



Roj: STS 5688/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5688

Id Cendoj: 28079110012015100725

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2482/2013

Nº de Resolución: 700/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto los recursos de infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Doña Herminia , Doña Jacinta y Don Casiano , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección Segunda), aclarada por Auto de 12 de septiembre de 2013, en el rollo de apelación nº 227/2013 , dimanante del juicio ordinario nº 190/2012 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fregenal de la Sierra.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente el procurador Don Carlos Blanco Sánchez de Cueto, se personaba en nombre y representación de Doña Herminia , Don Casiano y Doña Jacinta .

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida la procuradora Doña Mónica Pucci Rey, en nombre y representación de Doña Susana .

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

1. La procuradora doña Clara María Sánchez-Arjona y Sánchez-Arjona, en nombre y representación de doña Herminia , doña Jacinta y don Casiano , interpuso demanda de juicio ordinario contra doña Susana y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado se dictase Sentencia en la que, estimando la presente demanda, se acuerde:

«1) El reparto del **uso** de la casa familiar sita en la CALLE000 NUM000 , de Fuentes de León, por turnos alternos y sucesivos, fijados por un sorteo único con efectos recurrentes, en igualdad de condiciones para los hermanos, a partir del que escoja la madre, por su mejor derecho y obligación moral del resto, según los días imputables al coeficiente de titularidad de cada comunero que se establecen en los antecedentes del Convenio transcrito en el Hecho Décimo de esta demanda y adjunto con la misma como documento nº 11 (o 13), que serían un turno de 152 días, para D^a Adelaida , y tres turnos de 71 días, uno para cada uno de los hermanos Sres. Casiano Jacinta Susana , estableciendo una indemnización disuasoria por día de incumplimiento en la desocupación que evite o desaliente la litigiosidad indeseable a que este conflicto apunta por la actitud probada de la demandada; haciendo constar que los gastos y consumos anuales del inmueble deben ser asumidos según el coeficiente de **uso**. Para el supuesto que la demandada no aceptara ni acudiera al sorteo de los períodos de **uso** de la casa objeto del litigio que se promueve, se solicita que el Juez, de oficio, en ejecución de la Sentencia que se dicte, celebrara dicho sorteo y tras comunicarlo a todas las partes interesadas y propietarias de la casa objeto del litigio, fuera inmediatamente ejecutable. 2) Y con expresa condena en costas de la demandada, por su evidente temeridad y mala fe procesal, si se opone a esta demanda y tras ser vencida en el procedimiento que se incoe si se opusiera a esta demanda.»

2. La procuradora doña María Lourdes Morón Gallego, en nombre y representación de doña Susana , contestó a la demanda y formuló demanda reconventional.

En el suplico de la demanda solicitó al Juzgado:

«1.- Se desestime la demanda presentada de adverso, sin entrar en el fondo del asunto, con acogimiento de cualquiera de las excepciones procesales de forma y fondo planteadas, o bien, subsidiariamente, de entrarse a conocer del fondo del asunto, 2.- Se absuelva a mi representada de todos los pedimentos formulados de contrario; y, 3.- Se impongan a los demandantes las costas causadas, dada su manifiesta temeridad y mala fe.»

El suplico de la reconvenición es como sigue:

«1 ° Se decrete la división de la casa núm. NUM000 de la CALLE000 de Fuentes de León, finca registral n°. NUM001 de Fuentes de León, descrita en el hecho primero del presente escrito, en dos partes de similar valor y proporciones, adjudicándose una mitad indivisa del referido inmueble a mi patrocinada y a doña Jacinta y don Casiano , y la otra mitad indivisa a los tres referidos y a doña Herminia , de forma igualmente indivisa, como herederos de don Víctor . 2° Se lleve a cabo lo solicitado en el período de ejecución de sentencia. »

3. Por Auto de 31 de julio de 2012 se inadmitió la demanda reconvenicional planteada y se tuvo por presentado el escrito de contestación a la demanda. Frente a esta inadmisión se interpuso recurso de reforma que fue inadmitido.

4. El Juzgado de Primera Instancia de Fregenal de la Sierra, dictó sentencia el 25 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

