



Roj: **STS 610/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:610**

Id Cendoj: **28079110012020100124**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2020**

Nº de Recurso: **3896/2017**

Nº de Resolución: **133/2020**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 6528/2017,**
STS 610/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 133/2020

Fecha de sentencia: 27/02/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3896/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/02/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3896/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 133/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

D. Eduardo Baena Ruiz

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 27 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 9 de julio de 2017, dictada en recurso de apelación 954/2016, de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dimanante de autos de juicio ordinario 388/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Carlet; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Narciso y Dña. Jacinta, representados en las instancias por la procuradora Dña. Esperanza Alonso Gimeno, bajo la dirección letrada de D. Miguel Romá Sáez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Raúl Martínez Ostenero en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se personan Dña. Lucía, Dña. Magdalena y D. Roberto, representados por el procurador D. Jorge Deleito García, bajo la dirección letrada de Dña. María del Carmen Rey Portolés.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Narciso y Dña. Jacinta, representados por la procuradora Dña. Esperanza Alonso Gimeno y dirigidos por el letrado D. Miguel Romá Sáez, interpusieron demanda de juicio ordinario ejercitando acción de división de cosa común, *actio communi dividundo*, contra la Comunidad Hereditaria de D. Victorio, compuesta por su viuda Dña. Lucía y sus tres hijos D. Roberto, Dña. Magdalena y Dña. Rosario, herencia aceptada pendiente de partir y adjudicar, y también contra Dña. Lucía en cuanto componente de la comunidad de gananciales pendiente de liquidación, y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que:

"1.- Se declare el derecho que tienen mis mandantes, D. Narciso y Dña. Jacinta, a extinguir el condominio existente sobre las fincas descritas en el hecho primero de este escrito de demanda, y en su consecuencia, acordar el cese de la indivisión sobre dichas fincas.

"2.- Como consecuencia de la extinción del condominio, se proceda a la formación de lotes en la forma que se indica en esta demanda, o subsidiariamente, se formen lotes en la forma que se establezca por el perito que se designe judicialmente; y para el caso de que las partes no se pongan de acuerdo en que lote daba ser adjudicado a cada uno de ellos, se proceda en trámite de ejecución de sentencia, a sortear la adjudicación de dichos lotes entre los litigantes, acordando la compensación en metálico que proceda de acuerdo con los valores que se determinen en fase probatoria, o en su defecto, con los que se hacen constar en esta demanda.

"3.- Se condene a los demandados a estar y pasar por el anterior pronunciamiento, otorgando cuantos actos y documentos sean necesarios para llevar a cabo la división.

"4.- Imponer las costas del presente procedimiento a la parte demandada, si se opusiera a la demanda".

2.- Dña. Rosario, se personó en las actuaciones y se allanó totalmente a la demanda, en su propio nombre y derecho en lo que le afecta como partícipe de la comunidad hereditaria demandada, mostrando su conformidad a los lotes propuestos en el suplico de la demanda, este allanamiento fue presentado sin representación procesal ni firma de letrado y, posteriormente, fue ratificado en las actuaciones bajo la representación procesal de la procuradora Dña. Rosario Arroyo Cabria y bajo la dirección letrada de D. Ricardo Díaz Pardo, y suplicando en dicho escrito:

"Que teniendo por presentado este escrito, junto con la escritura de poder para pleitos que le acompaña, y copias de todo ello, se sirva admitirlo, tenga al que suscribe por comparecido y parte en la representación que ostenta y deja acreditada, dándonos traslado de todas las actuaciones que se produzcan a partir de esta fecha, teniendo a mi representada, Dña. Rosario, por allanada a la demanda en todos sus extremos, y por solicitada la no imposición de costas por los motivos expuestos".

3.- La demandada Dña. Lucía, compareció en autos, representada por el procurador D. Sergio Ortiz Segarra y bajo la dirección de la letrada de Dña. Carmen Rey Portolés, y, contestando a la demanda previamente solicitó la suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos suplicó al juzgado:

"Dando a los autos el curso legal que corresponda y de conformidad a lo expuesto:

"1.º- Se decrete oída la parte actora, la suspensión de las presentes actuaciones, en el estado que se encuentran por prejudicialidad civil, hasta que finalice el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales de Dña.

Lucía y su fallecido esposo D. Victorio , autos 237/2015 del Juzgado de Carlet 3, por ser todos los bienes cuya extinción de condominio se solicita, pertenecientes a la sociedad de gananciales de mi representada y sin poder hasta entonces determinar cuales de dichos bienes se adjudican a la herencia de D. Victorio .

"2.º- Finalizada la suspensión y decretada la continuación del procedimiento y previa la tramitación legal pertinente, en su día se sirva dictar sentencia por la que:

"a.- Se desestime la demanda íntegramente, pues previamente a repartir los bienes en su día aportados a dos Comunidades de Bienes para su explotación, deberán disolverse las mismas y liquidar las cuentas adjudicándose cada comunero su parte, rendición de cuentas que se solicita en otro procedimiento, con imposición de costas por su temeridad y mala fe.

"b.- Subsidiariamente de estimarse procede la acción de división sin antes liquidar las dos Comunidades de Bienes, se desestime igualmente la demanda en cuanto su *petitum* es la formación de lotes agrupando fincas, en vez de liquidar el proindiviso de cada una de las fincas independientes, procurando la igualdad de las adjudicaciones en especie y calidad, y sin forzar la creación de proindivisos a los demandados pues ello es contrario a la acción ejercitada, debiendo pues desestimarse su pretensión en los términos solicitados por la actora.

"c.- Y en todo caso, si se acordase la extinción del condominio, dada la existencia de suficientes bienes para adjudicar en su totalidad a cada uno bien o bienes completos se efectúe ello, teniendo en cuenta la pretensión de salir de la proindivisión y sin imponer a los demandados seguir en ella, se proceda a la valoración de cada finca independiente y se adjudique sin crear nuevos proindivisos salvo que así se solicite por algunos herederos que decidan agruparse, compensando en su caso de no poder adjudicar íntegramente bienes completos con el efectivo que proceda, de forma que a la viuda se le otorguen las fincas enteras que le correspondan por sus gananciales y a cada uno de los herederos conforme a su derecho pudiendo optar si así lo desean alguno o algunos de los herederos se les adjudique en proindiviso si a su derecho conviene, manteniendo la realidad registral de fincas independientes y tras todo ello se adjudiquen fincas de igual calidad y especie en la medida de lo posible.

"Todo ello con imposición de las costas a la actora".

4.- Se personó el demandado D. Roberto compareciendo en autos, representado por el procurador D. Sergio Ortiz Segarra y bajo la dirección del letrado de Dña. Carmen Rey Portolés, y contestó a la demanda solicitando la suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos y suplicando al juzgado:

"Dando a los autos el curso legal que corresponda y de conformidad a lo expuesto:

"1.º- Se decrete oída la parte actora, la suspensión de las presentes actuaciones, en el estado que se encuentran por prejudicialidad civil, hasta que finalice el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales de Dña. Lucía y su fallecido esposo D. Victorio , autos 237/2015 del Juzgado de Carlet 3, por ser todos los bienes cuya extinción de condominio se solicitan, pertenecientes a la sociedad de gananciales de los padres de mi representado y sin poder hasta entonces determinar cuales de dichos bienes se adjudican a la herencia de D. Victorio , que así mismo deberán repartirse.

