



Roj: **STS 3470/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3470**

Id Cendoj: **28079110012017100510**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/10/2017**

Nº de Recurso: **1188/2015**

Nº de Resolución: **544/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP J 1118/2014,**
STS 3470/2017,
AATS 10447/2017,
ATS 1095/2018

SENTENCIA

En Madrid, a 5 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 794/2014, de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 352/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cazorla; recurso interpuesto ante la citada audiencia por D. Ildefonso y Dña. Elisa , Dña. Pura , D. Carlos María , Dña. Emma , D. Avelino y D. Felicísimo , y D. Melchor , representados todos ellos en segunda instancia por la procuradora Dña. María Luisa Guzmán Herrera, bajo la dirección letrada de D. José María López Galán, compareciendo ante este tribunal en sus nombres y representaciones el procurador D. José Luis Pinto Maraboto Ruiz en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. María Rosario , representada por la procuradora Dña. Ana María del Pozo Pérez, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Gabaldón Vargas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Augusto su esposa Dña. Justa , Dña. Felicísima , su esposo D. Melchor y D. Ildefonso , representados todos ellos por el procurador D. Gregorio Foronda Foronda y asistido del letrado D. José María López Galán, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Dña. María Rosario y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que estimando la presente demanda se:

»1.- Declare que los litigantes don Augusto , don Ildefonso , doña Felicísima y doña María Rosario son propietarios proindiviso, por cuartas partes, de las fincas rústicas siguientes:

»A.- Casa cortijo sita en los DIRECCION000 , pago de Burunchel, término de la Iruela, inscrita en el Registro de la Propiedad de Cazorla (Jaén) al Tomo NUM000 , Libro NUM001 de la Iruela, folio NUM002 , finca NUM003 .

»B.- Una octava parte indivisa de una porción de terreno destinada a ensanches de la casa anteriormente descrita y de otra de esta cortijada y además era de pan trillar, inscrita en el Registro de la Propiedad de Cazorla (Jaén) al Tomo NUM000 , libro NUM001 de la Iruela, folio NUM004 , finca NUM005 .



»C.- Haza nombrada de la DIRECCION001 , por debajo de las eras de la Vega, término de la Iruela, inscrita en el Registro de la Propiedad de Cazorla (Jaén) al Tomo NUM006 , libro NUM007 de la Iruela, folio NUM008 , finca NUM009 .

»2.- Declare que don Augusto y su esposa doña Justa , doña Felicisima y su esposo don Melchor , don Ildefonso y doña María Rosario son propietarios proindiviso, por cuartas partes (los Sres. Augusto - Justa y Melchor - Felicisima para su sociedad de gananciales), de la finca rústica haza nombrada de la DIRECCION001 , por bajo de las Eras de la Vega, término de la Iruela, inscrita en el Registro de la Propiedad de Cazorla (Jaén), al tomo NUM010 , Libro NUM011 de la Iruela, folio NUM012 , Finca NUM013 .

»3.- Declare el derecho de los demandantes a no permanecer en la proindivisión de las comunidades y, en consecuencia, declare extinguidas y disueltas las comunidades de bienes en proindiviso mantenidas entre todos los litigantes en relación a cada uno de los bienes inmuebles identificados en el hecho sexto de la demanda (extremos 1 y 2 del presente suplico).

»4.- Ordene, previa la declaración de indivisibilidad material, económica o jurídica de cada uno de los citados inmuebles, su respectiva adjudicación a uno de los copropietarios por medio de subasta entre ellos al mejor postor, y, con carácter estrictamente subsidiario y para el hipotético supuesto de su desestimación, su venta en pública subasta con intervención de los propios partícipes y admisión de licitadores extraños, en ambos casos sin sujeción a tipo, y acuerde el reparto o distribución del precio obtenido por dicha enajenación en proporción a la cuota dominical que ostenta cada comunero respecto a cada uno de los bienes en copropiedad.

»Subsidiariamente, a la anterior petición, y única y exclusivamente para el supuesto de que alguno de los bienes relacionados resultare material y jurídicamente divisible, disponga la extinción de la comunidad sobre dicho inmueble por división en lotes, con adjudicación por sorteo a los partícipes de los inmuebles filiales resultantes en proporción a sus respectivos derechos en el condominio disuelto.