« FALLO: QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO totalmente la demanda interpuesta por Doña Herminia , Don Casiano y Doña Jacinta frente a Doña Susana , y se acuerda el reparto el uso de la casa familiar sita en la CALLE000 n° NUM000 de Fuentes de León, por turnos alternos y sucesivos, decidiendo que 152 días (de los 365 días el año) sean atribuidos a Dª Herminia , y el resto de días del año se repartan en 3 periodos de 71 días, correspondiente a D. Casiano 71 días, a Dª Jacinta 71 días y a Dª Susana 71 días, eligiendo Dª Herminia en primer lugar el periodo en que quiere disfrutar de los días atribuidos, y una vez hecha su elección, luego por sorteo se decida el resto de turnos por el resto de copartícipes. Y subsidiariamente para el supuesto de que la demandada o alguno de los copartícipes no acuda al sorteo o se oponga frontalmente, el periodo de Dª Herminia comenzará el 1 de Junio hasta el día 30 de octubre. El resto de periodos quedarán fijados de la siguiente manera: el primero de ellos desde el 31 de Octubre hasta el 9 de Enero incluidos ambos días, el segundo periodo desde el 10 de enero hasta el 21 de Marzo incluidos ambos días (incluido, en el caso de año bisiesto se incluiría en este periodo) y el tercer periodo desde el 22 de Marzo hasta el 31 de Mayo incluidos ambos días. Otorgándose el primer periodo de los referidos anteriormente al hermano más mayor, el segundo al hermano que le sigue en edad al más mayor, y el tercer periodo al hermano de menor edad. En cuanto a los gastos deben hacerse cargo cada uno de los partícipes atendiendo al uso de la vivienda fijado, y en su defecto por partes iguales. No procede fijar la indemnización solicitada para el supuesto de incumplimiento de desalojo de la vivienda en los periodos correspondientes. Respecto a las costas conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se condena a Dª Susana , en cuanto las pretensiones principales de los actores han sido estimadas, aunque hayan sufrido variaciones conforme a lo justificado en los fundamentos jurídicos anteriores.»

Tramitación en segunda instancia.

5. La anterior sentencia fue recurrida en apelación por la representación procesal de Doña Susana , correspondiendo su resolución a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, que dictó Sentencia el 29 de julio de 2013 , cuyo fallo es como sigue:

FALLAMOS: «QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por Doña Susana contra la sentencia dictada con fecha 25-4-13 por el Juzgado de 1ª Instancia de Fregenal de la Sierra en los autos de juicio ordinario n° 190/12, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la indicada resolución en el sentido de absolver al mencionado recurrente de los procedimientos deducidos contra el mismo en la primera instancia, sin efectuar condena en costas en ninguna de las dos instancias.»

6. En fecha 12 de septiembre de 2013 se dictó Auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor siguiente: « La Sala acuerda: se condena a la parte actora al pago de las costas causadas causadas en la primera instancia en relación con la demanda principal.»

Interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

7. Contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, interpuso recursos por infracción procesal y de casación la procuradora doña Clara María Sánchez-Arjona y Sánchez-Arjona, en nombre y representación de doña Herminia , doña Jacinta y don Casiano , con base en los siguientes motivos:

Recurso de infracción procesal: Se basa en un único motivo al amparo del artículo 469.1.2º, 3º y 4º de la LEC vigente y consiste en la infracción de los artículos 214, 215, 218 y 222 por lo que presenta una triple vertiente

Recurso de casación :

Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º (y hasta se podría extender al 3) de la vigente LEC por vulneración concreta del artículo 394 del Código civil .

Segundo. - Al amparo del artículo 477.2.3º (y hasta se podría extender al 3) de la vigente LEC por vulneración concreta del artículo 398.1 del Código civil .

Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º (y hasta se podría extender al 3) de la vigente LEC por vulneración concreta del artículo 393 y 395 del Código civil .

8. Por diligencia de ordenación de 28 de octubre de 2013, se tuvieron por interpuestos ambos recursos, acordándose la remisión de los Autos a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante esta Sala para comparecer en el término de 30 días.

9. La Sala dictó Auto de fecha 18 de noviembre del 2014, con la siguiente parte dispositiva:

«1.- Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Doña Herminia , Doña Jacinta y Don Casiano , contra la Sentencia dictada, con fecha 29 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª), aclarada por autos de 12 de septiembre de 2013, en el rollo de apelación nº 227/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 190/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fregenal de la Sierra. 2º Dar traslado del escrito de interposición del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción formalizados, y en su caso, de los documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

10. Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Mónica Pucci Rey, en nombre y representación de doña Susana , presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario

11. Al no haber sido solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 24 de noviembre del 2015 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO. Son hechos relevantes acreditados en la instancia para la decisión del recurso los que a continuación se exponen:

1. La representación procesal de doña Herminia , don Casiano y doña Jacinta ejercitó acción sobre regulación del **uso** de un bien **común** entre comuneros contra doña Susana , hija de la primera demandante y hermana de los otros dos.

2. Se solicitaba "el reparto del **uso** de la casa familiar sito en la CALLE000 NUM000 , de Fuentes de León, por turnos alternos y sucesivos, fijados por un sorteo único con efectos recurrentes, en igualdad de condiciones para los hermanos, a partir del que escoja la madre, por su mejor derecho y obligación moral del resto, según los días imputables al coeficiente de titularidad de cada comunero que se establecen en los antecedentes del Convenio transcrito en el Hecho Décimo de la demanda y adjunto a la misma como documento número 11 (ó13) que serían un turno de 152 días para doña Adelaida , y tres turnos de 71 días, uno para cada uno de los hermanos señores Casiano Jacinta Susana , estableciendo una indemnización disuasoria por día de incumplimiento en la desocupación que evite o desaliente la litigiosidad indeseable a que este conflicto apunta por la actitud probada de la demandada; haciendo constar que los gastos y consumos anuales del inmueble deben ser asumidos según el coeficiente de **uso**.

