



# **TESIS DOCTORAL**

**2021**

**DIVISIÓN JUDICIAL DE LA COSA COMÚN: ASPECTOS  
DE DERECHO SUSTANTIVO Y PROCESAL**

**Alejandro Tofiño Padrino**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES**

**DIRECTORA PROF.<sup>a</sup> DRA. MARÍA FERNANDA  
MORETÓN SANZ**





**DIVISIÓN JUDICIAL DE LA COSA COMÚN:  
ASPECTOS DE DERECHO SUSTANTIVO Y  
PROCESAL**

ALEJANDRO TOFIÑO PADRINO

**UNED**

Escuela  
Internacional  
de Doctorado

**EIDUNED**

---

---

# ÍNDICE DE MATERIAS

<u>ÍNDICE DE MATERIAS</u> .....	V
<u>AGRADECIMIENTOS</u> .....	XV
<u>INTRODUCCIÓN</u> .....	XIX
<u>ABREVIATURAS Y SIGLAS</u> .....	XXXI
<u>PRIMERA PARTE: ASPECTOS DE DERECHO SUSTANTIVO</u> .....	1

<u>CAPÍTULO I: JUSTIFICACIÓN DE LA <i>ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO</i>. EL RECELO A LA COMUNIDAD INDIVISA</u> .....	3
--	---

<u>CAPÍTULO II: NATURALEZA JURÍDICA DE LA DIVISIÓN</u> .....	15
--	----

<u>1. PRIMERA APROXIMACIÓN</u> .....	18
<u>2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA</u> .....	20
<u>2.1. DERECHO ROMANO</u> .....	20
<u>2.1.1. Textos jurídicos</u> .....	22
<u>2.1.2. Puntualizaciones y críticas</u> .....	25
<u>2.2. DERECHO COMÚN</u> .....	30
<u>2.3. LA JURISPRUDENCIA FRANCESA ANTERIOR A LA CODIFICACIÓN</u> .....	32
<u>2.4. EL ART. 883 DEL CODE NAPOLÉON DE 1804</u> .....	36
<u>2.4.1. Antes: la obra de Pothier</u> .....	36
<u>2.4.2. Después: revisita y ajuste doctrinal</u> .....	38
<u>2.5. APUNTES DE DERECHO COMPARADO</u> .....	40
<u>3. CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL</u> .....	44
<u>3.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y DOCTRINALES</u> .....	44
<u>3.2. TESIS TRASLATIVA: EL ART. 1068 SOBREDIMENSIONADO</u> .....	47
<u>3.2.1. Posicionamiento doctrinal</u> .....	47
<u>3.2.2. Recepción del efecto traslativo en la jurisprudencia</u> .....	53
<u>3.3. TESIS DECLARATIVA: EL ART. 1068 INFRAVALORADO</u> .....	58
<u>3.3.1. Defensa por Roca Sastre</u> .....	58
<u>3.3.2. Otras opiniones favorables</u> .....	65
<u>3.3.3. El efecto declarativo en la jurisprudencia</u> .....	66
<u>4. CRÍTICA DE LAS TEORÍAS HISTÓRICAMENTE PREVALENTES</u> .....	67
<u>5. OTRAS PROPUESTAS</u> .....	71
<u>5.1. TEORÍA TRASLATIVA DE LA PARTICIÓN COMO CONDICIÓN SUSPENSIVA</u> .....	71
<u>5.2. TEORÍA DETERMINATIVA O ESPECIFICATIVA DE DERECHOS</u> .....	73
<u>5.3. TEORÍA DEL ACTO MODIFICATIVO</u> .....	73
<u>5.4. TEORÍA DECLARATIVA-DISTRIBUTIVA O NOVATORIA</u> .....	74
<u>5.5. TEORÍA DE LOS EFECTOS TRASLATIVOS PARA FINES CONCRETOS</u> .....	74
<u>5.6. TEORÍA DE LA SUBROGACIÓN</u> .....	76
<u>5.7. TEORÍA VOLUNTARISTA O DE LA SUBSIDIARIEDAD DEL CARÁCTER TRASLATIVO</u> .....	77
<u>5.8. TEORÍA DEL CARÁCTER COMPLEMENTADOR O ESPECIFICADOR DEL TÍTULO</u> .....	78
<u>6. GENERALIZACIÓN DE LA TESIS DETERMINATIVA O ESPECIFICATIVA</u> .....	80
<u>6.1. EN LA DOCTRINA</u> .....	80
<u>6.2. EN LA JURISPRUDENCIA</u> .....	83

7. <u>PARTICIÓN DE LA HERENCIA VERSUS DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN</u> .....	91
<b><u>CAPÍTULO III: CLASE DE ACCIÓN. ¿LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO COMO ACCIÓN REAL O PERSONAL? LAS ACCIONES MIXTAS</u></b> .....	<b>95</b>
<b><u>CAPÍTULO IV: CARACTERÍSTICAS DE LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO</u></b> .....	<b>107</b>
1. <u>FACULTAD</u> .....	109
2. <u>IRRENUNCIABLE</u> .....	112
3. <u>IMPREScriptIBLE</u> .....	115
4. <u>CARÁCTER ABSOLUTO</u> .....	119
5. <u>ACTO DE DISPOSICIÓN. NO SUJECIÓN AL ART. 398 CC</u> .....	121
<b><u>CAPÍTULO V: LÍMITES A LA FACULTAD DE PEDIR LA DIVISIÓN</u></b> .....	<b>123</b>
1. <u>PRECISIONES</u> .....	125
2. <u>LA BUENA FE</u> .....	126
3. <u>EL PACTO DE INDIVISIÓN</u> .....	133
3.1. <u>FORMA</u> 134	
3.2. <u>DURACIÓN</u> .....	136
3.3. <u>EFFECTOS DE LA INDIVISIÓN EN EL ADQUIRENTE DE UNA CUOTA</u> .....	142
3.4. <u>RESTABLECIMIENTO DE LA DIVISIBILIDAD</u> .....	146
4. <u>LA PROHIBICIÓN DE DIVIDIR O DE DISPONER</u> .....	146
5. <u>LA INDIVISIÓN IMPUESTA POR EL CAUSANTE O POR EL DONANTE</u> .....	147
5.1. <u>INTRODUCCIÓN</u> .....	147
5.2. <u>LA INDIVISIÓN IMPUESTA POR EL CAUSANTE</u> .....	150
5.2.1. <u>Antecedentes históricos y legislativos</u> .....	150
5.2.1.1. <u>Derecho romano y comentaristas medievales</u> .....	150
5.2.1.2. <u>Derecho tradicional</u> .....	158
5.2.1.3. <u>Codificación</u> .....	160
5.2.3. <u>Art. 1051 CC</u> .....	161
5.2.3.1. <u>Extensión subjetiva de la prohibición</u> .....	162
5.2.3.2. <u>Requisitos</u> .....	163
5.2.3.3. <u>Ineficacia de la prohibición. Remisión a las causas de extinción de la sociedad</u> 164	
5.2.3.3.1. <u>Cuando expira el término por que fue constituida</u> .....	164
5.2.3.3.2. <u>Cuando se pierde la cosa, o se termina el negocio que le sirve de objeto</u> .....	170
5.2.3.3.3. <u>Por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios, y en el caso previsto en el artículo 1699</u> .....	171
5.2.3.4. <u>Posicionamiento de doctrina y jurisprudencia. Presupuestos</u> ..	173
5.3. <u>LA INDIVISIÓN ORDENADA POR EL DONANTE</u> .....	184
6. <u>LA INDIVISIBILIDAD JURÍDICA</u> .....	187
<b><u>CAPÍTULO VI: INDIVISIBILIDAD ECONÓMICA</u></b> .....	<b>191</b>
1. <u>PLANTEAMIENTO</u> .....	193
2. <u>RELACIÓN ENTRE LOS ARTS. 401 Y 404 CC</u> .....	198
3. <u>EL ART. 401 CC COMO SUPUESTO DE INDIVISIÓN FORZOSA: ARGUMENTOS ADUCIDOS A FAVOR</u> .....	207

3.1.	<u>ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS</u>	207
3.1.1.	<u>Derecho romano y comentaristas medievales</u>	207
3.1.2.	<u>Derecho tradicional</u>	213
3.1.3.	<u>Codificación</u>	218
3.1.4.	<u>Propiedad horizontal</u>	225
3.2.	<u>REALIDAD SOCIAL</u>	232
3.2.1.	<u>El forzado encaje de las instituciones de Derecho romano en la sociedad actual</u>	
	233	
3.2.2.	<u>Juicios de valor emitidos por el legislador</u>	234
3.2.3.	<u>Comunidades con ánimo de lucro</u>	235
3.2.4.	<u>La comunidad funcional</u>	241
3.2.4.1.	<u>Garajes en copropiedad</u>	243
3.2.4.2.	<u>La multipropiedad</u>	247
3.2.4.3.	<u>El condominio naval</u>	254
3.3.	<u>LA COMUNIDAD INDIVISIBLE COMO COMUNIDAD GERMÁNICA</u>	256
4.	<u>SUPUESTOS EN QUE RESULTA APLICABLE EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LOS ARTS. 404 Y 1062 CC</u>	257
4.1.	<u>CUANDO DE HACER LA DIVISIÓN LA COSA RESULTE INSERVIBLE PARA EL USO A QUE SE DESTINA</u>	257
4.2.	<u>CUANDO LA COSA FUERE ESENCIALMENTE INDIVISIBLE</u>	264
4.3.	<u>CUANDO DESMEREZCA MUCHO POR SU DIVISIÓN</u>	270
5.	<u>REQUISITOS PARA LA DIVISIÓN CIVIL O ECONÓMICA</u>	274
6.	<u>APRECIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA INDIVISIBILIDAD, CONDICIÓN DE INSERVIBLE O DESMEREZCIMIENTO DE LA COSA</u>	277
7.	<u>LA DIVISIÓN MEDIANTE LA ADJUDICACIÓN DE PISOS O LOCALES</u>	281
8.	<u>LA INDIVISIBILIDAD DE LA CUOTA</u>	284
	 <u>CAPÍTULO VII: NORMATIVA APLICABLE A LA DIVISIÓN DE COSA COMÚN</u>	 287
	 <u>CAPÍTULO VIII: EFECTOS DE LA DIVISIÓN</u>	 291
1.	<u>ENTRE LOS COPROPIETARIOS</u>	293
2.	<u>FRENTE A TERCEROS</u>	296
2.1.	<u>ACREEDORES Y CESIONARIOS DE LOS PARTÍCIPES. FACULTADES</u>	298
2.1.1.	<u>Oponerse a la división</u>	299
2.1.2.	<u>Concurrir a la división</u>	300
2.1.3.	<u>Impugnar la división consumada</u>	300
2.2.	<u>TERCEROS TITULARES DE DERECHOS REALES SOBRE LA COSA COMÚN</u>	301
2.3.	<u>TERCEROS TITULARES DE DERECHOS PERSONALES CONTRA LA COMUNIDAD</u>	310
	 <u>SEGUNDA PARTE: ASPECTOS DE DERECHO PROCESAL</u>	 313
	 <u>CAPÍTULO IX: COMPETENCIA</u>	 315
1.	<u>COMPETENCIA OBJETIVA</u>	317
1.1.	<u>REGLA GENERAL: COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA</u>	317
1.2.	<u>ESPECIALIZACIÓN DE ALGUNOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA</u>	317
1.2.1.	<u>Juzgados de Familia</u>	318
1.2.2.	<u>Juzgados de Incapacidades y Tutelas</u>	323
1.2.3.	<u>Juzgados de Asuntos Hipotecarios</u>	323
1.3.	<u>JUZGADOS DE PAZ</u>	324
1.4.	<u>JUZGADOS DE LO MERCANTIL</u>	324

