



Roj: STS 2933/2013  
Id Cendoj: 28079110012013100307  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2234/2010  
Nº de Resolución: 298/2013  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Mayo de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Madrid.

El recurso fue interpuesto por Cesar , Estanislao y Jenaro , representados por la procuradora Raquel Nieto Bolaño.

Es parte recurrida Reyes y Nicolas , representados por la procuradora Elena Muñoz González.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. La procuradora Elena Muñoz González, en nombre y representación de Reyes y Nicolas , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Madrid, contra Cesar , Estanislao y Jenaro , para que se dictase sentencia:

*"por la que se declare:*

1º.- *Haber lugar a la disolución del proindiviso que mantienen demandantes y demandados sobre la nuda propiedad de las fincas reseñadas en el hecho primero de la demanda mediante su distribución en lotes y la adjudicación de los mismos a los comuneros, todo ello conforme a lo prevenido para la división de la herencia, preservando el derecho de usufructo de Don Jose Daniel y dejando establecido en sentencia que la nuda propiedad de la finca descrita en el nº NUM000 del hecho primero, domicilio de los actores y del usufructuario, se deberá adjudicar a cualquiera de los demandantes en exclusiva o bien, si con ello se facilitan las operaciones particionales, a ambos proindiviso.*

2º.- *Expresa imposición de las costas a los que se oponga a la demanda."*

2. La procuradora Lucía Vázquez-Pimentel Sánchez, en representación de Estanislao y Cesar , contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

*"por la que se declare:*

1.- *La disolución del proindiviso respecto de la nuda propiedad de las fincas objeto de la demanda, excepto las fincas reseñadas con los números NUM001 , NUM002 y NUM003 (PAU Monte Carmelo) y NUM004 y NUM005 (PAU Las Tablas) por no existir como tales fincas, al haberse transformado en metros y parcelas adjudicados a las partes, todo ello preservando el derecho del usufructuario.*

2.- *No se acceda a la formación de lotes integrados por las fincas enumeradas en la demanda.*

*Y siendo la propuesta de esta parte la formación de lotes integrados por otras unidades, tal propuesta es objeto de reconvención por tratarse de otra pretensión y no admitirse por la actual LEC la reconvención implícita.*

3.- *Se impongan las costas a la parte actora, atendiendo al hecho de no haber intentado una solución amistosa previa y ser el derecho de pedir la división un derecho incontestable."*

3. La representación procesal de Estanislao y Cesar , formuló reconvencción y pidió se dicte sentencia:

"por la que:

1.- *Se declare como unidades indivisibles las siguientes:*

A.- *Urbana. Solar y casa en Fuencarral, CALLE000 , que constituiría una unidad indivisible.*

B.- *Los derechos de edificación en el PAU de Montecarmelo sobre los 2.623,41 metros cuadrados de edificación de vivienda libre, que darán lugar a cinco unidades indivisibles.*

C.- *Las parcelas NUM006 y NUM007 de la submanzana NUM008 , en el PAU Monte Carmelo, constituyen dos unidades indivisibles.*

D.- *Los derechos de edificación sobre 1142,99 metros cuadrados en el PAU de Las Tablas que darán lugar a cinco unidades indivisibles.*

E.- *Finca al sitio de DIRECCION000 , divisible materialmente en tantas unidades indivisibles como permita en aprovechamiento urbanístico de las fincas resultantes.*

F.- *Finca al sitio de DIRECCION001 (Valdebebas) divisible materialmente en tantas unidades indivisibles como permita el aprovechamiento urbanístico de las fincas resultantes.*

G.- *Urbana. Vivienda unifamiliar en Madrid, CALLE001 , que constituye una unidad indivisible, previa reasignación de su cuota de participación en la fina NUM009 y fijación de la misma en el 25%.*

H.- *Urbana. Nave denominada A en Madrid, calle Camino del Cura, que constituye una unidad indivisible, previa reasignación de su cuota de participación en la finca 7.290 y fijación de la misma en el 25%.*

I.- *Urbana. Nave denominada B en Madrid, calle Camino del Cura, que constituye una unidad indivisible, previa reasignación de su cuota de participación en la finca 7.290 y fijación de la misma en el 25%.*

J.- *Urbana. Nave denominada C en Madrid, calle Camino del Cura, que constituye una unidad indivisible, previa reasignación de su cuota de participación en la finca 7.290 y fijación de la misma en el 25%.*

2.- *Se proceda a la formación de lotes compuestos por las unidades indivisibles que se relacionan en el número 1 anterior, procediéndose al sorteo de los mismos. En estos lotes no se incluirá la unidad indivisible G (vivienda unifamiliar) que se adjudicará en proindiviso a los actores, tal como solicitan, ni tampoco las unidades indivisibles H, I y J (naves) que se adjudicarán a los demandados, previo su sorteo y, todo ello, una vez asignados iguales coeficientes a la división horizontal existente.*