»5.- Declare la obligación de las partes de este proceso de realizar y otorgar los actos jurídicos que sean necesarios para llevar a cabo la efectiva disolución de las comunidades y la adjudicación de las fincas a favor de quienes correspondan, y ordene la contribución a los gastos que dichos actos generen en proporción a la cuota que cada uno de los litigantes ostenta sobre las fincas objeto del procedimiento.

»6.- Condene a doña María Rosario a estar y pasar por los citados pronunciamientos.

»7.- Condene a la demandada doña María Rosario a las costas del presente procedimiento si se opusiera a la presente demanda».

2.- La demandada Dña. María Rosario , actuando en su representación la procuradora Dña. Inmaculada Sola Muñoz y bajo la dirección letrada de D. Rafael Álvarez de Morales y Ruiz-Matas, contestó a la demanda y formuló reconvencción.

Contestó a la demanda formulando las excepciones de litispendencia y falta de legitimación activa, reseñando los hechos e invocando los fundamentos de derecho, que estimó pertinentes, oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación.

Interpuso demanda reconvenccional con los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que, con desestimación de aquella demanda y estimación de la reconvencción, se sobresea el proceso, de darse lugar a la excepcionada litispendencia, ó, en entrar en el fondo, absuelva libremente de ella a mi dicha representada, y con estimación de la reconvencción, se declare :

»La disolución de la copropiedad de los bienes tenidos en tal forma por las partes hasta el momento, y descritos en la demanda, llevándose a cabo la misma en ejecución de sentencia mediante la adjudicación a cada copropietario de un lote, de los cuatro en que han de distribirse los mismos a tales efectos, igual número de partes, incluyéndose necesariamente en el de la demandada la casa cortijo, en CALLE000 núm. NUM014 , de Burunchel, cuyo valor será determinado disminuyéndose del que le hubiere correspondido siguiendo las reglas de valoración requeridas para ello el importe de las cantidades acreditadas en cuanto que llevadas a cabo de su parte para construcción, reforma y mejora/innovación, que resultan cuantitativamente determinadas de lo expuesto anteriormente, en la suma de diez y siete mil ciento seis euros con sesenta y nueve céntimos (17,106,69.-?) de las compensaciones entre copartícipes a que hubiere lugar, conforme a la formación de lotes y adjudicación de los mismos resultante del informe técnico aportado de esta parte suscrito por el Sr. Evelio , ó, mediante la actuación pericial que se ordene y efectúe a tal fin, y que se acuerde en dicha ejecución, para la distribución de los bienes en copropiedad de que se viene tratando y la situación que todo ello impone, formación de lotes y adjudicación de los mismos resultante, pero siempre con adjudicación a esta parte en su lote de la casa cortijo, sin perjuicio, además, de las compensaciones económicas entre copartícipes a que



hubiere lugar, y todo ello con expresa imposición de las costas causadas a los actores/reconvenidos, por ser así de hacer en justicia que respetuosamente pido y confiadamente espero».

3.- Admitida la reconvenición y dado traslado a la parte demandante de autos, la representación procesal de los actores contestó a la demanda reconvenicional con los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, suplicando al juzgado:

«Se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda reconvenicional formulada por la representación procesal de doña María Rosario , absolviendo de la totalidad de sus pedimentos a mis mandantes, con expresa imposición de las costas ocasionadas en el procedimiento a la demandada y actora reconvenicional».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cazorla se dictó auto de 2 de abril de 2014 desestimando la excepción de litispendencia, y con fecha 19 de junio de 2014 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando íntegramente la demanda formulada por el procurador Sr. Foronda Foronda en nombre y representación de D. Augusto , Dña. Justa , Dña. Felicísima , D. Melchor , D. Ildefonso contra Dña. María Rosario que compareció representado por el procurador Sra. Sola Muñoz en ejercicio de acción división de cosa común y en consecuencia,

»- debo declarar que D. Augusto , D. Ildefonso , Dña. Felicísima y Dña. María Rosario son propietarios proindiviso por cuartas partes de las fincas rústicas siguientes:

»1. Casa cortijo en los DIRECCION000 , pago de Burunchel, término de la Iruela, inscrita en el Registro de la Propiedad de Cazorla, al tomo NUM000 , libro NUM001 de la Iruela, folio NUM002 , finca NUM003 .

