



Roj: AAP IB 53/2009
Id Cendoj: 07040370052009200018
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 5
Nº de Recurso: 42/2009
Nº de Resolución: 35/2009
Procedimiento:
Ponente: MATEO LORENZO RAMON HOMAR
Tipo de Resolución: Auto

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00035/2009

Rollo: RECURSO DE APELACION 0000042 /2009

AUTO Nº 35

ILMOS SRS.

PRESIDENTE Actal.:

D.Mateo Ramón Homar.

MAGISTRADOS:

D. Santiago Oliver Barceló.

Dª. Covadonga Sola Ruíz.

En PALMA DE MALLORCA, a seis de Marzo de dos mil nueve.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005 de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de EJECUCION DE TITULOS JUDICIALES 0003084 /2007, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CIUTADELLA DE MENORCA, a los que ha correspondido el Rollo 0000042 /2009, en los que aparece como parte apelante D. Leonor representado por el Procurador D. MONSERRAT MONTANE PONCE, y asistido por el Letrado D. JESÚS MANUEL GIL MARTÍNEZ, y como apelado D. Zaida , Valeriano , Amelia , Jose Daniel , Luis Alberto , Juan Antonio , Claudia representados por el Procurador D. ANTONIO COLOM FERRA, y asistidos por el Letrado D. MIGUEL MERCADAL AUDI.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. D. Mateo Ramón Homar.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ciudadela -Menorca-, en fecha 5/11/08, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"SE DESESTIMA el recurso de reposición interpuesto por la Procuradora Dña Iluminada Lorente Pons, en nombre y representación de Dª Leonor contra el auto de adjudicación, de fecha 19 de septiembre de 2008 , cuya resolución se confirma en su integridad."

Y en fecha 6/11/08, se dictó resolución del tenor literal siguiente:

"SE DESESTIMA el recurso de reposición interpuesto por la Procuradora Dña. Iluminada Lorente Pons, contra la providencia, de 19 de septiembre de 2008, cuya resolución se confirma en su integridad, con expresa condena en costas del recurso a la parte recurrente."

SEGUNDO.- Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada, y seguido el recurso por sus trámites, se celebró deliberación y votación en fecha 2 de marzo del corriente año, quedando el recurso concluso para resolución.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Como presupuestos relevantes a los efectos de la controversia de esta alzada, debemos reseñar: A) Los hermanos D^a Amelia , D^a Claudia , D. Jose Daniel , D^a Zaida , D Luis Alberto , y D. Juan Antonio , y D^a Zulima (en relación con una finca) interpusieron demanda de **división** de cinco inmuebles sitios en Ciutadella, de los que son titulares en 6/7 partes, contra D^a Leonor , titular del 1/7 restante, a la cual la demandada se allanó, estimando la sentencia de primera instancia que los inmuebles son indivisibles, por lo que procederá su venta en pública **subasta**. B) Los siete demandantes iniciales presentaron demanda de ejecución, y dictado auto de ejecución, se procedió a los trámites de certificación de cargas, avalúo y diligencia de liquidación de cargas, y finalmente **subasta**, que se celebró el día 25 de julio de 2.008, y en la cual no compareció ningún licitador extraño, y en presencia de los Abogados y Procuradores de las partes, no se presentó postura alguna, ante lo cual el Abogado de los actores solicitó se les adjudicase por la mitad del valor de tasación conforme al *artículo 671 LEC* , y seguidamente el Abogado de la demandada también instó la misma petición. C) El Juzgado de instancia en aplicación del *artículo 671 LEC dictó auto de adjudicación a favor de los siete* demandados iniciales por el 50% del valor de tasación. D) Frente a dicha resolución la representación de D^a Leonor presentó recurso de reposición destacando la ausencia de regulación legal sobre la materia cuando ambas partes hacen uso de la facultad del *artículo 671 de la LEC* , y solicita se cite a las partes a una comparecencia judicial conforme al *artículo 670.4, apartado 3* para exhortar a las partes a que lleguen a un acuerdo satisfactorio, aprobar la **adjudicación** de bienes o remate a una u otra parte, a la vista de las circunstancias del caso, o, en su defecto, la anulación de dichos actos con repetición de la **subasta**; que su representada no es deudora de los ejecutantes; que los *artículos 400 a 406* proclaman el principio de la igualdad de los comuneros, y con dicha resolución se vulnera el *artículo 14 y el 24 de la CE* ; que en el presente procedimiento de ejecución no existe parte acreedora ni parte deudora, no existe deuda objeto de ejecución, no son ni parte ejecutante ni parte ejecutada; se otorga un trato de favor a los pretendidos ejecutantes sin razón alguna y huérfano de apoyo legal en perjuicio de D^a Leonor , y se le produce indefensión; la **adjudicación** del *artículo 671 LEC* sólo es posible en aquellos procedimientos en los que la parte ejecutante es acreedor de la ejecutada, y aporta un informe de una Profesora de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid en apoyo de sus tesis. La parte apelada considera que es de aplicación dicha norma, pues la misma es parte ejecutante en esta litis, aparte de la inadmisibilidad del recurso de apelación.