Para el supuesto que la demandada no aceptara ni acudiera al sorteo de los períodos de **uso** de la casa objeto del litigio que se promueve, se solicita que el Juez, de oficio, en ejecución de la sentencia que se dicte, celebrará dicho sorteo y tras comunicarlo a todas las partes interesadas y propietarias de la casa objeto de litigio, fuera inmediatamente ejecutable."

3. La representación procesal de la parte demandada se opuso a la demanda al contestar a esta y, a su vez, formuló reconvencción postulando la división de la casa litigiosa.

4. El Juzgado inadmitió la demanda reconvenccional planteada y frente a dicha resolución se interpuso recurso de reposición que fue desestimado por Auto de 28 septiembre 2012, confirmado por la Audiencia Provincial de Badajoz , tras presentarse recurso de apelación, en Auto de 21 de marzo de 2013.

5. El Juzgado dictó sentencia el 25 de abril de 2013 estimando la demanda, pero modulando y variando alguna de las pretensiones, por la que dispuso que: "[...] se acuerda el reparto del **uso** de la casa familiar sita en la CALLE000 nº NUM000 de Fuentes de León, por turnos alternos y sucesivos, decidiendo que 152 días (de los 365 días del año) sean atribuidos a doña Herminia , y el resto de días del año se repartan en 3 periodos de 71 días, correspondiendo a don Casiano 71 días, a doña Jacinta 71 días y a doña Susana 71 días, eligiendo doña Herminia en primer lugar el periodo en que quiere disfrutar de los días atribuidos, y una vez hecha su elección, luego por sorteo se decida el resto de turnos por el resto de copartícipes. Y subsidiariamente para el supuesto de que la demandada o alguno de los copartícipes no acuda al sorteo o se oponga frontalmente, el periodo de don Herminia comenzará el 1 de Junio hasta el día 30 de Octubre. El resto de periodos quedarán fijados de la siguiente manera: el primero de ellos desde el 31 de Octubre hasta el 9 de Enero incluidos ambos días, el segundo período desde el 10 de Enero hasta el 21 de Marzo incluidos ambos días (incluido, en el caso de año bisiesto se incluiría en este periodo) y el tercer período desde el 22 de Marzo hasta el 31 de Mayo incluidos ambos días. Otorgándose el primer periodo de los referidos anteriormente al hermano más mayor, el segundo al hermano que le sigue en edad al más mayor, y el tercer periodo al hermano de menor edad."En cuanto a los gastos deben hacerse cargo cada uno de los partícipes atendiendo al **uso** de la **vivienda** fijado, y en su defecto por partes iguales.

No procede fijar la indemnización solicitada para el supuesto de incumplimiento de desalojo de la **vivienda** en los periodos correspondientes."

6. En su motivación fija como situación fáctica-jurídica la siguiente:

«La **vivienda** sita en la CALLE000 nº NUM000 de Fuentes de León, objeto de discusión, perteneció a don Nicolas y a don Víctor por mitades iguales: en cuanto a la mitad de la **vivienda** que perteneció en su momento a don Nicolas , ya fallecido, quedaron como herederos Casiano , Jacinta y Susana , con una cuota de 16,67% de la **vivienda** como así se refleja en la documental nº 2 de la demanda; y en cuanto a la mitad de don Víctor , también fallecido, la herencia sigue sin dividirse instituyéndose una comunidad de bienes entre los hijos del fallecido y la mujer del fallecido (quien no sólo tendría el usufructo sobre la herencia de don Víctor sino también sería propietaria de parte de la **vivienda** al aplicarse el Fuero de Baylio y ser gananciales todos los bienes que traigan al matrimonio con independencia sobre la **vivienda** al encontrarnos ante una herencia todavía no dividida, pues que hasta que no se llevan a cabo las operaciones particionales, la totalidad y cada uno de los bienes de la herencia pertenecen, como masa hereditaria, a la comunidad surgida al fallecimiento del causante, de manera que tal comunidad, por medio de sus componentes, puede ejercitar cuantas acciones y derechos le correspondan para la defensa de los bienes **comunes**. La jurisprudencia del Tribunal Supremo representada por la sentencia de 17 de abril de 1958 y otras concordantes, de acuerdo con la cual los herederos individualmente considerados no tienen el dominio ni la posesión privativa de ningún bien en concreto de la herencia, ni siquiera por cuotas indivisas, hasta que se realiza entre ellas la división y adjudicación... de manera que hasta entonces solo corresponde a los herederos un derecho sobre el conjunto de bienes que integran la herencia, y por ello si algún heredero, como ocurre en el presente caso, hiciera un **uso** exclusivo de bienes hereditarios, anteponiendo su propio interés al de la comunidad, al no tener título eficaz que ampara su posesión frente a ésta, puede ser objeto de aquellas acciones para regular el **uso** de la cosa **común** en beneficio de la comunidad.».

