



Roj: **STS 4240/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:4240**

Id Cendoj: **28079110012008100673**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2008**

Nº de Recurso: **1639/2001**

Nº de Resolución: **701/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: ,

STS 4240/2008

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Julio de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación y por infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila, como consecuencia de autos de juicio declarativo de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro, cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de Doña Sofía y Doña Regina ; representadas ante esta Sala por el Procurador Don José Carlos Cabalero Ballesteros y la Procuradora Doña María Elena Martín García, respectivamente, y por la Procuradora Doña Isabel Soberón García de Enterría, en nombre y representación de Don Diego .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. 1.- La Procuradora Doña Concepción de la Paz Benzal Pérez, en nombre y representación de Don Diego , interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que en su día dicte sentencia por la que acuerde la división de las fincas descritas en el hecho primero y proceda a la división y adjudicación de la finca en un 62,50% a Don Diego y en un 12,50% para cada uno de los otros tres hermanos: Doña Regina , Doña Sofía y Doña Marcelina .

O alternativamente, se dividan las fincas: un 50% para Don Diego , y el otro 50% para los cuatro herederos de Doña Elvira , en los que está incluido el demandante.

Condenando a los demandados al pago de las costas por ser preceptivo.

2.- El Procurador Don Carlos Alonso Carrasco en nombre y representación de Doña Regina y Doña Marcelina y la Procuradora Doña María de los Ángeles Galán Jara en nombre y representación de Doña Sofía , contestaron a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación terminaron suplicando al Juzgado a : dictar sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa imposición de las costas al actor.

3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. La Ilma. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro, dictó sentencia con fecha 9 de junio de 2000 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Concepción de la Paz Benzal, en representación de Don Diego



, debo absolver y absuelvo a Doña Regina , Doña Marcelina y Doña Sofía de todos los pedimentos de la misma, con expresa imposición a la parte actora de las costas de este procedimiento.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de Don Diego , la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila, dictó sentencia en fecha 23 de enero de 2001 cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Diego contra la sentencia de fecha 9 de junio de 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro en juicio de menor cuantía 113/99; debemos revocar y revocamos la misma, dictando otra en su lugar por la que desestimando el primer pedimento de la demanda de la actora y estimando el alternativo, se acuerda la división de las fincas descritas como a) y b) en el hecho primero de la demanda en la proporción en cada una de ellas de un 50% para el actor y el otro 50% para la Comunidad Hereditaria de Doña Elvira , adjudicándose a cada parte cada una de las mitades obtenidas, partición que se llevará a efecto de forma material en ejecución de sentencia.

No se hace imposición expresa respecto a las costas de ninguna de las dos instancias.

TERCERO. 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso casación ante la Audiencia de Ávila, Sección Primera, el Procurador Don Carlos Luís Sacristán Carrero, en nombre y representación de Doña Sofía , recurso por infracción procesal apoyado en los siguientes motivos: PRIMERO.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, previsto en el número 2, apartado 1, artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. SEGUNDO .- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, previsto en el número 3, apartado 1, del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. TERCERO .- Vulneración del derecho fundamental de defensa y de tutela judicial efectiva reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, previsto en el número 4 apartado 1 , del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Y recurso de casación contra la anterior sentencia, apoyado en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del artículo 477,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, citando como infringidos los artículos 392, 400 y 1068 del Código Civil, y por inaplicación de "comunidad hereditaria" no regulada específicamente en el Código Civil, contenida, entre otras, en Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 14 de abril y 21 de julio de 1986 (RJ 1986-1849 y RJ 1986-4575), 8 de mayo de 1989 (RJ 1989/3673) y 5 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9221), TS 1ª S. 31 de enero de 1994 (RJ 1994/642); 6 de octubre de 1997 (RJ 1997/7356 -C.C.Aranzadi-). SEGUNDO.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de las normas del ordenamiento jurídico, citando como infringidos los artículos por inaplicación 661, 989, 999 y 1232 del Código Civil. TERCERO .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de las normas del ordenamiento jurídico, citando como infringido por inaplicación el artículo 406 del Código Civil .