*Subsidiariamente, y para el caso de que no se estime la petición número 2 anterior, se proceda a la formación de lotes compuestos por las unidades que se relacionan en número 1 anterior, procediéndose a su sorteo entre los hermanos. Todo ello, una vez asignados iguales coeficientes a la división horizontal existente.*

3.- *En cualquier caso, se impongan las costas de la reconvencción a la parte contraria."*

4. La procuradora Lucía Vázquez-Pimentel Sánchez, en nombre y representación de Jenaro , contestó a la demanda y pidió al Juzgado que se dictase sentencia:

"por la que se declare:

1.- *La disolución del proindiviso respecto de la nuda propiedad de las fincas objeto de la demanda, excepto las fincas reseñadas con los números NUM001 , NUM002 y NUM003 (PAU Monte Carmelo) y NUM004 y NUM005 (PAU Las Tablas) por no existir como tales fincas, al haberse transformado en metros y parcelas adjudicados a las partes, todo ello preservando el derecho del usufructuario.*

2.- *No se acceda a la formación de lotes integrados por las fincas enumeradas en la demanda.*

*Y siendo la propuesta de esta parte la formación de lotes integrados por otras unidades, tal propuesta es objeto de reconvencción por tratarse de otra pretensión y no admitirse por la actual LEC la reconvencción implícita.*

3.- *Se impongan las costas a la parte actora, atendiendo al hecho de no haber intentado una solución amistosa previa y ser el derecho de pedir la división un derecho incontestable."*

5. La representación procesal de Jenaro , formuló reconvencción y pidió que se dictase sentencia:

"por la que:

1.- Se declare como unidades indivisibles las siguientes:

A.- Urbana. Solar y casa en Fuencarral, CALLE000 , que constituiría una unidad indivisible.

B.- Los derechos de edificación en el PAU de Montecarmelo sobre los 2.623,41 metros cuadrados de edificación de vivienda libre, que darán lugar a cinco unidades indivisibles.

C.- Las parcelas NUM006 y NUM007 de la submanzana NUM008 , en el PAU Monte Carmelo, constituyen dos unidades indivisibles.

D.- Los derechos de edificación sobre 1142,99 metros cuadrados en el PAU de Las Tablas que darán lugar a cinco unidades indivisibles.

E.- Finca al sitio de DIRECCION000 , divisible materialmente en tantas unidades indivisibles como permita en aprovechamiento urbanístico de las fincas resultantes.

F.- Finca al sitio de DIRECCION001 (Valdebebas) divisible materialmente en tantas unidades indivisibles como permita el aprovechamiento urbanístico de las fincas resultantes.

G.- Urbana. Vivienda unifamiliar en Madrid, CALLE001 , que constituye una unidad indivisible, previa reasignación de su cuota de participación en la finca NUM009 y fijación de la misma en el 25%.

H.- Urbana. Nave denominada A en Madrid, calle Camino del Cura, que constituye una unidad indivisible, previa reasignación de su cuota de participación en la finca 7.290 y fijación de la misma en el 25%.

I.- Urbana. Nave denominada B en Madrid, calle Camino del Cura, que constituye una unidad indivisible, previa reasignación de su cuota de participación en la finca 7.290 y fijación de la misma en el 25%.

J.- Urbana. Nave denominada C en Madrid, calle Camino del Cura, que constituye una unidad indivisible, previa reasignación de su cuota de participación en la finca 7.290 y fijación de la misma en el 25%.

2.- Se proceda a la formación de lotes compuestos por las unidades indivisibles que se relacionan en el número 1 anterior, procediéndose al sorteo de los mismos. En estos lotes no se incluirá la unidad indivisible G (vivienda unifamiliar) que se adjudicará en proindiviso a los actores, tal como solicitan, ni tampoco las unidades indivisibles H, I y J (naves) que se adjudicarán a los demandados, previo su sorteo y, todo ello, una vez asignados iguales coeficientes a la división horizontal existente.

Subsidiariamente, y para el caso de que no se estime la petición número 2 anterior, se proceda a la formación de lotes compuestos por las unidades que se relacionan en número 1 anterior, procediéndose a su sorteo entre los hermanos. Todo ello, una vez asignados iguales coeficientes a la división horizontal existente.

3.- En cualquier caso, se impongan las costas de la reconvencción a la parte contraria."

6. La procuradora Elena Muñoz González, en nombre y representación de Reyes y Nicolas , contestó a la reconvencción formulada y suplicó al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que se declare haber lugar a la disolución del proindiviso que mantienen demandantes y demandados sobre la nuda propiedad de las fincas reseñadas en el hecho primero de la demanda mediante su distribución en lotes y la adjudicación de los mismos a los comuneros, todo ello conforme a lo prevenido para la división de la herencia, preservando el derecho de usufructo de Don Jose Daniel y dejando establecido en sentencia que la nuda propiedad de las fincas descritas en los nº NUM000 a 12 del referido hecho primero, domicilio de los actores y del usufructuario, se deberán distribuir entre los demandantes mediante adjudicación a su favor en exclusivo o bien, si con ello se facilitan las operaciones particionales, a ambos en proindiviso, con compensación en metálico si resultase necesaria. Todo ello, con expresa imposición de las costas a los que se opongan a la demanda."