1.5. <u>JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER</u> .....	325
2. <u>COMPETENCIA FUNCIONAL</u> .....	328
3. <u>COMPETENCIA TERRITORIAL</u> .....	330
4. <u>REPARTO Y DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL</u> .....	333
<b><u>CAPÍTULO X: PARTES PROCESALES</u></b> .....	<b>335</b>
1. <u>CAPACIDAD</u> .....	337
1.1. <u>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</u> .....	337
1.2. <u>BREVE REFERENCIA A LAS MEDIDAS DE APOYO</u> .....	341
1.2.1. <u>Apoyo provisional</u> .....	343
1.2.2. <u>Medidas de apoyo voluntarias</u> .....	343
1.2.2.1. <u>Disposiciones reguladoras de la propia discapacidad</u> .....	343
1.2.2.2. <u>Poderes y mandatos preventivos</u> .....	344
1.2.2.3. <u>Autocuratela</u> .....	345
1.2.3. <u>Medidas de apoyo legales</u> .....	346
1.2.3.1. <u>Curatela</u> 346	
1.2.3.2. <u>Guarda de hecho</u> .....	347
1.2.3.3. <u>Defensor judicial</u> .....	348
1.3. <u>CAPACIDAD PARA SER PARTE</u> .....	348
1.4. <u>CAPACIDAD PROCESAL</u> .....	349
1.4.1. <u>Formulación general</u> .....	349
1.4.2. <u>Menores de edad no emancipados</u> .....	350
1.4.2.1. <u>Representación</u> .....	350
1.4.2.2. <u>Asistencia</u> 350	
1.4.2.3. <u>Autorización</u> .....	351
1.4.3. <u>Concebidos y no nacidos</u> .....	352
1.4.4. <u>Menores de edad emancipados</u> .....	352
1.4.5. <u>Personas con medidas de apoyo</u> .....	354
1.4.6. <u>Concurtido</u> .....	356
1.4.7. <u>Ausente</u> 358	
1.4.8. <u>Habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial</u> 359	
2. <u>POSTULACIÓN</u> .....	361
3. <u>LEGITIMACIÓN</u> .....	361
3.1. <u>LEGITIMACIÓN ACTIVA</u> .....	361
3.1.1. <u>Comuneros</u> .....	361
3.1.2. <u>Acreedores</u> .....	369
3.1.3. <u>Cesionarios</u> .....	371
3.1.4. <u>Titulares de derechos reales</u> .....	371
3.1.5. <u>Titulares de cuota ganancial</u> .....	374
3.1.6. <u>Titular de la vivienda familiar cuando su uso exclusivo esté atribuido al otro cónyuge</u> 376	
3.1.7. <u>“Subcomuneros”</u> .....	380
3.1.8. <u>Condómino declarado en concurso</u> .....	380
3.2. <u>LEGITIMACIÓN PASIVA</u> .....	381
3.2.1. <u>Comuneros. Litisconsorcio pasivo necesario</u> .....	381
3.2.2. <u>Acreedores</u> .....	393



3.2.3. <u>Titulares de derechos reales</u> .....	393
3.2.4. <u>Arrendatarios</u> .....	395
3.2.5. <u>Comunero casado bajo el régimen económico matrimonial de gananciales</u> .....	396
3.2.6. <u>Condómino declarado en concurso</u> .....	398
3.2.7. <u>Entes administrativos</u> .....	399
4. <u>INTERVENCIÓN DE ACREEDORES Y CESIONARIOS DE LOS PARTÍCIPES</u> .....	400
4.1. <u>FUNDAMENTO</u> .....	400
4.2. <u>PRECLUSIÓN</u> .....	405
4.3. <u>SOLICITUD</u> .....	406
4.4. <u>DECISIÓN</u> .....	406
4.5. <u>EFFECTOS</u> .....	415
<b><u>CAPÍTULO XI: OBJETO DEL PROCESO</u></b> .....	<b>421</b>
1. <u>CONCEPTO</u> .....	423
2. <u>ELEMENTOS</u> .....	428
2.1. <u>PETICIÓN</u> .....	428
2.2. <u>FUNDAMENTACIÓN</u> .....	429
3. <u>OBJETO DEL PROCESO EN LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO</u> .....	431
4. <u>AMPLIACIÓN DEL OBJETO PROCESAL</u> .....	432
4.1. <u>ACUMULACIÓN DE ACCIONES</u> .....	433
4.1.1. <u>Definición</u> .....	433
4.1.2. <u>Requisitos</u> .....	433
4.1.3. <u>Acumulación en acciones en el juicio de división de cosa común</u> .....	434
4.2. <u>ACUMULACIÓN DE AUTOS</u> .....	438
4.2.1. <u>Definición y finalidades</u> .....	438
4.2.1. <u>Presupuestos, requisitos y procedimiento</u> .....	442
4.2.3. <u>Acumulación de autos en el juicio de división de cosa común</u> .....	444
<b><u>CAPÍTULO XII: TIPO DE PROCEDIMIENTO</u></b> .....	<b>445</b>
<b><u>CAPÍTULO XIII: FASE DECLARATIVA</u></b> .....	<b>457</b>
1. <u>PREPARACIÓN DEL PROCESO. DILIGENCIAS PRELIMINARES</u> .....	459
2. <u>DEMANDA</u> .....	464
2.1. <u>REQUISITOS</u> .....	464
2.1.1. <u>De carácter subjetivo</u> .....	465
2.1.2. <u>De carácter objetivo</u> .....	466
2.2. <u>DOCUMENTOS QUE HAN DE APORTARSE CON LA DEMANDA</u> .....	468
2.2.1. <u>Documentos procesales</u> .....	469
2.2.2. <u>Documentos relativos al fondo del asunto</u> .....	471
2.2.2.1. <u>Disposiciones generales</u> .....	471
2.2.2.2. <u>Documentos relativos al fondo del asunto en la acción de división de cosa común</u> .....	477
3. <u>POSTURAS PROCESALES DEL DEMANDADO</u> .....	482
3.1. <u>REBELDÍA Y FALTA DE CONTESTACIÓN</u> .....	483
3.2. <u>COMPARECER Y NO CONTESTAR A LA DEMANDA</u> .....	483
3.3. <u>CONTESTACIÓN A LA DEMANDA</u> .....	484
3.3.1. <u>Allanamiento</u> .....	484
3.3.2. <u>Resistencia a la pretensión del demandante</u> .....	490

3.3.2.1. <u>Planteamiento y normas generales</u> .....	490
3.3.2.2. <u>Alegaciones posibles en el juicio divisorio</u> .....	491
3.3.3. <u>Reconvención</u> .....	499
<b><u>CAPÍTULO XIV: FASE INTERMEDIA. AUDIENCIA PREVIA</u></b> .....	<b>509</b>
1. <u>FUNCIÓN DE EVITACIÓN DEL JUICIO. INTENTO DE CONCILIACIÓN O TRANSACCIÓN</u> .....	512
2. <u>FUNCIÓN SANEADORA. EXAMEN Y RESOLUCIÓN DE CUESTIONES PROCESALES</u> .....	520
2.1. <u>FALTA DE CAPACIDAD DE LOS LITIGANTES O DE REPRESENTACIÓN</u> .....	523
2.2. <u>INDEBIDA ACUMULACIÓN DE ACCIONES</u> .....	532
2.3. <u>FALTA DEL DEBIDO LITISCONSORCIO</u> .....	534
2.4. <u>COSA JUZGADA O LITISPENDENCIA</u> .....	540
2.5. <u>INADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO</u> .....	548
2.5.1. <u>Por razón de la cuantía</u> .....	548
2.5.2. <u>Por razón de la materia</u> .....	551
2.6. <u>DEMANDA, RECONVENCIÓN O CONTESTACIÓN DEFECTUOSAS</u> .....	555
2.7. <u>CUESTIONES PROCESALES ANÁLOGAS</u> .....	561
3. <u>FUNCIÓN DELIMITADORA. FIJACIÓN DEL OBJETO DEL DEBATE</u> .....	566
3.1. <u>ALEGACIONES COMPLEMENTARIAS Y ACLARATORIAS. PRETENSIONES COMPLEMENTARIAS. HECHOS ACAECIDOS O CONOCIDOS CON POSTERIORIDAD A LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN. PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS SOBRE DICHOS EXTREMOS</u> .....	568
3.1.1. <u>Alegaciones complementarias</u> .....	568
3.1.2. <u>Alegaciones aclaratorias y rectificación de extremos secundarios</u> .....	577
3.1.3. <u>Pretensiones accesorias y complementarias</u> .....	581
3.1.4. <u>Alegación de hechos nuevos o de nuevo conocimiento</u> .....	585
3.1.5. <u>Presentación de documentos y aportación de dictámenes</u> .....	589
3.2. <u>POSICIÓN DE LAS PARTES ANTE LOS DOCUMENTOS Y DICTÁMENES PRESENTADOS</u> .....	590
3.3. <u>FIJACIÓN DE LOS HECHOS CONTROVERTIDOS. SENTENCIA INMEDIATA</u> .....	594
4. <u>FUNCIÓN DE PROPOSICIÓN Y ADMISIÓN DE PRUEBA. SEÑALAMIENTO DEL JUICIO</u> .....	596
<b><u>CAPÍTULO XV: FASE PROBATORIA (1). LA PRUEBA. CARGA Y VALORACIÓN. MEDIOS DE PRUEBA</u></b> .....	<b>603</b>
1. <u>LA PRUEBA</u> .....	605
1.1. <u>CONCEPTO</u> .....	605
1.2. <u>CARACTERES</u> .....	607
1.2.1. <u>La prueba como actividad procesal</u> .....	607
1.2.2. <u>La prueba y los principios de aportación e investigación</u> .....	608
1.3. <u>OBJETO</u> 609 .....	610
1.3.1. <u>Afirmaciones fácticas</u> .....	610
1.3.1.1. <u>Afirmación</u> .....	612
1.3.1.2. <u>Pertinencia, relevancia y utilidad</u> .....	612
1.3.1.2.1. <u>Hechos notorios</u> .....	614
1.3.1.2.2. <u>Presunciones</u> .....	616
1.3.1.3. <u>Disconformidad</u> .....	620
1.3.1.4. <u>Licitud</u> 622 .....	622
1.4. <u>DERECHO</u> .....	630
1.4.1. <u>La costumbre</u> .....	632
1.4.2. <u>El Derecho extranjero</u> .....	634