"2.º- Finalizada la suspensión y decretada la continuación del procedimiento y previa la tramitación legal pertinente, en su día se sirva dictar sentencia por la que:

"a.- Se desestime la demanda íntegramente, pues previamente a repartir los bienes en su día aportados a dos Comunidades de Bienes para su explotación, deberán disolverse las mismas y liquidar las cuentas adjudicándose cada comunero su parte, rendición de cuentas que se solicita en otro procedimiento, con imposición de costas por su temeridad y mala fe.

"b.- Subsidiariamente de estimarse procede la acción de división sin antes liquidar las dos Comunidades de Bienes, se desestime igualmente la demanda en cuanto su *petitum* es la formación de lotes agrupando fincas, en vez de liquidar el proindiviso de cada una de las fincas independientes, procurando la igualdad de las adjudicaciones en especie y calidad, y sin forzar la creación de proindivisos a los demandados pues ello es contrario a la acción ejercitada, debiendo pues desestimarse su pretensión en los términos solicitados por la actora.

"c.- Y en todo caso, si se acordase la extinción del condominio, dada la existencia de suficientes bienes para adjudicar en su totalidad a cada uno bien o bienes completos se efectúe ello, teniendo en cuenta la pretensión de salir de la proindivisión y sin imponer a los demandados seguir en ella, se proceda a la valoración de cada finca independiente y se adjudique sin crear nuevos proindivisos salvo que así se solicite por algún/ os herederos que decidan agruparse, compensando en su caso de no poder adjudicar íntegramente bienes

completos con el efectivo que proceda, de forma que a la viuda se le otorguen las fincas enteras que le correspondan por sus gananciales y a cada uno de los herederos conforme a su derecho pudiendo optar si así lo desean alguno o algunos de los herederos se les adjudique en proindiviso si a su derecho conviene, manteniendo la realidad registral de fincas independientes y tras todo ello se adjudiquen fincas de igual calidad y especie en la medida de lo posible, sin proceder a la agrupación que de adverso se propone.

"Todo ello con imposición de las costas a la actora".

5.- Dña. Magdalena, representada por el procurador D. Sergio Ortiz Segarra, y bajo la dirección letrada de Dña. Carmen Rey Portolés, contestó a la demanda, oponiéndose con los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, planteando también suspensión en base a prejudicialidad civil y solicitó al Juzgado en el mismo sentido que los demandados su hermano D. Roberto y su madre Dña. Lucía.

6.- Con fecha 20 de octubre se dicta auto desestimando la cuestión de prejudicialidad civil instada por el procurador de los tribunales D. Sergio Ortiz Segarra, ordenando seguir el procedimiento.

7.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Carlet se dictó sentencia, con fecha 6 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Estimo íntegramente la demanda formulada por Narciso y Jacinta y declaro el derecho que tienen D. Narciso y Dña. Jacinta, a extinguir el condominio existente sobre las fincas descritas en el hecho primero del escrito de demanda y acuerdo el cese de la indivisión sobre dichas fincas y como consecuencia de la extinción, procede formar dos lotes en la forma determinada por el perito judicial en su informe y para el caso de que las partes no se pongan de acuerdo en qué lote debe ser adjudicado a cada uno de ellos, se proceda en trámite de ejecución a sortear la adjudicación de dichos lotes entre los litigantes acordando la compensación en metálico que proceda de acuerdo con los valores determinados en el informe pericial judicial; todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada no allanada".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de los demandados Dña. Lucía, Dña. Magdalena y D. Roberto, la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia, con fecha 7 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos:

"Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dña. Lucía y de D. Roberto y Dña. Magdalena contra la sentencia de fecha 6 de julio de 2016 dictada en los autos número 388/15 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Carlet, resolución que revocamos en parte y, en su lugar acordamos:

"Los bienes se han de agrupar en tres categorías distintas:

"1.- Primera categoría. Inmuebles de naturaleza rústica.

"Se forman dos grupos que se sortearán entre las partes:

"Grupo 1-A. Las fincas que se denominan en el informe de D. Dimas, (f. 572) como total finca Campo de Golf, que engloba las fincas 1, 3 y 4, fijándose como valor de este grupo de inmuebles la suma de 360.535,15.-€.

"Grupo 1-B. Las fincas que se denominan en el informe citado como total finca Torre Espioca, que engloba las fincas número 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del inventario, fijándose como valor de este grupo la suma de 386.851,85.-€.

"1.- Segunda categoría. Inmuebles de naturaleza urbana. Integrado por las naves industriales ubicadas en Benifaió, Avenida Jaime I y C/ Real de Montroi.

"Este conjunto de inmuebles que en la prueba pericial se denominan, genéricamente como total Naves Belseher (f. 572), se dividirá en dos grupos, que serán sorteados entre las partes, de forma separada e independiente al anterior grupo.

"Grupo 2-A. Integrado por las naves inventariadas en el informe pericial como las número:

"7 315.308.-€

"8 111.790.-€

"12 75.728.-€

"El valor de este grupo de inmuebles es de 502.826.-€.

"Grupo 2-B. Este lote está integrado por las parcelas inventariadas en el informe pericial como las número:

"9 188.899.-€

"10 182.594.-€

"11 176.530.-€

"El valor de este grupo de inmuebles es de 548.023.-€

"3.- Tercera categoría de inmuebles. De naturaleza urbana. Integrado por las naves industriales ubicadas en Benifaió, Calle Xexena y Campellos, que el perito judicial denomina total Naves Pól. Mussa, que se dividirá en dos subgrupos, que serán sorteados entre las partes, de forma separada e independiente a los anteriores.

"Grupo 3-A. Cuyo valor total es de 316.779,2.-€ y que está integrado por las fincas:

"13 32.034,20.-€

"5 284.745.-€

"Grupo 3-B. Cuyo valor total es de 307.789.-€ y que está integrado por la nave inventariada con el número 6.

"Se mantienen las valoraciones que ha realizado el perito judicial D. Dimas y, una vez efectuadas las adjudicaciones, se pagarán las diferencias entre ellos.

"Cada parte asumirá los costes de dotar a su parcela de los servicios básicos (luz, agua, etc.), en el caso de ser necesarios.

"Los costes de cerrar el muro que las separa, en su caso, será abonado por mitad entre los dos adjudicatarios.

"No hacemos expresa condena al pago de las costas causadas en ambas instancias".

TERCERO.- 1.- Por D. Narciso y Dña. Jacinta se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.^a de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, vulnerándose el artículo 209.4.^a, en relación con los artículos 216, 218.1, y 465.5 de la LEC, al incurrir en incongruencia, al no ajustarse el fallo exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso de apelación (*tantum devolutum quantum appellatum*), y al realizar un reparto de los inmuebles objeto de división *ex novo* y *sui generis* no solicitado por ninguna de las partes en el proceso, produciéndose indefensión, vulnerándose el artículo 24.1 de la CE.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.^a de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, vulnerándose el artículo 209.4.^a, en relación con los artículos 216, 218.1, y 465.5 de la LEC, sobre el deber de congruencia en cuanto requisito interno de la sentencia, al no ajustarse el fallo exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso de apelación (*tantum devolutum quantum appellatum*), introduciendo en el fallo dos cuestiones nuevas que no se habían planteado por la recurrente, ni tan siquiera en el proceso, resultando incongruente al establecer la distribución de los costes de dotar a cada parcela dividida de los servicios básicos (luz, agua, etc...) y del cerramiento del muro que debe separarlas, produciéndose indefensión, vulnerándose el artículo 24.1 de la CE.