»2. Una octava parte indivisa de una porción de terreno destinada a ensanches de la casa anteriormente descrita y de otra cortijada y además era de pan trillar, inscrita en el Registro de la Propiedad de Cazorla al tomo NUM000 , libro NUM001 de la Iruela, folio NUM004 , finca NUM005 .

»3. Haza nombrada de la DIRECCION001 , por debajo de las eras de la Vega, término de la Iruela, folio NUM008 , finca NUM009

»- Que D. Augusto y Dña. Justa , Dña. Felicísima y D. Melchor Y D. Ildefonso , y Dña. María Rosario , son propietarios pro indiviso, por cuartas partes (los matrimonios como gananciales) de la finca rústica haza nombrada de la DIRECCION001 , por bajo de las Eras de la Vega, término de la Iruela, inscrita en el Registro de la Propiedad de Cazorla al tomo NUM010 , libro NUM011 , folio NUM012 , finca NUM013 .

»- Debo declarar y declaro la disolución de la comunidad entre los actores y la demandada en relación a los inmuebles citados, correspondiendo a cada uno de los comuneros D. Augusto , D. Ildefonso , Dña. Felicísima y Dña. María Rosario , una cuarta parte de los bienes citados en el primer párrafo; y a los mismos comuneros y a Dña. Justa Y D. Felicísimo , Dña. Justa , Y D. Melchor para sus respectivas comunidades de gananciales, una cuarta parte respectivamente del bien citado en el párrafo segundo. Resultando todos los inmuebles indivisibles; y en consecuencia debo acordar y acuerdo que, para el caso de que las partes no convengan otra cosa sobre la atribución a una de ellas con el pago de la parte correspondiente a las otras, (venta mediante subasta entre los comuneros), se proceda a la venta en pública subasta con admisión de terceros licitadores de los inmuebles objeto del presente procedimiento, en ambos casos sin sujeción a tipo, repartiéndose el precio que se obtenga entre los copropietarios en proporción a sus cuotas de participación en el mismo ya expuestas.

»- Condenando expresamente a las partes a realizar y otorgar los actos jurídicos que sean necesarios para llevar a efecto la disolución de la comunidad y adjudicación de las fincas a favor de quienes corresponda, contribuyendo todas ellas a los gastos de dichos actos en proporción a la cuota de participación de cada comunero. Todo ello con imposición de costas a la parte demandada reconviniente.

»Y en relación a la demanda reconvenicional, resuelvo:

»Que desestimando la demanda reconvenicional interpuesta por la Procuradora Sra. Sola Muñoz en nombre y representación de Dña. María Rosario contra D. Augusto , D. Ildefonso , y Dña. Felicísima , debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones esgrimidas en su contra relativas a la división de los bienes comunes por lotes y la atribución de uno de los inmuebles preferentemente en el lote de la demandada reconviniente, debiendo compensarse el valor de dicho inmueble con los gastos de mejora y reforma llevados a cabo en el mismo. Todo ello con imposición de costas a la parte demandada reconviniente.

»Y que estimando la pretensión de la demanda reconviniente en relación a los gastos en la cosa común debo condenar y condeno a D. Ildefonso , D. Augusto y Dña. Felicísima a indemnizar a Dña. María Rosario en



la suma de cuatrocientos cuarenta y cuatro euros con cincuenta y ocho céntimos cada uno (444,58 euros), total 1.333,75 euros, correspondiente a los gastos abonados por la demandada para la conservación de la cosa común».

Y con fecha 26 de junio de 2014 se dictó auto de aclaración de la sentencia, que consta de fundamento de derecho único en el que se reseña la modificación efectuada, fundamento de derecho único y parte dispositiva es como sigue:

«FUNDAMENTOS DE DERECHO

»ÚNICO.- Conforme al artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las omisiones o defectos de que pudiera adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecidos en el artículo anterior. Igualmente dispone el art. 214.1 del mismo texto legal que los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material que adolezcan.

»En el primer párrafo de la sentencia de 19 de junio de 2014 , en su parte dispositiva se indica:

»- Debo declarar que D. Augusto , D. Ildefonso , Dña. Felicísima Y Dña. María Rosario son propietarios proindiviso por cuartas partes de las fincas rústicas siguientes:

»3. Haza nombrada de la DIRECCION001 , por debajo de las eras de la Vega, término de La Iruela, folio NUM008 , finca NUM009 .

»Debiendo añadirse a tal descripción los datos de inscripción de la finca: inscrita en el Registro de la Propiedad de Cazorla, Jaén, al tomo NUM006 , libro NUM007 de la Iruela, folio NUM008 .

»En el párrafo tercero de la parte dispositiva se contiene la siguiente:

»- Debo declarar y declaro la disolución de la comunidad entre los actores y la demandada en relación a los inmuebles... Resultando todos los inmuebles indivisibles; y en consecuencia debo acordar y acuerdo que, para el caso de que las partes no convengan otra cosa sobre la atribución a una de ellas con el pago de la parte correspondiente a las otras, (venta mediante subasta entre los comuneros), se proceda a la venta en pública subasta con admisión de terceros licitadores de los inmuebles objeto del presente procedimiento, en ambos casos sin sujeción a tipo, repartiéndose el precio que se obtenga entre los copropietarios en proporción a sus cuotas de participación en el mismo ya expuestas.

»Debiendo efectuarse las siguientes aclaraciones, eliminando la parte que figura entre paréntesis y añadiendo la expresión "y solo en su defecto":

»- Debo declarar y declaro la disolución de la comunidad entre los actores y la demandada en relación a los inmuebles... Resultando todos los inmuebles indivisibles; y en consecuencia debo acordar y acuerdo que, para el caso de que las partes no convengan otra cosa sobre la atribución a una de ellas con el pago de la parte correspondiente a las otras, la venta mediante subasta entre comuneros y solo en su defecto se proceda a la venta en pública subasta con admisión de terceros licitadores de los inmuebles objeto del presente procedimiento, en ambos casos sin sujeción a tipo, repartiéndose el precio que se obtenga entre los copropietarios en proporción a sus cuotas de participación en el mismo ya expuestas.

»En méritos de lo expuesto,

»PARTE DISPOSITIVA

»Se acuerda modificar la sentencia de fecha de 19 de junio de 2014 , en la forma indicada en el fundamento de derecho único.

»Contra la presente resolución no cabe recurso alguno».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén dictó sentencia, con fecha 5 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia núm. Uno de Cazorla, con fecha 19 de junio de 2014 en autos de juicio ordinario, seguidos en dicho juzgado con el núm. 352 del año 2012, debemos revocar y revocamos en parte dicha sentencia en el sentido de acordar, en lugar de la subasta entre comuneros y subsidiariamente la subasta con admisión de terceros licitadores, la adjudicación de los bienes antes descritos a cada uno de los comuneros, correspondiendo a D.ª María Rosario el núm. 1, y debiendo procederse en ejecución de sentencia al sorteo



de los restantes entre los otros tres comuneros, en defecto de acuerdo entre los mismos, y procederse a las compensaciones económicas que haya lugar entre todos ellos en base a la valoración de las fincas que obra en la prueba pericial judicial unida a las actuaciones, compensación en la que se tendrá en cuenta el crédito de D.ª María Rosario frente a sus hermanos D. Augusto , D.ª Felicísima y D. Ildefonso de 1333,75 euros, y todo ello sin imposición de las cosas de demanda ni de reconvenición, así como tampoco de las del recurso de apelación; confirmando los pronunciamientos relativos a la copropiedad e indivisibilidad de los bienes; y debiendo procederse a la devolución del depósito constituido para recurrir».

TERCERO.- 1.- D. Ildefonso y Dña. Elisa , Dña. Pura , D. Avelino , Dña. Emma , D. Avelino y D. Felicísimo , y D. Melchor interpusieron recurso de casación por interés casacional basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 477.3 de la misma, por infracción de los arts. 400 , 404 y 1062 del Código Civil , existiendo doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en sentido contrario al establecido por la sentencia dictada por la sala de instancia.

La resolución del recurso presenta interés casacional, por existir jurisprudencia contradictoria de nuestro alto tribunal con respecto a la doctrina establecida por la sentencia recurrida, entendiéndose que la citada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, en fecha 5 de diciembre de 2014 infringe, por inaplicación, lo dispuesto en los arts. 400 , 404 y 1061 (este último aplicable en virtud de lo dispuesto en el 406), del Código Civil , y por aplicación indebida el artículo 1061 del Código Civil , oponiéndose así a la doctrina del Tribunal Supremo establecida, entre otras muchas, en las sentencias de 19 de octubre de 2012 , 30 de julio de 1999 , 21 de noviembre de 1996 , 16 de febrero de 1991 , 3 de mayo de 2011 , 3 de febrero de 2005 , 21 de abril de 2010 , 26 de septiembre de 1990 , y 7 de julio de 2006 , y las que en ellas se cita, lo cual implica una infracción normativa justificativa del acceso a la casación con fundamento en el art. 477.1 y 2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC y art. 477.3 de la LEC por infracción de los arts. 394 y 398 del Código Civil , existiendo doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en sentido contrario al establecido por la sentencia dictada por la sala de instancia.

La resolución del recurso presenta interés casacional, por existir jurisprudencia contradictoria de nuestro alto tribunal con respecto a la doctrina recogida por la sentencia recurrida, entendiéndose que la citada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén infringe, por inaplicación, lo dispuesto en los arts. 394 y 398 del Código Civil , oponiéndose así a la doctrina del Tribunal Supremo establecida, entre otras, en las sentencias de 29 de marzo de 2010 , de 30 de noviembre de 1988 , 23 de marzo de 1991 , y las que en ellas se citan, lo cual implica una infracción normativa justificativa del acceso a la casación con fundamento en el art. 477.1 y 2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 29 de marzo de 2017 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Ana María del Pozo Pérez, en nombre y representación de Dña. María Rosario , presentó escrito de oposición al mismo aportando con dicho escrito como documental una sentencia de la que se dio traslado a la recurrente para alegaciones, formulando la recurrente alegaciones en contra a la admisión de la misma y solicitando no se tenga en consideración para la resolución del presente recurso y su devolución a la parte recurrida.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 19 de julio de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - *Antecedentes* .

1.- Demanda:

La representación procesal de D. Augusto , Dña. Felicísima y D. Ildefonso (así como los cónyuges de los dos primeros, Dña. Justa y D. Melchor) presentaron demanda contra Dña. María Rosario , hermana de tres de los demandantes y cotitular con ellos de las fincas objeto de autos, solicitando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declarase que los cuatro hermanos litigantes son propietarios proindiviso, por cuartas partes, de las fincas rústicas del Registro de la Propiedad de Cazorla, núms. NUM003 , NUM005 , NUM009 ; y que junto con los respectivos esposos, también son propietarios por iguales cuartas partes de la finca núm. NUM013 .



2.- Se declarase el derecho de los demandantes a no permanecer en la proindivisión, y en consecuencia, se declarasen extinguidas y disueltas las comunidades de bienes objeto de la demanda.

3.- Se declarase la indivisibilidad material, económica o jurídica de cada inmueble.

4.- Se ordenase la adjudicación a uno de los propietarios mediante subasta entre todos los comuneros, y subsidiariamente, la venta en pública subasta con intervención de los interesados y licitadores extraños. Sin sujeción a tipo, y haciéndose pago a los comuneros con lo obtenido, en proporción a sus respectivas cuotas de titularidad.

5.- Subsidiariamente, si alguno de los bienes resultase divisible, se acuerde su división en lotes, y se adjudiquen estos por sorteo entre los copropietarios.

6.- Con declaración de la obligación de las partes de realizar y otorgar los actos jurídicos necesarios para llevar a cabo la efectiva disolución y adjudicación de las fincas, y la contribución a los gastos que generen tales actos en proporción a las cuotas de cada cotitular.

2.- Actuación de la parte demandada:

Contestó a la demanda, oponiéndose y formulado reconvenición, alegando:

a) litispendencia del proceso 429/2010 sobre división judicial de patrimonios seguido a instancias suyas frente a sus hermanos, como proceso universal relativo a la división y adjudicación del patrimonio constitutivo de la herencia de los padres de los litigantes. Habiendo solicitado a su vez la acumulación de ambos procesos.

b) falta de legitimación activa de los codemandantes cónyuges de sus hermanos.

c) que los bienes no son indivisibles, y que la demandada ocupa la edificación (cortijo) que se encuentra construida sobre dos fincas registrales: la núm. NUM003 (propiedad del padre de los litigantes) y la núm. NUM015 (propiedad de la madre). Reconociendo que este edificio es indivisible.

3.- Reconvenición:

Solicita la división de los bienes mediante formación de lotes en ejecución de sentencia, incluyéndose en el correspondiente a la demandada la casa cortijo, valorada teniendo en consideración los gastos efectuados por la interesada y las compensaciones que pretendía con los cotitulares, por importe total de 17.106,69 euros. Formándose y valorándose los lotes según criterio resultante de la prueba pericial que se practique en el proceso.

Los demandantes se opusieron a la reconvenición, alegando que la forma de división pretendida por la demandada carece de apoyo legal, siendo los bienes indivisibles, por lo que procede la división mediante la venta y reparto de lo obtenido entre los cotitulares, en función de sus cuotas. Sin que existan cantidades pendientes de compensar, a tenor de lo pactado en la división y adjudicación de la herencia, previamente. Citando varias sentencias del Tribunal Supremo en apoyo de sus alegaciones.

4.- Sentencia de primera instancia (de fecha 19 de junio de 2014 , autos de juicio ordinario núm. 352/2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Cazorla).

Estimó íntegramente la demanda, y parcialmente la reconvenición.

Declara (FD 3.º) acreditada la indivisibilidad material de las fincas, reconocida por todas las partes, y considera contraria al art. 404 CC la solución pretendida por la demandada reconviniente, en el sentido de formar lotes, pues a falta de acuerdo entre los condueños respecto de la adjudicación a uno de ellos con obligación de indemnizar a los demás, sólo cabe la venta de los bienes y el reparto del precio entre los cotitulares.

Valora además el grado de enfrentamiento entre las partes, y las notables diferencias de valor entre cada una de las fincas. Además de encontrarse la edificación existente sobre dos fincas registrales, una de ellas ajena al pleito.

En definitiva, acuerda la enajenación de las fincas en subasta (primero entre los condueños, y en caso de imposibilidad de venta, con admisión de terceros), tal y como pedía la demanda, si bien estimando la reconvenición en cuanto al derecho de la demandada a ser indemnizada por el importe de 1.333,75 euros que esta satisfizo en concepto de gastos de la comunidad.

Se solicitó la aclaración de la sentencia, a lo que se accedió.

5.- Recurso de apelación.

La demandada formuló recurso de apelación, solicitando la nulidad del auto de aclaración, y alegando error en la valoración de la prueba por considerar que a tenor de la pericial cabía la formación de cuatro lotes.



Los demandantes se opusieron al recurso.

6.- Sentencia de segunda instancia (de fecha 5 de diciembre de 2014), por la Audiencia Provincial de Jaén (sección 1.ª):

Estima el recurso formulado por la demandada, acordando que la división se practique mediante adjudicación de los bienes a cada uno de los comuneros, correspondiendo a la demandada el lote n.º 1, y debiendo sortearse los tres restantes entre los demás comuneros, en ejecución de sentencia. Ello en defecto de acuerdo entre los interesados, y con las compensaciones económicas a que hubiera lugar entre todos ellos en base a la valoración de las fincas. Confirmando los pronunciamientos relativos al crédito que la sentencia de primera instancia reconocía a la demandada, y los relativos a la copropiedad e indivisibilidad de los bienes.

Delimita el objeto del debate, en si cabe en el presente caso la división mediante la formación de lotes y adjudicación a los comuneros. Fundamenta la decisión en que el Tribunal Supremo ha admitido, en ciertos casos en los que la comunidad deriva de una herencia adjudicada en proindivisión, que pueda resolverse conjuntamente la pro indivisión de todos los bienes mediante su reparto entre los condóminos, y que cuando algunos de los bienes son indivisibles y otros no, si se solicita la división de todos como un conjunto, se admita como forma de división la formación de lotes y su sorteo (sentencia de 10 de mayo de 2013).