1.4.2.1. Regulación anterior a la actual LEC.....	634
1.4.2.2. Regulación de la actual LEC.....	639
1.4.2.3. Cuestiones controvertidas.....	641
1.4.2.4. La Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil.....	655
1.4.3. Normas estatutarias.....	659
1.5. MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA.....	660
2. CARGA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	662
2.1. CARGA DE LA PRUEBA.....	662
2.1.1. Concepto.....	662
2.1.2. Caracteres.....	665
2.1.3. La carga de la prueba en la LEC.....	670
2.1.4. Examen de la carga de la prueba en los juicios de división de cosa común.....	672
2.2. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	683
2.2.1. Significado.....	683
2.2.2. Sistemas de valoración.....	684
2.2.3. Apreciación conjunta de la prueba.....	685
3. MEDIOS DE PRUEBA.....	686
3.1. FUENTES Y MEDIOS.....	686
3.2. ENUMERACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.....	688

## **CAPÍTULO XVI: FASE PROBATORIA (2). EXAMEN ESPECÍFICO DE LAS PRUEBAS DOCUMENTAL Y PERICIAL..... 689**

1. PRUEBA DOCUMENTAL.....	691
1.1. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES.....	692
1.2. EL DOCUMENTO.....	693
1.2.1. Concepto.....	694
1.2.2. Elementos.....	699
1.2.3. Clasificación.....	701
1.2.3.1. Documentos públicos.....	702
1.2.3.2. Documentos privados.....	703
1.2.4. Copias reprográficas.....	704
1.3. VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL.....	705
1.3.1. De los documentos públicos.....	705
1.3.2. De los documentos privados.....	708
1.4. PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO DE DIVISIÓN DE COSA COMÚN.....	711
1.4.1. Demandante.....	711
1.4.2. Demandado.....	716
2. PRUEBA PERICIAL.....	721
2.1. PRECISIONES CONCEPTUALES.....	722
2.2. NATURALEZA JURÍDICA.....	723
2.2.1. Función de auxilio del juez.....	723
2.2.2. Medio de prueba.....	724
2.2.3. Postura intermedia.....	725
2.3. OBJETO.....	726
2.4. SISTEMA DE DICTÁMENES EN LA LEC.....	728
2.5. EL PERITO.....	731
2.5.1. Distinción de figuras afines.....	731
2.5.2. Capacidad.....	737

2.5.3. <u>Derechos y deberes</u> .....	739
2.5.3.1. <u>Derechos</u>	739
2.5.3.2. <u>Deberes</u>	741
2.6. <u>VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA PERICIAL</u> .....	744
2.7. <u>PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO DE DIVISIÓN DE COSA COMÚN</u> .....	747
<b><u>CAPÍTULO XVII: FASE DE CONCLUSIÓN Y SENTENCIA</u></b> .....	<b>759</b>
1. <u>CONCLUSIONES, INFORMES E ILUSTRACIÓN DEL TRIBUNAL</u> .....	761
1.1. <u>CONCLUSIONES</u> .....	761
1.2. <u>INFORMES</u> .....	762
1.3. <u>ILUSTRACIÓN DEL TRIBUNAL</u> .....	763
2. <u>DILIGENCIAS FINALES</u> .....	764
2.1. <u>CONCEPTO</u> .....	764
2.2. <u>FUNDAMENTO</u> .....	764
2.3. <u>NATURALEZA JURÍDICA</u> .....	765
2.3.1. <u>Actos de prueba</u> .....	765
2.3.2. <u>Facultad de dirección material del proceso</u> .....	766
2.4. <u>ÁMBITO DE APLICACIÓN</u> .....	767
2.5. <u>PRESUPUESTOS</u> .....	769
2.5.1. <u>Diligencias finales acordadas a instancia de parte</u> .....	769
2.5.2. <u>Diligencias finales acordadas de oficio</u> .....	772
3. <u>SENTENCIA</u> .....	775
3.1. <u>ASPECTOS GENERALES</u> .....	775
3.2. <u>MOTIVACIÓN</u> .....	776
3.2.1. <u>Doctrina del Tribunal Constitucional</u> .....	776
3.2.2. <u>El art. 218.2 de la LEC</u> .....	778
3.2.3. <u>Aplicación práctica a la división judicial de cosa común</u> .....	778
3.3. <u>CONGRUENCIA</u> .....	780
3.3.1. <u>Fundamento</u> .....	780
3.3.2. <u>Clases de incongruencia</u> .....	783
3.3.3. <u>Aplicación práctica a la división judicial de cosa común</u> .....	784
<b><u>CAPÍTULO XVIII: EJECUCIÓN FORZOSA</u></b> .....	<b>793</b>
1. <u>INTRODUCCIÓN</u> .....	795
2. <u>APUNTES DE LA LEC 1881</u> .....	795
2.1. <u>DIVISIÓN IN NATURA</u> .....	796
2.1.1. <u>Según las normas del juicio de testamentaría (art. 406 CC)</u> .....	796
2.1.2. <u>Por árbitros o amigables componedores (art. 402 CC)</u> .....	799
2.1.3. <u>Por las normas de la ejecución de las condenas de hacer (art. 924 LEC 1881)</u> .....	800
2.2. <u>EJECUCIÓN CUANDO LA COSA ES INDIVISIBLE</u> .....	802
3. <u>FORMAS DE CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA</u> .....	804
4. <u>CLASE DE SENTENCIA</u> .....	805
5. <u>CUESTIONES PROBLEMÁTICAS</u> .....	811
5.1. <u>COSA COMÚN MATERIALMENTE DIVISIBLE</u> .....	811
5.2. <u>COSA COMÚN MATERIALMENTE INDIVISIBLE</u> .....	814
5.2.1. <u>Valoración</u> .....	814
5.2.2. <u>Intervención de los comuneros y de terceros</u> .....	816
5.2.3. <u>Condiciones de la subasta</u> .....	819

5.2.3.1. <u>Tipo de subasta</u> .....	819
5.2.3.2. <u>Desarrollo de la subasta</u> .....	821
5.2.3.3. <u>Destino de la suma obtenida</u> .....	826
6. <u>ALTERNATIVAS A LA APLICACIÓN LITERAL DE LAS NORMAS SOBRE SUBASTA</u> .....	828
6.1. <u>PLIEGO DE CONDICIONES PACTADO O DEBATIDO POR LAS PARTES</u> .....	828
6.2. <u>APLICACIÓN DE LA LJV</u> .....	829
7. <u>DOS PROPOSICIONES DE REFORMA</u> .....	831
7.1. <u>INDICACIÓN OBLIGATORIA EN LA DEMANDA DE LAS CONDICIONES DE LA SUBASTA</u> .....	831
7.2. <u>DISEÑO DE UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL</u> .....	832
<u>CAPÍTULO XIX: COSTAS PROCESALES</u> .....	<b>837</b>
1. <u>CONCEPTO</u> .....	839
2. <u>EN FASE DECLARATIVA</u> .....	841
3. <u>EN FASE DE EJECUCIÓN</u> .....	853
<u>ANEXOS</u> .....	<b>863</b>
<u>TEXTOS LEGALES</u> .....	865
<u>ÍNDICE DE RESOLUCIONES</u> .....	869
<u>ÍNDICE DE AUTORES</u> .....	885
<u>BIBLIOGRAFÍA</u> .....	891



# AGRADECIMIENTOS

---





Todo trabajo de investigación, con su resultado poco provechoso (y olvidado nada más salir a la luz) o relevante (y divulgado por su trascendencia práctica), acertado (y por ello elogiado) o desafortunado (y vituperado sin piedad), es hijo de su autor, rezuma sin disimularlo su personalidad, su formación, pero también las circunstancias que le rodean y el bagaje con el que ha contado para su elaboración. Y este trabajo es un diáfano ejemplo de lo que decimos, porque en mi caso esas circunstancias y ese bagaje no han podido ser más favorables para, al menos, intentar culminar con este estudio tan magno proyecto como es el doctorado. La valoración de su contenido ya no me corresponde, pero sí recordar y agradecer a quienes, de muchas maneras, han propiciado que haya llegado a la meta, inalcanzable e inesperada no hace tanto tiempo.

Por seguir un orden, no necesariamente prioritario en mi ánimo, quisiera dejar constancia de mi más sincero agradecimiento a la **Biblioteca Central de la UNED**, de cuyos ingentes fondos (y no solo de la sección de Derecho) me he aprovechado sin rubor ninguno. Dos departamentos merecen un reconocimiento específico. Por un lado, la **Hemeroteca de Derecho**; tantas tardes consultando artículos de revistas me permitió intimar con su abnegado y excelente personal, a la par que se me ponía al alcance doctrina que de otra manera no hubiera conocido. Por otro, el **Servicio de Préstamo Interbibliotecario**, tan frecuentado por mí que uno de sus diligentes responsables me reconoció que era conocido en el departamento como el “usuario favorito”. Creo que su educación le hizo cambiar el término, en el momento de expresármelo, ‘favorito’ por el de ‘pesado’, pero, dejando de lado la jocosa anécdota, quiero poner de relieve que varios capítulos del presente trabajo no habrían sido posible sin la bibliografía facilitada por este servicio. Libros antiguos y, especialmente, descatalogados, disponibles en otras Universidades, nacionales e internacionales, llegaron a mis manos gracias a su intachable predisposición y profesionalidad. Gracias de corazón.

Este espacio de agradecimientos me brinda la oportunidad de recordar la figura del **letrado de la Administración de Justicia**, aún hoy en día tantas veces subestimada, siempre infrutilizada, y a menudo denostada, y ello pese a las reformas procesales aprobadas a partir de 2009. ¿Cómo olvidar aquella afirmación de un magistrado, titular de uno de los juzgados al que me llevó mi periplo profesional, de que el secretario judicial (entonces recibía tal denominación) debía desaparecer por la anomalía que causaba en el funcionamiento del órgano la ‘bicefalia’ en la dirección del órgano? Argumentos que pueden socavarse fácilmente, pero los reproches que merece esa forma de pensar no me han llevado a traer aquí al LAJ, como se emplea en la práctica de foro. Es momento de agradecimientos, y de estos tengo muchos a mi profesión y a mis compañeros. La envidiable formación teórica y práctica del Cuerpo Superior Jurídico de Letrados de la Administración de Justicia me ha facilitado, en muchos aspectos, la elaboración de este trabajo, muy en especial la parte dedicada al Derecho procesal, no solo por los conocimientos, también por la habitualidad en la consulta de jurisprudencia y doctrina. Y la gratitud ha de hacerse extensiva a tantos compañeros con los que he discutido sobre la ejecución de sentencias estimatorias de la pretensión divisoria de cosa común. Algunas

ideas que se expresan en el respectivo capítulo proceden de esos intercambios de opiniones. A todos ellos, mi sincero recuerdo y mis ánimos más exaltados.