Motivo tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.^a de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, vulnerándose el artículo 209.4.^a, en relación con los artículos 216, 218.1, y 465.5 de la LEC, sobre el deber de congruencia en cuanto requisito interno de la sentencia, al resultar el fallo de la sentencia contradictorio con lo argumentado en los fundamentos de derecho, produciéndose indefensión, vulnerándose el artículo 24.1 de la CE.

La sentencia de apelación estima en parte el recurso de apelación, resultando el fallo contrario a los argumentos de los fundamentos de derecho donde se desestiman los motivos de impugnación de recurso de apelación alegados por la apelante, resultando incongruente en la medida que en el recurso de apelación se interesaba la desestimación de la demanda en cuanto a la formación de lotes y la sentencia acepta la formación de lotes (fundamentos de derecho cuarto y quinto), por tanto, resulta contrario a derecho la estimación parcial del recurso.

Motivo cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.^a de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, vulnerándose el artículo 209.4.^a, en relación con los artículo 218.2 de la LEC, por falta de motivación, al estimar parcialmente el recurso de apelación, sin precisar las razones o pruebas en que se basa para estimar en parte el recurso de apelación deducido de contrario, lo que impide a esta parte ejercer su derecho de defensa, adecuadamente, dentro de este recurso, por cuanto en el recurso de apelación se interesaba la desestimación de la demanda en cuanto a la formación de lotes y la sentencia acepta la

formación de lotes, si bien, desconocemos en qué aspecto se estima parcialmente el recurso, produciéndose indefensión, vulnerándose el artículo 24.1 de la CE.

Motivo quinto.- Al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, por vulneración en el proceso civil del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE (artículo 469.1.4.º LEC), causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial judicial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Ilma. Audiencia, con todos los respetos y con la más alta consideración, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del art. 348 de la LEC, al incluir un inmueble rústico (finca rústica Benifaió, Partida Xexena, Polígono 3, Parcela 93, inventariada bajo el número 13 del informe pericial judicial) en la tercera categoría de inmuebles de naturaleza urbana que se establece en el fallo, confundiendo la partida Xexena como si fuera una calle, y considerándola nave industrial, cuando en el informe pericial judicial se evidencia que es una finca rústica y que la nave que tiene dentro está en estado ruinoso, valorándose por el perito judicial como finca rústica y exclusivamente el suelo.

Motivo sexto.- Al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, por vulneración en el proceso civil del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE (artículo 469.1.4.º LEC), causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Ilma. Audiencia, con todos los respetos y con la más alta consideración, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al considerar como inmueble independiente la nave sita en Camí Reial de Montroi, 5 [B] (inmueble inventariado como número 12 en el informe pericial), asignándola en el fallo por sorteo a cualquiera de los lotes, cuando carece de salida propia a vía pública, separándola del lote donde está la nave por la que tiene acceso (n.º 10 de la Avd. Jaime I de Benifaió, inventariada bajo el número 9 del informe pericial judicial) y a la que está unida inexorablemente, dejándola aislada sin salida alguna, no siendo además objeto este extremo del recurso de apelación, estando conformes las partes en la unión de ambas naves como un único inmueble.

Motivo séptimo.- Al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, por vulneración en el proceso civil del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE, causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Ilma. Audiencia, con todos los respetos y con la más alta consideración, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al confundir la valoración de los inmuebles realizada por el perito judicial, con la del perito de la parte demandada, valorándolos por separado en relación a los inmuebles que se señalan en la segunda categoría del fallo, inmuebles de naturaleza urbana, integrado por las naves industriales ubicadas en Benifaió, Avenida Jaime I, n.º 8, 10, 12, 14, y en la C/ Real de Montroi n.º 5 [B] (bienes inventariados bajo los números, 8 a 12 del informe pericial judicial).

Motivo octavo.- Al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, por vulneración en el proceso civil del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE, causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Ilma. Audiencia, con todos los respetos y con la más alta consideración, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del art. 348 de la LEC, al confundir la valoración de los inmuebles realizada por el perito judicial, con la del perito de la parte demandada (Sr. Isaac), valorándolos por separado en relación a los inmuebles que se señalan en la tercera categoría del fallo en relación con la valoración de las naves del Polígono Mussa (inmuebles inventariados bajo los números 5 y 6 del informe pericial judicial).

Motivo noveno.- Al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, por vulneración en el proceso civil del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE, causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Ilma. Audiencia, con todos los respetos y con la más alta consideración, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al establecer unos criterios para la formación de lotes totalmente diferentes a los lotes establecidos en el informe pericial judicial y en informe pericial de esta parte, realizando un reparto *ex novo* y *sui generis* que resulta arbitrario, ilógico, irracional, inviable y perjudicial para las partes.

El recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.2 de la LEC, por infracción, por inaplicación, de lo dispuesto en el artículo 1061 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, desarrolla y aplica, por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1061, ya que la sentencia impugnada, prescinde lógica y coherentemente de la aplicación de las normas que disciplinan materialmente la operación divisoria y concretamente de aquella - como la citada- que obliga a adjudicar cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, en relación con la segunda categoría, inmuebles de naturaleza urbana. Integrado por las naves industriales ubicadas en Benifaió, Avenida Jaime I y C/ Real de Montroi, a que se refiere el fallo de la sentencia de apelación.

Motivo segundo.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.2 de la LEC, por infracción, por inaplicación, de lo dispuesto por el artículo 1061 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, desarrolla y aplica, por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1061, ya que la sentencia impugnada, prescinde de la aplicación de las normas que disciplinan la operación divisoria y concretamente de aquella -como la citada- que obliga a adjudicar cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, en relación con la tercera categoría de inmuebles. De naturaleza urbana. Integrado por las naves industriales ubicadas en Benifaió, Calle Xexena y Campellos, que el perito judicial denomina Total Naves Pól. Mussa, a que se refiere el fallo de la sentencia de apelación.

Motivo tercero.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.2 de LEC, por infracción del principio de igualdad que debe presidir la correspondiente adjudicación de bienes a los partícipes que ponga fin al estado de indivisión, establecido en el artículo 1061 del Código Civil; por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1061; y en atención a la doctrina jurisprudencial que los interpreta, desarrolla y aplica, ya que la sentencia impugnada, prescinde lógicamente de la aplicación de las normas que disciplinan materialmente la operación divisoria y concretamente de aquellas -como las citadas- que simplemente obligan a guardar la posible igualdad entre los lotes, permitiendo, en consecuencia, crear tres grupos de bienes distintos que deberán de ser sorteados entre las partes, de forma separada e independiente de los demás grupos, lo que supone realizar tres sorteos entre las partes, con múltiples posibilidades distintas de distribución de los bienes.

