TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia 583/2014, de 21 de octubre de 2014
Sala de lo Civil
Rec. n.º 2501/2012

SUMARIO:

Acción de división de cosa común. Rebeldía. El art. 401.2 CC permite que la división de un edificio se plasme en forma de propiedad horizontal y si bien la jurisprudencia ha establecido que ello «no podrá ser impuesto por unos contra la voluntad de los otros», en este caso, la Sala determina que no es «contra la voluntad», sino sin la voluntad de los propietarios rebeldes. Las acción de división de cosa común que como facultad del dominio consagra el artículo 400 del Código civil y, como ejecución de dicha acción, se añade la pretensión de que se lleve a cabo mediante la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, conforme prevé el artículo 401, a cuyo fin se adjuntó una propuesta de adjudicación de cada uno de los pisos y locales. De los demandados pueden distinguirse tres grupos: los que se allanaron a la demanda, los que se opusieron a la misma o rechazaron la propuesta de adjudicación que se presentó y los declarados en rebeldía. Se modificó la propuesta de adjudicación en el acto de la audiencia previa, que fue aceptada, no resultando ninguna parte personada que se opusiera a la demanda respecto a la división. Falta de unanimidad, ya que prestaron su conformidad los personados en autos, pero no los declarados en rebeldía, ahora bien, en el presente caso no hay oposición por parte de ninguno de los propietarios, y solo hay desconocimiento del paradero de algunos (declarados rebeldes una mínima parte) pero no oposición, por lo que se accede a la división planteada y aceptada por los personados.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 3.1, 394, 398, 400, 401, 406, 1.061 y 1.062.

PONENTE:

Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de juicio verbal, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de la misma ciudad, cuyo recurso fue interpuesto por la procuradora Dª Aurora Gómez Villaboa Mandri, en nombre y representación de Fernández-Oliver Asociados, S.L., DÑA. Florinda , D. Teofilo , DÑA. Mariola , D. Luis Alberto , DÑA. Sabina , DÑA. María Rosa , DÑA. Aurelia , D. Ambrosio , DÑA. Elsa y D. Cayetano .