7. El Juez de Primera Instancia núm. 16 de Madrid dictó Sentencia con fecha 19 de febrero de 2009 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que estimando ambas demandas principal y reconvenccional declaró resuelta la comunidad indivisa existente entre D. Nicolas ; D<sup>a</sup>. Reyes ; D. Cesar ; D. Estanislao y D. Jenaro , respecto de los inmuebles referidos al Fundamento de derecho primero de esta resolución, los cuales serán vendidos en los lotes expresados al Fundamento Quinto, en pública subasta, al tipo que los interesados de común acuerdo convengan, o en su caso al resultante del avalúo que hubiere de realizarse conforme a lo dispuesto en el art. 637 LEC , con intervención de terceros licitadores, repartiéndose el precio obtenido, entre todos

los copropietarios conforme a sus respectivos cuotas de participación, todo ello sin imposición de costas a ninguna de las partes."

#### **Tramitación en segunda instancia**

8. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Cesar , Estanislao y Jenaro .

La resolución de este recurso correspondió a la sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 28 de mayo de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dª. Raquel Nieto Bolaño, en nombre y representación de D. Cesar , D. Estanislao y D. Jenaro contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Madrid de fecha 19 de febrero de 2009 en autos nº 156/2004 debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, con imposición a la apelante de las costas procesales causadas en esta alzada."*

#### **Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

9. La procuradora Raquel Nieto Bolaño, en representación de Cesar , Estanislao y Jenaro , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

*"1º) Infracción procesal del precepto establecido en el art. 465.4 de la LEC , así como del art. 218.1 del mismo texto legal , que establecen el principio de congruencia de la sentencia con las pretensiones deducidas por las partes."*

Los motivos del recurso de casación fueron:

*"1º) Infracción del art. 406 del CC , y de la jurisprudencia del TS recogida en sentencias de 14 de diciembre de 2007 y 15 de febrero de 1996 .*

*2º) Infracción del art. 1061 del CC , y el art. 406 del mismo texto legal y jurisprudencia del TS que los interpreta.*

*3º) Infracción del art. 400 del CC .*

*4º) Infracción del art. 400 del CC*

*5º) Infracción del art. 404 del CC .*

*6º) Infracción del art. 402 del CC .*

*7º) Infracción del art. 402 del CC y art. 1058 del mismo texto legal .*

*8º) Infracción del art. 23 de la Ley de Propiedad Horizontal , en relación con el art. 17 de la misma Ley ."*

10. Por Providencia de fecha 21 de diciembre 2010, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, se tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

11. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Cesar , Estanislao y Jenaro , representados por la procuradora Raquel Nieto Bolaño; y como parte recurrida Reyes y Nicolas , representados por la procuradora Elena Muñoz González.

12. Esta Sala dictó Auto de fecha 21 de junio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN, interpuestos por la representación procesal de D. Cesar , D. Estanislao y D. Jenaro , contra de casación contra la Sentencia dictada con fecha 28 de mayo de 2010, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª), en el rollo de apelación nº 558/2009 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 156/2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Madrid."*

13. Dado traslado, la representación procesal de Reyes y Nicolas , presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

14. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de abril de 2013, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso conviene partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Como consecuencia de la aceptación de la herencia de Esther , sus cinco hijos ( Reyes , Nicolas , Cesar , Estanislao y Jenaro ) eran titulares en condominio por partes iguales de la nuda propiedad de lo siguientes bienes, respecto de los que tenía el usufructo el viudo de la causante ( Jose Daniel ):

" 1º. URBANA. Solar y casa en Fuencarral, hoy Madrid, CALLE000 número NUM002 y NUM004 duplicados, de superficie trescientos setenta y dos metros noventa y seis decímetros y cincuenta centímetros cuadrados.- Linda: entrando, con casa de Silvio ; izquierda o Sur, con casa y solar de Doña Susana ; por el testero, al Oeste, con solar de Agustina ; y por su fachada principal, al Este, con la referida CALLE000 .- Inscrita en el Registro de la Propiedad nº 35 de Madrid, Tomo NUM010 , Libro NUM011 , Folio NUM012 , Finca NUM013 antes NUM014 , inscripción 3ª.

2º. TIERRA en Fuencarral, hoy Madrid, al sitio denominado los DIRECCION002 , de caber cuatro fanegas, un celemín y siete estadales, equivalentes a una hectárea, cuarenta y un áreas, veintitrés centiáreas y veintiún decímetros; que linda al Norte con tierra de los herederos de Felipe ; Este, con el Camino DIRECCION002 y DEHESA000 , y también viña que fue de este caudal; Sur, con otra de los herederos de Jose Antonio ; y al Oeste, con el Camino que va al Agua del Concejo.- inscrita en el Registro de la Propiedad nº 35 de Madrid, Tomo NUM010 , Libro NUM011 , Folio NUM015 , Finca NUM016 antes NUM017 , Inscripción 3ª.