SEGUNDO.- La Sala considera procedente la admisión del recurso de apelación por cuanto nos hallamos ante un auto, como es el de **adjudicación** de cinco bienes inmuebles en **subasta**, que en trámite de ejecución de sentencia debe reputarse como definitivo, a los efectos del *artículo 455.1 de la LEC* , pues no se conoce ninguna actuación posterior susceptible de hipotético recurso de apelación.

TERCERO.- En esta alzada es objeto de controversia una cuestión jurídica, cual es si en un procedimiento de ejecución de **división** de una cosa **común** es de aplicación el *artículo 671 de la LEC* , y qué consecuencia se produce si ambas partes solicitan su aplicación. Se trata de una cuestión sobre la que no nos consta la existencia de doctrina jurisprudencial.

Como punto de partida debemos reseñar la peculiaridad de la situación creada en un procedimiento de **división** de cosa **común** o de cualquier **división** de patrimonio en la cual no existe crédito entre las partes, sino que debe procederse a la venta en pública **subasta** de un bien, con lo cual una y otra parte serían a la vez ejecutante y ejecutada, y en este sentido suscribimos las argumentaciones de la SAP de Cádiz de 21 noviembre de 2.005 , y así D^a Leonor no es acreedora de las restantes partes, ni viceversa, de modo que en la ejecución de un pronunciamiento estimatorio de una actio communi dividundo no existen propiamente partes enfrentadas, sino que ha de satisfacerse el interés **común** de ambos litigantes, interés que pasa por la venta judicial por el mayor precio posible del bien para su posterior reparto entre los comuneros. El Código Civil no regula con la exhaustividad necesaria cómo haya de realizarse esa venta judicial, fuera de las apelaciones a la posible venta de **común** acuerdo o por árbitros o amigables componedores (*art. 402*), pero ante la falta de acuerdo, es evidente que las normas a utilizar son precisamente las de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio -descartamos la aplicación de la obsoleta normativa de las **subastas** voluntarias judiciales del *art. 2.048 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881* , provisionalmente vigentes por mor de la D.D. 1.1^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil - pero adaptadas al fin que realmente se persigue. En tal sentido, atribuir al que insta la **subasta** el carácter de ejecutante nos parece desacertado, por mucho que formalmente pueda serlo. Adviértase que ser ejecutante o ejecutado, con la secuela de adquirir el status jurídico-procesal correspondiente, dependería del aleatorio hecho de instar antes la ejecución que el contrario; la regla prior tempore potior in iure se erigiría, sin razón para ello, es norma distributiva de los

roles procesales y provocaría absurdos como el que seguiría a la ejecución por ambos de la misma pretensión contra el contrario sin posibilidad alguna de acumulación, ya que el *art. 555* la condiciona a que se trate del mismo acreedor ejecutante y el mismo deudor ejecutado. No creemos en suma que a D^a Leonor se le pueda atribuir la condición de ejecutada; ejecutada según la *Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 538.2)* solo es la parte que "aparezca como deudor en el mismo título" siendo claro que el título judicial que nos ocupa en ningún momento le otorga esa naturaleza. Además, a la ahora apelante no le era posible el cumplimiento voluntario de su obligación, puesto que precisaba de la intervención judicial para llevar a efecto la **subasta**. En conclusión, tanto los actores como la demandada podían solicitar la ejecución del fallo, de modo que ambos pueden revestir a la vez la calidad de ejecutante y ejecutado, y consideramos que el hecho de que una de las partes lo solicite primero, no le otorga un status de privilegio frente al comunero demandado, ya que no es un ejecutante acreedor, sin que conste ninguna norma que le otorgue esta preferencia. En parecido sentido se pronuncia sobre este particular las SAP de Lleida de 25 de abril de 2.000 y de Palencia de 14 de noviembre de 1.994, aludidas en el informe presentado por la parte apelante.