En tercer lugar, quiero recordar y agradecer, con todo el cariño que mi pobre vocabulario y las limitaciones del medio escrito me permiten, a mi **familia**. Mi padre nos dejó siendo demasiado joven y nosotros demasiado necesitados de él. No me cabe la menor duda que, allí, estará feliz de ver que sus esfuerzos han tenido cumplida recompensa en sus hijos. Mi madre, con un silencioso sacrificio, ha sabido ocupar el espacio dejado por su esposo y aumentar el suyo propio hasta desbordarse. Para ellos, mis recuerdos y mis más afectuosos abrazos.

Por último, un recordatorio muy especial para la **Profesora M.<sup>a</sup> Fernanda Moretón**: si he llegado hasta aquí es por su insistencia. Sigue muy vivo en mi recuerdo el día en que expuse el trabajo de fin de máster ante un tribunal del que ella formaba parte. Al finalizar, se me acercó y cordialmente me propuso tomar algo en la cafetería de la Facultad de Derecho; obviamente, no pude ni quise declinar tal oferta. Ya sentados, con unas bebidas delante, me sugirió seguir adelante mi formación con los estudios de doctorado. ¡Sorpresa mayúscula! Nada más lejos de mi intención que embarcarme en viaje tan arduo y pesados; pero sus palabras de ánimo y sus razones consiguieron, a modo de astuto artificio, hipnotizarme (¡cómo iba a llevar la contraria a tan sabia persona—pensé—), y, en los pocos días que restaban para finalizar el plazo de inscripción, presenté todos los documentos exigidos y cumplimenté la matrícula. He de reconocer que actué como un autómatas, movido por el peso de la autoridad de quien se ha convertido en la directora de esta tesis. Después de esos días tan ajetreados, ya con tiempo para meditar sosegadamente, comprendí cuán acertada estaba la Profesora M.<sup>a</sup> Fernanda, porque me ha regalado la oportunidad de ponerme a prueba, de crecer como jurista e investigador y, ante todo, conocer a una profesional sin par y mejor persona si aun cabe. Trabajadora infatigable, prudente, brillante, desinteresada... y todas estas cualidades, y muchas más, las transmite a quien tiene la suerte de seguir su estela, como yo. Profesora (y en no pocas ocasiones, casi terapeuta), a ti va dirigido mi más profundo agradecimiento, con la esperanza de no defraudarte demasiado.

En Cubas de la Sagra, el día de San Virgilio de Salzburgo de 2021

# INTRODUCCIÓN

---

El motivo último de este trabajo de investigación se halla en la práctica profesional como Letrado de la Administración de Justicia. Ni un solo aspecto de la ejecución de la sentencia estimatoria de una pretensión divisoria, deja de presentar obstáculos, muchos solo superables a fuerza de violentar el texto de las leyes hasta el punto de hacer tambalear, cuando menos, el principio de seguridad jurídica que necesariamente ha de regir las normas procesales, si lo que se pretende es garantizar la igualdad de cargas y oportunidades entre las partes.

Quizá, de entre todos esos óbices, el que más destaca es el relativo a la subasta de la cosa común, como forma de proceder a la extinción del proindiviso. Sin embargo, no se reducen a tal cuestión: la consideración formal de ejecutante y ejecutado y las costas de la ejecución me suponían un considerable número de horas de estudio, de consulta de jurisprudencia y doctrina, en búsqueda de solución a situaciones que poco tienen que ver con la ordinaria ejecución de sentencias de condena al pago de una cantidad de dinero.

La razón de este desconcierto es la ausencia de toda norma en nuestra LEC sobre la ejecución a que nos referimos, que obliga a los operadores jurídicos a aplicar algunos preceptos de la misma, previstos para otros fines, cuyo encaje no solo exige una enrevesada exégesis, sino que, a menudo, no logra el propósito pretendido, complicando más, si cabe, la dinámica del procedimiento de ejecución de este tipo de sentencias. Se llega, incluso, a afirmar la aplicabilidad de las normas de la LJV sobre subastas voluntarias, lo que resulta contradictorio ya que implicaría someter la realización del bien común a quienes, desde el principio, han mostrado escasa afinidad entre sí para conseguir un acuerdo que ponga fin a la situación de indivisión.

Precisamente, en el objetivo de conocer, de aprehender, todo cuanto se hubiera dicho sobre el tema por la doctrina y la jurisprudencia, estaba el propósito primigenio de mi estudio. No buscábamos nunca una solución brillante y audaz que resolviera, definitivamente, cuantos problemas se plantean en esta ejecución: éramos conscientes, por lado, de nuestras limitaciones, y, por otro, que era una meta fuera de nuestro alcance. Solo el legislador es, a la par, culpable de esta situación indeseada y protagonista único en su solución. Por nuestra parte, nos contentábamos con saber qué alternativas se aplicaban en otros órganos judiciales, qué proponía la doctrina o, ante todo, qué acordaban las Audiencias Provinciales.

Empero, desde que comenzamos esta singladura, pronto descubrimos que para abordar en su plenitud la ejecución, era más que necesario un conocimiento de cierto notable envergadura sobre la tramitación del proceso de cognición con el que se forma el título ejecutivo, esto es, de los actos procesales que, desde la demanda como escrito iniciador del proceso, desembocan, generalmente, en la sentencia que resuelve el litigio entablado. Y es que, buena parte de las controversias suscitadas en la ejecución de esa sentencia, se arrastran del propio proceso cognitivo. A ello se suman particularidades específicas de la división judicial de la cosa común, como la intervención del acreedor de uno de los comuneros, reconocida en el art. 403 CC y que, salvo error u omisión, no ha sido objeto de la debida atención que merece.

Estas circunstancias ahora resumidas nos llevaron a la decisión de ampliar nuestro campo de estudio. Ya no se trataba de resolver, digna y cercanamente próxima al espíritu de la ley, las dificultades interpretativas de la ejecución sino, a mayor abundamiento, elaborar y proponer una aproximación a los trámites del proceso de división, en todas sus fases, desde la demanda hasta la sentencia estimatoria y su ejecución. La idea fue y consiste, en tratar los diferentes actos que, de manera genérica regula la LEC, para destacar lo que de peculiar presenta el juicio de división de cosa común.

Una suerte de concatenación metodológica nos evidenció que tampoco podía abordarse el análisis del proceso, aun centrado en la pretensión de división, si no eran estudiados los preceptos que el CC dedica a la propia división de la cosa común (arts. 400 a 406). Resultarán del todo vanos los esfuerzos por acercarnos a los aspectos de Derecho procesal si no se poseen los conocimientos necesarios de los propios del Derecho civil. Y esos conocimientos no bastan con una asimilación superficial o limitada a la proclamación general de que ningún copropietario puede ser obligado a permanecer en la comunidad. Solo con un estudio pormenorizado, pongamos por caso, del pacto de indivisión, llegará a comprenderse la excepción que el demandado puede oponer al demandante a fin de contrarrestar la pretensión divisoria. Los ejemplos podrían sucederse para demostrar la íntima conexión que presentan las dos vertientes, la procesal y la sustantiva, que hacen necesario su abordamiento conjunto.

He aquí la explicación última que nos indujo a tratar todas estas cuestiones, si bien, para su exposición y a la vista de las razones apuntadas, hemos invertido el orden: primero, la normativa del CC y demás legislación concomitante; segundo, los preceptos de la LEC, con breve explicación de las normas generales y su adaptación al tema central de nuestra materia. Resulta obvia la justificación de tal proceder; la lógica exige tal metodología. Como también resulta evidente que es imposible agotar la totalidad de las cuestiones que pueden surgir. En su virtud, nos hemos centrado en aquellas que nos parecen necesarias, a la par que más interesantes, para acercar y afrontar con garantías y de forma razonada la problemática de la división judicial de la cosa común.

Todos estos argumentos dan cumplido fundamento a la estructuración del trabajo en dos partes diferenciadas temáticamente, pero, como se ha dicho, en estrecha conexión. A estas alturas de la justificación de este trabajo, resulta innecesario mencionar que el estudio se limita a abordar las cuestiones que suscita la división judicial de la cosa común. Dejamos de lado, salvo para reconocer las menciones imprescindibles (siempre puntuales), a la división realizada por los propios integrantes del proindiviso o por árbitros o amigables componedores.

En cuanto a la **PRIMERA PARTE**, la dedicada a los aspectos de Derecho sustantivo que fundamentan la pretensión divisoria, reconocemos que es una materia bastante discutida doctrinalmente, desde tiempo atrás, y asentada en la jurisprudencia prácticamente desde la entrada en vigor del CC. Por esto, hemos pretendido centrar nuestra atención en aspectos no tan “trillados” o, siéndolos, aproximarlos desde ciertas perspectivas que, si no novedosas (aunque algunos de ellos ciertamente participan de tal carácter), sí diferentes en su enfoque y metodología.

Incluye esta parte ocho capítulos. El primero sirve de pórtico y, para la abrumadora doctrina, la piedra miliar de la acción que se concede a cada condómino para instar la extinción de la comunidad: el secular rechazo a toda situación de comunidad, cuyos fundamentos se hacen retroceder al Derecho romano, con la cita constante de los mismos pasajes de la compilación de Justiniano. De ahí que se haya decidido intitular este **CAPÍTULO I** como **JUSTIFICACIÓN DE LA *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO*. EL RECELO A LA COMUNIDAD INDIVISA**. En él se repasan las opiniones de autores y tribunales a este fin, que coinciden en señalar todo tipo de invectivas contra la comunidad: fuente continua de discordias por la dificultad de llegar a acuerdos, el carácter antieconómico o la restricción del tráfico jurídico del bien son solo algunos de los motivos que se han aducido para justificar la necesidad de facilitar la división de la cosa común.

En el **CAPÍTULO II: NATURALEZA JURÍDICA DE LA DIVISIÓN**, como su propio nombre indica, se realiza un estudio pormenorizado de la evolución de las diferentes teorías ofrecidas a lo largo de la historia, a partir del Derecho romano, que han pretendido explicar el carácter jurídico de la división. Esta cuestión, desde un punto de vista material relativo a los efectos que produce la propia división, presenta, históricamente, dos posturas fundamentales desarrolladas a lo largo del tiempo, que defienden, respectivamente, el carácter traslativo o declarativo del dominio resultante de la división. Optar por uno u otra, no es una cuestión meramente académica; ostenta un enorme calado práctico, como se comprobará en su momento. Al respecto debemos dejar claras varias cuestiones. Ciertamente, ha sido uno de los aspectos que mayor atención ha merecido de los tratadistas y de los tribunales. Por nuestra parte, sin renunciar a exponer las aportaciones más relevantes, hemos querido incidir en una vertiente muchas veces ignorada: el presupuesto económico que subyace en las diferentes formulaciones, lo que permitirá comprobar que los vaivenes en la materia se deben fundamentalmente a prosaicas explicaciones pecuniarias, como forma de justificar la imposición de impuestos o cargas a la traslación de los bienes de una masa conjunta a los diferentes comuneros. De aquí que insistamos en los orígenes históricos, con especial significación de la jurisprudencia y doctrinas francesas anteriores al Code Napoléon de 1804, donde la cuestión desembocó en encendidas discusiones. Otra puntualización por destacar consiste en que el núcleo del estudio en este apartado viene constituido por las aportaciones que sobre el tema se han dado acerca de la naturaleza jurídica de la partición hereditaria, a la que los autores han dado total prioridad sobre la división de cosa común, precisamente por sus mayores implicaciones tributarias. A ella dedicamos el grueso de este Capítulo, teniendo presente que lo dicho sobre una es aplicable en esencia a la segunda, dejando constancia, eso sí, en un último epígrafe, de las diferencias entre ambas acciones.

A la clase acción en que incluir la de división de la cosa común dedicamos el **CAPÍTULO III: CLASE DE ACCIÓN. ¿LA *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO* COMO ACCIÓN REAL O PERSONAL? LAS ACCIONES MIXTAS**. El título es lo suficiente expresivo para no necesitar explayarnos ahora en su contenido. Es suficiente apuntar que se desarrollan los argumentos ofrecidos en la doctrina y jurisprudencia (como es nuestra línea de trabajo) para incluir la *actio communi dividundo* como acción real, acción personal o en la categoría intermedia de la acción mixta.

Delimitada de esta forma la acción de división, pasamos a estudiar en el **CAPÍTULO IV: CARACTERÍSTICAS DE LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO** las propiedades de la acción que de forma reiterada se señalan: la posibilidad reconocida en el art. 400 CC a cada condómino es una facultad que tiene su origen en la relación de comunidad; irrenunciable por cuanto presenta una dimensión de orden público al afectar al tráfico de bienes; y, como consecuencia de lo anterior, imprescriptible como refleja el aforismo *in facultate non datur praescriptio*; absoluta, como dimanante del derecho de propiedad. Finalmente, dedicamos un apartado a la discusión doctrinal referida a si la facultad de pedir la división es acto de disposición o de administración, con relación al art. 398 CC.

Pero como cualquier facultad, la de pedir que se divida la cosa común no es irrestricta; está sujeta a ciertas limitaciones de diversa naturaleza. Al examen de estas últimas dedicamos el **CAPÍTULO V: LÍMITES A LA FACULTAD DE PEDIR LA DIVISIÓN**, donde son incluidos, como tales límites, la buena fe, el pacto de indivisión, la prohibición de dividir o disponer acordada por los condóminos, la indivisión impuesta por el causante o por el donante y, finalmente, la indivisibilidad jurídica, esto es, la impuesta por la legislación en atención al especial interés que presente la cosa común, cuya protección conduce a vedar el ejercicio de esta facultad.

El **CAPÍTULO VI: INDIVISIBILIDAD ECONÓMICA** trata de aquellos supuestos en que la restricción o eliminación de la facultad de dividir viene condicionada por la naturaleza de la cosa común, que desaconseja su partición material debido a que las fracciones resultantes dejan de prestar el servicio o fin propio del todo. Para este supuesto se prevén mecanismos sustitutivos de la división material: adjudicación de la cosa común a uno de los copartícipes, compensando económicamente a los otros, y venta de la cosa común en subasta pública. Estas alternativas a la división material son también para los casos antes citados de indivisibilidad jurídica. El Capítulo finaliza con sendos apartados dedicados a la división mediante la adjudicación de pisos o locales (art. 401, párr. 2.º, CC) y la indivisibilidad de la cuota.

La remisión que efectúa el art. 406 CC a las reglas concernientes a la división de la herencia, suscita un importante problema interpretativo. La aplicación estricta del precepto puede dar a entender que se han de aplicar, en bloque, las normas reguladoras de la partición hereditaria (arts. 1051 y ss.); pero muchas de ellas resultan de difícil encaje, o directamente inaplicables, a la división de cosa común. Esta cuestión y los intentos por coordinar ambas normativas constituyen el tema del **CAPÍTULO VII: NORMATIVA APLICABLE A LA DIVISIÓN DE COSA COMÚN**.

Esta Primera Parte concluye con el estudio de los efectos que produce la división, distinguiendo entre los copropietarios y los terceros. Dentro de estos últimos, a su vez, diferenciamos acreedores y cesionarios de los propios partícipes de aquellos terceros titulares de derecho reales sobre la cosa común o derechos personales contra la comunidad. Dos aspectos de este **CAPÍTULO VIII: EFECTOS DE LA DIVISIÓN** nos parecen particularmente relevantes. El primero de ellos, relativo a la incidencia de la división entre los condóminos, es la interconexión que presenta esta cuestión con la de la naturaleza jurídica de la división, lo que queda acreditado con la multiplicidad de

términos empleados por los autores y los tribunales a la hora de emplear una expresión adecuada al resultado de la división (consolidación, concreción, determinación, transformación, conversión...), como si, de esta manera, se evitara tomar partido por alguna de las teorías que en el curso del tiempo se han propuesto para explicar la naturaleza jurídica de la extinción del proindiviso. El segundo aspecto es la relevancia que, para nosotros, tienen los efectos de la división sobre los acreedores de los copartícipes. A ellos dedicamos un análisis con cierta profundidad, en especial a las facultades que el art. 403 CC les atribuye: oponerse y concurrir a la división en curso, así como impugnar la división ya realizada o consumada.

La **SEGUNDA PARTE** está toda ella dedicada a los aspectos procesales del ejercicio de la acción de división. No se ha pretendido realizar una suerte de manual de Derecho procesal, simplemente abordar los institutos procesales fundamentales, con una somera introducción general, para después aplicarlos a nuestro tema de estudio, en lo que pudiera tener de singular, que, vuelve a reiterarse, será el método de trabajo seguido.

Esta parte comprende once capítulos, bien que uno de ellos está desdoblado por las razones que se apuntarán, y comprenden todo el curso del procedimiento, desde la demanda como escrito iniciador hasta la ejecución de la sentencia estimatoria. Previamente se incluyen los oportunos apartados dedicados a conceptos generales como la competencia, partes procesales y objeto del proceso, y posteriormente otro sobre las costas procesales.

En efecto, el capítulo que abre la parte de Derecho procesal tiene como protagonista la competencia, distinguiendo, como es habitual, los diferentes tipos: objetiva, funcional y territorial. Se concluye con unas notas sobre las normas de reparto. Es el **CAPÍTULO IX: COMPETENCIA**, de cuyo contenido descuello, así nos parece, el epígrafe dedicado a la competencia objetiva, especialmente, los subapartados de los Juzgados de Familia y Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en la medida que hemos pretendido determinar si estos juzgados especializados conocen de pleitos en que se hacen valer pretensiones divisorias y, de ser así, bajo qué requisitos.

En el **CAPÍTULO X: PARTES PROCESALES**, siguiendo la metodología predominante en la doctrina procesalista, se estudian de manera detenida los presupuestos de capacidad, postulación y legitimación. En cuanto a la capacidad, se dedican epígrafes específicos a la capacidad para ser parte y la capacidad procesal; y en esta última se analizan los diferentes mecanismos regulados para suplir su ausencia. Dejando de lado la postulación, que no presenta particularidad alguna, en el apartado de la legitimación se contemplan minuciosamente los supuestos (evidentes, dudosos y rechazados) según la posición jurídica que el sujeto en concreto mantiene con la cosa que se pretende dividir; se trata, pues, la legitimación activa y pasiva de los comuneros, acreedores, cesionarios, titulares de derechos reales sobre la cosa común, titulares de cuota ganancial, titulares de la vivienda familiar cuando su uso está atribuido al otro cónyuge, los denominados “subcomuneros” y los condóminos en concurso de acreedores. Si en un capítulo anterior de la Primera Parte se estudian las repercusiones que la división produce en acreedores y cesionarios, en este se dedica un apartado destinado a concretar, a efectos procesales,



cómo se desarrollan las facultades que la ley otorga a estos terceros. Realmente no son frecuentes los casos de estas intervenciones, pero los que existen plantean problemas exegéticos, a cuya resolución van dirigidas las reflexiones incluidas en el último epígrafe de este capítulo.

Al concepto del objeto del proceso, sus elementos y ampliación está dedicado el **CAPÍTULO XI: OBJETO DEL PROCESO**. Como ya es norma en nuestra forma de tratar los diferentes temas de estudio, después de examinar la configuración general del objeto del proceso en la legislación procesal civil, trasladamos ese cuerpo jurídico al objeto del proceso divisorio. Especial atención merece la ampliación del objeto procesal, concretamente en su vertiente de acumulación de acciones, pues es frecuente que el demandante, al ejercitar la acción de división, o el demandando al formular la reconvencción, acumule otro tipo de pretensiones, como la de rendición de cuentas o reclamación de cantidad. A este propósito se analizarán las que con frecuencia se dan en la práctica forense.

Aunque ya parece ser cuestión superada, bajo la vigencia de la LEC 1881 era cuestión controvertida el procedimiento por el que debía ventilarse la pretensión divisoria, con tendencia a ofrecer la solución de aplicar las normas reguladoras del proceso de división de herencia. Aunque la actual LEC no contempla proceso especial alguno, existe casi uniformidad en entender que resulta aplicable el proceso ordinario correspondiente según la cuantía. Estas cuestiones son tratadas en el **CAPÍTULO XII: TIPO DE PROCEDIMIENTO**.

El curso del procedimiento, en sus líneas generales, no ha sufrido grandes variaciones desde tiempos medievales. Aquel presenta una primera fase declarativa en la que las partes introducen sus pretensiones; otra segunda de proposición y práctica de la prueba; y una tercera de conclusión y emisión de la sentencia que resuelve el litigio. Solo en puntos concretos, aunque relevantes, se aprecia alguna modificación que, más que alterar este esquema, lo consolida y potencia. En el **CAPÍTULO XIII. FASE DECLARATIVA** se estudian los actos de parte introductorios de las respectivas pretensiones sobre las que versará el pleito. De ahí que se analicen pausadamente la demanda y contestación a la demanda, los requisitos subjetivos y objetivos, los documentos procesales y de fondo que han de aportarse a estos escritos iniciadores. Se analizan también otras posibles posturas del demandado y se incluye un apartado previo relativo a las diligencias preliminares como instrumento de preparación de la demanda. Y, como en los restantes capítulos, dirigimos siempre nuestro punto de vista a la pretensión divisoria; de ahí que hagamos hincapié, respecto de las diligencias preliminares, en que para el futuro juicio divisorio pueden resultar trascendentales en orden, por ejemplo, a conocer la identidad de todos los integrantes del condominio o acceder a ciertos documentos, como también en los documentos de fondo, que son los que presentan mayor singularidad en lógico paralelo a la particularidad del objeto de estos juicios.