3º. Tierra en término de Fuencarral, hoy Madrid, y sitio de DIRECCION003 , su cabida una fanega, igual a treinta y cuatro áreas, veinticuatro centiáreas.- Linda: Norte, con otra de Dimas ; Este, de Palmira ; Sur, la Carretera del Pardo; y Oeste, herederos de Geronimo .- Inscrita en el Registro de la Propiedad nº 35 de Madrid, Tomo NUM010 , Libro NUM011 , Folio NUM018 , Finca NUM019 antes NUM020 , Inscripción 3ª.

4º. Tierra en término de Fuencarral, hoy Madrid, al sitio titulado DIRECCION004 que tuvo quinientas sesenta cepas de viñedo, con algunas higueras, que arraigan en la superficie de dos fanegas y seis celemines de tierra, equivalentes a ochenta y cinco áreas, cincuenta y nueve centiáreas, y cincuenta y dos decímetros cuadrados.- Linda: Norte, con viña de Claudia y Valentín ; Sur, viña de herederos de Jesus Miguel ; Oesta, con cañada o viña de Hortensia ; y Este, Alvaro y Valentín .- Es la parcela NUM021 a/2 del Polígono NUM022 .- Inscrita en el Registro de la Propiedad nº 35 de Madrid, Tomo NUM010 , Libros NUM023 , Folio NUM024 , Finca NUM025 antes NUM026 , Inscripción 3ª.

5º. Tierra en término de Madrid, antes Fuencarral, al sitio llamado DIRECCION005 o DIRECCION006 , de caber setenta y dos áreas, setenta y cinco centiáreas y cincuenta y nueve y medio decímetros cuadrados. Linda: Norte, con otra de herederos de Berta ; al Este, con otra de Marcial ; al Sur, con el Carril de las Minas; y Oeste, con terreno de igual superficie de Victoriano .- Es parte de la parcela NUM027 del Polígono NUM028 .- Inscrita en el Registro de la Propiedad número 35 de Madrid, al Tomo NUM010 , Libro NUM011 , Folio NUM029 , Finca NUM030 , antes NUM031 , Inscripción 2ª.

6º. Viña en término de Madrid, antes Fuencarral, al sitio llamado DIRECCION000 , de caber una fanega y seis celemines, equivalentes a cincuenta y un áreas, treinta y cinco centiáreas, y setenta y un decímetros cuadrados. Linda al Norte, tierra de Don Arcadio ; Este, con viña de herederos de Cristobal ; Sur, con otra de herederos de Felix ; y Oeste, con tierra de Jose María .- Es la parcela NUM032 del polígono NUM033 .- Inscrita en el Registro de la Propiedad número 35 de Madrid, al Tomo NUM010 , Libro NUM011 , Folio NUM034 , Finca NUM035 , antes NUM036 , Inscripción 3ª.

7º. TIERRA en término de Madrid, antes Fuencarral, al sitio de DIRECCION001 de caber sesenta y dos áreas, setenta y siete centiáreas.- Linda, Norte, con otra de Jose María ; Sur, Camino de Valdeveva; Este otra de Aurora ; y Oeste, con Juan Manuel .- Es la parcela NUM037 del polígono NUM038 .- Inscrita en el Registro de la Propiedad número 35 de Madrid, al Tomo NUM010 , Libro NUM011 , Folio NUM039 , Finca NUM040 , antes NUM041 , Inscripción 3ª.

8º. MITAD PROINDIVISO de una tierra en término de Madrid, antes de Fuencarral, al sitio titulado DIRECCION007 , DIRECCION008 y DIRECCION009 , de haber toda setecientos setenta y cinco metros cuadrados, a que ha quedado reducida después de varias segregaciones.- Linda: al Norte, con tierras de herederos de Ángel Daniel ; Este y Sur, con los cuarteles y el ferrocarril Madrid- Burgos; y Oeste, con el mismo Ferrocarril.- Es la parcela NUM042 de polígono NUM043 .- Inscrita en el Registro de la Propiedad número 35 de Madrid, al Tomo NUM044 , Libro NUM045 , Folio NUM046 , Finca NUM047 , antes NUM048 , Inscripción 7ª.