También se ha suscitado si el procedimiento de **subasta** de bienes inmuebles es aplicable a las previstas en virtud de una acción de **división** de cosa **común**, y es evidente que el legislador no establece normativa alguna específica para tal supuesto, y en tal caso, se estima de aplicación por analogía el procedimiento establecido en la LEC. En este sentido compartimos los argumentos recogidos en el auto de la Sección Tercera de esta Audiencia de 25/07/06, en el que se suscitaba la aplicación a un procedimiento de dicho tipo de lo dispuesto en el *artículo 670, apartado 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, a tenor de la cual, a falta de previsión especial, deben aplicarse las normas generales de la *Sección 6ª del capítulo IV, artículos 655 y ss., que regulan la subasta de bienes inmuebles, disponiendo al efecto dicho 655* que "las normas de esta sección se aplicarán a las **subastas** de bienes inmuebles y a las de bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al de aquéllos", sin hacer distinción alguna y siendo la pública **subasta** la forma legal de realizar un bien a falta de acuerdo de los interesados. No obstante ello, consideramos que algunas normas, que parte de la existencia de un crédito con un acreedor y un deudor son de difícil o imposible aplicación en un supuesto como el que nos ocupa.

Se suscitan dudas sobre la aplicación del *artículo 671 de la LEC* en un procedimiento de **división** de cosa **común**, puesto que ninguna de las partes es acreedora de una suma dineraria con relación a la otra, y la hipótesis de **adjudicación** por la cantidad que se le daba por todos los conceptos es inviable, y si se considera que acreedor es sinónimo de ejecutante, en un contexto en el que ambas partes pueden revestir dicha cualidad a la vez, a la vez que ejecutadas en el sentido de tener que soportar la **subasta** pública del bien del que son copropietarios, resulta que ambas partes pueden ejercitar este derecho, como acaece en el supuesto enjuiciado. Conforme a los argumentos antes expuestos, consideramos que el hecho de que una de las partes haya solicitado la ejecución antes que la otra no otorga el derecho a la misma a utilizar dicha facultad y se lo impida a la contraparte. Compartimos con la recurrente que ninguna norma en sede de comunidad de bienes otorga privilegio alguno al comunero que en primer lugar solicite la **subasta** pública, o la ejecución, en detrimento del comunero que adopta una actitud más pasiva. Por tanto, el uso por ambas partes de la facultad del *artículo 671 de la LEC*, conllevaría como resultado final una **adjudicación** con el mismo resultado existente antes de la celebración de la **subasta**, esto es, la persistencia de la comunidad, lo cual es un absurdo, pues se trata de disolverla. Por tanto, procede declarar la nulidad de la **subasta** y del auto de **adjudicación**.

Por la parte apelada se alega de la maniobra de la actora es dilatoria y tiende a obstaculizar la **división** de la cosa **común**, y forzar un acuerdo que eventualmente pudiese satisfacer su interés. Este argumento de equidad o de justicia material es insuficiente para desvirtuar la anterior argumentación, pues del mismo tampoco puede olvidarse que igualmente la apelada intenta adjudicarse los bienes por el 50% de su valor de mercado o tasación, y es admisible que la comunera minoritaria intente no resultar perjudicada en sus intereses.

Es preciso recordar que, en general, la facultad de instar la **división** de la cosa **común** recogida en el *artículo 400 y siguientes del Código Civil* parte del principio de que ninguno de los comuneros está obligado a permanecer en comunidad, basándose en razones de orden económico, así como en otras de orden jurídico, con la sola excepción de existencia de un pacto de indivisión, que no podrá tener una duración superior a diez años prorrogables. Así la sentencia de 27 de diciembre de 1999, citando en igual sentido las anteriores de 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999, afirma que "la acción de **división** de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. En el caso

de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa **común** sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la **división** de la cosa". La STS 7 de julio 2.006 indica que, "La idea que se mantiene desde el principio es que nadie puede ser forzado a mantenerse en situación de copropiedad (nemo invitus compellitur ad communionem), que no es sino un estado transitorio mirado con desfavor por el ordenamiento (communio est mater discordiarum) (sentencia de 4 de abril de 1997 y las que en ella se citan).".

Ante esta situación carente de normativa expresa aplicable, la parte recurrente solicita que el Juzgador convoque a las partes a una comparecencia, aplicando por analogía el *artículo 670.4 de la LEC* . La Sala no comparte dicha posibilidad, pensada para un supuesto en el que existe una postura en la **subasta**, lo que no es el caso, puesto que, ni una ni otra parte han efectuado posturas en la misma. Las hipótesis de la remisión a un tercero que se encargue de la venta, el de intentar un acuerdo entre las partes, o la **adjudicación** a una u otra, devienen o inútiles - las dos primeras- por cuanto por el momento no se aprecia atisbo alguno de encuentro entre las enfrentadas posiciones de las partes; o faltos de regulación, como la atribución discrecional al Juzgador. Por ello, y salvo un acuerdo entre las partes admisible según el principio dispositivo que rige el procedimiento civil, la única salida posible es la convocatoria de una nueva **subasta** cuando alguna de las partes así lo solicite, y en la cual, tanto en el supuesto de concurrencia de licitadores extraños como en el de su ausencia, cada parte, si a su derecho conviniere, podrá presentar posturas, con **adjudicación** final a la de mayor cuantía en relación con cada uno de los cinco bienes.