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

1.- La procuradora Dª Aurora Gómez Villaboa Mandri, en nombre y representación de "Fernández-Oliver Asociados, S.L.", DÑA. Florinda , D. Teofilo , DÑA. Mariola , D. Luis Alberto , D. Marco Antonio , DÑA. Sabina , DÑA. María Rosa , DÑA. Aurelia , D. Ambrosio , DÑA. Elsa y D. Cayetano interpuso demanda de juicio ordinario contra TOYPO PROMOCIONES, MANUEL MAROTO, 40, S.L. D. D. Ceferino y D. Eloy , Dª Maribel , D. José , quien representa a Norberto , Dª Beatriz , Dª Elisa y DON Urbano , Dª Laura , D. Juan Ramón , D. Amador , D. Camilo , Dª Soledad y Dª Adela , y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado dicte sentencia por la que 1º.- Declare la pertinencia de la acción de división ejercitada. 2º.- Acuerde que la división de la cosa común se verifique con arreglo a la propuesta de adjudicación presentada por el 91,7 de la propiedad. 3º.- Declare el derecho de los propietarios a la adjudicación, y adjudique los diferentes pisos y locales a los propietarios cuya cuota de participación lo permita en propiedad exclusiva, subrogándose, en su caso, en la posición de arrendatarios en aquellos pisos y locales con contrato de alquiler vigente. Todo ello de la siguiente forma: 1º.- A Fernández Oliver Asociados, Sociedad de Responsabilidad Limitada, en relación con los siguientes pisos y locales: - Una cuota de participación del 38,485% en los siguientes pisos y locales: Bajo Local 1; Bajo Local 2; NUM013 : NUM000 ; NUM001 ; NUM002 ; NUM003 . -El pleno dominio de los siguientes Pisos: NUM004 ; NUM005 ; NUM006 ; NUM007 ; NUM008 ; NUM009 , NUM010 , NUM011 , NUM012 . Debiendo por otra parte abonar la cantidad de 17.773,839 pts., (106.822,92 euros) para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas. 2º.- A Dª Florinda , en relación con los siguientes pisos y locales: - Una cuota de participación del 37,881% en los siguientes pisos y locales: Bajo Local 1; Bajo local 2; NUM013 ; NUM000 ; NUM001 ; NUM002 ; NUM003 . - El pleno dominio de los siguientes pisos: NUM014 ; NUM015 ; NUM016 ; NUM017 ; NUM018 ; NUM019 ; NUM020 . Debiendo por otra parte abonar la cantidad de 16.542.715 pts., (99.423,72 euros), para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas. 3º- A los cónyuges D. Teofilo Y Dª Mariola en relación con los siguientes pisos y locales: Una cuota de participación del 23,635% en los siguientes pisos y locales: Bajo Local 1; Bajo local 2; NUM000 ; NUM013 ; NUM001 ; NUM002 ; NUM003 . El pleno debiendo por otra parte abonar la cantidad de 11.429.101 pts., (68.690,28 euros) para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas. Hay que tener en cuenta que el 6,5378% del total de la adjudicación conjunta tendrá carácter privativo de D. Teofilo , de acuerdo con el origen de su propiedad en el edificio. 4°.- A los cónyuges D. Ambrosio y Dª Elsa en relación con los siguientes pisos: NUM021 ; NUM022 y NUM023 por un valor de adjudicación de 58.057.000 pts., (348.929,60 euros). Debiendo por otra parte recibir 3.652.139 pts., (21.949,80 euros) para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas. Hay que tener en cuenta que el 13,8932% del total de la adjudicación conjunta tendrá carácter privativo de D. Teofilo , de acuerdo con el origen de su propiedad en el edificio. 5º.- A Dª Aurelia , en relación con el piso NUM024 por un valor de adjudicación de 4.070.000 pts., (24.461,19 euros) debiendo además recibir 1.234.977 pts., (7.422,36 euros) como complemento en metálico, para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas. 6°.- A Dª Sabina en relación con el 50°% del piso NUM025 , debiendo abonar la cantidad de 686.950 pts., (4.128,65 euros) para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas. 7º A Dª María Rosa , en relación con el 50% del piso NUM025 , debiendo abonar la cantidad de

686.950 pts., (4.128,65 euros) para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas. 8º.- A los herederos de D. Manuel , en relación con el piso NUM026 , debiendo además abonárseles una cantidad en metálico de 1.811.293 pts., (10.886,09 euros). 9°.- A D. Cayetano , en relación con el piso NUM027 , debiéndosele además abonar una cantidad en metálico de 907.224pts., 5.452,53 euros). 10°.- A Toypo Promociones, Manuel Maroto 40, S.L., el piso Tercero Interior Derecha además de una cantidad en metálico de 1.037.645 pts., (6.236,37 euros).11°.- A D. Hermenegildo , en relación con el 50% del piso NUM028 , debiendo abonar la cantidad de 327.435 pts., (1.967,92 euros) para ajustar el valor de su participación al valor de la adjudicación recibida. 12º.- A D. Marco Antonio , en relación con el 50% del piso NUM028 , debiendo abonar la cantidad de 327.435 pts., (1.967,92 euros) para ajustar el valor de su participación al valor de la adjudicación recibida. 3.2. Declare la pertinencia de la percepción en metálico de la cuota correspondiente a aquellos copropietarios cuya cuota de propiedad les impide optar a la adjudicación de pisos o locales concretos o bien, teniendo cuota suficiente, no han podido ser localizados. Todo ello de la siguiente forma. 13º. Que a D. Amador , se le abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 848.796 pts.,(5.101,37 euros). 14º. Que a Dª Adela se le abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 1.493.097 pts.,(8.973,69 euros). 15º. Que a Dª Elisa y a D. Urbano , se les abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 5.305.677 pts., (31.887,76 euros). 16º. Que a D. Camilo se le abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 5.305.677 pts., (31.887,76 euros). 17.º Que a D. Juan Ramón se le abone en pago de su cuota de participación, la cantidad de 10.610.654 pts.,(63.771,32 euros). 18.º Que a Dª Laura se le abone en pago de cuota de participación la cantidad de 9.221.906 pts.,(55.424,77 euros). 19º. Que a Dª Beatriz se le abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 441.206 pts.., (2.651.70 euros). 20.º Que a D. Norberto se le abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 1.788.635 pts., (10.749,91 euros). Que a Dª Soledad se le abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 1.592.544 pts., (9.571,38 euros). 4º- Declare que la cuota en metálico correspondiente a los copropietarios que no se han personado en el presente procedimiento, quede consignada a su disposición en la cuenta que el Juzgado tenga a bien señalar. 5°- Declare la extinción de la comunidad y condene a los demandados no personados y los que se hayan personado y mostrado su oposición al otorgamiento de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal de conformidad con las adjudicaciones propuestas, a otorgar escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, supliendo el propio Juzgado la voluntad de los declarados en rebeldía y la de quienes se nieguen a ello.

