 489 de la LEC.

Si acudimos a plantearnos la cuestión del procedimiento a aplicar a este tipo de acciones en la LEC de 2000, la solución es algo decepcionante, ya que no la hay específicamente señalada. Ello nos lleva a centrar nuestra atención en los artículos 248 a 251 de la LEC y en concreto en mayor medida en una novedad positiva sita en el artículo 251 de la LEC. Dice el mismo en su regla 2.^a que, tratándose de bienes muebles e inmuebles, tanto si se trata de acciones reales como personales, se estará para determinar la cuantía de la demanda al valor de los bienes al tiempo de su interposición conforme a los precios corrientes del mercado, pudiendo la actora servirse de cualquier valoración oficial de bienes litigiosos y sin que los inmuebles puedan ser cuantificados a efectos de demanda en un valor inferior al que conste en el catastro. Pues bien, y aquí la novedad, el apartado 6.º de la regla 3.^a del artículo 251 de la LEC dice que la anterior regla será de aplicación a «las acciones de ... división de la cosa común». Las consecuencias de ello son evidentes: por un lado la demanda en el ejercicio de la *actio communi dividundo* no podrá ser tramitada por un juicio ordinario o verbal de la nueva LEC por razón de la materia al no hallarse este tipo de pretensión en ninguno de los apartados primeros de los artículos 249 y 250 de la LEC y, por otro lado, tampoco serán demandas que puedan calificarse de interpelaciones cuyo interés económico sea imposible de calcular (art. 249.2.º LEC).

La conclusión entendemos que es clara: en la LEC de 1881 por los motivos legales ya apuntados estas demandas se tramitaban por el juicio de menor cuantía y en la LEC de 2000 se tramitarán por el juicio ordinario o verbal según exceda o no de 500.000 pesetas la cuantía de la demanda aplicando el apartado 6.º de la regla 3.^a del artículo 251 de la LEC.

Visto el procedimiento, en materia de competencia, será competente el Juez de Primera Instancia por mandato del artículo 45 de la LEC y en materia de competencia territorial de conformidad con el artículo 52.1 punto primero lo será el del lugar en el que esté sita la cosa litigiosa, recordándose que en estos supuestos no cabe sumisión expresa ni tácita por mandato del artículo 54 de la LEC.

Entrando de lleno en el problema de la ejecución del fallo que el caso nos plantea, se ha de acudir en primer lugar al derecho transitorio en materia de ejecución encontrándose el mismo en la disposición transitoria sexta de la LEC de 2000. Tras su atenta lectura, la primera reflexión que se plantea es que las dos normas de 1881 y de 2000 pueden verse igualmente aplicadas en la misma ejecución forzosa, dependiendo del trámite en el que se halle la misma, y puede resultar complejo determinar la frontera divisoria de aplicación de la vigente y la derogada. La expresión «hasta la completa satisfacción del ejecutante» entendemos que no admite interpretaciones en el sentido de que alude al pleno y absoluto cumplimiento del fallo de la ejecutoria como documento público y solemne en el que consta una sentencia firme. En cuanto a la expresión referida a las actuaciones que «aún puedan realizarse o modificarse», nos viene a indicar que cada órgano judicial habrá de estar a cada caso a la hora de decidir si continúa la ejecución por la nueva o la derogada LEC.

Pues bien, tanto si se aplica una como otra, no existe en nuestro ordenamiento procesal civil regulación específica para ejecutar el fallo propuesto en el caso planteado si las partes no fueren capaces de llegar a un acuerdo sobre la división de lo declarado judicialmente indivisible. Ante tal vacío legal, de nuevo, la jurisprudencia es uniforme en el sentido de que se habrán de aplicar las normas de la LEC relativas al procedimiento de apremio con las convenientes adaptaciones, o lo que es lo mismo, en la medi-

da en que sean aplicables. Este mandato jurisprudencial nos sirve tanto para la nueva como para la antigua Ley, ya que ninguna de las dos nos dan cauces de ejecución para este tipo de fallos.

Entenderemos que habiéndose dictado el fallo en nuestro caso en diciembre de 2000, si la parte que pida la ejecución hubiere presentado el escrito instando la ejecución forzosa de la sentencia por falta de acuerdo de los comuneros, se procederá a aplicar la LEC de 1881 si la resolución, abriendo la vía de apremio, se dictó antes del 8 de enero de 2000 y la LEC de 2000 en otro caso.

Los problemas y peculiaridades si se aplica la normativa anterior serán los siguientes:

A) La ejecución puede ser instada por cualquiera de los comuneros, ya que en este tipo de fallos a la hora de ejecutar la sentencia firme dejan de existir como tales la partes demandantes y demandadas para convertirse todos en copropietarios vinculados por el fallo. Así, es aceptable que el hermano C pueda instar la ejecución pese a haber sido estimada la demanda dirigida contra él.

B) Por otro lado y refiriéndonos a la tasación de la finca suele ser frecuente en este tipo de pleitos que exista ya una tasación de peritos de las partes aportada con ocasión de la fase probatoria del pleito. De no ser así se aplicarían las normas de insaculación de peritos, incluyendo el nombramiento de perito tercero para el supuesto de discordia.

C) En relación con la subasta se habrá de hacer el triple señalamiento de subastas con publicación de los edictos en los periódicos oficiales y haciendo constar en los edictos las singularidades que citaremos a continuación.

D) En las subastas los copropietarios podrán participar sin necesidad de hacer depósito previo alguno toda vez que todos ellos acuden al margen de la posición procesal que hayan ocupado en la parte declarativa del pleito.

E) En la subasta se habrá de permitir la intervención de licitadores extraños a la comunidad cuya resolución ha sido decretada sin que sea dable aceptar la subasta sólo entre comuneros.

F) De adjudicarse la finca a uno de los comuneros, éste sólo habrá de abonar las dos terceras partes del precio por el que se adjudicó la finca, es decir, las partes del precio al que tienen derecho sus hermanos sin que quepa exigirle que abone también su tercio. Pueden pujar bajo una sola postura dos de los hermanos abonando en plazo el tercio del precio de adjudicación que corresponde al otro hermano. Recuérdese que la división que el fallo decreta lo es de una comunidad, lo que no impide que sobre tal finca se constituya otra comunidad formada por los hermanos A y B por ejemplo.

En cuanto a las singularidades que, ante el vacío legal tan repetido, habría que destacar si se aplicase la LEC de 2000, el punto A) se aplicaría igualmente. No sucede lo mismo con el punto B), ya que se habrá de hacer el avalúo de la finca conforme a los artículos 638 y 666 de la LEC. Desaparecería el triple señalamiento de subastas pasando a hacerse por el sistema de subasta única, en la cual los comuneros no depositarán cantidad alguna para poder participar y los copropietarios gozarán todos ellos del derecho de ceder el remate a terceros.

En cuanto a las costas de la fase declarativa tendrá que estarse a que conste en el fallo firme de la sentencia, pero en cuanto a los gastos y suplidos de ejecución deberán ser abonados por mitad por ambas partes.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Código Civil, art. 400 y ss.**
- **Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, art. 1.481 y ss.**
- **Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, art. 637 y ss.**
- **SSTS de 28 de febrero de 1985, 26 de septiembre de 1990 y 31 de octubre de 1999.**