7. Añade la sentencia en su discurso lógico, partiendo de la referida situación, que tratándose de una **vivienda** indivisible y al constar probado que es imposible una convivencia de todos los comuneros, ante la ausencia de cualquier otra forma de solución aceptada, la única razonable es la utilización del inmueble por turnos, como hizo el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 marzo de 1991 y reiteró en sentencia de 31 julio de 1998 .

8. A la hora de decidir sobre la fijación de tales turnos sostiene: «*Que no se puede establecer las cuotas que tendrían cada partícipe en la **vivienda**, en cuanto no nos encontramos ante un procedimiento de división de herencia, y desconociendo todos los datos precisos no se pueden fijar. Pero ello no impide que se pueda matizar que todas las partes son comuneros y que por ello tienen derecho a usar la **vivienda**, hasta que se divida la herencia y se produzca la adjudicación de los bienes de la herencia, se divida la casa o se venda en su caso.*

La demandada no propone ninguna alternativa, negándose simplemente a ello, por lo que sólo se cuenta con la propuesta de los actores.

*En este sentido los actores hacen un reparto por días, decidiendo que 152 días (de los 365 días del año) sean atribuidos a doña Herminia , y el resto de días del año se repartan en 3 períodos de 71 días, correspondiendo a don Casiano 71 días, a doña Jacinta 71 días y a doña Susana 71 días, considerando esta juzgadora adecuado este reparto, atendiendo no sólo a que ha quedado acreditado que la **vivienda** era utilizada por amplios periodos por doña Herminia , madre del resto de comuneros, sino porque a parte de ser copropietaria tiene derecho de usufructo sobre la **vivienda**, y en segundo lugar porque no impide al resto de comuneros usar la **vivienda**, todo ello unido al sentir de la mayoría de los comuneros que debe prevalecer como se establece en el Código Civil para la comunidad de Bienes y en tercer lugar porque ha sido la **vivienda** familiar, aunque atendiendo a la edad de la misma en la actualidad en invierno se vaya a Sevilla.».*

9. En cuanto a la forma de distribución la sentencia rechaza que, en defecto de que la demandada acuda al sorteo sobre los turnos, este se realice en ejecución de sentencia y por el Juez, optando por fijarlos en la sentencia con un orden en función de la edad de los hermanos.

10. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada, correspondiendo su conocimiento a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, que dictó sentencia el 29 de julio de 2013 por la que estimaba parcialmente el recurso, absolviendo a la recurrente de la demanda deducida en su contra, sin efectuar condena en costas en ninguna de las dos instancias. Este último pronunciamiento fue objeto de aclaración por Auto de esta naturaleza, de fecha 12 de septiembre de 2013 , por el que se acuerda condenar a la parte actora a las costas causadas en la primera instancia en relación con la demanda principal.

11. La sentencia del Tribunal de apelación no discrepa de la situación fáctico-jurídica que recoge la de primera instancia, sino que discrepa del régimen de **uso** y disfrute de la **vivienda** postulado por los actores y admitido, en esencia, por esta sentencia y ello porque : «*Tal cosa es contrario a lo que dispone el Art. 394 del Código Civil , que es la piedra angular de los condominios. Ningún copartícipe puede impedir a los demás utilizar la cosa según su derecho. Todos los copartícipes tienen derecho a utilizar la cosa en todo momento sin perjudicar el derecho de los demás copartícipes. El **uso** indiscriminado y promiscuo. Al mismo tiempo por todos los condueños, o sucediéndose en el tiempo unos a otros, solo puede ser frente de conflictos y discordias, máxime cuando se trata de 4 partícipes y se dejan para ejecución de sentencia cuestiones tales como la realización de sorteos para determinar tiempos de posesión o se fijan tales tiempo según la mayor o menor edad de cada condueño. Como dice la STS de 30-4-99 "la utilización de una. finca por uno solo de los partícipes, excluyendo a los demás, es contraria al Art. 394". Tal cosa no puede ampararse en el **uso** exclusivo en turnos rotatorios porque el **uso** de una **vivienda** para habitarla es poco compatible con esas temporalidades. Si la fórmula propuesta por las actoras y acogida en la sentencia solo puede generar conflictos, no tiene base legal y por ello ha de ser rechazada.».*

12. Añade la sentencia que también procede desestimar la demandada reconvenzional.

13. Contra la anterior resolución se interpuso por la representación procesal de la parte actora recurso de casación y extraordinario por infracción procesal en los siguientes términos de enunciación y planteamiento:

(i) El recurso extraordinario por infracción procesal se interpone al amparo del art. 469.1.2º, 3º y 4º, LEC . Se desarrolla el recurso por incongruencia de la sentencia recurrida en tres apartados.