Motivo cuarto.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.2 de la LEC, por infracción, por inaplicación, de lo dispuesto en el art. 1059 del Código Civil, en relación con el art. 784 de la LEC, y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta, desarrolla y aplica, por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1059 del Código Civil, el cual a su vez, remite a las normas de la LEC, entre las que se encuentra el nombramiento de un contador partidador, según el art. 784 de la LEC, ya que la sentencia impugnada, prescinde de las operaciones divisorias realizadas por el perito judicial, que hace las veces de contador-partidor, tal y como establecen dichos artículos, efectuando el reparto directamente de oficio el Tribunal.

Motivo quinto.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.2 de LEC, por infracción del principio de igualdad que debe presidir la correspondiente adjudicación de bienes a los partícipes que ponga fin al estado de indivisión, establecido en el artículo 1061 del Código Civil; por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1061; todo ello en relación al principio de proporcionalidad que se deriva de la cuota, como criterio rector para resolver el concurso de los partícipes (art. 393 del Código Civil), y ponderado con un criterio de estricta equidad (art. 3.2 del Código Civil); y en atención a la doctrina jurisprudencial que los interpreta, desarrolla y aplica, ya que la sentencia impugnada, prescinde de la aplicación de las normas que disciplinan materialmente la operación divisoria y concretamente de aquellas -como las citadas-, ya que no se ha guardado igualdad entre los valores de los lotes, que son desproporcionadamente desiguales en cuanto a su valor, respecto a las fincas que los integran, y, además, con la suficiente relevancia para infringir el precepto de igual distribución entre los comuneros, y excediendo de los presupuestos que pueden dar lugar al ejercicio de la acción de rescisión, prevista en el art. 1074 del Código Civil.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 25 de septiembre de 2019, se acordó admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos 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 el procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de Dña. Lucía, Dña. Magdalena y D. Roberto, presentó escrito de oposición a ambos recursos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 18 de febrero de 2020, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- Iniciado proceso para la división de un patrimonio hereditario, no existe acuerdo en la división de determinadas fincas y en la forma de materializarse la misma.

2.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda, declaró la extinción del condominio y acordó el cese de la indivisión y en consecuencia formar dos lotes en la forma determinada por el perito judicial en su informe, y para el caso de que las partes no se pongan de acuerdo en qué lote debe ser adjudicado a cada uno de ellos,

se proceda en trámite de ejecución a sortear la adjudicación de dichos lotes entre los litigantes, acordando la compensación en metálico que proceda de acuerdo con los valores determinados en el informe pericial.

3.- Los demandados interpusieron recurso de apelación en el que no se opusieron a la acción de división, pero mostraron su rechazo a la formación de lotes, solicitando la imposición de costas a la parte demandante.

4.- La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (7.^a), de fecha 7 de julio de 2017, estima en parte el recurso, revoca en parte la sentencia, y acuerda agrupar los bienes en tres categorías distintas, inmuebles de naturaleza rústica, inmuebles de naturaleza urbana y un segundo lote de inmuebles de naturaleza urbana, con dos grupos dentro de cada una de las categorías a los que otorga una valoración y que serán sorteados entre las partes.

Se mantienen las valoraciones que ha realizado el perito judicial y, una vez efectuadas las adjudicaciones, se pagarán las diferencias entre ellos. Cada parte asumirá los costes de dotar a su parcela de los servicios básicos (luz, agua, etc.), en el caso de ser necesarios. Los costes de cerrar el muro que las separa, en su caso, será abonado por mitad entre los dos adjudicatarios.

En el fundamento cuarto, punto quinto, de la sentencia se hace referencia a la valoración efectuada por el perito judicial, que considera adecuada, al haber tomado en consideración los elementos necesarios para fijar el valor de cada inmueble dejando al margen las explotaciones fabriles o agrícolas, las comunidades de bienes y las mercantiles que vinculan a las partes.

Y en el fundamento quinto, partiendo de las premisas anteriores y de que la división se ha de hacer mediante la formación de lotes, la Audiencia entiende que los mismos han de realizarse de modo distinto al que fija la sentencia para que las dos partes litigantes reciban bienes con mayor semejanza entre ellos y con similar posibilidad de obtener aprovechamientos atendiendo a su ubicación.

5.- Los demandantes apelados interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

6.- Recurso extraordinario por infracción procesal.

El motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.^a de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, vulnerándose el artículo 209.4.^a, el artículo 216, 218.1, 412.1 y 465.5 de la LEC, al incurrir en incongruencia *extra petitum*, al no ajustarse el fallo exclusivamente a las cuestiones planteadas en el recurso de apelación (*tantum devolutum quantum appellatum*) y al realizar un reparto de los inmuebles objeto de división de *ex novo* y *sui generis* no solicitado por ninguna de las partes en el proceso, produciéndose indefensión, vulnerándose el artículo 24.1 de la CE.

La parte recurrente señala que, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, la Sala apartándose de los motivos del recurso, y de lo solicitado por las partes en el proceso, establece de oficio unos criterios reparto *sui generis* para la formación de lotes, incurriendo en incongruencia.

El motivo segundo se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.^a de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, vulnerándose el artículo 209.4.^a, en relación con los artículos 216, 218.1, 412 y 465.5 de la LEC, sobre el deber de congruencia en cuanto requisito interno de la sentencia, al no ajustarse el fallo exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso de apelación (*tantum devolutum quantum appellatum*), introduciendo en el fallo dos cuestiones nuevas que no se habían planteado por la recurrente, ni tan siquiera en el proceso, resultando incongruente al establecer la distribución de los costes de dotar a cada parcela dividida de los servicios básicos (luz, agua, etc...) y del cerramiento del muro que debe separarlas, produciéndose indefensión, vulnerándose el artículo 24.1 de la CE.

Para la parte recurrente, la sentencia apelada incurre en incongruencia, por cuanto, se ha excedido de los términos del recurso de apelación, y del debate litigioso, al pronunciarse sobre la distribución del coste de la división de las fincas.

El motivo tercero se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.^a de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, vulnerándose el artículo 209.4.^a, en relación con los artículos 216, 218.1, 412 y 465.5 de la LEC, sobre el deber de congruencia en cuanto requisito interno de la sentencia, al resultar el fallo de la sentencia contradictorio a lo argumentado en los fundamentos de derecho, produciéndose indefensión, vulnerándose el artículo 24.1 de la CE.

La parte recurrente denuncia que la sentencia de apelación estima en parte el recurso de apelación, resultando el fallo contrario a los argumentos de los fundamentos de derecho, donde se desestiman los motivos de impugnación de recurso de apelación alegados por la apelante, resultando incongruente en la medida que en

el recurso de apelación se interesaba la desestimación de la demanda en cuanto a la formación de lotes y la sentencia acepta la formación de lotes (fundamentos de derecho cuarto y quinto), por tanto, resulta contrario a derecho la estimación parcial del recurso.