2.- La codemandada TOYPO PROMOCIONES, MANUEL MAROTO, 40, S.L. presentó escrito allanándose a la demanda.

3.- El Procurador D. Vicente Ruigómez Muriedas, en nombre y representación del menor de edad Norberto , representado por su padre D. José , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda planteada de adverso al no proceder la aprobación judicial de la propuesta de división y adjudicación presentada de contrario y ser la finca indivisible (judicialmente) en mérito de los hechos y fundamentos de derecho invocados en el presente escrito con toda clase de pronunciamientos favorables a mis mandantes y con expresa imposición de costas a la actora.

4.- La Procuradora Dª Blanca Rueda Quintero, en nombre y representación de D. Ceferino y D. Eloy , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que con

desestimación íntegra de la demanda y con expresa imposición de costas; o, con carácter subsidiario, declare la pertinencia de la acción de división que se verificará con arreglo a la propuesta de individualización de pisos y locales propuesta en la demanda, desestimando el resto de los pronunciamientos.

5.- Mediante escrito de 26 de abril de 2007 la demandante desistió de la demanda interpuesta con relación a Dª Maribel . Asimismo, por providencia de 1 de octubre de 2007 se declaró en rebeldía a Dª Beatriz , Dª Elisa y DON Urbano , Dª Mónica Y Luis , como herederos de Dª Laura , D. Juan Ramón , D. Amador , D. Camilo , Dª Soledad y Dª Adela . Convocadas las partes para la audiencia previa y, a resultas de la misma, se amplió la demanda contra Dª Andrea o sus herederos que, al no comparecer, fueron declarados en rebeldía. Señalado nuevo día para la audiencia previa, se celebró ésta y todas las partes personadas manifestaron haber llegado a un acuerdo sobre la aceptación unánime de una nueva propuesta de adjudicación que obra en autos. Unos demandados se allanaron a la demanda y a los demás se les dio plazo para hacer alegaciones y, transcurrido el mismo sin que se efectuara alguna, se acordó que quedaran los autos conclusos para sentencia.

6.- La Ilma Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Madrid, dictó sentencia en fecha 17 de julio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue: Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la DEMANDA formulada por DÑA. Florinda , D. Teofilo , "FERNÁNDEZ-OLIVER ASOCIADOS, S.L.", DÑA. Mariola , D. Luis Alberto , D. Marco Antonio , DÑA. Sabina , Dª María Rosa , DÑA. Aurelia , D. Ambrosio , DÑA. Elsa y D. Cayetano , con Procurador Dña. AURORA GOMEZ VILLABOA Y MANDRI asistidos del Letrado D. CRISTOBAL PADROS CARRETERO, contra; TOYPO PROMOCIONES, MANUEL MAROTO, 40, S.L. D. D. Ceferino y D. Eloy , Dª Maribel , D. José , quien representa a Norberto , Dª Beatriz , Dª Elisa y DON Urbano , Dª Laura , D. Juan Ramón , D. Amador , D. Camilo , Dª Soledad y Dª Adela , debo DECLARAR Y DECLARO haber lugar a estimar la acción de división de cosa común formulada por la actora en su demanda respecto del edificio sito en la DIRECCION000 , NUM029 de Madrid, desestimando la pretensión de que dicha división se efectúe según la propuesta de adjudicación formulada por las partes comparecidas en el procedimiento, reconociendo, en todo caso, el derecho de las partes en estos Autos a proceder conforme determina el art. 404 del CC y todo ello sin hacer expresa imposición en cuanto a las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes.