Igualmente por el mismo Procurador en nombre y representación de Doña Regina , formuló recurso extraordinario por infracción procesal fundado en un solo motivo: PRIMERO.- Se interpone este primer motivo al amparo del apartado 2º del número 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

2.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 8 de febrero de 2005 , se acordó admitir los recursos de casación e infracción procesal interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Admitidos los recursos y evacuados los traslados conferidos la Procuradora Doña Isabel Soberon García de Enterría, en nombre y representación de Don Diego , presentó escrito de impugnación a los mismos.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 30 de junio de 2008, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La acción ejercitada en el presente caso es la de división de cosa común procedente de la romana actio communi dividundo que partía del principio de que nadie puede ser forzado a permanecer en la comunidad (nemo invitus compellitur ad communionem) y que recoge el artículo 400 del Código Civil y desarrolla una profusión de sentencias de esta Sala (sentencias de 4 de abril de 1997, 6 de junio de 1997 y 1 de junio de 2005).

El demandante (Don Diego) ejercita esta acción frente a sus tres hermanas (Doña Regina , Marcelina y Sofía) todos como herederos de la hermana fallecida (Doña Elvira) sin que se haya hecho la partición de



la herencia. El suplico de la demanda es doble, referido a unas determinadas fincas que eran copropiedad del demandante y la fallecida:

. Que se dividan las fincas entre el demandante y las demandadas como herederos, todos ellos, de la hermana fallecida.

. Que se dividan entre el demandante, un 50% y las demandadas, el otro 50% como herederos entre los que también se halla el propio demandante. El texto literal de este segundo pedimento es: "se dividan las fincas: un 50% para Don Diego , y el otro 50% para los cuatro herederos de Doña Elvira , en los que está incluido el demandante."

La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Arenas de San Pedro, de 9 de junio de 2000 rechaza el primero de los pedimentos, por no caber la acción mientras no se lleve a efecto la partición y mediante ésta, las cuotas ideales que corresponden a los coherederos se transforman en bienes concretos y la comunidad hereditaria, germánica, deviene comunidad ordinaria, romana, sobre la que puede ejercerse la acción de división. Del segundo de los pedimentos nada dice. La sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 23 de enero de 2001 confirma la anterior y entra en el pedimento segundo, que lo estima en el sentido de acordar la división de las fincas "en la proporción en cada una de ellas de un 50% para el actor y el otro 50% para la comunidad hereditaria de Doña Elvira ..."

Una de las codemandadas, Doña Regina , ha formulado recurso por infracción procesal fundado en el artículo 469.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente de 2000 y el precepto que alega como infringido es el derogado artículo 359 de la extinguida Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Otra codemandada, Doña Sofía ha formulado recurso por infracción procesal en el que también alega la infracción del derogado artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 aunque añade que "tiene su correlato en el artículo 218 de la vigente ley procesal" y, en otros motivos alega la falta de acción y de legitimación pasiva y la incongruencia extra petita; asimismo, ha formulado recurso de casación, al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por primero , infracción de los artículos 392, 300 y 1068 del Código Civil, segundo , por infracción, por inaplicación, de los artículos 661, 989, 999 y 1232 del Código Civil, tercero , por infracción del artículo 406 del Código Civil .

SEGUNDO. Analizamos en primer lugar este recurso, formulado en forma más completa y exhaustiva. Debese partir de dos precisiones de orden procesal. La primera es de la disposición final 16ª, regla 7ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 que dispone que si se ha recurrido la sentencia por infracción procesal por el artículo 469.1, motivo 2º, la sentencia de esta Sala, si estima el recurso dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que hubiese alegado como fundamento del recurso de casación: este es el presente caso. La segunda es relativa a la alegación de un precepto derogado de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , como es el artículo 359 relativo a la congruencia de la sentencia; al haberse formulado el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia estando vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, dice la disposición transitoria tercera de la de 2000 que se sustanciará esa instancia con arreglo a la ley anterior (la de 1881) y, a partir de la sentencia, se aplicará, a todos los efectos, la presente ley (la de 2000). Por consiguiente, en la sentencia recurrida se le puede imputar la infracción procesal del artículo 359 de la extinta Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por incongruencia, ya que la misma se ha sustanciado con arreglo a dicha ley; a mayor abundamiento, el recurso también lo fundamenta en "su correlato en el artículo 218 de la vigente" que exige asimismo la congruencia de la sentencia.