9º. URBANA. NUMERO UNO.- VIVIENDA UNIFAMILIAR en Madrid, con acceso por la CALLE001 , NUM049 .- Consta de planta principal, planta NUM050 y desván, ocupando una superficie construida de trescientos cuarenta y seis metros cuadrados; teniendo además como propio un patio de aproximadamente sesenta metros cuadrados.- Linda. Norte, con las naves A y B, que a continuación se describen; al Sur, con la propia parcela; al Este, por donde tiene su entrada principal, con la propia parcela, y al Oeste, con la nave C y propia parcela de ubicación.- Se encuentra distribuida en su planta principal en siete dormitorios, salón, cuarto de estar, cocina, dos cuartos de baño, un cuarto de aseo, cuarto de costura y otro de lavandería y un estudio.- La planta NUM050 se encuentra diáfana totalmente y su planta desván es propiamente un trastero.- Se le asigna una participación en los elementos comunes del inmueble de 70'48 por ciento.- Inscrita en el Registro de la Propiedad número 35 de Madrid, al Tomo NUM051 , Libro NUM052 , Folio NUM053 , Finca NUM054 , Inscripción 2ª.

10º. URBANA. NUMERO DOS.- NAVE denominada con la letra A, en la calle Camino del Cura sin número, en Madrid.- Se encuentra situada en planta baja, con una superficie total construida aproximada de sesenta metros cuadrados, totalmente diáfana.- Linda, Norte, con terrenos de la parcela de su situación que dan a la calle Camino del Cura, por donde tiene su acceso; Sur, con la vivienda unifamiliar antes descrita y resto de la parcela; Este, con parcela de terreno; y Oeste, con la nave B.- Se le asigna una participación en los elementos comunes del inmueble de 10'42 por ciento. Inscrita en el Registro de la Propiedad número 35 de Madrid, al Tomo 1.597, Libro 106, Folio 200, Finca 7.292 , Inscripción 2ª.

11º. URBANA. NUMERO TRES.- NAVE denominada con la letra B, en la calle del Camino del Cura sin número de Madrid.- Se encuentra situada en planta baja, con una superficie total construida aproximada de sesenta metros cuadrados, totalmente diáfana.- Linda: Norte, con terrenos de la parcela de situación que dan a la calle Camino de Cura, por donde tiene su acceso; Sur, con la vivienda familiar y nave letra C; Este, con nave letra A; y Oeste, con resto de la parcela de situación y nave letra C. Se le asigna una participación en los elementos comunes del inmueble del 10'42 por ciento.- Inscrita en el Registro de la Propiedad número 35 de Madrid, al Tomo 1.597, Libro 106, Folio 203, Finca 7.293 , Inscripción 2ª.

12º. URBANA. NUMERO CUATRO.- NAVE denominada con la letra C, en la CALLE001 sin número, en Madrid.- Se encuentra situada en planta baja con una superficie total construida aproximada de cincuenta metros cuadrados, totalmente diáfana.- Linda: Norte, con terrenos de la parcela de situación que dan a la calle Camino del Cura, por donde tiene acceso; Sur, con patio de la vivienda unifamiliar; Este, con vivienda unifamiliar y nave letra B; y Oeste, con la propia parcela de su situación.- Se le asigna una participación en los elementos comunes del inmueble del 8'68 por ciento.- Inscrita en el Registro de la Propiedad número 35 de Madrid, al Tomo 1.597, Libro 106, Folio 206, Finca 7.294 , Inscripción 2ª."

2. Dos de los cinco hermanos, Reyes y Nicolas , ejercitaron la acción de división de la cosa común, para poner fin a la situación de condominio, mediante la distribución de los bienes entre los condóminos, la formación de lotes y su adjudicación, conforme a lo previsto en las normas de división de la herencia.

3. Los otros tres hermanos demandados ( Cesar , Estanislao y Jenaro ) no se opusieron a la división pero mostraron su discrepancia respecto de la identificación de los bienes a dividir y la forma de llevarse a cabo la división, de tal forma que, por medio de reconvención, interesaron que se declararan indivisibles las fincas y que se procediera a la división mediante la formación de lotes distintos a los propuestos por los actores.

En el suplico de la reconvención pidieron primero que se declarara como unidades indivisibles las siguientes:

" A.- Urbana. Solar y casa en Fuencarral, CALLE000 , que constituiría **una unidad indivisible**.

B.- Los derechos de edificación en el PAU de Montecarmelo sobre los 2.623,41 metros cuadrados de edificación de vivienda libre, que darán lugar a **cinco unidades indivisibles**.

C.- Las parcelas NUM006 y NUM007 de la submanzana NUM008 , en el PAU Monte Carmelo, constituyen **dos unidades indivisibles**.

**D.-** Los derechos de edificación sobre 1142,99 metros cuadrados en el PAU de Las Tablas que darán lugar a **cinco unidades indivisibles**.

**E.-** Finca al sitio de DIRECCION000 , divisible materialmente en **tantas unidades indivisibles** como permita en aprovechamiento urbanístico de las fincas resultantes.

**F.-** Finca al sitio de DIRECCION001 (Valdebebas) divisible materialmente en **tantas unidades indivisibles** como permita el aprovechamiento urbanístico de las fincas resultantes.

**G.-** Urbana. Vivienda unifamiliar en Madrid, CALLE001 , que constituye **una unidad indivisible** , previa reasignación de su cuota de participación en la finca NUM009 y fijación de la misma en el 25%.