Segundo.

Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Teofilo , DÑA. Florinda , "FERNÁNDEZ-OLIVER ASOCIADOS, S.L.", DÑA. Mariola , D. Luis Alberto , D. Marco Antonio , DÑA. Sabina , Dª María Rosa , DÑA. Aurelia , D. Ambrosio , DÑA. Elsa y D. Cayetano , la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 10 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por "FERNÁNDEZ-OLIVER ASOCIADOS, S.L.", DÑA. Florinda , D. Teofilo , DÑA. Mariola , D. Luis Alberto , D. Marco Antonio , DÑA. Sabina , DÑA. María Rosa , DÑA. Aurelia , D. Ambrosio , DÑA. Elsa y D. Cayetano , contra la sentencia que con fecha diecisiete de julio de dos mil nueve pronunció la Ilma. Sra. Magistrado Juez de Primera Instancia número cinco de Madrid, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución; sin especial imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes.

Tercero.

1.- La Procuradora DÑA. AURORA GÓMEZ-VILLABOA Y MANDRI, en nombre y representación de "FERNÁNDEZ-OLIVER ASOCIADOS, S.L.", de DÑA. Florinda , de D. Teofilo , de DÑA. Mariola , de D. Luis Alberto , de DÑA. Sabina , de DÑA. María Rosa , de DÑA. Aurelia , de D. Ambrosio , de DÑA. Elsa y de D. Cayetano interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO .- Infracción del artículo 401, párrafo segundo del Código civil , en la forma prevista por el artículo 396, se articula al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entendiéndose como norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso. SEGUNDO .- Infracción del artículo 404 del Código civil , se articula al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entendiéndose como norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso.

2.- Por Auto de fecha 30 de abril de 2013, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- No habiéndose personado la parte recurrida, y no habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de octubre de 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

. 1.- Por la parte demandante se ejercitó la actio communi dividundo proveniente del Derecho romano, acción de división de cosa común que como facultad del dominio consagra el artículo 400 del Código civil y, como ejecución de dicha acción, se añade la pretensión de que se lleve a cabo mediante la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, conforme prevé el artículo 401, párrafo segundo, a cuyo fin se adjuntó una propuesta de adjudicación de cada uno de los pisos y locales, atribuyendo a los copropietarios cuya participación resultara insuficiente para acceder a la adjudicación de un piso o local, una compensación en metálico.

De la nota simple informativa del Registro de la Propiedad de fecha 15 noviembre 2006 resulta que el inmueble tendría 29 copropietarios, incluidos los cónyuges en caso de titularidad ganancial, 28 si excluimos a doña Maribel que por escritura de 8 noviembre 2006 vendió su participación a Fernández Oliver Asociados, S.L.

La demanda la interpusieron una serie de copropietarios y de los demandados, algunos se personaron, otros fueron declarados en rebeldía y otros desconocidos fueron emplazados por edictos. Y de tales demandados pueden distinguirse tres grupos: los que se allanaron a la demanda, los que se opusieron a la misma o rechazaron la propuesta de adjudicación que se presentó y los declarados en rebeldía. Se modificó la propuesta de adjudicación en el acto de la audiencia previa, que fue aceptada, no resultando ninguna parte personada que se opusiera a la demanda respecto a la división y a la forma de practicarse.

2.- La sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Madrid, de 17 junio 2009 estimó la acción de división de cosa común, conforme al artículo 400 del Código civil , pero desestimó la pretensión de que la división se efectúe según la propuesta aceptada por todas las partes personadas sin perjuicio de su práctica conforme dispone el artículo 404.

Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, Sección 21ª, de la misma capital, de 10 julio 2012 . Las razones por las que rechazaron la propuesta de división fueron, en primer lugar, la falta de unanimidad, ya que prestaron su conformidad los personados en autos, pero no los declarados en rebeldía; en segundo lugar, porque, siendo la cosa (un edificio) indivisible, no fue posible aplicar lo dispuesto en el artículo 401, segundo párrafo, ya que algunos pisos quedaban en copropiedad y se compensaba a otros en metálico.

Segundo.

1.- La parte demandante ha formulado el presente recurso de casación contra la anterior sentencia; la parte demandada personada no se ha opuesto al mismo y, como teóricamente recurrida, no ha presentado escrito de oposición.

En los antecedentes del recurso es de destacar el párrafo en el que explica la situación fáctica que presenta el edificio, con sus copropietarios conocidos y conformes y los que ni siquiera saben ni pueden saber si lo son y dónde pueden hallarse. Es el siguiente:

"En suma y resumen, no se trata sólo de que los comuneros que no prestaran su conformidad se han encontrado (y continúan haciéndolo desde que fueron declarados) en situación de rebeldía procesal, sino que, pese a todas las gestiones realizadas, nunca han podido ser localizados; además de que algunos de ellos han fallecido y otros se duda de si lo han sido y de que la inscripción de su título de propiedad en el Registro de la Propiedad puede alcanzar una enorme antigüedad. Todas estas circunstancias de hecho, recogidas expresamente en las sentencias de instancia y apelación, cualifican, concretan y específican la declaración de rebeldía, concepto que en abstracto es de extraordinaria amplitud.

Los motivos del recurso son dos y ambos plantean la misma idea, que no es otra que la pertinencia de la división. En el primero, se expone una serie de sentencias de esta Sala que permiten las compensaciones en metálico; se soslaya la necesidad de unanimidad, aunque se insiste en que la proporción de los que, no ya opuestos sino en rebeldía que no han manifestado su conformidad ni tampoco su oposición, es mínima; se destaca que la indivisibilidad del edificio no es absoluta, ya que permite la división en la forma que se propone.

Así, se mantiene en el recurso que la sentencia recurrida infringe el artículo 401, segundo párrafo. En el segundo motivo, se alega la infracción del artículo 404 del Código civil .

2.- La división de la cosa común -actio communi dividundo- proviene de Derecho romano por el principio de nemo invitu compellitus ad communionem, recogida en el artículo 400 del Código civil como facultad imprescriptible del derecho de propiedad, como dice la sentencia de 26 mayo 2011 , cuya "práctica de la división, cuando queda sometida al ejercicio de la acción queda al buen sentido de la decisión judicial -discrecional, que no arbitraria-a... la vista de las pretensiones de las partes" , lo que expresa literalmente dicha sentencia. Y tal como ya habían dicho las sentencias del 7 julio 2006 , 27 marzo 2009 y 15 diciembre 2009 : "la idea que se mantiene desde el principio es que nadie puede ser forzado a mantenerse en situación de copropiedad (nemo invitus compellitur ad conmmunionem), que no es sino un estado transitorio mirado con disfavor por el ordenamiento (communio est mater discordiarum)" .

Es preciso destacar que en el presente caso no hay oposición por parte de ninguno de los propietarios, hay desconocimiento del paradero de algunos (una mínima parte) pero no oposición. Así, las sentencias de instancia han acordado la división, pero han negado la forma propuesta y aceptada por todos los copropietarios, excepto los que no han aceptado ni se han opuesto.

3.- La indivisibilidad ha sido estudiada y reconocida por numerosas sentencias de esta Sala. Así, la sentencia de 3 febrero 2005 , reiterada por la de 15 diciembre 2009 , antes mencionadas, y por otras muchas, expresan que son tres las maneras que se pueden dar de indivisibilidad : indivisibilidad física, inservibilidad y desmerecimiento, siendo un concepto valorativo deducible de unos hechos, (sentencia de 7 de marzo de 1985). Y la indivisibilidad jurídica, cuando por la normativa vigente no se pueda o pierda todo o parte sustancial de su valor la cosa que se divida.