En el primer apartado denuncia la infracción del art. 214 y 215 de LEC , se ha cambiado el fallo respecto al pronunciamiento de las costas en perjuicio de los recurrentes, apartándose de la declaración motivada de manera expresa y terminante que contiene la fundamentación de la sentencia - Fundamento de Derecho Séptimo - . La desestimación de la reconvección que provenía de la primera instancia sería porque habría sido planteada y rechazada por el juzgado, por lo que no puede aceptarse que la supuesta omisión de pronunciamiento por el juzgado de primera instancia pueda ser causa para justificar una condena en costas a los demandantes beneficiarios de ese rechazo inicial, y re-confirmado. Pero en todo caso no se ha tenido en cuenta, que la reconvección fue inadmitida, recurrida en queja y hasta apelada con desestimación total.

Carece de sentido el pronunciamiento respecto a la reconversión para justificar la condena en costas de los demandantes.

En el segundo, denuncian la incongruencia de la sentencia por falta de pronunciamiento (art. 218 LEC) sobre la procedencia de pagar los gastos de comunidad por la demandada, de acuerdo con la petición formulada del reparto de los gastos de la cosa **común** según las cuotas según están probadas en los autos, pues la demandada no cumple sus obligaciones ni siquiera con los de consumo personales de luz, agua, telefonía fija.

En el tercero denuncian la incongruencia por infracción del art. 222 LEC , al entrar en un asunto ya resuelto y cosa juzgada se aparta de la petición que era objeto del recurso de apelación, el **uso** por turnos y los gastos de la **vivienda**, la sentencia ofrece soluciones alternativas que no se han pedido (art. 216) como respuesta a la acción por el **uso** turnado, pues la reconversión fue desestimada por recurso de apelación que se planteó como incidente dentro del pleito primero que es ahora objeto de apelación.

Este hecho de lo ya resuelto meses antes por la misma Sala y Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, como cosa juzgada, se plantea nuevamente por la demandada recurrente en apelación cuando se trata de un hecho que está fuera del pleito.

La Audiencia hace una interpretación errónea porque el objeto del procedimiento no es la acción para la división de patrimonios, sino el **uso** alternado entre comuneros para conciliar los intereses de todos, teniendo en cuenta además que los demandantes que son los que tienen la mayoría de las cuotas se han visto perjudicados, dado que la demandada ha impuesto su **uso** de la casa con exclusión de hecho de los demás comuneros que son quienes pagan los gastos.

(ii) El recurso de casación se interpone al amparo del art. 477. 2, 3º por interés casacional, se desarrolla en tres apartados las infracciones que denuncian:

En el primero denuncian la infracción del art. 394 del C.C porque el fallo de la sentencia recurrida rechaza el **uso** por turnos, lo que perjudica a los demandantes recurrentes que representan el 80% de la titularidad de las cuotas, y se ven privados del **uso** pacífico y tranquilo en la medida en que la ocupación de la demandada con su familia invade el ámbito de los derechos ajenos y resulta de facto excluyente del **uso** de los demás.

En el segundo denuncian la infracción del art. 398.1 del C.c . Queda probado que las acciones planteadas cuentan con el acuerdo de los comuneros que representan la mayoría el 79,54% de las cuotas del inmueble.

En el tercero denuncian la infracción de los artículos 393 y 395 del Código Civil , por cuanto en el concurso de los partícipes los beneficios y las cargas, serán proporcionales a sus respectivas cuotas.

Mantienen los recurrentes que la sentencia recurrida infringe dichos preceptos y se vulnera por ello la doctrina de la Sala que recogen las sentencias de 23 de marzo de 1991 , de 3 de julio de 1998 , 30 de abril de 1999 .

La doctrina de la Sala en la aplicación del art. 394, reconoce la opción de los condueños por mayoría de cuotas, para establecer y regular un sucesivo y cronológico **uso** exclusivo de la totalidad del inmueble por cada uno de los condueños, por meses sucesivos, y todo ello con carácter temporal y provisional hasta que se produzca la disolución de la comunidad.

La Sala ha declarado igualmente que la utilización de una finca por uno solo de los partícipes de la comunidad hereditaria excluyendo el goce de los demás infringe el art. 394 del CC e impide la aplicación de las reglas contenidas en el art. 398 del mismo Código .

Denuncian los recurrentes en el primer motivo del recurso de casación que la sentencia recurrida cuando concluye que: "*... todos los copartícipes tienen derecho a utilizar la cosa en todo momento sin perjudicar el derecho de los demás copartícipes (...) la fórmula propuesta por los actores solo puede generar conflictos y no tiene base legal...*", infringe el art. 394 del CC , por cuanto a tenor de la doctrina citada, lo que impide este artículo es establecer un **uso** exclusivo en turno definitivo y constante rompiendo la igualdad de trato entre los comuneros, pero no la fijación de ese **uso** exclusivo si es temporal y se reparte de manera sucesiva e igualitaria entre todos los comuneros sin exclusión y sujetos a igual trato.