El motivo cuarto se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.^a de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, vulnerándose el artículo 209.4.^a, en relación con los artículos 120 de la CE, y el artículo 218.2 de la LEC, por falta de motivación al estimar parcialmente el recurso de apelación, sin precisar las razones o pruebas en que se basa para estimar en parte el recurso de apelación deducido de contrario, lo que impide a esta parte ejercer su derecho de defensa, adecuadamente, dentro de este recurso, por cuanto en el recurso de apelación se interesaba la desestimación de la demanda en cuanto a la formación de lotes y la sentencia acepta la formación de lotes, si bien, desconocemos en qué aspecto se estima parcialmente el recurso, produciéndose indefensión, vulnerándose el artículo 24.1 de la CE.

Para la parte recurrente la sentencia de apelación estima en parte el recurso de apelación, pero no dice en qué parte se estima el recurso de apelación en relación a los motivos de impugnación alegados por la apelante, lo que impide a esta parte ejercer su derecho de defensa, adecuadamente, dentro de este recurso, debido a que en el recurso de apelación se interesaba la desestimación de la demanda en cuanto a la formación de lotes y la sentencia acepta la formación de lotes (fundamentos de derecho cuarto y quinto), no sabemos en qué aspecto se estima parcialmente el recurso.

El motivo quinto se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4.^o de la LEC, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE, causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial judicial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Audiencia, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al incluir un inmueble rústico (finca rústica Benifaió, Partida Xexena, Polígono 3, Parcela 93, inventariada bajo el número 13 del informe pericial judicial) en la tercera categoría de inmuebles de naturaleza urbana que se establece en el fallo, confundiendo la partida Xexena como si fuera una calle, y considerándola nave industrial, cuando en el informe pericial judicial se evidencia que la edificación existente en la parcela está en ruinas, valorándose por el perito judicial como finca rústica y exclusivamente el suelo.

Para la parte recurrente, la sentencia que se recurre incurre en un error patente en la valoración de la prueba pericial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al considerar que en la parcela sita en Benifaió, Partida Xexena, Polígono 3, Parcela 93 (inventariado bajo el número 13 del informe pericial judicial) existe una nave industrial, con acceso por calle, incluyéndola en la tercera categoría de inmuebles de naturaleza urbana, cuando de la prueba pericial judicial se acredita que la edificación existente está en ruinas, y se valora el suelo como suelo rústico.

El motivo sexto se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4.^o de la LEC, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial judicial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al considerar como inmueble independiente la nave sita en Camí Reial de Montroi, 5 [B] (inmueble inventariado como número 12 en el informe pericial), asignándola en el fallo por sorteo a cualquiera de los lotes, cuando carece de salida propia a vía pública, separándola del lote donde está la nave por la que tiene acceso (n.º 10 de la Avd. Jaime I de Benifaió, inventariada bajo el número 9 del informe pericial judicial) y a la que está unida inexorablemente, dejándola aislada sin salida alguna, no siendo además objeto este extremo del recurso de apelación, estando conformes las partes y los peritos en la unión de ambas naves como un único inmueble.

La parte recurrente denuncia que la sentencia que se recurre incurre en un error patente en la valoración de la prueba pericial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al considerar el inmueble sito en Benifaió Camí Reial de Montroi, 5 [B] (inmueble inventariado como número 12 en el informe pericial) como nave industrial independiente.

El motivo séptimo se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4.^o de la LEC, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE, causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Audiencia, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del art. 348 de la LEC, al confundir la valoración de los inmuebles realizada por el perito judicial, con la del perito de la parte demandada, valorándolas por separado, en relación a los inmuebles que se señalan en la segunda categoría del fallo, inmuebles de naturaleza urbana, integrado por las naves industriales ubicadas en Benifaió, Avenida Jaime I, n.º 8, 10, 12, 14, y en la C/ Real de Montroi n.º 5 [B] (bienes inventariados bajo los números, 8 a 12 del informe pericial judicial).



Para la parte recurrente, la sentencia que se recurre incurre en un error patente en la valoración de la prueba pericial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al confundir la valoración de los inmuebles realizada por el perito judicial, con la del perito de la parte demandada, valorando por separado las naves industriales ubicadas en Benifaió, Avenida Jaime I, n.º 8, 10, 12, 14 y C/ Real de Montroi n.º 5 [B] (bienes inventariados bajo los números, 8 y 12 del informe pericial judicial). Como el otro bien inmueble del mismo lote (finca 7, Avd. Jaime I n.º 2) sí que se valora con arreglo al valor fijado por el perito judicial, los valores no son homogéneos, y el resultado final del lote es incongruente, ilógico e irracional.

El motivo octavo se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4.º de la LEC, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE, causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Audiencia, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al confundir la valoración de los inmuebles realizada por el perito judicial, con la del perito de la parte demandada (Sr. Isaac) en relación a los inmuebles que se señalan en la tercera categoría del fallo, valorándolas por separado, en relación con la valoración de las naves del Polígono Mussa (inmuebles inventariados bajo los números 5 y 6 del informe pericial judicial).

Para la parte recurrente, la sentencia que se recurre incurre en un error patente en la valoración de la prueba pericial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al confundir la valoración de los inmuebles realizada por el perito judicial, con la del perito de la parte demandada, valorándolas por separado en relación a las dos naves industriales ubicadas en Benifaió, Polígono Industrial Mussa, Calle Campellos, n.º 13, (bienes inventariados bajo los números 5 y 6 del informe pericial judicial). Como el otro bien inmueble del mismo lote sí que se valora con arreglo a valor fijado por el perito judicial, los valores no son homogéneos, y el resultado final del lote es incongruente, ilógico e irracional.

El motivo noveno se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4.º de la LEC, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE, causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Audiencia, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al establecer unos criterios para la formación de lotes totalmente diferentes a los lotes establecidos en el informe pericial judicial y en informe pericial de esta parte, realizando un reparto *ex novo* y *sui generis* que resulta arbitrario, ilógico, irracional, inviable y perjudicial para las partes.

La parte recurrente denuncia que la sentencia que se recurre incurre en un error patente en la valoración de la prueba pericial, realizando una valoración contraria a derecho, estableciendo unos criterios para la formación de lotes totalmente diferentes a los lotes establecidos en el informe pericial judicial y en informe pericial de esta parte, efectuando un reparto *ex novo* y *sui generis* que resulta arbitrario, ilógico, irracional, inviable y perjudicial para las partes.

7.- Recurso de casación.

El motivo primero denuncia la infracción, por inaplicación, de lo dispuesto en el artículo 1061 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, desarrolla y aplica, por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1061, ya que la sentencia impugnada, prescinde lógicamente y coherentemente de la aplicación de las normas que disciplinan materialmente la operación divisoria y concretamente de aquella -como la citada- que obliga a adjudicar cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, en relación con la Segunda categoría -Inmuebles de naturaleza urbana- integrado por las naves industriales ubicadas en Benifaió, Avenida Jaime I y C/ Real de Montroi, a que se refiere el fallo de la sentencia de apelación.

Para la parte recurrente la semejanza en cuanto a naturaleza y calidad no se obtiene con los lotes propuestos, ya que en cuanto al lote n.º 2, existe una nave interior que al separarse de la nave n.º 10 de la avenida Jaime I, a través de la cual tiene acceso, deja de ser semejante a las otras y carece de "calidad" alguna, pues su valor queda reducido a cero, ya que no existe aprovechamiento posible para la misma, por carecer de salida a vía pública.

