



Roj: **STS 4143/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4143**

Id Cendoj: **28079110012018100679**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2018**

Nº de Recurso: **410/2016**

Nº de Resolución: **693/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 722/2015,**  
**STS 4143/2018,**  
**AATS 927/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 693/2018**

Fecha de sentencia: 11/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 410/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Vitoria, sección 1.ª.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 410/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 693/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 11 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, contra la sentencia dictada, con fecha 6 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 479/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 43/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vitoria.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora doña Mercedes Espallargas Carbo en nombre y representación de don Leon .

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida El procurador don Eduardo Martínez Pérez, en nombre y representación de don Mario .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los tribunales don Iñaki Sanchiz Capdevila, en nombre y representación de don Mario , formuló demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de división de cosa común contra don Leon . El suplico de la demanda dice:

[...] que teniendo por presentado este escrito de demanda con los documentos que se acompañan, y copias de todo ello, se admita, y se tenga por formulada demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de división de la cosa común, contra D. Leon , y tras cumplirse los trámites procesales oportunos, por el Tribunal se dicte en su día Sentencia en la que se declare y ordene:

1. La extinción del condominio sobre los bienes muebles descrito en esta demanda.

2. Se acuerde el siguiente reparto de los bienes objeto de litigio:

Asignar a D. Leon .

- La Cámara frigorífica 26.941,00 €

- El equipo de frío 22.149,00 €

- El termonebulizador 1.194,00 €

- La traspaleta, 250,00 €

- La cobertura de riego 651,00 €

- La mula mecánica con su carro 1.600,00 €

- La ablenadora. 650,00 €

- El Chisel 1.100,00 €

TOTAL.- 54.535,00€

" Asignar a D. Mario :

"-La Plantadora de patata 8.500,00 €

"-El equipo de descarga 19.692,00 €

"- La carretilla elevadora eléctrica 24.000,00 €

"-La picadora de patata 1.000,00 €

"-El cultivador 1.400,00 €

TOTAL: 54.592,00 €

"3. Subsidiariamente, y en supuesto de disconformidad por la parte contraria del anterior reparto, se declare su indivisibilidad y en consecuencia se ordene su venta en pública subasta judicial distribuyéndose el precio que en ella fuera obtenido, una vez deducidos los correspondientes gastos, conforme al derecho de cada propietario en tal comunidad, sirviendo la tasación formulada en este escrito a efectos de dicha subasta.



"4. Se declare la expresa imposición de las costas al demandado."

2.- Por decreto de 22 de enero de 2014 se admitió a trámite la demanda dando traslado a las partes para su contestación.

3.- El procurador de los tribunales don Jesús Calvo Barrasa, en nombre y representación de don Leon , contestó a la demanda formulando reconvenición.

"que habiendo por presentado este escrito, junto con los documentos adjuntos, se sirva admitirlos y en su virtud, me tenga por personado en el procedimiento en nombre de mi representado y por allanado respecto a los seis primeros bienes del hecho primero de la demanda y por opuesto respecto a los otros siete, llegue tras los trámites oportunos a dictar sentencia que ordene la venta en pública subasta con intervención de licitadores extraños de los referidos seis bienes en otros tantos lotes, con desestimación de la demanda respecto al resto de bienes e imposición de costas al demandante respecto a estos siete bienes."

El suplico de la reconvenición dice:

"que habiendo por presentado este escrito, junto con los documentos adjuntos, se sirva admitirlos y en su virtud y teniendo por formulada reconvenición acuerde tramitarla con emplazamiento de la persona no demandante inicialmente hasta llegar a dictar sentencia que ordene la subasta de los tres bienes descritos en otros tantos lotes, con admisión de licitadores extraños y el reparto de lo que obtenga entre los litigantes en atención a su respectiva participación, con imposición de las costas de esta reconvenición al reconvenido principal salvo que se allane oportunamente a ello."

4.- Por decreto de 13 de mayo de 2014 se acordó admitir a trámite la demanda reconvenicional.

5.- Con fecha 17 de junio de 2014, don Artemio , presentó escrito allanándose a la demanda reconvenicional formulada de contrario.