Un edificio de por sí, es indivisible ya que se dan elementos (portal, escalera, ascensor, etc.) que no pueden ser objeto de división material. Por ello, el párrafo segundo del artículo 401 del Código civil fue introducido por la ley 49/1960, de 21 julio, de propiedad horizontal y permitió que se plasmara la división de un edificio en forma de propiedad horizontal, que es el caso presente. Lo cual, como dice la sentencia de 30 abril 2009 , también citada anteriormente, "no podrá ser impuesto por unos contra la voluntad de los otros", pero en el caso presente no hay "contra la voluntad", sino sin la voluntad, ni a favor ni en contra.

A este respecto, es significativa la sentencia del 15 junio 2012 sobre la división en propiedad horizontal, que acepta la declaración de estos extremos de la instancia:

"A) La idoneidad del edificio para su división y su sometimiento al régimen de propiedad horizontal, (art. 401, párrafo segundo del Código Civil).Señalemos, en este aspecto, que la declaración del régimen de propiedad horizontal se integra substantivamente en la forma o particularización de la extinción del condominio, y que basta con la petición formulada por un comunero para que el Juez deba decretarla, aun en contra de los otros condominios (STS 10 de enero de 2008 , RJ 2008, 204). B) La aplicación del principio de igualdad cualitativa de la cuota. (artículos 1061 y 1062 del Código Civil , en relación con el artículo 406 del mismo cuerpo legal)."

Con todo ello, cabe que el principio de igualdad o "semejanza de los lotes", como dice la sentencia de 1 de marzo de 2001 , deba conseguirse mediante compensaciones en metálico que conviene evitar, como dice esta sentencia, pero si no es posible, se pueden acordar. Lo cual es mantenido explícitamente en la sentencia, antes citada, de 15 junio 2012 , en estos términos:

"apreciada la idoneidad del edificio para su división en régimen de propiedad horizontal, la escrupulosa aplicación del principio de igualdad cualitativa de las cuotas y su consiguiente materialización técnica en la adjudicación realizada, lo que no puede sostenerse es que las instancias incurren en una vulneración normativa por considerar o interpretar que en la división de la cosa común quedan excluidas, ab initio, los complementos o compensaciones en metálico ya que, por el contrario, dicha posibilidad ha sido tenida en cuenta."

Y la sentencia de 15 diciembre 2009 , también citada anteriormente, ya había dicho que "es evidente que caben dichos suplementos".

Tercero.

1.- Consecuencia de todo lo expuesto anteriormente, debe ser estimado el recurso de casación, ya que, sin contradecir la jurisprudencia de esta misma Sala, aparece una división de

cosa común, declarada en las sentencias de instancia y aceptada por las partes personadas, como no podía ser menos, conforme al artículo 400 del Código civil . Asimismo, debe ser aceptada, contra lo resuelto por tales sentencias, la forma de practicar la propuesta en autos, en la audiencia previa, por:

* en primer lugar, ha sido aceptada expresamente por las partes personadas, salvo la mínima parte (menos del 10%) que tampoco se ha opuesto;
* en segundo lugar, ningún copropietario se ha opuesto a ella;
* en tercer lugar, la rebeldía no significa oposición, simplemente, es una actitud pasiva que no implica aceptación, ni tampoco oposición;
* en cuarto lugar, la realidad social, cuya importancia ha destacado el artículo 3.1 del Código civil impide ignorar el hecho frecuente de aquellos edificios antiguos en que llega a ser imposible localizar a todos, absolutamente a todos, los copropietarios;
* en quinto lugar, la tutela judicial efectiva no sólo es dar una respuesta al ciudadano, sino darla adecuadamente y no tiene sentido ni eficacia alguna acordar una división y negar la forma en que puede practicarse;
* en último lugar, al aceptar la propuesta de ejercitar la división, no se infringe norma alguna, ni jurisprudencia.

2.- Por tanto, se considera que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 401, segundo párrafo, del Código civil al rechazar la división en propiedad horizontal que han propuesto y aceptado todas las partes, por lo que se debe estimar el motivo primero del recurso de casación, sin necesidad de entrar en el segundo y aceptar la forma que ha sido propuesta y aceptada por las partes.