En el motivo segundo, plantean que la fijación de turnos de disfrute de una **vivienda común** también ha sido recogida por numerosa doctrina de Audiencias Provinciales.

Solicitan que la Sala declare como doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del art. 394 CC en el sentido de que la aplicación de turnos de ocupación con **uso** exclusivo por períodos sucesivos sea considerada como fórmula justa aplicable a los casos de proindiviso de **viviendas** cuando el **uso** solidario o promiscuo no sea posible o aconsejable y la comunidad o algún comunero así lo inste.

14. Por Auto de 18 de noviembre 2014 se admitieron a trámite ambos recursos y, tras el oportuno traslado, fueron impugnados por la parte recurrida.

SEGUNDO. Sobre la admisibilidad del recurso.

La recurrida vuelve a plantear como causa de inadmisión la que fue alegada en el escrito de personación y a la que se dio respuesta en el auto de admisión pues se reflejó en el Fundamento de Derecho primero que: *... " el procedimiento se ha seguido en atención a la cuantía que no supera los 600.000 Euros. El acceso al recurso de casación esta determinado por la vía del ordinal tercero del art. 477.2 de la LEC , por tratarse de una sentencia dictada tras la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre de Medidas de agilización procesal..."*

Tras la citada reforma cuando la cuantía del procedimiento no excediere de 600.000 euros, el acceso al recurso de casación viene determinado por la vía del ordinal tercero del art. 477.2 LEC cuando el recurso presente interés casacional.

Los recurrentes han justificado el interés casacional por oposición a la doctrina de la Sala en concreto se citan las sentencias de 23 de marzo de 1991 , de 3 de julio de 1998 , 30 de abril de 1999 , sobre la interpretación del art. 394 CC en las que se reconoce la posibilidad de establecer y regular un sucesivo y cronológico **uso** exclusivo de la totalidad del inmueble por cada uno de los condueños, por meses sucesivos, y todo ello con carácter temporal y provisional hasta que se produzca la disolución de la comunidad, como ellos solicitaron en su demanda.

En el auto de admisión se recoge por tanto la vía correcta de acceso al recurso, sin hacer expreso pronunciamiento sobre la causa de inadmisión que ha sido invocada por cuanto el recurso reunía los requisitos formales para su admisión, como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio , pues es suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo.

En definitiva, no concurre la causa de inadmisión que ha sido alegada por la recurrida en el escrito de oposición.

RECURSO DE CASACIÓN

TERCERO. Para la adecuada inteligencia de esta resolución conviene hacer las siguientes consideraciones:

1. La parte recurrente insta con carácter principal la estimación del recurso de casación a fin de que se confirme la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y declarando como doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 394 CC que *"la aplicación de turnos de ocupación con **uso** exclusivo por periodos sucesivos y recurrentes sea considerada como una fórmula justa aplicable a los casos de proindiviso de **viviendas** cuando el **uso** solidario o promiscuo no sea posible o aconsejable y la comunidad o algún comunero así lo inste"*.

Con carácter subsidiario insta la nulidad de la sentencia consecuencia de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

2. A partir del referido planteamiento se habrá de enjuiciar en primer lugar el recurso de casación, y, de ser desestimado, procedería el enjuiciamiento del extraordinario por infracción procesal en los términos y a los efectos que se formula, ya que sus pretensiones solo tienen sentido si se desestimara el recurso de casación.

3. En contra de lo que pudiese parecer lo que es objeto de debate no es el carácter de comuneros de las partes respecto del bien litigioso, cuanto la determinación de las cuotas de cada uno y naturaleza de ellas, a fin de decidir sobre el **uso** y disfrute del bien.

La parte actora plantea una propuesta, la demandada sostiene que ello no es posible hasta que no se haga la partición de herencia del causante, esposo de doña Herminia y padre del resto, esto es, de los tres hermanos.

La sentencia de la primera instancia sostiene que no pueden establecerse las cuotas que tendría cada partícipe en la **vivienda**, en cuanto no nos encontramos ante un procedimiento de división de herencia, pero como todos ellos son comuneros y tienen derecho a usarla, hasta que se divida aquella y se produzcan las concretas adjudicaciones, accede a la propuesta de los actores, al no proponer alternativa la parte demandada.

La sentencia recurrida de la Audiencia Provincial niega el carácter de comuneros de las partes y su derecho de **uso** y disfrute del bien sino que este se distribuya por turnos.

4. Un 50% de la **vivienda** pertenece en plena propiedad proindiviso a los hermanos Jacinta Susana Casiano por herencia de su tío don Nicolás .

La otra mitad pertenecía a su padre don Víctor .