6.- Por diligencia de ordenación de 1 de julio de 2014, se acordó declarar a don Artemio , en situación de rebeldía procesal.

7.- La representación procesal de don Mario , contestó a la demanda reconvenicional suplicando al Juzgado:

"Que tenga por contestada en tiempo y forma la demanda reconvenicional y, en su día, previa la tramitación pertinente, por el juzgado se dicte sentencia absolviendo a mi representado de todos los pedimentos deducidos de contrario, todo ello con expresa imposición de costas."

8.- El Juzgado dictó sentencia el 12 de marzo de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

"1.º. Se acuerda estimar sustancialmente la demanda presentada por el Procurador don Iñaki Sanchiz Capdevila en nombre y representación de don Mario contra don Leon en los términos señalados en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución sin expresa condena al pago de las costas.

"2.º. Se acuerda desestimar íntegramente la demanda reconvenicional presentada por el Procurador don Jesús Calvo Barrasa en nombre y representación de don Leon contra don Mario , sin expresa condena al pago de las costas.

"3.º. Se acuerda estimar íntegramente la demanda presentada por el Procurador don Jesús Calvo Barrasa en nombre y representación de don Leon contra don Mario y don Artemio , en los términos señalados en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución sin expresa condena al pago de las costas.

"Desestimar el recurso interpuesto por Leon representado por el procurador Jesús Calvo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vitoria en el procedimiento Ordinario n.º 43/2014.

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Mario , contra la anterior sentencia, correspondiendo su resolución a la sección primera de la Audiencia Provincial de Álava, dictó sentencia el 6 de noviembre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

"Estimar el recurso interpuesto por Mario representado por el procurador Iñaki Sanchiz contra la misma sentencia y, en consecuencia, que procede declarar la mula mecánica señalada en el n.º 12 de la relación de bienes copropiedad de ambos litigantes pronunciamientos de la sentencia de instancia; con imposición de las costas derivadas de la demanda y reconvenición al demandado.

"En relación a las costas de esta instancia el demandado-recurrente abonará las derivadas de su recurso; sin hacer especial pronunciamiento de las derivadas de la impugnación del actor-demandado reconvenido."



2.- El 11 de diciembre de 2015 se dictó auto de aclaración de la sentencia a instancia de parte, del señor Leon , en relación con las costas, acordándose que no procedía la aclaración solicitada.

**TERCERO.- Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.**

1.- La representación procesal de D. Leon , presentó escrito de interposición de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, contra la sentencia dictada, con fecha 6 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), con base en los siguientes motivos:

**Recurso extraordinario por infracción procesal.**

Primero.- Se formula por infracción procesal al amparo del motivo 2.º del artículo 469 de la LEC, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto el principio de congruencia del artículo 218 de dicha LEC.

Segundo.- Se formula por infracción procesal al amparo del motivo 3.º del artículo 469 de la LEC, infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando hubiera podido producir indefensión entre otros los artículos 394 y 398 de la LEC.

**Recurso de casación.**

Se interpone por interés casacional por el que se solicita que se fije por el Tribunal Supremo que cualquiera de los condominios puede pedir la venta de los bienes comunes en pública subasta.

2.- La sala dictó auto el 18 de julio de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"PRIMERO.- Procede admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Leon , al concurrir, *prima facie*, los presupuestos y requisitos legalmente exigidos en el ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, y art 469 LEC .

"SEGUNDO.- De conformidad con los art. 474 y 485 LEC la parte o partes recurridas podrán formalizar su oposición a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, por escrito en el plazo de veinte días desde la notificación de este auto. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría. "

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de don Mario , manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 21 de noviembre de 2011 en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Don Mario formuló demanda de juicio ordinario de división de cosa común contra don Leon .

Los bienes sobre los que ejercita la acción son trece bienes muebles que relaciona en la demanda, y acompaña informe pericial sobre la tasación de todos ellos.

En el suplico, y tras solicitar la estimación del condominio, postula, con carácter principal, el reparto de los bienes en los términos que recoge y, subsidiariamente, y para el supuesto de disconformidad de la parte contraria sobre el reparto, que se declare su indivisibilidad y en consecuencia se ordene su venta en pública subasta judicial.

2.- Don Leon formuló contestación a la demanda y, además, presentó demanda reconvenzional.