**H.-** Urbana. Nave denominada A en Madrid, calle Camino del Cura, que constituye **una unidad indivisible** , previa reasignación de su cuota de participación en la finca 7.290 y fijación de la misma en el 25%.

**I.-** Urbana. Nave denominada B en Madrid, calle Camino del Cura, que constituye **una unidad indivisible** , previa reasignación de su cuota de participación en la finca 7.290 y fijación de la misma en el 25%.

**J.-** Urbana. Nave denominada C en Madrid, calle Camino del Cura, que constituye **una unidad indivisible** , previa reasignación de su cuota de participación en la finca 7.290 y fijación de la misma en el 25%."

Y respecto de la distribución, propusieron dos soluciones alternativas:

i) La formación de lotes con las unidades indivisibles antes reseñadas y el sorteo de estos lotes entre los cinco condóminos. En estos lotes no se incluiría la unidad indivisible G (vivienda unifamiliar), que se adjudicaría en pro indiviso a los actores, tal como solicitan, ni tampoco las unidades indivisibles H, I y J (naves), que se adjudicarían a los demandados, previo sorteo, y, todo ello, una vez asignados iguales coeficientes a la división horizontal existente.

ii) o, si no se admitía la anterior propuesta, se procediera a la formación de lotes compuestos por las unidades indivisibles antes reseñadas, y a su reparto por sorteo entre los hermanos, todo ello, una vez asignados iguales coeficientes a la división de la propiedad horizontal existente.

**4.** El Juez de primera instancia declara acreditado que las fincas NUM000 , 10<sup>o</sup>, 11<sup>o</sup> y 12<sup>o</sup> (registradas con los números NUM054 , 7292, 7293 y 7294) fueron segregadas de la finca registral NUM009 y contienen un edificio en propiedad horizontal, del que constituyen zonas o elementos aquellas fincas registrales, de tal forma que son indivisibles. Respecto del resto de las fincas, el juez declara que se desconoce si resultan indivisibles. Por esta razón, al constatar la falta de acuerdo entre los partícipes, entiende que la solución más justa y equitativa es, una vez declarada la división del condominio, la venta en pública subasta.

Y, a continuación, precisa los lotes de bienes que deberían sacarse a subasta:

i) Finca NUM055 , urbana, consistente en solar y casa en Fuencarral, hoy Madrid, en la CALLE000 nº NUM002 y NUM004 duplicados (finca registral NUM013 ).

ii) Fincas NUM001 , NUM002 y NUM003 , aportadas al plan de actuación urbanística de Montecarmelo, que han resultado sustituidas por las parcelas NUM006 y NUM007 , de la finca NUM008 del proyecto de compensación del PAU II. 2 Monte Carmelo.

iii) Fincas NUM004 y NUM005 aportadas al Plan de Actuación Urbana de La Tablas.

iv) Finca NUM056 , en DIRECCION000 , Madrid (antes Fuencarral).

v) Finca NUM057 , en DIRECCION001 Valdedebas, Madrid (antes Fuencarral).

vi) Fincas NUM000 , 10, 11 y 12, que se corresponden con las fincas registrales NUM054 , 7292, 7293 y 7294, que provienen de la división de la finca registral NUM009 .

**5.** La sentencia de primera instancia, recurrida en apelación por los tres hermanos demandados ( Cesar , Estanislao y Jenaro ), fue confirmada por la Audiencia Provincial que conoció de la apelación.

En esta sentencia de apelación se argumenta que la indivisión existe respecto de cada una de las fincas individualmente consideradas, de modo que cada una de ellas pertenece en pro indiviso a todos los litigantes, y que no resultan de aplicación las normas de la partición judicial sino de la división de la cosa común, en concreto, que no se pueden yuxtaponer el art. 1062 CC y el art. 404 CC . El tribunal de apelación concluye que puede accederse a la formación de lotes repartibles porque quienes así lo pretenden no gozan de acción

para exigirlo, razón por la cual debe acudirse a la venta en pública subasta conforme a lo prescrito en el art. 404 CC , y esta decisión no resulta incongruente, aunque no se haya pedido por ninguna de las partes.

Frente a esta sentencia de apelación formulan recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación los tres hermanos demandados Cesar , Estanislao y Jenaro .

#### **Formulación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal y de casación**

**6. Formulación del recurso extraordinario por infracción procesal .** El recurso extraordinario por infracción procesal se ampara en el art. 469.1.2º LEC y se funda en la infracción del art. 218 LEC , porque la sentencia recurrida incurre en incongruencia, pues ninguna de las partes había solicitado la venta en pública subasta. A juicio del recurrente, tanto los demandantes como los demandados estaban de acuerdo en que la disolución del pro indiviso se hiciera mediante la realización de lotes por un perito judicial y su adjudicación a los condóminos, y la sentencia acuerda unos lotes distintos de los realizados por el perito y su venta en subasta.