5. Al fallecer don Víctor se constituyó una comunidad postganancial entre los herederos del difunto don Víctor y la viuda de éste doña Herminia , en cuyo activo se encontraría la **vivienda** litigiosa, ya que por aplicación del Fuero de Baylio son gananciales los bienes que se traigan al matrimonio con independencia del título del que procedan.

6. A la par se constituyó una comunidad hereditaria entre los herederos testamentarios de don Víctor , si bien al día de hoy ni se ha liquidado el régimen económico matrimonial ni se ha practicado la partición de la herencia.

7. La dificultad de decidir las cuotas de los herederos sobre la masa a liquidar estriba en un debate jurídico que escapa de este procedimiento, como sostienen las sentencias de instancia. En concreto se centra el debate en la cuota de doña Herminia en función de la aplicación que se haga del fuero de Baylio en relación con las disposiciones del Código Civil.

En el supuesto más favorable a ella tendría sobre esa mitad indivisa el 25% por su participación en la comunidad postganancial, más la que le corresponde en la comunidad hereditaria por testamento, tesis de la parte actora.

Por contra, si la solución pasase por optar entre el Fuero de Baylio o las normas del Código Civil conforme al testamento, su cuota sería sólo el 25% en el primer caso o la del 33,33% en el segundo, tesis de la parte demandada.

8. Por tanto la cuestión se reduce a la fijación de la participación de cada comunero en el goce y disfrute del bien así como en sus gastos, pues no resulta relevante al fin perseguido que en relación con la **vivienda** confluya una comunidad postganancial y una comunidad hereditaria o, por el contrario, sólo esta última.

Como declaraba la STS de 7 noviembre de 1997 la comunidad que surge en el periodo de comunidad postganancial es equiparable a la hereditaria, y lo mismo recoge la sentencia de 10 de junio 2010, Rc. 1202/2006 , citada por la de 12 de noviembre 2015, Rc. 1074/2013 , que mantiene que una vez disuelta la comunidad de gananciales, pero aún no liquidada, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria (STS de 11 de mayo de 2000).

Consecuencia de ello es que a efectos del goce y disfrute de la cosa **común** se aplicarán las normas de la comunidad hereditaria en ambos supuestos.

9. Estas reglas, en defecto de voluntad del testador, acuerdo de los coherederos o reglas especiales, serán las normas de la comunidad de bienes (art. 394 y siguientes del Código Civil), como, entre otras, se colige de la sentencia de 10 de julio de 2005, Rc. 2389/2000 , y sentencia de 8 de mayo de 2008, Rc. 1170/2001 , reiterada en la de 4 de marzo de 2013, Rc. 814/2010 .

10. Avanzando en este discurso metodológico se aprecia que el artículo 394 del CC dispone que cada partícipe podrá servirse de las cosas **comunes**, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho.

En consonancia con ello, esta Sala ha admitido la facultad legal de cada coheredero de servirse de las cosas **comunes** (STS 28 noviembre 2007, Rc. 3613/2000). Contempla, pues, la posesión y el **uso** de la cosa **común** por todos ellos, **uso** que es solidario, pues se ha precisado que la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, excluyendo el goce o **uso** de los demás, es ilegítimo (SSTS de 18 febrero 1987 ; 7 mayo 2007, Rc. 2347/2000). Ahora bien si se planteasen problemas se habrá de atender a la proporción de la cuota de cada uno, y a ellos se refieren las sentencias de 20 mayo 1996 , 2 octubre 1996 y 30 abril 1999 , citadas por la del 7 mayo 2007, Rc. 2347/2000 .

11. Si lo expuesto se aplica al supuesto que se enjuicia no sería tutelable la situación actual en la que el goce y disfrute del bien es exclusivo de la parte demandada, pues como dice la sentencia de 18 de febrero de 1987 «*la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, excluyendo el goce o uso de los demás es ilegítimo, infringe el artículo 394 e impide la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 398*».

La solución sería el goce y disfrute solidario del bien por todos los copartícipes.

12. Sin embargo tal solución ha de modularse cuando se dan situaciones singulares, como la que aquí se enjuicia; al tratarse de una **vivienda** indivisible en la que la convivencia de todos los comuneros es imposible por el conflicto permanente que existe entre ellos.

Precisamente, atendiendo a circunstancias de tal naturaleza, las sentencias de esta Sala de 23 de marzo de 1991 y 31 de julio de 1998, citadas por la recurrente se incluirán por un sucesivo y cronológico **uso** exclusivo de la **vivienda** por cada uno de los comuneros, pues la norma general de solidaridad y simultaneidad no puede entenderse de modo absoluto y para todo supuesto, sino que podrá atemperarse a las circunstancias personales y materiales que concurren en el caso enjuiciado. Así lo decidió la sentencia de la primera instancia, con apoyo en las sentencias de la Sala que hemos citado, mientras que el Tribunal de instancia las ignoró, acudiendo a una aplicación rigorista del artículo 394 del Código Civil, con la paradoja de que con la resolución que dicta se mantiene ese **uso** exclusivo que impide el artículo que interpreta, pero en beneficio de la parte demandada.