Respecto de la demanda solo admitió que eran copropietarios de los seis bienes citados en primer lugar, y en cuanto a ellos se allanó a su división, solicitando que se subasten en otros tantos lotes, pues la venta en un único lote sería depreciar los bienes, lo que así insta expresamente en el suplico.

En la demanda reconvenzional pretende incluir en la división dos bienes más y solicita también su venta en pública subasta.

En la reconvencción solicitó la intervención de un tercero don Artemio .

3.- Este último presentó escrito de allanamiento a la petición formulada de contrario.



4.- La parte actora se opuso a la demanda reconvenicional formulada de contrario y, a su vez, formuló reconvenición contra el demandado y el Sr. Artemio respecto de dos bienes, de los que serían copropietarios por terceras partes, y solicitó como forma de división la venta en pública subasta.

5.- La sentencia de primera instancia estimó sustancialmente la demanda, acordando la estimación del condominio de 12 de los 13 elementos recogidos en la demanda y, a la vista de las alegaciones de las partes, ordenó su venta en pública subasta judicial en los términos que especifica.

Estimó la demanda presentada por el Sr. Leon contra el Sr. Mario y el Sr. Artemio sobre la sembradora propiedad de éstos por terceras e iguales partes.

Desestimó la demanda reconvenicional presentada por el Sr. Leon contra don Mario .

No hizo expresa condena en las costas de ninguna de las tres demandas.

6.- Don Leon interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, por el que sometía a debate la titularidad de ciertos bienes, pero sin modificar su petición sobre la forma de división, esto es, mediante venta en pública subasta.

7.- Don Mario se opuso al recurso de apelación y, a su vez, impugnó la sentencia de la primera instancia respecto de la propiedad del motocultor y las costas, pero no sobre la forma de división acordada en la citada sentencia.

8.- Correspondió conocer del recurso a la sección primera de la Audiencia Provincial de Álava, que dictó sentencia el 6 de noviembre de 2015. En ella se desestima el recurso interpuesto por Leon .

Se estima el interpuesto por Mario y, en consecuencia, declara que la nula mecánica, señalada en el n.º 12 de la relación de bienes, es copropiedad de ambos litigantes.

A pesar de confirmar el resto de los pronunciamientos, afirma en el FD tercero que "la división de los bienes se realizará formando lotes y repartiendo los mismos entre actor y demandado de la forma establecida en el suplico de la demanda.

Respecto a las costas decide:

(i) La demanda se estima en su integridad, por lo que el demandado debe abonar las costas de la instancia.

(ii) La reconvenición se desestimó en la instancia, las costas derivadas de la misma se abonarán por el actor reconvenicional.

(iii) En cuanto a las de la apelación el recurrente Leon abonará las derivadas de su recurso.

No se hace expresa imposición de las derivadas de la impugnación del señor Mario .

Todo en aplicación del principio de vencimiento.

9.- El 11 de diciembre de 2015 se dictó auto de aclaración de la sentencia a instancia de parte, del señor Leon , en relación con las costas, y se acordó que no procedía la aclaración solicitada.

10.- La representación procesal de don Leon interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación en los términos que se expondrán.

11.- La sala dictó auto el 18 de julio de 2018 por el que acordó admitir ambos recursos.

La parte recurrida presentó escrito de oposición a a sendos recursos, si bien previamente opuso óbices de admisibilidad.

#### **Recurso extraordinario de infracción procesal.**

##### **SEGUNDO.- Motivo primero.**

Se formula por infracción procesal al amparo del motivo 2.º del artículo 469 de la LEC, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto el principio de congruencia del artículo 218 de dicha LEC.

El Fundamento Tercero de la Sentencia de la Audiencia finaliza con este párrafo: No especifica la demanda la forma de realizar la división de la cosa común. El recurrente principal tampoco hace cuestión de este tema en su recurso. La Sala considera que la parte actora propone una solución que el perito avala al valorar los bienes, y que resulta coherente. Por ello, no habiendo sido impugnado de contrario, la división de los bienes se realizará formando lotes y repartiendo los mismos entre actor y demandado de la forma establecida en el suplico de la demanda.