Al no existir crédito o embargo no es de aplicación el segundo *párrafo del artículo 671 de la LEC* , y no se aprecia impedimento legal para la práctica de una segunda **subasta**, sin necesidad de previo avalúo de los bienes, pues tal trámite se ha realizado.

En consecuencia, procede estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

CUARTO.- En relación con las costas de primera instancia no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales, en atención a que se trata de una cuestión jurídica novedosa en la que no nos consta ningún antecedente jurisprudencial ni doctrinal, tal como reseñaba en su recurso la parte recurrente. Al estimarse parcialmente el recurso de apelación no procede efectuar expresa imposición de las costas de esta alzada de conformidad con el *artículo 398 de la LEC* .

PARTE DISPOSITIVA

1) ESTIMAR el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador D^a. Monserrat Montané Ponce, en nombre y representación de D^a Leonor , contra la resoluciones de fecha 5 y 6 de noviembre de 2.008, dictadas por el Ilmo.Sr.Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Ciutadella, en los autos Juicio de ejecución de sentencia, de los que trae causa el presente Rollo.

2) DEBEMOS REVOCAR dicha resoluciones, y en su lugar

3) DECLARAR la nulidad de la **subasta** efectuada el día 25 de julio de 2.008 y del auto de adjudicación de 19 de septiembre de 2.005 , así como las actuaciones derivadas de una y otra, por incorrecta aplicación del *artículo 671 de la LEC* al supuesto enjuiciado.

4) Cuando alguna de las partes así lo solicite deberá convocarse nueva **subasta**, con posibilidad de que puedan participar licitadores extraños.

5) No se hace especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las dos instancias.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

AUTO DE ACLARACION

Ilmo. Sr. Presidente:

Mateo Ramón Homar

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Santiago Oliver Barceló

D^a. Covadonga Sola Ruíz

En PALMA DE MALLORCA, a veinticinco de Marzo de dos mil nueve.

HECHOS

UNICO.- Por la procuradora Montserrat MONTANE PONCE en representación de Leonor se ha presentado escrito solicitando aclaración de sentencia dictada por esta Sala del modo que es de ver en las actuaciones.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

ÚNICO.- En cuanto a la primera cuestión planteada, en la cual se alega que un argumento de la sentencia puede ser contrario al *art. 647.2 de la LEC*, debemos responder que, como se ha indicado en el auto objeto de aclaración, el legislador no ha recogido una regulación de la **subasta** teniendo en cuenta la peculiaridad de un proceso de **división** de la cosa **común**, en el que todas las partes son a la vez acreedores y deudores de la prestación y ejecutantes y ejecutados a la vez. Si se aplicase estrictamente dicha norma a este supuesto, en caso de celebración de una nueva **subasta**, y todas las partes hiciesen uso de los derechos que la LEC confiere a un ejecutante, llegaríamos a una situación sin salida prácticamente idéntica a la que se produjo en la **subasta** anulada y con un resultado falto de equidad. Por ello, en caso de ausencia de licitadores extraños, la única solución posible es una **subasta** entre los propios comuneros y en relación con cada uno de los bienes, y que finalmente se adjudique al mejor postor de entre los comuneros. Al respecto, no podemos olvidar que el *artículo 1.062 del C.C*, por remisión del *artículo 406 del mismo Código*, alude a que en supuestos de falta de acuerdo, cuando la cosa es indivisible y uno de los coherederos lo pida, deberá venderse el bien en pública **subasta**.

En cuanto a la segunda cuestión, no ha sido directamente planteada en el recurso de apelación, y es una hipótesis que no se sabe si va a producirse. No es función de esta Sala el realizar dictámenes jurídicos sobre eventualidades que puedan producirse en el transcurso de la **subasta**, sin perjuicio de que las discrepancias puedan ser objeto de examen si realmente llegan a producirse, existe divergencia entre las partes y se plantea un recurso de apelación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

En relación con la primera cuestión planteada, cabe añadir a la parte dispositiva: "en caso de no concurrir licitadores extraños, y alguna de las partes efectúa alguna postura, cada uno de los bienes subastados será adjudicado a la parte o comunero que presente una postura de cuantía mas elevada".

No ha lugar a resolver sobre la segunda cuestión planteada.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. arriba referenciados. Doy fe.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.