No procede hacer condena en costas en ninguna de las instancias ni en este recurso de casación, conforme los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Procede asimismo la devolución del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Primero.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por Fernández-Oliver Asociados, S.L., DÑA. Florinda , D. Teofilo , DÑA. Mariola , D. Luis Alberto , DÑA. Sabina , DÑA. María Rosa , DÑA. Aurelia , D. Ambrosio , DÑA. Elsa y D. Cayetano ., contra la sentencia dictada por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 10 de julio de 2012 , que SE CASA Y ANULA.

Segundo.

En su lugar, manteniendo la estimación de la acción de división, se declara válida y eficaz la forma de practicarse como constitución de propiedad horizontal, tal como ha sido propuesta y aceptada en el acto de la audiencia previa, que es la siguiente:

Acordamos que la división de la cosa común se verifique con arreglo a la propuesta de adjudicación presentada por el 93,5086% de la propiedad, y expresamente aceptada por todas las partes personadas en el presente proceso.

Ordenamos la adjudicación en los siguientes términos:

1. Adjudicamos los diferentes pisos y locales a los propietarios cuya cuota de participación lo permita en propiedad exclusiva, subrogándose en su caso en la posición de arrendadores en aquellos pisos o locales con contrato de alquiler vigente. Todo ello de la forma siguiente:

1°) A Fernandez Oliver Asociados, Sociedad de Responsabilidad Limitada, en relación con los siguientes pisos y locales:

- Una cuota de participación del 38,7627% en los siguientes pisos y locales:

Bajo Local 1; Bajo Local 2; NUM013 ; NUM000 ; NUM001 , NUM002 .

- En pleno dominio., los siguientes pisos:

NUM004 ; NUM005 ; NUM006 ; NUM007 ; NUM008 ; NUM009 , NUM010 , NUM011 , NUM012 , NUM010 , NUM011 , NUM012 .

Debiendo por otra parte abonar la cantidad de 128.518.55 euros (21.383.687 ptas) para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas.

2°) A Dña. Florinda , en relación con los siguientes pisos y locales: Una cuota de participación del 37,3259% en los siguientes pisos y locales:

Bajo Local 1; Bajo Local 2; NUM013 ; NUM000 ; NUM001 ; NUM002 .

En pleno dominio, los siguientes pisos:

NUM014 , NUM015 ; NUM016 ; NUM017 ; NUM018 ; NUM019 ; NUM020 .

Debiendo por otra parte abonar la cantidad de 118.042,57 euros (19.640.631 ptas) para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas.

3°) A los cónyuges D. Teofilo y Dña. Mariola , en relación con los siguientes pisos y locales:

Una cuota de participación del 23,9114% en los siguientes pisos y locales: Bajo Local 1; Bajo Local 2; NUM000 , NUM013 ; NUM001 ; NUM002 .

En pleno dominio, los siguientes pisos:

NUM030 ; NUM031 ; NUM026 ; NUM003 .

Debiendo por otra parte abonar la cantidad de 154.874,91 euros (25.769.017 ptas) para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas.

Hay que tener en cuenta que el 6,6728% del total de la adjudicación conjunta tendrá carácter privativo de D. Teofilo , de acuerdo con el origen de su propiedad en el edificio.

4°) A los cónyuges D. Ambrosio y Dña. Elsa en relación con los siguientes pisos:

NUM021 , NUM022 y NUM023 por un valor de adjudicación de 479.778,20 euros (79.828.375 ptas).

Debiendo por otra parte recibir 8.258,13 euros (1.374.037 ptas) para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas.

Hay que tener en cuenta que el 14,5173% del total de la adjudicación conjunta tendrá carácter privativo de D. Ambrosio , de acuerdo con el origen de su propiedad en el edificio.

5°) A Dña. Aurelia , en relación con el piso NUM024 por un valor de adjudicación de 33.634,14 euros (5.596.250 ptas), debiendo además recibir la cantidad de 10.205,75 euros (1.698.094 ptas), como complemento en metálico, para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones.