De tal posibilidad deduce que la pretensión contenida en la reconvenición de que se formen lotes con los bienes objeto del proceso es posible jurídicamente. Así como que se adjudique cada lote a uno de los hermanos en litigio. No considera óbice para ello que en el pro indiviso de una de las fincas se encuentren como titulares dos hermanos con sus respectivas sociedades de gananciales. Y valora los hechos consistentes en que la edificación se encuentre sobre dos fincas registrales (una de las cuales no forma parte del proceso), y en que la demandada viviera en dicho inmueble, como relevantes para decidir la formación de lotes y la adjudicación del lote que contenga el cortijo a la demandada.

7.- Recurso de casación:

Contra dicha sentencia se interpone por los demandantes recurso de casación.

La parte recurrente utiliza el cauce previsto en el ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC , que constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta que el procedimiento se tramitó en atención a la cuantía, siendo esta inferior a 600.000 euros.

El recurso de casación se articula en dos motivos, en los que se invoca la infracción de la doctrina de esta sala sobre las siguientes cuestiones:

1.- Las reglas de división de la cosa común contenidas en los arts. 400 , 404 y 1062 del Código Civil : cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y se repartirá su precio. Y cuando sea indivisible o desmerezca mucho por su división, bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta para que así se haga.

2.- Arts. 394 y 398 del Código Civil , que proscriben que un solo condueño pueda usar la cosa común con exclusión de los demás, y que se fundamente en tal uso la atribución preferente de un bien en el caso de adjudicarse por división de la cosa común.

Doctrina de esta sala invocada en el recurso:

Sentencia 609/2012, de 19 de octubre :

«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)». De ahí que debió ser estimada plenamente la pretensión formulada por el demandado en vía reconvenional, sin que pueda ser compartida la afirmación de la Audiencia en el sentido de que tal solución contradice el designio legal contrario a la adjudicación a terceros de la cosa común. Efectivamente es así porque prevalece el acuerdo de los partícipes en cuanto a la adjudicación a uno de ellos de la cosa común; pero, si tal acuerdo no existe, se impone -en caso de indivisibilidad- la venta en pública subasta "con admisión de licitadores extraños", lo que 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 resto de partícipes de la parte proporcional que les corresponda en el precio de 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 .

Respecto de la indebida preferencia del ocupante del inmueble para su adjudicación, sentencias 186/2010, de 29 de marzo , 30 de abril de 1999 , y 13 de diciembre de 1986 .

SEGUNDO .- *Causas de inadmisibilidad* .

Procede denegar las causas de inadmisibilidad, pues:

1. Se cita la doctrina jurisprudencial infringida.
2. Se citan los preceptos violados en la sentencia recurrida.

TERCERO .- *Motivos primero y segundo*.

1.º- Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 477.3 de la misma, por infracción de los arts. 400 , 404 y 1062 del Código Civil , existiendo doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en sentido contrario al establecido por la sentencia dictada por la sala de instancia.

La resolución del recurso presenta interés casacional, por existir jurisprudencia contradictoria de nuestro alto tribunal con respecto a la doctrina establecida por la sentencia recurrida, entendiéndose que la citada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, en fecha 5 de diciembre de 2014 infringe, por inaplicación, lo dispuesto en los arts. 400 , 404 y 1061 (este último aplicable en virtud de lo dispuesto en el 406), del Código Civil , y por aplicación indebida el artículo 1061 del Código Civil , oponiéndose así a la doctrina del Tribunal Supremo establecida, entre otras muchas, en las sentencias de 19 de octubre de 2012 , 30 de julio de 1999 , 21 de noviembre de 1996 , 16 de febrero de 1991 , 3 de mayo de 2011 , 3 de febrero de 2005 , 21 de abril de 2010 , 26 de septiembre de 1990 , y 7 de julio de 2006 , y las que en ellas se cita, lo cual implica una infracción normativa justificativa del acceso a la casación con fundamento en el art. 477.1 y 2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.º- Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC y art. 477.3 de la LEC por infracción de los arts. 394 y 398 del Código Civil , existiendo doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en sentido contrario al establecido por la sentencia dictada por la sala de instancia.