La proposición y práctica de la prueba se desarrolla, en el juicio ordinario (que es el que tomamos como referencia, sin perjuicio de las correspondientes menciones al juicio verbal), en dos fases: la denominada fase intermedia y la fase probatoria. La fase

intermedia, que tiene lugar en la audiencia previa, tiene por objeto diversas finalidades que se resumen en dos fundamentales: evitar y, en su caso, preparar el juicio oral. Más en detalle, con la función de evitación del juicio se pretende conciliar a las partes o propiciar que estas lleguen a un acuerdo. Es una función que, a nuestro modo de entender, se encuentra subestimada, hasta convertirse en un mero formulismo de constatación de que pervive la desavenencia, y, en lo que nos concierne, totalmente desaprovechada, considerando que una buena parte de los litigios divisorios se reducen a la forma de practicar la división de la cosa común, campo abonado para impulsar esta función de evitación. La preparación del juicio, obviamente para cuando no es posible llegar a ningún acuerdo, se consigue mediante la sucesión de diferentes actos: el examen y resolución de cualesquiera defectos o cuestiones procesales que, de persistir, impedirían que el juez pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto (función saneadora); la fijación del objeto del debate, para determinar definitivamente la controversia (función delimitadora); y, finalmente, una vez delimitado el objeto del juicio y corregidos todos los defectos procesales, proponer la prueba que interese a las partes y decidir por el juez su admisibilidad (función de proposición y admisión de prueba), fijándose la fecha del juicio. Todas estas funciones son desarrolladas en el **CAPÍTULO XIV: FASE INTERMEDIA. AUDIENCIA PREVIA.**

El estudio de la fase probatoria lo hemos dividido en dos capítulos: su importancia así lo exige. El título del primero de ellos, **CAPÍTULO XV: FASE PROBATORIA (1). LA PRUEBA. CARGA Y VALORACIÓN. MEDIOS DE PRUEBA**, dice todo acerca de su contenido. De la prueba se ofrecen un concepto, sus caracteres y objeto. No dejan de ser aproximaciones elaboradas por la doctrina y que aquí se extractan en sus aspectos básicos. Más interés presenta, para nosotros y para el fin perseguido por este estudio, el apartado referente a la carga y valoración de la prueba, significativamente el examen de las normas sobre la carga de la prueba aplicadas en el juicio de división de cosa común, para cuando no hayan quedado debidamente acreditados los hechos que constituyen el presupuesto del derecho a la división o su resistencia. Concluye este capítulo con la distinción entre fuentes y medios de prueba y una enumeración de estos últimos.

No es nuestro propósito examinar las diferentes pruebas reguladas en la ley procesal. Hecha esta advertencia, existen dos medios de prueba que nos resultan fundamentales en el juicio de división y que por ello merecen atención con cierta amplitud: la documental y la pericial. En el **CAPÍTULO XVI: FASE PROBATORIA (2). EXAMEN ESPECÍFICO DE LAS PRUEBAS DOCUMENTAL Y PERICIAL** desarrollamos estos medios probatorios y su aplicación al juicio que es el centro de este trabajo, en cuanto que representan, con diferencia, los más empleados por las partes para acreditar los hechos constitutivos de sus pretensiones.

A la finalización del proceso por sentencia, pues no se abordan los medios anormales de terminación, destinamos el **CAPÍTULO XVII: FASE DE CONCLUSIÓN Y SENTENCIA**, en el que, además, se incluye un epígrafe a las diligencias finales. Nuevamente debemos insistir en la aplicación e incidencia de la normativa genérica de las anteriormente denominadas diligencias para mejor proveer, así como la motivación y congruencia de la sentencia, en la división judicial de cosa común.

El siguiente capítulo está dedicado a uno de los aspectos más indefinidos, y por esto más controvertidos, del tema que nos ocupa: la ejecución forzosa de la sentencia estimatoria de una pretensión divisoria. El **CAPÍTULO XVIII: EJECUCIÓN FORZOSA** comienza con unos apuntes sobre el estado de la cuestión en la LEC 1881. Esta remisión no resulta baladí, pues el tratamiento contradictorio que autores y tribunales dieron al procedimiento de ejecución de estas sentencias ha sido heredado por la LEC 2000. La falta de previsión específica por el legislador, como el de 1881, ignorando las particularidades del juicio de división de cosa común, suscita todo tipo de problemas que la doctrina ha pretendido resolver aportando diversas propuestas, que son analizadas valorando su adaptación o inadecuación a la singularidad de esta ejecución. Entendemos que el punto de partida de cualquier acercamiento a esta materia descansa en la determinación de la clase de sentencia que se pretende ejecutar, esto es, qué tipo de sentencia es la divisoria según la naturaleza del objeto procesal. Solo así podrán eludirse problemas de índole teórica pero con relevantes repercusiones prácticas. Basta comprobarlo con la mera lectura del art. 521 LEC, donde se prohíbe la ejecución de las sentencias meramente declarativas y las constitutivas. Terminamos este capítulo con sendos apartados dedicados a las más recientes alternativas a la aplicación literal de las normas sobre la subasta y a diferentes propuestas de reforma de la ley.

Por último, el **CAPÍTULO XIX: COSTAS PROCESALES**, trata otra cuestión en la que tampoco existe unanimidad: ¿quién debe abonar los desembolsos económicos generados a consecuencia del litigio? Las dudas a tan (aparentemente) sencilla pregunta surgen de nuevo de la singularidad de los juicios divisorios, donde demandante y demandado tienen un interés común que condiciona la asunción por uno de ellos de todos los gastos subsumibles en el concepto de costa procesal. Por ello, cabe cuestionarse que, tanto en fase declarativa como en fase de ejecución, deban regir las normas generales sobre condena en costas.

A fin de facilitar las consultas, se insertan, en el apartado **ANEXOS**, un listado de los textos legales empleados y su fuente, los índices de resoluciones (judiciales y administrativas) y de autores citados, así como la necesaria bibliografía.

Este es, *grosso modo*, el esquema interno del trabajo. Corresponde ahora realizar unas advertencias sobre la terminología y citas de autores extranjeros. En cuanto a la primera, utilizamos indistintamente, salvo precisión en contrario, los términos comunidad y copropiedad. Ciertamente que no toda comunidad recae sobre el derecho de propiedad, pues pueden darse situaciones de proindiviso sobre otros derechos reales, pero su frecuencia e importancia justifican esa identificación. Una mención específica o el contexto revelarán el empleo de las expresiones en su sentido estricto.

Respecto a las citas de la doctrina, se ha intentado respetar al máximo las opiniones vertidas en este trabajo de investigación. Las expresiones literales, como es obvio, van entrecomilladas. Cuando se resumen afirmaciones de autores extranjeros, escritas en su idioma nativo, hemos procedido a su traducción a fin de facilitar el hilo conductor de la exposición, lo que se indica a pie de página, junto a la referencia de la obra, con la

abreviatura 'trad.'. El acierto o error de la traducción es mérito o culpa exclusivamente nuestra, y de uno y otra nos hacemos cargo.

## **CONCLUSIONES**

---

Distinguimos, nuevamente, entre los aspectos sustantivos (I) y los procesales (II), pero dejando constancia de su interrelación, como se ha intentado demostrar a lo largo de este trabajo y como se señalará oportunamente en estas conclusiones.

**I.1.** Con la intención de justificar la división, se ha repetido, a modo de dogma secular, que el condominio es un estado anormal de la propiedad privada, poco eficiente y generador de continuos enfrentamientos entre sus integrantes, por lo que se ha de favorecer su extinción por todas las maneras posibles. Se propone como paradigma el Derecho romano y se rescatan expresiones como *communio est mater discordiarum* y otras similares para reflejar el recelo que los jurisconsultos sentían a esta situación antijurídica. Este posicionamiento, asumido sin discusión por los tribunales, merece, al menos, dos reproches: *i*) Lo que nos ha llegado de los jurisprudentes romanos es resultado de la selección de los compiladores justinianos, por lo que nadie puede asegurar que no existieran opiniones divergentes que fuesen descartadas por no resultar del interés de los redactores del *Corpus*. Además, las citas (muchas de ellas profundamente interpoladas), se refieren a casos problemáticos planteados al experto para que emitiera su opinión sobre las posibles soluciones, por lo que es razonable pensar que las comunidades que no generaban controversias, que podrían ser las habituales, no llegaban al conocimiento de los juristas. *ii*) Los calificativos de antieconómica, no funcional e indeseada referidos a la copropiedad son temerariamente apriorísticos; solo los condóminos están en condiciones de juzgar si la indivisión les aprovecha como para continuar en la misma.

**I.2.** La naturaleza jurídica de la división ha sido largamente tratada y debatida, especialmente a propósito de la división hereditaria, y la jurisprudencia, a modo de efecto reflejo, ha oscilado a la par que las propias formulaciones doctrinales. Sin menospreciar la importancia de las categorías y definiciones jurídicas de las instituciones, se constata cómo las teorías históricamente predominantes sobre la naturaleza de la partición de la herencia, también aplicables a la división de cosa común, obedecen a consideraciones de política legislativa atendiendo a las prioridades de cada momento. En efecto, la teoría traslativa, para la que la partición, tal como era entendida en la antigua Roma, tenía efecto constitutivo porque la propiedad de la porción que ha correspondido a cada coheredero procede de la misma comunidad y, por tanto, aquel adquiere un nuevo derecho sobre la parte que le ha sido adjudicada, es contrarrestada por la teoría declarativa, que defiende que la partición únicamente supone la mera individualización del derecho que cada coheredero, justo antes de la partición, tenía en abstracto, por lo que no hay efecto constitutivo alguno. Y este cambio tiene lugar en la Francia del siglo XVI, en el marco de la lucha contra el feudalismo, con la finalidad de conseguir la exoneración del pago de los derechos fiscales de los grandes señores. Se argumenta que, si la partición no constituye traslación alguna de propiedad porque cada copartícipe recibe su lote directamente del causante, decae el hecho imponible del laudemio que es la atribución de la propiedad. Al margen de consideraciones históricas, hoy en día la postura mayoritaria

en la doctrina científica y jurisprudencial es la que considera la partición como concreción o especificación de la propiedad de los bienes que integran el patrimonio común.

**I.3.** Cuestión abstracta y difusa, en ciertos aspectos, es la relativa a la clase acción de la *actio communi dividundo*. Nos encontramos con defensas en todos los sentidos posibles: i) Acción personal, ya que se basa en las relaciones obligatorias establecidas entre los comuneros, se ejercita contra personas determinadas previamente por el nexo de unión que constituye la propia comunidad, y se dirige a poner fin a las relaciones de derecho existentes. ii) Acción real, en cuanto que nace de la copropiedad y se dirige contra los demás condóminos, con independencia de que pueda ir acompañada de otras pretensiones. iii) Acción mixta, porque tiene su razón de ser en la cosa común, pero se ejercita un derecho rigurosamente personal. No se trata, desde luego, de una cuestión baladí, porque condiciona aspectos tan relevantes como la competencia territorial del órgano que ha de conocer de la demanda de división: en el primer caso, el de la acción de división como acción personal, será competente el juzgado de la circunscripción del domicilio del demandado; si se entiende esta acción como real, lo será el juzgado donde radique la cosa a dividir; y, finalmente, de considerarse como acción mixta, el demandante podrá optar por cualquiera de los dos fueros. Aunque la jurisprudencia no ha sido constante en su posicionamiento sobre esta cuestión, las resoluciones más recientes se decantan por entender esta acción como real.