El motivo segundo denuncia la infracción, por inaplicación, de lo dispuesto por el artículo 1061 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, desarrolla y aplica, por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1061, ya que la sentencia impugnada prescinde de la aplicación de las normas que disciplinan la operación divisoria y concretamente de aquella -como la citada- que obliga a adjudicar cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, en relación con la tercera categoría de inmuebles de naturaleza urbana, integrado por las naves

industriales ubicadas en Benifaió, Calle Xexena y Campellos, que el perito judicial denomina total naves Pól. Mussa, a que se refiere el fallo de la sentencia de apelación.

Para la parte recurrente, la semejanza en cuanto a naturaleza y calidad no se obtiene con los lotes propuestos. En concreto, por lo que se refiere a la tercera categoría de inmuebles de naturaleza urbana, integrado por las naves industriales ubicadas en Benifaió, Calle Xexena y Campellos, que el perito judicial denomina total naves Pól. Mussa, tampoco se consigue semejanza, pues una de las fincas, en concreto la situada en la partida Xexena, es una finca rústica, que nada tiene que ver con las naves industriales en el polígono Mussa.

El motivo tercero denuncia la infracción del principio de igualdad que debe presidir la correspondiente adjudicación de bienes a los partícipes que ponga fin al estado de indivisión, establecido en el artículo 1061 del Código Civil; por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1061; y en atención a la doctrina jurisprudencial que los interpreta, desarrolla y aplica, ya que la sentencia impugnada, prescinde lógicamente de la aplicación de las normas que disciplinan materialmente la operación divisoria y concretamente de aquéllas -como las citadas- que simplemente obligan a guardar la posible igualdad entre los lotes, permitiendo, en consecuencia, crear tres grupos de bienes distintos que deberán de ser sorteados entre las partes, de forma separada e independiente de los demás grupos, lo que supone realizar tres sorteos entre las partes, con múltiples posibilidades distintas de distribución de los bienes.

Para la parte recurrente, en el fallo de la sentencia de apelación se configuran tres grupos de bienes, con dos lotes cada grupo, y los tres grupos van a sorteo independiente entre las partes, de tal manera que, a una misma parte, en función del sorteo, le pueden corresponder en el reparto los tres lotes más caros o los tres más económicos, y esta posibilidad que se deja al azar es contraria al principio de igualdad que debe presidir el reparto de los lotes.

El motivo cuarto denuncia la infracción, por inaplicación, de lo dispuesto en el art. 1059 del Código Civil, en relación con el art. 784 de la LEC, y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta, desarrolla y aplica, por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1059 del Código Civil, el cual a su vez, remite a las normas de la LEC, entre las que se encuentra el nombramiento de un contador-partidor, según el art. 784 de la LEC, ya que la sentencia impugnada, prescinde de la designación de un contador-partidor, tal y como establecen dichos artículos, efectuando el reparto directamente, de oficio, el tribunal de apelación.

La parte recurrente dice que en su escrito de demanda solicitó la designación de un perito judicial que hiciera las veces de contador partidor y lo hizo así para el supuesto de que las partes no se pusieran de acuerdo en la partición de los bienes, no solo porque pensara que era lo correcto sino porque al tener que aplicar las reglas de la división de la herencia, por la remisión que hace el art. 406 del CC a las reglas de la partición de la herencia, era necesario proveerse, en caso de desacuerdo, de un contador partidor que conformara los lotes, y este mandato quedaba cumplido con la designación de un perito judicial.

Y que la contraparte en ningún momento ha solicitado o concretado un reparto de bienes distinto al propuesto por esta parte, no ha formulado reconvencción ni en la contestación a la demanda ni en el escrito de apelación. Tampoco ha hecho propuesta alguna planteando un reparto alternativo que considerara adecuado, ni tan siquiera se ha adherido a la designación del perito judicial, solicitando que el citado perito pudiera realizar alguna otra alternativa distinta a la propuesta por esta parte demandante, limitándose a señalar alguna divergencia parcial pero sin propuesta homogénea alguna que justifique ni la intervención del Tribunal ni los lotes propuestos por la Sala de apelación.

Por lo que la sentencia dictada en grado de apelación, al apartarse del criterio del perito judicial que hace las veces de contador-partidor y establecer de oficio un reparto de lotes *sui generis*, incumple las expresadas disposiciones legales (art. 1059 del CC. y 784 de la LEC), que obligan al Tribunal a nombrar a dicho profesional para realizar dicha labor y no establecer de oficio otro reparto alternativo.

El motivo quinto denuncia la infracción del principio de igualdad que debe presidir la correspondiente adjudicación de bienes a los partícipes que ponga fin al estado de indivisión, establecido en el artículo 1061 del Código Civil, por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1061; todo ello en relación al principio de proporcionalidad que se deriva de la cuota, como criterio rector para resolver el concurso de los partícipes (art. 393 del Código Civil), y ponderado con un criterio de estricta equidad (art. 3.2 del Código Civil); y en atención a la doctrina jurisprudencial que los interpreta, desarrolla y aplica, ya que la sentencia impugnada, prescinde de la aplicación de las normas que disciplinan materialmente la operación divisoria y concretamente de aquéllas -como las citadas-, ya que no se ha guardado igualdad entre los valores de los lotes, que son desproporcionadamente desiguales en cuanto a su valor, respecto a las fincas que los integran, y, además, con la suficiente relevancia para infringir el precepto

de igual distribución entre los comuneros, y excediendo de los presupuestos que pueden dar lugar al ejercicio de la acción de rescisión, prevista en el art. 1074 del Código Civil.

La parte recurrente denuncia que la sentencia recurrida yerra en la configuración de los lotes, pues se produce una distribución de bienes no igualitaria entre los comuneros que supone un perjuicio evidente de carácter económico para una de las partes, superior a la cuarta parte, que puede dar lugar al ejercicio de la acción de rescisión.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Motivos primero y segundo. Incongruencia "extra petitu".

1.- Motivo primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.^a de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, vulnerándose el artículo 209.4.^a, en relación con los artículos 216, 218.1, y 465.5 de la LEC, al incurrir en incongruencia, al no ajustarse el fallo exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso de apelación (*tantum devolutum quantum appellatum*), y al realizar un reparto de los inmuebles objeto de división *ex novo* y sui generis no solicitado por ninguna de las partes en el proceso, produciéndose indefensión, vulnerándose el artículo 24.1 de la CE.

2.- Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.^a de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, vulnerándose el artículo 209.4.^a, en relación con los artículos 216, 218.1, y 465.5 de la LEC, sobre el deber de congruencia en cuanto requisito interno de la sentencia, al no ajustarse el fallo exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso de apelación (*tantum devolutum quantum appellatum*), introduciendo en el fallo dos cuestiones nuevas que no se habían planteado por la recurrente, ni tan siquiera en el proceso, resultando incongruente al establecer la distribución de los costes de dotar a cada parcela dividida de los servicios básicos (luz, agua, etc...) y del cerramiento del muro que debe separarlas, produciéndose indefensión, vulnerándose el artículo 24.1 de la CE.

3.- Se estiman los motivos.