13. Se llega así al meollo de la cuestión, que consiste en determinar en función de qué cuotas se distribuirá el **uso** y goce de la **vivienda**, pues si bien las de los hermanos serán siempre iguales y no son objeto de discusión, la de la madre y esposa del causante debe ventilarse en el procedimiento de liquidación del patrimonio **común**, acudiendo al debate jurídico que plantea la parte demandada.

14. Como no hay dudas sobre la condición de comuneros de las partes, tratando de conciliar todos los intereses hasta que se liquide la herencia y se realicen las concretas adjudicaciones, se considera adecuado el **uso** y disfrute sucesivo y cronológico de la **vivienda** pero con las siguientes matizaciones: (i) dentro de la tesis de la parte demandada, y hasta que exista un pronunciamiento definitivo sobre tal extremo, se considera como la más favorable para doña Herminia la opción de que su cuota sea del 33,33%; siendo ésta sobre la que habrá de calcularse los días anuales de **uso** y disfrute de la **vivienda**; (ii) el reparto del **uso** de la casa será por turnos alternos y sucesivos fijados por un sorteo único con efectos recurrentes, en igualdad de condiciones para los hermanos, a partir del que escoja la madre, en atención esto último a las razones que recoge la sentencia de la primera instancia; (iii) en junta de comuneros se practicará el sorteo, que se atenderá en tiempo y forma del disfrute de la **vivienda** a lo aquí resuelto; (iv) el resultado vinculará a quien convocado no asistiese, siempre y cuando existiese fehaciencia del resultado; (v. grat. ante Notario.) (v) los gastos y consumos anuales del inmueble serán asumidos por cada partícipe según el coeficiente de **uso**.

CUARTO. Estimándose el recurso de casación en los términos expuestos, no cabe, según se dijo, enjuiciar el recurso extraordinario por infracción procesal al ser subsidiario del primero, con la consecuencia de la no imposición de costas a la parte recurrente de ambos recursos, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394. 1 y 398. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO. Al estimarse el recurso de casación con las matizaciones mencionadas, procede, asumiendo la instancia, estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Susana contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Fregenal de la Sierra el 25 abril 2013, que se revoca parcialmente en los términos que se recogerán en la parte dispositiva de esta resolución, fijando doctrina de que «*la aplicación de turnos de ocupación con uso exclusivo por periodos sucesivos y recurrentes será considerada como una fórmula justa aplicables a los casos de comuneros de viviendas cuando no sea posible o aconsejable el uso solidario o compartido y la comunidad o algún comunero así lo inste*».

SEXTO. En aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC no procede hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

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

FALLAMOS

1. La estimación parcial del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Herminia, Doña Jacinta y Don Casiano, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia

Provincial de Badajoz (Sección 2ª), aclarada por Auto de 12 de septiembre de 2013, en el rollo de apelación nº 227/2013, dimanante del juicio ordinario nº 190/2012 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fregenal de la Sierra.

2. Casar la sentencia.

3. En su lugar estimar parcialmente, únicamente en cuanto a condiciones de **uso**, el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Susana contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Fregenal de la Sierra el 25 de abril de 2013 que se revoca parcialmente en los siguientes términos. Se acuerda:

(i) El reparto del **uso** de la casa sita en la CALLE000 NUM000, de Fuentes de León, por turnos alternativos y sucesivos, fijados por un sorteo único con efectos recurrentes, en igualdad de condiciones para los hermanos, a partir del que escoja la madre, según los días imputables al coeficiente de **uso** de ésta del 33,33%.

(ii) En Junta de Comuneros se practicará el sorteo, que se atenderá en tiempo y forma del disfrute de la **vivienda** a lo aquí resuelto.

(iii) El resultado vinculará a quién convocado no asistiese, siempre y cuando existiese fehaciencia del resultado.

(iv) Los gastos y consumos anuales del inmueble serán asumidos por cada partícipe según el coeficiente de **uso**.

4. Se declara como doctrina que «la aplicación de turnos de ocupación con **uso** exclusivo por periodos sucesivos y recurrentes será considerada como una fórmula justa y aplicable a los casos de comuneros de **viviendas** cuando no sea posible o aconsejable el **uso** solidario o **compartido** y la comunidad o algún comunero así lo inste».

5. En consecuencia no ha lugar a resolver el Recurso extraordinario por infracción procesal.

6. No se imponen las costas del recurso de casación ni del recurso extraordinario por infracción procesal, con devolución del depósito para recurrir.

7. No procede hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.- **Francisco Marin Castan** .- **Jose Antonio Seijas Quintana**.- **Antonio Salas Carceller**.-**Francisco Javier Arroyo Fiestas**.- **Eduardo Baena Ruiz** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz**, 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.