**I.4.** Como la concepción de la indivisión como situación desfavorable e irremediablemente dirigida a su extinción por los efectos perniciosos que provoca se enseña en los tratadistas y, sobre todo, en los tribunales, es lógico que el derecho-facultad de pedir la división haya sido calificada de irrenunciable, imprescriptible, absoluta y manifestación del derecho propiedad, y en tales términos, que es insólito encontrarse con una sentencia que rechace la acción de división.

**I.5.** Pero por más que se abogue por su carácter absoluto, la facultad de pedir la división conoce ciertas excepciones que, según su naturaleza, suponen que su ejercicio quede postergado en el tiempo, bien porque así se haya pactado entre los condueños (pacto de indivisión) o establecido por el disponente a título gratuito (por el causante en el testamento o por donante), bien porque está excluida (por la ley o porque se pretenda mediando mala fe o abuso de derecho). Empezando por la buena fe, es cierto que la regulación que el Código Civil contiene de la comunidad no hace referencia a la misma, pero, así y todo, no existe duda de su aplicación, teniendo en cuenta la relación de confianza que suele presidir la relación entre sus integrantes. No obstante, nuestros tribunales, dejándose llevar por la pretendida absolutidad del derecho a pedir la división, suelen mostrarse reacios a admitir que su ejercicio sea contrario a la buena fe o con abuso de derecho. La apreciación del abuso de derecho ha de ser totalmente excepcional, reduciéndola a aquellos casos en que la intención de perjudicar es evidente. El pacto de indivisión, por su parte, plantea numerosas controversias que proceden, fundamentalmente, del difícil ajuste entre la idea maximalista de la facultad de pedir la división con la correspondiente previsión legal que permite el pacto. La limitación temporal a diez años se ha justificado, nuevamente y sin fundamento, en el presunto desfavor del legislador a la comunidad. Respecto a esta cuestión, el interrogante

fundamental es si son posibles sucesivas prórrogas y, después de analizar los distintos argumentos esgrimidos por los autores, nos adherimos a quienes entienden que podrán pactarse tantas prórrogas como deseen los comuneros, y que el plazo de diez años lo es respecto de la duración de cada una de ellas. Por lo que se refiere a la indivisión impuesta por el causante, el punto más problemático es la referida a la ineficacia de la prohibición de división, y ello porque la ley realiza una remisión a las causas de extinción de la sociedad que, estudiadas una a una, o plantean insolubles obstáculos o exigen una interpretación adaptada para su aplicación a la división de cosa común. A la indivisión impuesta por el donante es aplicable, *mutatis mutandis*, el régimen de la indivisión ordenada por el testador. Finalmente, la indivisión impuesta por la ley (la que hemos denominado indivisión jurídica) atiende a las peculiaridades de los bienes indivisos (unidades de cultivo, bienes artísticos o históricos, supuestos de propiedad horizontal, etc.) que avalan la prohibición.

**I.6.** Los supuestos de limitaciones a la facultad de pedir la división de la cosa común coinciden en el hecho de que confluente 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 desaconseja o impide 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 caso se prevén mecanismos sustitutivos de la división material que consisten, básicamente, en la adjudicación del todo a uno de los copartícipes, mediando compensación económica a los otros, y la venta de la cosa común en subasta pública. Aunque no es una cuestión pacífica entre los tratadistas, el Tribunal Supremo tiene afirmado que esos procedimientos alternativos previstos en los arts. 404 y 1062 (este por remisión el art. 406) son aplicables, indistintamente, cuando la división de la cosa común la dejaría inservible para el uso a que se destina, cuando la cosa sea esencialmente indivisible y cuando desmerezca mucho de la división. La jurisprudencia ha considerado: *i*) que la cosa es esencialmente indivisible en atención de diversos criterios; en esencia, el número de partícipes, el demérito del conjunto, cuestiones de técnica constructiva, o notoria depreciación; *ii*) que desmerece mucho por su división cuando se ocasiona un desequilibrio patrimonial entre los condueños, cuando se precisan obras costosas que, además, no evitan el desmerecimiento del inmueble o cuando se produce una importante pérdida de valor. En cualquier caso, nos encontramos siempre ante misma acción de división, ya sea para conseguir la división material ya para obtener su división económica si es indivisible.

**I.7.** La remisión que el art. 406 CC realiza a las reglas concernientes a la división de la herencia ha de entenderse, no como un reenvío en bloque a la Secc. 2.<sup>a</sup>, Cap. III, del Lib. III del Código, ya que existen preceptos que resultan inaplicables a la comunidad de

bienes, por lo que se exigirá un análisis pormenorizado de cada supuesto para determinar hasta qué punto resulta viable la remisión.

**I.8.** Los efectos que la división produce entre los copropietarios dependen de la idea que se tenga de la naturaleza de la propia división. Siguiendo la teoría dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la división ocasiona la conversión de la cuota ideal y abstracta de cada partícipe en una porción determinada y material sobre cosas o derechos. En definitiva, especifica la cuota ideal en bienes o derechos concretos. En virtud de lo dispuesto en los arts. 1064 y 1069 CC, aplicables por ya la citada remisión, los gastos de la división, hechos en interés común de todos los partícipes, se deducirán del patrimonio común y los partícipes estarán recíprocamente obligados al saneamiento de los bienes adjudicados. En cuanto a los efectos frente a terceros, podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a que se verifique sin su concurso (art. 403 CC) y a no ser perjudicado en la división, por lo que conservarán los derechos de hipoteca y demás derechos reales que les pertenecieran antes de hacer la división, sin perjuicio de conservar su fuerza los derechos personales que tuvieran contra la comunidad (art. 405 CC). Los terceros, en definitiva, gozan de las siguientes facultades que se corresponden con momentos distintos: oponerse a la división (antes de que se lleve a cabo), concurrir a la división (coetáneamente, por tanto, a su realización) e impugnar la división consumada (posterior a la división).

**II.9.** La competencia objetiva para conocer de las demandas en ejercicio de la acción de división de cosa común corresponde, como norma general, a los Juzgados de Primera Instancia. Los Juzgados de Paz también gozan de competencia objetiva cuando se trate demandas de juicio verbal cuya cuantía no supere los 90 euros. También los órganos especializados pueden, en ciertos supuestos, conocer de estas demandas. Así, los Juzgados de Familia cuando la división es consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial y el patrimonio común esté constituido por una pluralidad de bienes y derechos; los Juzgados de lo Mercantil, si la pretensión tiene trascendencia patrimonial y se dirige contra el patrimonio del concursado; y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cuando, dándose los presupuestos del art. 87 ter.3 LOPJ, la división de cosa común traiga causa de la liquidación del régimen económico matrimonial. La competencia funcional no plantea especialidad alguna. Finalmente, respecto de la competencia territorial, al considerarse la acción de división como acción real, corresponderá deducir la correspondiente demanda ante los tribunales del lugar donde esté la cosa litigiosa. Si el patrimonio común está integrado por una o varias cosas situadas en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de ellas, a elección del demandante. Y estas reglas de competencia territorial son aplicables cuando la cosa tenida en común es bien inmueble (respecto de lo que doctrina y jurisprudencia no vacilan) o bien mueble (supuesto más dudoso, pero que entendemos igualmente aplicables porque la acción de la misma con independencia del objeto o derecho sobre el que recaer).

**II.10.** Bajo el título de partes procesales se estudian los requisitos subjetivos que han de concurrir en quien pretende la tutela jurisdiccional, por un lado, y frente a quien se pretende, por el otro. Estos requisitos han de darse necesariamente para que a los litigantes



se les considere de derecho como partes en el proceso y sus actos produzcan plenos efectos procesales. A este propósito se distingue entre capacidad para ser parte y capacidad procesal, esto es, entre el estado jurídico que posibilita ser titular de los derechos, intereses y obligaciones que se discuten en el proceso, y la aptitud para realizar válidamente los actos procesales. Mientras que la capacidad para ser parte es reconocida ampliamente por el art. 6 LEC, incluyendo a entidades sin personalidad, la capacidad procesal es objeto de ciertos condicionamientos, profundamente modificados por 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. Se parte del principio de que únicamente gozan de capacidad procesal las personas que se encuentran en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Los menores de edad no emancipados deberán comparecer mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley; por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido; respecto a las personas con medidas de apoyo, se estará al alcance y contenido de tales medidas. La capacidad para ser parte del concursado viene condicionada por las restricciones que haya podido adoptar el auto que declara la situación de concurso, de manera que en el concurso voluntario el concursado conserva su capacidad procesal, si bien precisa de un complemento que consiste en la autorización de la administración concursal para concretos actos procesales (presentar demandas, interponer recursos, o disponer sobre el proceso y sobre sus pretensiones, siempre que afecten a su patrimonio), mientras que en el concurso necesario, el concursado pierde su capacidad procesal para el ejercicio de cualquier acción no personal y será representado por los administradores concursales. No obstante, el juez del concurso podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. Por el copartícipe ausente interesará la división su representante legal. La postulación sigue en las demandas divisorias las reglas dispuestas con carácter general. Por último, por lo que se refiere a la legitimación, tanto la activa como la pasiva, corresponde en exclusiva a los comuneros, con exclusión, por tanto, de los acreedores, cesionarios y titulares de derechos reales. Se da la particularidad de que, en la parte pasiva, ha de demandarse a los restantes condóminos, a todos ellos, constituyendo un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. Ahora bien, los acreedores y cesionarios de los partícipes, en ejercicio de la facultad de concurrir en la división de la cosa común que les reconoce el art. 403 CC, podrán actuar en el proceso judicial correspondiente mediante la figura del interviniente voluntario del art. 13 LEC.

**II.11.** El contenido esencial del *petitum* o pretensión de la acción de división consiste en la obtención de una declaración judicial de extinción del condominio y, frecuentemente, de la manera de llevarse a cabo. Es posible también acumular esta acción con otras, siempre que se den los presupuestos establecidos en los arts. 71 y 73 LEC. Así, no es extraño encontrar demandas en las que, a la pretensión de división, se acumulan otras pretensiones como las de rendición de cuentas o reclamación de cantidad. Otro supuesto de ampliación del objeto procesal es el de la acumulación de autos, que no presenta en su contenido y tramitación, particularidad alguna.

**II.12.** La ley procesal no prevé un proceso específico para sustanciar la acción de división de cosa común, por lo que habrá de estarse al proceso declarativo que corresponda según la cuantía de la demanda; cuantía que vendrá determinada por el valor de los bienes al tiempo de interponerse el escrito iniciador, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase. Este cálculo podrá realizarse por referencia a cualesquiera valoraciones oficiales de los bienes litigiosos, si no es posible determinar el valor por otros medios, sin que se pueda atribuir a los inmuebles un valor inferior al que conste en el catastro (arts. 248, 249.2, 250.2 y 251.3.ª.6.º LEC). No debe confundirse la fijación de la cuantía de la demanda con el valor del bien a efectos de subasta.