La parte demandante solicitó la división y la formación de lotes. La parte demandada se opuso a la formación de lotes en la contestación a la demanda y en el recurso de apelación. La parte demandada no solicitó ampliación a la pericial judicial propuesta por la parte demandante. La parte apelante tampoco presentó una alternativa de lotes diferentes.

La sentencia de apelación, sin que se solicite opta por una formación de lotes diferentes a los aprobados en la sentencia de primera instancia, que en este punto siguió a la propuesta del perito judicial. En la sentencia de apelación se declara que acepta la valoración de bienes que efectúa el perito judicial. En la sentencia de apelación se opta por unos lotes diferentes que en ella se crean en aras a una mayor semejanza entre ellos y similar aprovechamiento.

Esta sala debe declarar que en la sentencia de apelación se incurre en incongruencia al cambiar los términos del debate, introducir unos lotes que no se corresponden con lo solicitado por ninguna de las partes, ni recogerse en las respectivas periciales, generando indefensión en la parte demandante que no ha podido introducir sus alegaciones sobre unos nuevos lotes que se plasman en la sentencia de apelación de forma sorpresiva, por lo que se infringen los arts 216, 218 y 465.5 LEC.

Por la misma razón se incurre en incongruencia cuando se efectúan repartos de gastos sobre suministros y muros, no solicitados.

TERCERO.- Motivo tercero. Incongruencia interna de la sentencia.

1.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.^a de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, vulnerándose el artículo 209.4.^a, en relación con los artículos 216, 218.1, y 465.5 de la LEC, sobre el deber de congruencia en cuanto requisito interno de la sentencia, al resultar el fallo de la sentencia contradictorio con lo argumentado en los fundamentos de derecho, produciéndose indefensión, vulnerándose el artículo 24.1 de la CE.

La sentencia de apelación estima en parte el recurso de apelación, resultando el fallo contrario a los argumentos de los fundamentos de derecho donde se desestiman los motivos de impugnación de recurso de apelación alegados por la apelante, resultando incongruente en la medida que en el recurso de apelación se interesaba la desestimación de la demanda en cuanto a la formación de lotes y la sentencia acepta la formación de lotes (fundamentos de derecho cuarto y quinto), por tanto, resulta contrario a derecho la estimación parcial del recurso.

2.- Se estima el motivo.

Igualmente se incurre en incongruencia cuando en la sentencia de apelación se indica que se estima parcialmente el recurso de apelación, cuando en realidad en los fundamentos jurídicos se han desestimado sus pretensiones consistentes en la no formación de lotes (arts. 216 y 218 LEC).

CUARTO.- *Motivo cuarto. Falta de motivación.*

1.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.^a de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, vulnerándose el artículo 209.4.^a, en relación con los artículo 218.2 de la LEC, por falta de motivación, al estimar parcialmente el recurso de apelación, sin precisar las razones o pruebas en que se basa para estimar en parte el recurso de apelación deducido de contrario, lo que impide a esta parte ejercer su derecho de defensa, adecuadamente, dentro de este recurso, por cuanto en el recurso de apelación se interesaba la desestimación de la demanda en cuanto a la formación de lotes y la sentencia acepta la formación de lotes, si bien, desconocemos en qué aspecto se estima parcialmente el recurso, produciéndose indefensión, vulnerándose el artículo 24.1 de la CE.

2.- Se estima el motivo.

Se incurre en falta de motivación, pues no se razona en la sentencia recurrida por qué se accede a la formación de lotes, cuando el recurrente se oponía y pese a ello entiende que se estima el recurso de apelación (arts. 218 de la LEC y 24 de la Constitución).

QUINTO.- *Motivo quinto. Error en la valoración de la prueba.*

1.- Al amparo del artículo 469.1.4.^o de la LEC, por vulneración en el proceso civil del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE (artículo 469.1.4.^o LEC), causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial judicial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Ilma. Audiencia, con todos los respetos y con la más alta consideración, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del art. 348 de la LEC, al incluir un inmueble rústico (finca rústica Benifaió, Partida Xexena, Polígono 3, Parcela 93, inventariada bajo el número 13 del informe pericial judicial) en la tercera categoría de inmuebles de naturaleza urbana que se establece en el fallo, confundiendo la partida Xexena como si fuera una calle, y considerándola nave industrial, cuando en el informe pericial judicial se evidencia que es una finca rústica y que la nave que tiene dentro está en estado ruinoso, valorándose por el perito judicial como finca rústica y exclusivamente el suelo.

2.- Se estima el motivo.

Procede la estimación del motivo en cuanto en la sentencia de apelación se incluye el bien referenciado como n.º 13 en la pericial judicial, en el lote de bienes urbanos, cuando se trata de finca rústica con una construcción en ruina. La valoración no varía pero su distribución en los lotes es radicalmente inapropiada al confundir la naturaleza rústica con la urbana, lo que constituye un error notorio en la valoración de la prueba (art. 24 de la Constitución).

SEXTO.- *Motivo sexto. Error en la valoración de la prueba pericial.*

1.- Al amparo del artículo 469.1.4.^o de la LEC, por vulneración en el proceso civil del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE (artículo 469.1.4.^o LEC), causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Ilma. Audiencia, con todos los respetos y con la más alta consideración, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al considerar como inmueble independiente la nave sita en Camí Reial de Montroí, 5 [B] (inmueble inventariado como número 12 en el informe pericial), asignándola en el fallo por sorteo a cualquiera de los lotes, cuando carece de salida propia a vía pública, separándola del lote donde está la nave por la que tiene acceso (n.º 10 de la Avd. Jaime I de Benifaió, inventariada bajo el número 9 del informe pericial judicial) y a la que está unida inexorablemente, dejándola aislada sin salida alguna, no siendo además objeto este extremo del recurso de apelación, estando conformes las partes en la unión de ambas naves como un único inmueble.

2.- Se estima el motivo.

Se incurre en error notorio en la valoración de la prueba al considerar inmueble independiente el incluido en el n.º 12 del informe del perito judicial, cuando queda sin entrada independiente, cuando el perito judicial lo incluyó en el lote con el n.º 10 por el que tiene acceso, realidad física a la que no se opone el recurrido (art. 24 de la Constitución) y que hace desmerecer notablemente el valor del bien.

SÉPTIMO.- *Motivos siete y ocho. Error en la valoración de la prueba pericial.*

1.- Motivo séptimo.- Al amparo del artículo 469.1.4.^o de la LEC, por vulneración en el proceso civil del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE, causando indefensión, debido al error patente

en la valoración de la prueba pericial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Ilma. Audiencia, con todos los respetos y con la más alta consideración, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al confundir la valoración de los inmuebles realizada por el perito judicial, con la del perito de la parte demandada, valorándolos por separado en relación a los inmuebles que se señalan en la segunda categoría del fallo, inmuebles de naturaleza urbana, integrado por las naves industriales ubicadas en Benifaió, Avenida Jaime I, n.º 8, 10, 12, 14, y en la C/ Real de Montroi n.º 5 [B] (bienes inventariados bajo los números, 8 a 12 del informe pericial judicial).