También se denuncia, bajo este motivo, que se incluyan entre los bienes que han de ser objeto de división las fincas NUM004 y NUM056 aportadas al Plan de Actuación Urbana de Las Tablas, pues salieron del pro indiviso por voluntad unánime de los partícipes, y que no se incluyeran las fincas de DIRECCION007 y DIRECCION002 .

**7. Formulación de los ocho motivos de casación .** El recurso se articula por medio de ocho motivos:

El *primer motivo* denuncia la infracción del art. 406 CC y de la jurisprudencia contenida en las Sentencias de 14 de diciembre de 2007 y 15 de febrero de 1996 . En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia recurrida entiende que no resulta de aplicación el art. 1062 CC , cuando la jurisprudencia entiende que es aplicable a la división de la cosa común la norma contenida en el art. 1062 CC , por la remisión que a las reglas propias de la división de la herencia realiza el art. 406 CC . Según el recurso, la sentencia recurrida infringe esta norma legal y la jurisprudencia cuando declara que tanto los demandantes como los demandados, al pedir que la división se haga mediante el sistema de formación y reparto de lotes, "se han desviado de la mecánica jurídicamente establecida para la división de bienes comunes, ejercitando ambas acciones previstas para la liquidación de la herencia que no les son propias".

El *segundo motivo* denuncia la infracción del art. 1061 CC y del art. 406 CC , y la de la jurisprudencia contenida en las Sentencias de 12 de marzo de 2009 , 27 de julio de 1994 , 12 de julio de 1996 y 30 de noviembre de 1988 . La infracción deriva de la consideración que hace la sentencia recurrida de que no se trata de un patrimonio mancomunado o integrado en una comunidad de tipo germánico, y por eso no resulta posible la división del condominio mediante la formación de lotes, pese a haber sido solicitado expresamente por los comuneros. Esta apreciación contraría la jurisprudencia citada, que admite que la división de varias fincas registralmente independientes tenga lugar como una unidad, mediante la formación de lotes proporcionales a la cuota de cada condómino.

El *tercer motivo* denuncia la infracción del art. 400 CC , porque no todas las fincas que la sentencia acuerda que sean vendidas en pública subasta pertenecen a los litigantes. En concreto, las fincas NUM004 y NUM005 aportadas al Plan de Actuación Urbana de Las Tablas salieron del proindiviso con la conformidad de todos los condóminos y así se puso en conocimiento del juzgado.

El *cuarto motivo* denuncia la infracción del art. 400 CC , porque dos de las fincas incluidas en la demanda y en la contestación, en concreto las fincas de DIRECCION007 y la de DIRECCION002 , no han sido incluidas en la división por la sentencia recurrida.

El *quinto motivo* denuncia la infracción del art. 404 CC , por haber sido indebidamente aplicado, al acordarse la división del condominio mediante el sistema de subasta pública que prevé dicho precepto, contrariando la voluntad de todos los comuneros que expresamente habían excluido la división mediante la venta en pública subasta. También se denuncia la infracción de este precepto porque los bienes integrados en el pro indiviso, en cuanto forman parte de un conjunto, no son indivisibles.

El *sexto motivo* denuncia la infracción del art. 402 CC , que permite a los comuneros la división de los bienes comunes mediante la formación de lotes por perito designado judicialmente, previa valoración por este último de los bienes.

El *séptimo motivo* denuncia la infracción del art. 402 CC y del art. 1058 CC , al negar a las partes acción para solicitar la formación de lotes.

El *octavo motivo* denuncia la infracción del art. 23 LPH , en relación con el art. 17 LPH , al considerar, la sentencia recurrida, indivisible la finca de El Encinar, por haberse realizado la división horizontal sin tener en cuenta que, como todos los partícipes han reconocido, la división horizontal de la finca constituyó un negocio jurídico aparente, sin contenido real.

#### **Estimación del recurso extraordinario por infracción procesal: incongruencia**

**8.** Procede estimar el recurso de extraordinario por infracción procesal, por las razones que exponemos a continuación.

El deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia (Sentencia 173/2013, de 6 de marzo ). Por lo que el debate sobre la congruencia de la sentencia recurrida y la procedencia de entrar a resolver sobre lo que según el recurso debía haberlo sido, gira en torno a la determinación de las pretensiones de las partes que conforman el objeto del proceso. De este modo, la congruencia de la sentencia exige una adecuación entre lo resuelto -parte dispositiva- y el objeto del proceso, que se determina atendiendo a los sujetos, el *petitum* y la *causa petendi* . Por lo que el debate sobre la congruencia de la sentencia recurrida y la procedencia de entrar a resolver sobre lo que según el recurso debía haberlo sido, gira en torno a la determinación de las pretensiones de las partes que conforman el objeto del proceso.