6°) A Dña. Sabina , en relación con el 40,805% del piso NUM025 , debiendo además recibir la cantidad de 1.713,67 euros (285.130 ptas), como complemento en metálico, para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas.

7°) A Dña. María Rosa , en relación con el 40,805% del piso NUM025 , debiendo además recibir la cantidad de 1.713,67 euros (285.130 ptas), como complemento en metálico, para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas.

8°) A D. Ceferino , en relación con el 50% del piso NUM032 , debiendo además abonar la cantidad de 3.403,52 euros (566.298 ptas), como complemento en metálico, para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas.

9°) A D. Eloy , en relación con el 50% del piso NUM032 , debiendo además abonar la cantidad de 3.403,52 euros (566.298 ptas), como complemento en metálico, para ajustar el valor de su participación al valor de las adjudicaciones recibidas.

10°) A D. Cayetano , en relación con el piso NUM027 , debiendo además recibir una cantidad en metálico de 7.497,22 euros (1.247.432 ptas).

11°) A Toypo Promociones, Manuel Maroto 40 S.L., el piso Tercero Interior Derecha debiendo además recibir una cantidad en metálico de 8.575,01 euros (1.426.762 ptas).

12°) A D. Luis Alberto , en relación con el 50% del piso NUM028 , debiendo abonar la cantidad de 2.705,90 euros (450.223 ptas) para ajustar el valor de su participación al valor de la adjudicación recibida.

13°) A D. Marco Antonio , en relación con el 50% del piso NUM028 , debiendo abonar la cantidad de 2.705,90 euros (450.223 ptas) para ajustar el valor de su participación al valor de la adjudicación recibida.

14°) A D. Norberto , en relación con el 18,39% del piso NUM025 , sin que resulte diferencia alguna para ajustar el valor de su participación a la adjudicación recibida.

2. Declaramos la participación de la percepción en metálico de la cuota correspondiente a aquellos copropietarios cuya cuota de propiedad les impide optar a la adjudicación de pisos o locales concretos o bien, teniendo cuota suficiente, no han podido ser localizados. Todo ello de la siguiente forma:

15°) Que a D. Amador se le abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 7.014,38 euros (1.167.095 ptas).

16°) Que a Dña. Adela se le abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 12.338,83 euros (2.053.009 ptas).

17°) Que a Dña. Elisa y a D. Urbano se les abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 43.845,67 euros (7.295,306 ptas).

18°) Que a D. Camilo se le abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 43.845,67 euros (7.295.306 ptas).

19°) Que a D. Juan Ramón se le abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 87.685,56 euros (14.589.650 ptas).

20°) Que a Dña. Laura se le abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 76.209,06 euros (14.589.650 ptas).

21°) Que a Dña. Beatriz se le abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 3.646,09 euros (606.657 ptas).

22°) Que a Dña. Soledad se fe abone en pago de su cuota de participación la cantidad de 13.160,65 euros (2.189.747 ptas).

23°) Que a Dña. Andrea se le abone en pago de su cuota de participación, la cantidad de 87.685,56 euros (14.589.650 ptas), como titular registra! del 1,5151%, y sin perjuicio de las acciones que "FERNANDEZ OLIVER ASOCIADOS, S.L.", Dña. Florinda , D. Teofilo y D. Ambrosio puedan ejercitar para el reconocimiento de su derecho sobre la citada participación.

3. Declaramos que la cuota en metálico correspondiente a los copropietarios que no se han personado en el presente procedimiento quede consignada a su disposición en la cuenta que el Juzgado designe en trámite de ejecución.

4. Declaramos la extinción de la comunidad y condenamos a los demandados a otorgar escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, de conformidad con las adjudicaciones propuestas, supliendo el propio Juzgado la voluntad de los declarados en rebeldía y la de quienes se nieguen a tal otorgamiento, en ejecución de sentencia.

Tercero.

No se hace imposición de las costas causadas en este recurso, ni en ninguna de las instancias

Cuarto.

Devuélvase el depósito constituido

Quinto.

- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Xavier O'Callaghan Muñoz .-Jose Luis Calvo Cabello

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando

celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.