2.- Motivo octavo.- Al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, por vulneración en el proceso civil del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE, causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Ilma. Audiencia, con todos los respetos y con la más alta consideración, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del art. 348 de la LEC, al confundir la valoración de los inmuebles realizada por el perito judicial, con la del perito de la parte demandada (Sr. Isaac), valorándolos por separado en relación a los inmuebles que se señalan en la tercera categoría del fallo en relación con la valoración de las naves del Polígono Mussa (inmuebles inventariados bajo los números 5 y 6 del informe pericial judicial).

3.- Se estiman los motivos.

Se incurre en error notorio al atribuir a la pericial judicial valoraciones que fueron efectuadas por el perito de la demandada, descuadrando los lotes y siendo incoherente con el pronunciamiento de la propia sentencia, en la que se declara que admite las valoraciones de la pericial judicial (art. 24 de la Constitución).

OCTAVO.- *Motivo noveno. Error en la valoración de la prueba pericial.*

1.- Al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, por vulneración en el proceso civil del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE, causando indefensión, debido al error patente en la valoración de la prueba pericial, valorándose de forma arbitraria, ilógica e irracional por la Ilma. Audiencia, con todos los respetos y con la más alta consideración, con vulneración de las reglas de la sana crítica y por tanto del artículo 348 de la LEC, al establecer unos criterios para la formación de lotes totalmente diferentes a los lotes establecidos en el informe pericial judicial y en informe pericial de esta parte, realizando un reparto *ex novo* y *sui generis* que resulta arbitrario, ilógico, irracional, inviable y perjudicial para las partes.

2.- Se desestima el motivo.

Se alega que en la sentencia se incurre en error a la hora de fijar criterios para la formación de lotes. Esta Sala no puede aceptar el motivo invocado, al ser cuestión propia del recurso de casación (art. 477 LEC).

Recurso de casación.

NOVENO.- *Motivos uno a cinco.*

1.- Motivo primero.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.2 de la LEC, por infracción, por inaplicación, de lo dispuesto en el artículo 1061 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, desarrolla y aplica, por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1061, ya que la sentencia impugnada, prescinde lógicamente y coherentemente de la aplicación de las normas que disciplinan materialmente la operación divisoria y concretamente de aquella -como la citada- que obliga a adjudicar cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, en relación con la segunda categoría, inmuebles de naturaleza urbana. Integrado por las naves industriales ubicadas en Benifaió, Avenida Jaime I y C/ Real de Montroi, a que se refiere el fallo de la sentencia de apelación.

2.- Motivo segundo.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.2 de la LEC, por infracción, por inaplicación, de lo dispuesto por el artículo 1061 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, desarrolla y aplica, por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1061, ya que la sentencia impugnada, prescinde de la aplicación de las normas que disciplinan la operación divisoria y concretamente de aquella -como la citada- que obliga a adjudicar cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, en relación con la tercera categoría de inmuebles. De naturaleza urbana. Integrado por las naves industriales ubicadas en Benifaió, Calle Xexena y Campellos, que el perito judicial denomina Total Naves Pól. Mussa, a que se refiere el fallo de la sentencia de apelación.

3.- Motivo tercero.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.2 de LEC, por infracción del principio de igualdad que debe presidir la correspondiente adjudicación de bienes a los partícipes que ponga fin al estado de indivisión, establecido en el artículo 1061 del Código Civil; por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1061; y en atención a la doctrina jurisprudencial que los interpreta, desarrolla y aplica, ya que la sentencia impugnada, prescinde lógicamente de la aplicación de las normas que disciplinan materialmente la operación divisoria y concretamente de aquéllas

-como las citadas- que simplemente obligan a guardar la posible igualdad entre los lotes, permitiendo, en consecuencia, crear tres grupos de bienes distintos que deberán de ser sorteados entre las partes, de forma separada e independiente de los demás grupos, lo que supone realizar tres sorteos entre las partes, con múltiples posibilidades distintas de distribución de los bienes.

4.- Motivo cuarto.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.2 de la LEC, por infracción, por inaplicación, de lo dispuesto en el art. 1059 del Código Civil, en relación con el art. 784 de la LEC, y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta, desarrolla y aplica, por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1059 del Código Civil, el cual a su vez, remite a las normas de la LEC, entre las que se encuentra el nombramiento de un contador partidor, según el art. 784 de la LEC, ya que la sentencia impugnada, prescinde de las operaciones divisorias realizadas por el perito judicial, que hace las veces de contador-partidor, tal y como establecen dichos artículos, efectuando el reparto directamente de oficio el Tribunal.

5.- Motivo quinto.- Al amparo de los arts. 477.1 y 477.2.2 de LEC, por infracción del principio de igualdad que debe presidir la correspondiente adjudicación de bienes a los partícipes que ponga fin al estado de indivisión, establecido en el artículo 1061 del Código Civil; por la remisión que hace el artículo 406 a las normas propias de la división de la herencia, entre las que se encuentra el citado artículo 1061; todo ello en relación al principio de proporcionalidad que se deriva de la cuota, como criterio rector para resolver el concurso de los partícipes (art. 393 del Código Civil), y ponderado con un criterio de estricta equidad (art. 3.2 del Código Civil); y en atención a la doctrina jurisprudencial que los interpreta, desarrolla y aplica, ya que la sentencia impugnada, prescinde de la aplicación de las normas que disciplinan materialmente la operación divisoria y concretamente de aquéllas -como las citadas-, ya que no se ha guardado igualdad entre los valores de los lotes, que son desproporcionadamente desiguales en cuanto a su valor, respecto a las fincas que los integran, y, además, con la suficiente relevancia para infringir el precepto de igual distribución entre los comuneros, y excediendo de los presupuestos que pueden dar lugar al ejercicio de la acción de rescisión, prevista en el art. 1074 del Código Civil.

6.- Se estiman los motivos, analizados conjuntamente.

De la propia estimación del recurso por infracción procesal se deducen las causas que van a provocar la estimación del recurso de casación, pues los errores en la calificación de los bienes, sus errores en la valoración, su antieconómica ubicación en alguno de los lotes dejando el bien sin acceso al exterior, provocan la infracción del art 1061 del C. Civil, en cuanto no se ha respetado la igualdad de lotes ni la naturaleza o calidad de los mismos.

Estos errores tienen su causa en la falta de contradicción o debate, resultante de la introducción en la sentencia de apelación de unos lotes no solicitados y creados por el tribunal de apelación al margen del principio dispositivo.

Por lo expuesto procede casar la sentencia recurrida y confirmar íntegramente la sentencia del juzgado de primera instancia.

DÉCIMO.- Costas y depósito.

No procede imposición de las costas de los recursos por infracción procesal y casación, con devolución de los dos depósitos constituidos (arts. 394 y 398 LEC).

Se imponen a la parte apelante las costas de la segunda instancia.

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 el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Narciso y Dña. Jacinta contra la sentencia de fecha 9 de julio de 2017, de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia (apelación 954/2016).

2.º- Casar la sentencia recurrida, en el sentido de confirmar íntegramente la sentencia de 6 de julio de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Carlet (procedimiento ordinario 388/2015).

3.º- No procede imposición de las costas de los recursos por infracción procesal y casación, con devolución de los dos depósitos constituidos.

4.º- Se imponen a la parte apelante las costas de la segunda instancia.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