Ninguna de las partes pide la formación de lotes en sus recursos y la Audiencia ordena la formación de lotes.

**TERCERO.- Decisión de la sala.**

1.- Como recoge la sentencia 707/2016, de 35 de noviembre:

"En relación al presupuesto de congruencia debe señalarse, tal y como se expone en la STS de 18 de mayo 2012 y se recuerda en la 148/2016, de 10 de marzo ( núm 294/2012), que constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (4 de abril de 2011 ROJ 2898, 2011).

"El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva *-dictum-* y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la *-causa de pedir-*, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio *-petitum-* o pretensión solicitada, ( STS de 13 de junio de 2005). De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia ( SSTS de 30 de marzo de 1988, y 20 de diciembre de 1989). En parecidos términos, cabe señalar que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se dé la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte ( STS de 4 de octubre de 1993). Con lo que la incongruencia *extra petita* (fuera de lo pedido), en relación con el principio de *iura novit curia*, se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones ( SSTS de 6 de octubre de 1988 y 1 de octubre de 2010).

"Ello sentado, con un carácter más general recordar que la congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con la adopción de un punto de vista jurídico distinto, de acuerdo con el tradicional aforismo *"iura novit curia"* (el juez conoce el derecho) -con tal que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión -, como establece el artículo 218, apartado 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

"En consecuencia, la incongruencia, en la modalidad *extrapetita* (fuera de lo pedido), sólo se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con ello la causa de pedir (entendida como conjunto de hechos decisivos y concretos, en suma relevantes, que fundamentan la pretensión y es susceptible, por tanto, de recibir por parte del órgano jurisdiccional competente la tutela jurídica solicitada) ( STS 610/2010, de 1 de octubre).

"Respecto a la relevancia constitucional del vicio de incongruencia hay que señalar que se produce, por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (STC 18 de octubre, de 2004 RTC 2004, 174). En esta línea, el Tribunal Constitucional ha reiterado que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional.

"Así se recordaba lo declarado en la sentencia de 25 de junio 2015, rec. 2868/2013."

2.- Si se aplica la doctrina jurisprudencial antes expuesta al presente recurso, el motivo debe ser estimado. Bastaría para ello con acudir a los términos en que se plantea el recurso de apelación e impugnación de la sentencia de la primera instancia, pues ambas partes se aquietan y no se oponen al procedimiento de división de los bienes comunes que dispone la misma.

Si hubiesen estado disconformes tendrían que haber impugnado expresamente ese pronunciamiento.

Pero es que a mayor abundamiento, la sentencia recurrida se aparta de los términos en que se planteó la *litis* en los escritos rectores de ella.

La demanda es cierto que solicita que se adjudiquen los lotes en la forma que propone, pero a continuación solicita, de forma subsidiaria, que si el demandado no estuviese conforme, y es el caso, se proceda a la venta en pública subasta, y así lo interesan a continuación todas las partes, constatada la disconformidad, según hemos expuesto en el resumen de antecedentes.



De ahí, que, con estimación del motivo, se haya de estar en este extremo a lo decidido en la sentencia de primera instancia.

Así se pronunció esta sala en un supuesto de acción de división de cosa común en sentencia 298/2013 de 10 de mayo.

#### **CUARTO.-** *Motivo segundo.*

Se formula por infracción procesal al amparo del motivo 3.º del artículo 469 de la LEC, infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando hubiera podido producir indefensión entre otros los artículos 394 y 398 de la LEC