La resolución del recurso presenta interés casacional, por existir jurisprudencia contradictoria de nuestro alto tribunal con respecto a la doctrina recogida por la sentencia recurrida, entendiéndose que la citada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén infringe, por inaplicación, lo dispuesto en los arts. 394 y 398 del Código Civil , oponiéndose así a la doctrina del Tribunal Supremo establecida, entre otras, en las sentencias de 29 de marzo de 2010 , de 30 de noviembre de 1988 , 23 de marzo de 1991 , y las que en ellas se citan, lo cual implica una infracción normativa justificativa del acceso a la casación con fundamento en el art. 477.1 y 2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

CUARTO .- *Decisión de la sala* .

Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente.

En la sentencia recurrida se centra el tema sobre si es posible la división o partición de la herencia, mediante la formación de lotes indivisos, y adjudicación de los mismos a los comuneros.

Se cita en la sentencia recurrida la doctrina de esta sala, entre otras la sentencia de 12 de julio de 1996 (rec. 3085/1992), que viene a permitir la posibilidad de formalizar lotes indivisos, cuando son varios y diversos los



bienes incluidos en la partición, dado que la forzosa subasta establecida en los arts. 400 y 406 del C. Civil estaba pensada para cuando la comunidad estaba integrada por un único bien.

En igual sentido, la sentencia 298/2013 de 10 de mayo, pero para un supuesto en el que todos los integrantes aceptaban la formación de lotes, si bien diferían en su valor.

En el presente caso nos encontramos con que los peritos establecen cuatro lotes, correspondientes cada uno a una finca valorados en:

- 1.- 143.844,23 euros.
- 2.- 6.258,58 euros.
- 3.- 37.651,716 euros.
- 4.- 29.967,252 euros.

La sentencia recurrida establece, sin sorteo, que la finca NUM003 (la de mayor valor) se atribuye a Dña. María Rosario, que es la correspondiente a una vivienda construida y las tres restantes se sortearían entre los otros tres coherederos, con las correspondientes compensaciones económicas. En la sentencia recurrida se tiene en cuenta para la atribución, sin sorteo, de la finca NUM003 a Dña. María Rosario, que en ésta tiene su morada, actualmente y desde su nacimiento.

Esta sala declara que se infringen en la sentencia recurrida los arts. 400 y 402 del C. Civil, en cuanto se ha efectuado una adscripción de bienes indivisos, sin sorteo, y con causa cuya justificación no tiene refrendo legal, cual es que Dña. María Rosario se encuentra residiendo allí.

En segundo lugar, se forman unos lotes en los que destaca su desproporción económica.

En tercer lugar, en el presente caso, todas las fincas deben considerarse indivisibles, a tenor del propio fallo. Además, no todas proceden de una división de herencia, y existe una edificación, que se adjudica a la demandada, sobre una finca que no era objeto del proceso, cuestión posteriormente subsanada. Se trata de la división de cuatro fincas, de las cuales tres proceden de adjudicación en división de herencia, y una de retracto de colindantes. Se declara probado su carácter indivisible.

En suma, el hecho de que una de las herederas resida en el inmueble de mayor valor, no constituye título de atribución ni causa justificada para obviar la subasta, tal y como declaró esta sala en sentencia 186/2010, de 29 de marzo.

Estimado el recurso de casación y asumiendo la instancia, debemos revocar la resolución recurrida, confirmando íntegramente la sentencia de 19 de junio de 2014, del juzgado de primera instancia n.º 1 de Cazorla, procedimiento ordinario 352/2012.

QUINTO.- No procede imposición de las costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

Se mantiene la imposición de costas de la primera instancia.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Ildelfonso y Dña. Elisa, Dña. Pura, D. Carlos María, Dña. Emma, D. Avelino y D. Felicísimo, y D. Melchor, contra sentencia de 5 de diciembre de 2014, del recurso de apelación núm. 352/2012, de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén. **2.º**- Casar la sentencia recurrida, confirmando íntegramente la sentencia de 19 de junio de 2014, del juzgado de primera instancia n.º 1 de Cazorla, procedimiento ordinario 352/2012. **3.º**- No procede imposición de las costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir. **4.º**- Se imponen a la demandada las costas de la apelación. **5.º**- Se mantiene la imposición de costas de la primera instancia.

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

Así se acuerda y firma.