**II.13.** Si la legitimación pasiva corresponde a los demás condóminos, a todos ellos menos el demandante, conformando un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, puede suceder que quien pretenda impetrar de los tribunales la extinción de la comunidad desconozca la identidad de alguno o algunos de ellos. Precisamente para esta finalidad (u otras, como determinar el lugar donde se halla la cosa común si, por ejemplo, es un bien mueble) van dirigidas las diligencias preliminares, al objeto de preparar adecuadamente el proceso. En el marco de la acción de división de cosa común, defendemos que concurren los presupuestos generales de admisibilidad de las diligencias preliminares: tipicidad (art. 256.1.1.º LEC), necesidad (acreditando el comunero que no dispone de otro instrumento para acceder a los datos de identidad de algún otro copropietario) e instrumentalidad (fácilmente observable por el futuro demandante cuando fundamente su intención de instar la acción de división acreditando, siquiera indiciariamente, su condición de copropietario y la imposibilidad de conocer la identidad de algún comunero por cualquier otro medio). Hemos puesto el ejemplo de la diligencia del art. 256.1.1.º LEC, pero no es la única que puede darse en relación a nuestra materia. Es igualmente factible la solicitud de exhibición de cierta documentación, necesaria para el propósito preparatorio de la ulterior demanda de división de cosa común.

**II.14.** La demanda de división de cosa común no presenta particularidades dignas de mención en cuanto a sus requisitos de contenido, subjetivos y objetivos, como tampoco en relación a los documentos procesales que han de acompañarla. Respecto a los documentos relativos al fondo del asunto, son fundamentales aquellos que acreditan la cotitularidad del bien y los dictámenes periciales sobre la valoración del mismo, su carácter divisible o indivisible materialmente y, en su caso, el modo de realizarse la división. Las posturas que puede adoptar el demandado al ser emplazado son las habituales: no comparecer en forma en el plazo señalado, en cuyo supuesto será declarado en rebeldía; comparecer sin contestar a la demanda, con lo que evita la rebeldía, si bien precluyendo para él la posibilidad de contestar; y, finalmente, contestar a la demanda. Esta última opción del demandado puede presentar, a su vez, distinto contenido: allanarse, ofrecer resistencia a la pretensión del actor y formular reconvencción. Formulada demanda de juicio divisorio, algunas de las alegaciones posibles del demandado frente a la petición del contrario son la existencia de un pacto de indivisión, la falta de título o la nulidad del esgrimido por el demandante, no ostentar el propio demandado la condición de copropietario, adquisición de la cosa común por prescripción, o la divisibilidad o

indivisibilidad de la cosa común, en contraposición a lo peticionado por el actor, entre otras muchas. Por último, del examen de la jurisprudencia, se constata el ejercicio reiterado mediante reconvencción de las siguientes pretensiones del demandado: declaración de la titularidad del bien exclusivamente a su favor, ampliación de la división a otros bienes de los afirmados por el demandante reconvenido, contrapropuesta de la forma de realizar la división, condena al demandante inicial al abono de las cuotas del préstamo satisfechas por el demandado, rendición de cuentas, declaración de la subsistencia del derecho de uso de la demandada reconviniente sobre la vivienda, etc.

**II.15.** La fase intermedia, integrada por la audiencia previa del juicio ordinario y por una sucesión de actos al inicio de la vista del juicio verbal, tiene diferentes finalidades que se reducen a dos fundamentales: evitar y, en su caso, preparar el juicio oral. Evitarlo mediante un acuerdo intraprocesal, y prepararlo, si no se llega a ese acuerdo, removiendo los obstáculos procesales que puedan impedir su celebración, fijando el objeto procesal y el tema de la prueba. De todas estas funciones, destaca sobremanera la sensación de desaprovechamiento de las oportunidades de conciliación o mediación (según lo que se entienda de cada uno de estos términos) que la ley otorga al juez, lo que es especialmente observable en los juicios del tipo que examinamos, en los que las partes suelen coincidir en el extremo fundamental de que procede la extinción del condominio y la controversia se reduce a la forma de practicarla. Hay pocas materias litigiosas tan propicias para el despliegue de la conciliación intraprocesal como la división judicial de cosa común, teniendo en cuenta el posicionamiento de la jurisprudencia respecto al carácter absoluto de la facultad de pedir la división y la conformación de un corpus de convicciones cercanas a dogmas de fe en los aspectos sustantivos de la división, que hacen bastante previsible el sentido de la sentencia. En cuanto a la segunda finalidad, este es el momento procesal adecuado para resolver cuestiones, introducidas por el demandado en la contestación a la demanda o el demandante en la contestación a la demanda reconvenicional, como la falta de capacidad o de presentación de los litigantes, la indebida acumulación de acciones, falta del debido litisconsorcio pasivo necesario, las excepciones de cosa juzgada o litispendencia, inadecuación del procedimiento, defectos en el modo de redactar la demanda, la reconvencción o la contestación respectiva, y cualesquiera otras cuestiones procesales análogas que puedan impedir la prosecución y término del proceso mediante una sentencia sobre el fondo del asunto. Resueltas las cuestiones y presupuestos procesales, continúa la fase intermedia con las denominadas funciones delimitadora, que tiene como propósito fijar el objeto del juicio, y de proposición y admisión de prueba.

**II.16.** En materia de prueba, nos interesa destacar la aplicación de las reglas de la carga de la prueba en los procesos divisorios. Mientras del juez se presume el conocimiento del derecho objetivo, de la norma jurídica en que han de quedar subsumidos los hechos constitutivos del litigio, corresponde a las partes la aportación de esos hechos y su prueba. Pero, pese a ello, puede ocurrir que el juez no adquiera la convicción necesaria como consecuencia de una prueba insuficiente o insatisfactoria. Como en nuestro ordenamiento no existe la posibilidad de que el juez se abstenga de conocer en supuestos como este en que el resultado probatorio no disipa las dudas que pudiera albergar sobre la realidad de los hechos controvertidos, es por lo que se prevén las reglas de la carga de la

prueba, entendidas como reglas de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones. Así, en la división judicial de cosa común, al demandante le corresponde le corresponde la carga de acreditar los hechos que se subsumen en el presupuesto fáctico de la norma cuya consecuencia jurídica pretende obtener a su favor. Por tanto, si esa norma es, en nuestra materia, el art. 400 CC —«*Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común*»—, es evidente que el actor deberá probar su condición de copropietario o cotitular de cualquier otro derecho real y la existencia de la propia comunidad. Deberá también identificar con exactitud la cosa común cuya división se pretende. Además, el art. 404 CC, al disponer que si la cosa fuese esencialmente indivisible y los condueños no conviniesen en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, procederá a su venta y reparto del precio, implica para el demandante que a él le corresponde la prueba de la divisibilidad de la cosa común. El demandado, como no puede ser de otra manera, tiene la carga de probar cualesquiera hechos impeditivos, extintivos y excluyentes del derecho alegado por el demandante, como, por ejemplo, la inexistencia de la comunidad, la concurrencia de un pacto de indivisión, o la consideración del bien común, según los casos, como divisible o indivisible.

**II.17.** De los diferentes medios de prueba de los que las partes pueden hacer uso, presentan una significación especial la documental y la pericial. En efecto, teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión que se deduce en el juicio divisorio y a las particularidades del debate probatorio, muchas veces circunscrito a meras cuestiones técnico jurídicas, como la acreditación de la cualidad de copropietario, o técnico prácticas, como la condición de divisible o indivisible materialmente del bien común, adquieren significación protagónica los medios citados, por ser los más adecuados en orden a introducir los hechos en el proceso y formar la convicción judicial

**II.18.** La sentencia no presenta particularidad ninguna en cuanto a su forma y contenido, a su publicación y archivo. Ha de contener, como en cualquier otro proceso, una motivación acerca de la prueba practicada y los resultados que de ella se desprenden. Por esta razón, y enlazando con lo dicho en la conclusión anterior sobre la importancia de la prueba pericial, deberá el juez exponer motivadamente las razones por las que se decanta por uno u otro dictamen pericial, en caso de ser contradictorios. En caso de no hacerlo, la sentencia puede ser tachada de inmotivada. Ha de ser también congruente con las pretensiones de las partes, sin que ello signifique que el fallo deba ajustarse estrictamente a aquellas, siempre que respete la esencia de las pretensiones y los hechos que le sirvieron de apoyo. Por ello, la sentencia puede incluir extremos no solicitados pero que sean consecuencia de los hechos, alegados y discutidos; y de ahí que tampoco incurre en incongruencia la sentencia que, apartándose de las pretensiones del demandante y del demandado reconviniendo, se decanta por la previsión legal, que no coincide con los posicionamientos de las partes, por ser la única solución posible. Esta afirmación tiene un claro reflejo en nuestro proceso, ya que, como tiene dicho la jurisprudencia, probada la indivisibilidad de la cosa, no se comete incongruencia si el juez acuerda la venta en

pública subasta, aunque no haya sido solicitada por las partes, porque en el fallo no haría más que hacer uso o cumplir el deber de la aplicación normativa —*iura novit curia*—, siempre que respete los hechos y los fundamentos de la acción que se ejercite.

**II.19.** Es la ejecución de la sentencia estimatoria de la pretensión de división de cosa común la que, muy posiblemente, plantea los mayores problemas interpretativos y prácticos en nuestra materia objeto de estudio. Se trata de una cuestión que adquiere dimensión secular y ello obedece a diversos factores, entre los cuales destacan la dejación del legislador por la ejecución (solo paliada en parte por la vigente LEC) y la persistencia en soslayar la fijación, de una vez por todas, de la tipología de sentencia que se dicta en estos juicios (declarativa, constitutiva o de condena), puesto que, según se entienda de una u otra manera, será posible o no la ejecución entendida en sentido propio (art 521 LEC). En el estado actual de nuestra legislación, cuando la cosa común no es susceptible de división material, se hace preciso acudir a las normas procesales previstas para la subasta de bienes, lo que exigirá una profunda y meticulosa exégesis de los preceptos aplicables. Y eso si las peculiaridades del proceso divisorio lo permiten, porque no será infrecuente que los operadores jurídicos (letrado de la Administración de Justicia, abogados) configuren unas reglas *ad hoc* para colmar el vacío legal.

**II.20.** En materia de costas de la fase declarativa, pese a que algunas resoluciones de la jurisprudencia menor consideran que serán a cargo del patrimonio común, aplicando el art. 1064 CC, lo cierto es que el criterio mayoritario se decanta por la aplicación del criterio del vencimiento objetivo consagrado en el art. 394.1 LEC. En ejecución, la regla general de imposición de costas al ejecutado del art. 539.2 LEC tiene como excepción los procesos en los que el despacho de ejecución viene impuesto por imperativo del título ejecutivo y no por la falta de cumplimiento voluntario del ejecutado; lo que sucede con la división de la cosa común. Nos encontramos ante un procedimiento con la particularidad de que no habría, al menos teóricamente, intereses contrapuestos entre demandante y demandado y en el que ambos buscarían el mismo fin de hacer líquido el bien para repartir su importe. Por ello, cada parte deberá hacer frente a las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad ya que no habrá pronunciamiento o imposición de costas, sin resultar aplicable el art. 539.2 LEC.