#### **QUINTO.-** *Decisión.*

Esta sala tiene declarado con reiteración (como recientes cabe citar el auto de 24 de enero de 2018 en rec. 251/2017 y de 26 de septiembre de 2018 en rec. 1470/2016) que "la vulneración de normas sobre costas procesales, pese a su naturaleza procesal, no es susceptible de recurso extraordinario por infracción procesal, como pretende la parte recurrente a través de su escrito de alegaciones. A tales efectos debemos tener en cuenta que no todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario, ni en el régimen provisional regulado en la disposición final 16.ª de la LEC, ni siquiera en el mas amplio del articulado (arts. 468 y siguientes), que tiene todavía pospuesta en parte su vigencia (vid. disp. final 16.ª, apartado 2); además es imprescindible, aparte la recurribilidad de la sentencia, que la vulneración de la norma procesal sea incardinable en alguno de los motivos tasados en el art. 469.1 LEC, en ninguno de los cuales tiene encaje adecuado la infracción de los artículos sobre costas, dado que el pronunciamiento relativo a éstas no se regula en la ley de enjuiciamiento dentro de las normas sobre las resoluciones judiciales, en los arts. 206 a 215, sino que es tratado en diferente Libro de la LEC (Libro II, Título I, Capítulo VIII, arts. 394 a 398 LEC), donde se establecen las disposiciones relativas a "la condena en costas", que, evidentemente, no tienen cabida en el motivo segundo, del art. 469.1 LEC, referido únicamente a normas reguladoras de la sentencia, ni tampoco en el motivo tercero del mismo precepto, atinente a normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad o hubiere podido producir indefensión; obviamente la falta de un motivo en que tenga encaje la vulneración de las normas sobre costas es razón bastante para considerar que el legislador ha optado por excluir del recurso extraordinario procesal la verificación de la aplicación de los preceptos correspondientes, ni siquiera para el control del criterio objetivo, único que la jurisprudencia de esta Sala venía admitiendo como susceptible de fiscalización a través del recurso de casación bajo el régimen de la LEC de 1881, pues ya era reiterada la doctrina sobre la exclusión de toda revisión del criterio subjetivo, en orden a la concurrencia o no de circunstancias relativas a temeridad o buena fe, para atemperar el criterio objetivo, sustentar la condena o relevar de la misma en los casos regidos por el criterio subjetivo. La exclusión del recurso extraordinario por infracción procesal es, por otra parte, acorde con el reforzamiento de la naturaleza instrumental del proceso, por ello no es de extrañar que cuestiones adjetivas de tanta amplitud como las correspondientes a la ejecución, no puedan acceder a este medio de impugnación, es más, incluso están excluidas como regla general del recurso de apelación (cfr. art. 562.1 LEC); de ahí que sea coherente con este sistema de recursos el que se exceptúe del extraordinario procesal la denuncia de vulneraciones de las normas reguladoras de las costas. Corroboración esta conclusión la explícita previsión del recurso de apelación sobre costas, en el art. 397 LEC, de modo que la LEC 1/2000, de 7 de enero, ha optado porque la función de unificación que corresponde a los órganos jurisdiccionales no vaya más allá del ámbito de cada Audiencia Provincial, a través de las resoluciones que dicten en grado de apelación; asimismo esa expresa referencia al recurso de apelación en materia de costas, sin mención del recurso extraordinario patentiza que sólo se contempla el devolutivo ordinario. Criterio el expuesto que constituye doctrina reiterada de esta Sala".

Así lo reitera la sentencia 607/2018, de 6 de noviembre.

Solo de modo artificioso se apoya el motivo en el ordinal 3.º del art. 469 de la LEC, pues no concreta ninguna indefensión que no sea su discrepancia con la aplicación que hace la audiencia de las normas procesales de los arts. 394 y 398 de la LEC.

Por todo ello procede la inadmisión del motivo que, en este trance procesal supone su desestimación.

#### **Recurso de casación.**

**SEXTO.-** Se interpone por interés casacional por el que se solicita que se fije por el Tribunal Supremo que cualquiera de los condominios puede pedir la venta de los bienes comunes en pública subasta.

Expuesta queda la incongruencia *extra petita* de la sentencia de la Audiencia Provincial acordando unilateralmente la formación de lotes, pese a no haberlo pedido las partes en sus recursos ya que la sentencia del Juzgado acordaba la venta en pública subasta. Esta decisión, además de incongruente, contraria por tanto



al artículo 218 de la LEC, es contraria al artículo 1062 del Código Civil y a la jurisprudencia del TS contenida entre otras en la sentencia de la sala 1.ª n.º 23/2010 de 21 de abril dictada en el recurso de casación 62/2007.

**SÉPTIMO.-** *Decisión de la sala.*

1.- Cuando un bien es indivisible la falta de acuerdo de los copropietarios para dividir el bien pasa por acudir a la pública subasta, que es el medio de venderlo y repartir su precio ( art. 404 CC).

La sala establece que ante la falta de acuerdo entre los comuneros para dividir el objeto del condominio la solución posible es la venta en pública subasta.

La sentencia 609/2012, de 19 de octubre, declara:

"Con el ejercicio de la acción de división lo que se persigue es la cesación del estado de indivisión para que se adjudique al comunero la propiedad plena y separada de una parte o porción de la cosa común o, en el caso de que física o jurídicamente tal división no fuera posible, se le atribuya la parte proporcional del precio obtenido mediante su venta.

"De ahí que la facultad concedida por dicha norma se dirige al cese de la situación de comunidad mediante el reconocimiento y asignación de titularidades individuales a cada uno de los partícipes, que se han de materializar sobre todos y cada uno de los bienes en los que son titulares de una cuota indivisa. Esta Sala, en sentencia de 30 julio 1999, afirmó que "excluida en este caso por la voluntad del comunero demandante la adjudicación a uno con compensación económica al otro, la única forma de proceder a la división de la comunidad es la de acudir a la venta en pública subasta con distribución del precio obtenido entre los comuneros". Por su parte, la sentencia de 16 de febrero de 1991, establece, en su quinto fundamento jurídico, que "mientras dure la indivisión, a cada condueño (porque esa es la esencia del condominio de tipo romano, que sigue nuestro Código Civil, a diferencia de la comunidad germánica) le corresponde una cuota ideal y abstracta sobre todos y cada uno de los bienes, física y registralmente individualizados, objeto del condominio [...] y que, al ponerse fin a la indivisión, tiene derecho a que su cuota ideal o abstracta se concrete o materialice en una parte real y física de cada uno de los bienes de los que es condueño, si los mismos son divisibles, sin poder ser obligado, en contra de su voluntad, como pretende la recurrente, a recibir el pleno dominio de uno de los bienes y ser privado de toda participación real o material en el otro, solución esta última que tampoco puede serle coercitivamente impuesta cuando los bienes (o alguno de ellos) sean indivisibles pues para este supuesto la única solución que arbitra el legislador es la venta en pública subasta y el reparto del precio entre los condueños ( arts. 404 y 1062 Código Civil)".

Por tanto, cuando no existe acuerdo entre los copropietarios, como consta en autos, se impone, en caso de indivisibilidad, la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños.

Así lo acordaron las partes en los escritos rectores, según hemos expuesto al decidir sobre el recurso extraordinario por infracción procesal, y así lo acordó la sentencia de primera instancia.

Naturalmente ello no impide a cada uno de los partícipes pujar en la subasta para la adjudicación del bien, obteniendo la plena propiedad del mismo mediante el pago al otro partícipe de la parte proporcional que le corresponda en el precio de la adjudicación .

En igual sentido, sentencias 721/1999, de 30 de julio; de 16 de febrero de 1991, de 3 de mayo de 2011, de 3 de febrero de 2005, 233/2010, de 21 de abril, de 26 de septiembre de 1990, 744/2006, de 7 de julio, 5 de febrero de 2013, 26 de enero de 2012, 12 de julio de 1996.

Tal doctrina era reiterada en la sentencia 544/2017 de 5 de octubre.

Lo anterior es suficiente para acreditar el interés casacional y, por ende, el rechazo de los óbices de admisibilidad; de forma que se declara ajustado a derecho el auto de la sala de 18 de julio de 2018.

**OCTAVO.-** De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394. 1 y 398.1 LEC, no se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, al estimarse parcialmente, ni tampoco las costas del recurso de casación.

No tiene influencia los presentes recursos en el pronunciamiento sobre costas que contiene la sentencia recurrida.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido





1.º- Estimar parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don Leon , contra la sentencia dictada, con fecha 6 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 479/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 43/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vitoria.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por don Leon contra la misma sentencia.

3.º- Casar la sentencia recurrida en el único extremo de que la división de los bienes se lleve a cabo mediante venta en pública subasta en los términos en que dispone la sentencia de primera instancia.

4.º- No se imponen a la parte recurrente las costas de ambos recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Francisco Marin Castan, presidente Jose Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Eduardo Baena Ruiz M.ª Angeles Parra Lucan

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