En nuestro caso, la demanda pedía expresamente la disolución del pro indiviso que los dos hermanos demandantes y los tres demandados tenían sobre la nuda propiedad de las fincas reseñadas, y expresamente añadía "mediante su distribución en lotes y la adjudicación de los mismos a los comuneros, todo ello conforme a lo prevenido para la división de la herencia, preservando el derecho de usufructo de Don Jose Daniel y dejando establecido en la sentencia que la nuda propiedad de la finca descrita en el nº NUM000 del hecho primero, domicilio de los actores y del usufructuario, se deberá adjudicar a cualquiera de los demandantes en exclusiva o bien, si con ello se facilitan las operaciones particionales, a ambos en pro indiviso".

Por su parte, los tres hermanos demandados no se oponen a la división, pero sí a la determinación de los bienes indivisibles y a la conformación de los lotes. Y a continuación piden que en estos lotes no se incluya la unidad indivisible G (finca NUM000 ), que es la vivienda unifamiliar, que se adjudicaría en proindivisión a los demandantes, tal y como lo pedían en la demanda, ni las unidades indivisibles H, I y J (naves correspondientes a las fincas 10, 11 y 12) que se adjudicarían a los demandados, previo sorteo y, todo ello, una vez asignados iguales coeficientes a la división horizontal existente. Y, subsidiariamente, pedían que los lotes propuestos se repartieran por sorteo.

En puridad, las partes estaban de acuerdo en la división y en que ésta se materializara mediante la formación de lotes, respecto de los que no había acuerdo, ni tampoco en su reparto. Pero ninguna de las partes pretendía la venta en pública subasta.

**9.** Aunque la situación de pro indivisión respecto de la nuda propiedad de estas fincas provenga de una herencia, en realidad, nos hallamos ante un caso de división de cosa común, y la acción ejercitada se funda en el art. 400 CC . Respecto a la materialización de la división, es cierto que se trata de una pluralidad de fincas y que respecto de cada una de ellas se da la situación de pro indivisión, pero precisamente por provenir de una sucesión hereditaria y de darse la misma situación de indivisión en todos los bienes, tiene sentido que pueda resolverse conjuntamente la pro indivisión de todos los bienes mediante su reparto entre los condóminos.

El art. 402 CC prevé que la división pueda hacerse por los propios interesados o por arbitradores, nombrados a voluntad de las partícipes. No cabe hablar en este caso de una división de común acuerdo ni de que todos los copropietarios hubieran estado de acuerdo en encomendar la división y distribución a un arbitrador. Por lo que, propiamente, no resulta de aplicación esta previsión legal.

El art. 404 CC , para el caso en que la cosa fuere esencialmente indivisible y los condueños no convinieran en que se adjudicara a uno de ellos indemnizando a los demás, prevé su venta y el reparto del precio. Es cierto que algunas de las fincas podrían tener la consideración de indivisibles, pero el hecho de que la división se solicite conjuntamente respecto de la totalidad de ellas, como un conjunto, permite que, respetándose la indivisión de los bienes indivisibles, puedan repartirse éstos entre los condóminos, y aplicar las normas de la división de la herencia, de acuerdo con el art. 406 CC . En este sentido se pronunció la Sala en su sentencia 12 de julio de 1996 , al entender que "el art. 406 ordena la aplicación de las normas de la división de herencia a los partícipes en la comunidad en la división de ésta, lo que se adapta perfectamente a la situación en la que lo que está en comunidad es una pluralidad de objetos". Y esta aplicación lo es al objeto

de que, como en aquel caso, se admita como forma de división la formación de lotes y su sorteo entre los condóminos, sin necesidad de acudir a la venta judicial de cada uno de los bienes.

**10.** En cualquier caso, el desacuerdo entre las partes respecto de la formación de los lotes y su distribución no debe determinar necesariamente, en contra de lo pedido por ellas, la venta en pública subasta, sino la determinación de los lotes y su reparto, máxime cuando se nombró un perito judicial para que hiciera los lotes y los evaluase, a fin de facilitar el reparto, que inexorablemente, a la vista de la descompensación de valor entre unos y otros lotes, conllevará compensaciones económicas entre los condóminos.

De este modo, una vez anulada la sentencia de apelación, resulta procedente remitir los autos a la Audiencia para que, teniendo en consideración los términos del debate, resuelva el recurso de apelación y, a la vista de las pruebas practicadas, se pronuncie sobre la composición de los lotes y su distribución entre los condóminos.

#### **Costas**

**11.** La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal impide que nos pronunciemos sobre el recurso de casación, y que no impongamos las costas por ambos recursos a ninguna de las partes ( arts. 398.2 LEC ).

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

#### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Cesar , Estanislao y Jenaro contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección núm. 25) de 28 de mayo de 2010 , que anulamos y remitimos los autos a la Audiencia para que, de teniendo en cuenta los términos del debate, vuelva a resolver el recurso de apelación (rollo de apelación núm. 558/2009) interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Madrid de 19 de febrero de 2009 (juicio ordinario 156/2004). No imponemos las costas a ninguna de las partes.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- **Ignacio Sancho Gargallo**.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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.