El primero de los motivos del recurso por infracción procesal se funda en el motivo 2º del artículo 469.1 por incongruencia y alega, como se ha apuntado, la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el correlativo 218 de la vigente. Incongruencia extra petita que se basa en una defectuosa acción de división de cosa común interpuesta no contra los copropietarios de la misma, sino contra los herederos de la copropietaria, siendo así que no media partición de la herencia y es claro que la simple declaración de herederos no otorga el derecho de propiedad -copropiedad en este caso- sino que para ello es precisa la partición y adjudicación de la herencia: sentencias de 5 de noviembre de 1992, 31 de enero de 1994, 28 de mayo de 2004, 3 de junio 2004 dictadas en aplicación del artículo 1068 del Código Civil . Y la acción de división se ha dirigido contra los herederos, no contra los copropietarios (no se ha practicado la partición de la herencia) y la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso, advierte el problema y ve la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, por lo que cambia aquella relación: no condena a las demandadas a la práctica de la división de la cosa común, sino que condena a la comunidad hereditaria que no había sido demandada. Cae, pues, en incongruencia extra petita.

Como se ha dicho, en el suplico de la demanda, el suplico alternativo que es objeto de litis, ya que el principal fue desestimado con aquietamiento de las partes, pide la división de las fincas entre el demandante y los herederos de Doña Elvira , y el fallo de la sentencia por el contrario, modifica los sujetos y condena a la comunidad hereditaria.



La sentencia del Tribunal Constitucional 182/2000, de 10 de julio , contempla la incongruencia extra petita en los siguientes términos:

"Más concretamente, desde la perspectiva constitucional este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE , se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido («ultra petitem») o algo distinto de lo pedido («extra petitem»), «suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes» (STC 20/1982, de 5 de mayo , de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (SSTC 20/1982, de 5 de mayo, 86/1986, de 25 de junio , 29/1987, de 6 de marzo, 142/1987, de 23 de julio , 156/1988, de 22 de julio 369/1993, de 13 de diciembre , 172/1994, de 7 de junio , 311/1994, de 21 de noviembre 91/1995, de 19 de junio , 189/1995, de 18 de diciembre , 191/1995, de 18 de diciembre , 60/1996, de 4 de abril , entre otras muchas).

TERCERO. Consecuencia de lo expuesto, debe estimarse el motivo primero del recurso por infracción procesal por razón de incongruencia, como se ha dicho: infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y 218 de la vigente.

Asimismo, debe estimarse el motivo tercero que alega la infracción del artículo 24 de la Constitución, basado en el número 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , porque, como se ha dicho, la incongruencia extra petita atenta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, tal como ha reiterado la doctrina del Tribunal Constitucional.

Con ello, no tiene interés el examen del motivo segundo del recurso por infracción procesal, ni procede entrar en el recurso de casación que, en el fondo, insiste en el mismo tema de la improcedencia de condenar a una comunidad que no ha sido parte, desde el punto de vista del derecho material.

Por ello y de acuerdo con la regla 7ª de la disposición final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 , esta Sala debe dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Y la sentencia que procede dictar es, necesariamente, desestimatoria de la demanda, no ya porque se rechace una actio communi dividundo, lo que es harto insólito, sino porque se ha formulado la demanda incorrectamente dirigida contra los que no son copropietarios, porque, como se ha dicho, es la partición la que atribuye la propiedad -en este caso, copropiedad- de los bienes y, antes de ello, se da una comunidad germánica sobre el conjunto de bienes y no sobre bienes concretos; las fincas cuya división se pretende forman parte de tal comunidad, no son su único objeto y no cabe una división fuera de la partición, división cuya acción se ha dirigido contra personas -hermanas del demandante- declaradas herederas, pero que todavía no son copropietarias de las fincas, ni podemos saber si lo serán por la adjudicación de bienes, tras la de partición de la herencia.

De todo lo expuesto hasta aquí, resulta evidente la estimación del recurso por infracción procesal que ha sido interpuesto por la otra codemandada, Doña Regina , que se sustenta, como motivo único, en la incongruencia, por infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y de jurisprudencia que cita, con un contenido distinto en la forma, pero igual en el contenido que el anterior recurso, por lo que se estima dando por reproducido lo dicho en éste.

En cuanto a las costas, procede la condena, en las de primera instancia al demandante, conforme a lo dispuesto en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , aplicable en aquél momento. No procede condenar a las de segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente.

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

FALLAMOS

Primero. QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCIÓN PROCESAL formulados por el Procurador Don Carlos Luís Sacristán Carrero, en nombre y representación de Doña Sofía y de Doña Regina , respecto a la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila, en fecha 23 de enero del 2001 , que anulamos.



Segundo. En su lugar, desestimamos la demanda en su día interpuesta por la representación procesal de Don Diego contra Doña Regina , Sofía y Marcelina .

Tercero. Se condena a dicho demandante en las costas causadas en priemra instancia. No se hace condena en la segunda instancia. Tampoco en las de este recurso.

Cuarto. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller. - José Almagro Nosete. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO