



Roj: **STS 3816/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:3816**

Id Cendoj: **28079110012008100572**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/06/2008**

Nº de Recurso: **1111/2001**

Nº de Resolución: **596/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **VICENTE LUIS MONTES PENADES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 5279/2000,**  
**STS 3816/2008**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil ocho.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente Recurso de Casación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Magdalena Cornejo Barranco, en nombre y representación de D. Antonio , contra la Sentencia dictada en 5 de diciembre de 2000 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia en el Recurso de Apelación nº 447/99, dimanante de los autos de Juicio de Menor Cuantía nº 45/99 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Bilbao. Han sido parte recurrida D. Raúl , D<sup>a</sup> Yolanda , D<sup>a</sup> Gema y D<sup>a</sup> María Purificación , representados por la Procuradora D<sup>a</sup> Iciar de la Peña Argacha.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao nº 9 se tramitaron los Autos del Juicio de Menor Cuantía nº 45/99 , promovido por los actores D. Raúl , D<sup>a</sup> Yolanda , D<sup>a</sup> Gema y D<sup>a</sup> María Purificación contra D. Antonio . Los demandantes postulaban sentencia en la que se declarase extinguida la comunidad de bienes existente entre actores y demandado sobre la propiedad de la vivienda sita en AVENIDA000 nº NUM000 , NUM000 NUM001 de Bilbao, declarando la disolución de la comunidad existente sobre dicha finca y, al no ser posible la división de la misma, se adjudique a uno de los copropietarios indemnizando al resto por el exceso en partes iguales, con imposición de costas. Por Otrosí se solicitaba que se ordenara la entrega de llaves a todos y cada uno de los comuneros o en su defecto al Juzgado, y se dictase la orden de abandonar de forma inmediata la vivienda que había de ser objeto de división.

SEGUNDO.- El demandado compareció y se opuso, deduciendo la excepción de falta de legitimación activa de los actores y pasiva del demandado.

TERCERO.- Por sentencia dictada en 30 de junio de 1999 se estimó la demanda y se declaró haber lugar a la disolución de la comunidad existente sobre la vivienda sita en Bilbao, AVENIDA000 , NUM000 , NUM000 NUM001 , que se efectuará en la forma establecida por el artículo 1062 del Código civil , en función de la cuota de participación ostentada, con imposición de costas al demandado.

CUARTO.- Interpuso el demandado Recurso de Apelación, del que conoció la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Rollo 447/99 . Por Sentencia dictada en 5 de diciembre de 2000, dicha Sala desestimó el recurso, confirmó la sentencia e impuso al recurrente las costas de la alzada.

QUINTO.- Contra la expresada Sentencia ha interpuesto Recurso de Casación la parte demandada, después apelante, que formula dos motivos, uno acogido al ordinal 4º y otro al ordinal 1º del artículo 1692 LEC 1881. El Recurso fue admitido por Auto de 20 de febrero de 2004 . Oportunamente la parte recurrida ha presentado escrito de impugnación.



SEXTO.- Para votación y fallo se señaló el día 5 de junio de dos mil ocho, fecha en la que efectivamente tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. VICENTE LUIS MONTÉS PENADÉS

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- 1.- El Juzgado de Primera Instancia entendió que se ejercitaba la actio communi dividundo de los artículo 400 y sigs. del Código civil sobre la Vivienda de la AVENIDA000 NUM000 , NUM000 NUM001 , bien integrado en el haber hereditario de los difuntos padres de los litigantes. El demandado oponía la inadecuación de procedimiento (tema que ya fue resuelto por Auto de 12 de marzo de 1999 ), y la falta de legitimación activa ad processum y ad causam de los actores, que no eran propietarios del bien (aunque sí comuneros herederos) cuando, además, no había en la herencia una casa en copropiedad (ordinaria). Argumentos a los que el Juzgado responde que aún "no habiéndose seguido el procedimiento de testamentaría el comunero puede ejercitar la presente acción respecto de un bien sin perjuicio de que en cualquier momento se inste por alguno de los comuneros el procedimiento de división hereditaria".

2.- El Juzgado sostiene que se ejercita la citada acción de división, conforme a los artículo 400 y 404, entre otros, del Código civil , y que resultan aplicables las reglas de la división de la herencia (artículo 406 CC ), que trae a causa el artículo 1062 CC . Pone de relieve que la herencia había sido tácitamente aceptada por todos los contendientes, y tiene por acreditada la indivisibilidad del inmueble de referencia.

3.- La Audiencia Provincial subraya, de entrada, que en el recurso de apelación sostiene el recurrente que la parte actora no está legitimada para ejercitar la acción de división, debiendo previamente pedir la división de la herencia y adjudicación, y seguir el procedimiento de testamentaría, posición que sostiene desde la comparecencia del artículo 693 LEC 1881. Pero la Sala entiende, confirmando el criterio del Juzgado (ya expuesto en el antes citado Auto de 12 de marzo de 1999 ) que es adecuado el procedimiento elegido por los actores, además de que el demandado verificó protesta para interponer recurso de nulidad, lo que después no ha hecho. La Sala corrobora asimismo el criterio del Juzgado en orden a que la herencia fue aceptada tácitamente por todos los herederos.

PRIMERO.- Antes de entrar en el examen de los motivos del Recurso, es forzoso que nos ocupemos de la cuestión de inadmisibilidad del Recurso que suscita la parte recurrida en su escrito de impugnación, manifestando que se trata de un juicio seguido por cuantía indeterminada en el que han recaído dos sentencias conformes, lo que conduciría a la aplicación de la causa de inadmisibilidad primera del artículo 1710.1.2º LEC 1881 .

Esta Sala, por el contrario, no considera aplicable el criterio que defiende la parte recurrida, en un supuesto en el que fue precisamente esa parte la que fijó la cuantía, ciertamente sin objeción por la contraparte, y en el que, aún sin haberse producido estimación, nos hallamos ante un conflicto que se suscita sobre un inmueble urbano cuyos caracteres y situación ha de determinar un valor muy por encima del señalado en el artículo 1687, 1º c) LEC 1881 , pues si es cierto que la cuantía inestimable o indeterminada no vincula al Tribunal (SSTS 29 de mayo de 2000, 16 de febrero de 1993, 21 de julio de 1994 , etc) de los datos que se observan en autos cabe deducir un valor del objeto litigioso indudablemente superior al legalmente exigido, lo que haría estéril una actividad de indagación propia. Razones por las que no procede la inadmisión, que en este trámite sería desestimación, del recurso por esta causa.

SEGUNDO.- De los motivos suscitados por la parte recurrente, procede examinar en primera lugar el Segundo, que se acoge al ordinal 1º del artículo 1692 LEC 1881 , por exceso de la jurisdicción.

El motivo ha de ser desestimado.

El recurrente mezcla la falta de legitimación activa, que opone como excepción, basado en que los contendientes son herederos y no copropietarios con el exceso de jurisdicción, a cuyo efecto se acoge al ordinal 1º del artículo 1692 LEC 1881 .

Esta formulación determina la inviabilidad del motivo. Como ha dicho reiteradas veces esta Sala (SSTS 25 de marzo de 1952, 6 de junio de 1988, 22 de marzo de 1999, 5 de octubre de 2001 , etc.) el abuso por exceso de jurisdicción supone que conozca el órgano jurisdiccional de un asunto respecto del cual se carece de jurisdicción por corresponder a autoridad o jurisdicción distinta, cosa que claramente no sucede en este caso.

TERCERO.- En el primero de los motivos, por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 , denuncia el recurrente la infracción "de los artículos 1051 y siguientes del Código civil que regulan la partición de la herencia y concretamente por ser de otra sección el artículo 1068 del mismo cuerpo legal".



El recurrente trata de centrar la cuestión al señalar " Falta de legitimación pasiva, por no poseer la facultad para ejercer la actio communi dividundo por parte de los demandantes, al no ser copropietarios de un bien sino de una herencia, comunidad de bienes " (sic). La herencia, de este modo, viene a decir el recurrente, es tratada como un conjunto de pequeñas comunidades sobre cada uno de los bienes, y no como una universalidad de bienes, derechos y obligaciones que integraba el patrimonio del causante. Pero mientras no se da la partición, el heredero no es titular de ningún bien o derecho concreto de los que componen el caudal relicto, ni adquiere la propiedad de los bienes que le corresponden hasta que la partición se da y se le adjudican bienes en pago de su cuota. En consecuencia, hasta que los herederos, mediante la partición, transformen lo que era comunidad hereditaria en otra ordinaria, carecen de acción para provocar la división por la vía que han escogido.

El motivo ha de ser desestimado.

En primer lugar, no ha sido formulado correctamente con arreglo a las exigencias que impone el artículo 1707 LEC 1881 , precepto que exige que se citen las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que se consideren infringidas. La jurisprudencia de esta Sala no ha aceptado la cita a través de fórmulas vagas, imprecisas o indirectas como " y siguientes " o "y concordantes" u otra similar (SSTS 20 de junio de 2002, 29 de septiembre de 2003, 27 de febrero, 2 de marzo y 20 de mayo de 2004 , etc.), por falta de claridad y precisión. El recurrente denuncia la infracción de los "artículos 1051 y siguientes" del Código civil , formulación que haría fracasar el motivo, pero, con todo, cita al final la infracción del artículo 1068 del Código civil , que apoya en un argumento que prima facie se revela sólido: los actores no han podido ejercitar una acción (la de división de cosa común, la actio communi dividundo de las fuentes romanas) cuando no son (aún) copropietarios, ni siquiera hay en el caudal relicto un bien en régimen de copropiedad, y no habrá ni lo uno ni lo otro sino como resultado de la partición.. A ese argumento hemos de ceñir el examen del motivo.

En efecto, esta Sala ha venido sosteniendo, en relación con determinados conflictos que no acaban de poder equipararse al que ahora nos ocupa, un tratamiento, inobjetable en el orden conceptual, según el cual por medio de la aceptación de la herencia (que la Sala de instancia señala haberse producido en el caso por la vía de la aceptación tácita y por parte de todos los coherederos), el heredero viene a adquirir la titularidad de un derecho hereditario abstracto, en el sentido de que la cuota que les pertenece recae sobre el global del caudal hereditario. Un derecho que la STS 17 de mayo de 1966 calificaba como "un derecho impreciso e inalienable sobre las cosas de que se componga el caudal". Sólo la partición atribuirá el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia, siempre que el dominio esté verdaderamente contenido en el caudal relicto (SSTS 3 de febrero y 27 de mayo de 1982, 3 de junio de 1989, 5 de marzo de 1991 , etc). Aún con mayor énfasis decía la STS 29 de diciembre de 1988, con precedente en la de 16 de febrero de 1987 , que la partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, ya que, efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria o por cuotas o romana (artículos 392 y sigs. CC ), como han señalado, entre muchas otras, las SSTS 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio de 2001 , etc.

Según este discurso lógico, la actio familiae erciscundae (acción de partición hereditaria) habría de ser un presupuesto necesario de la actio communi dividundo o acción de división de la cosa común, y la aplicación del artículo 1062 CC a los supuestos de división no sería automática, mediando entre ellas algunas notas diferenciales, pues, como señalaba la STS de 2 de mayo de 1964 , la acción de división compete a los comuneros (artículo 400 CC ), en tanto que la familiae erciscundae puede ser ejercitada por los coherederos, pero también por el cónyuge supérstite, por legatarios de parte alícuota o por acreedores de la herencia, y además las operaciones divisorias han de llevarse a efecto, en la acción de división, por los propios interesados, salvo que voluntariamente se sometan a la decisión de árbitros o amigables componedores, mientras que la partición puede ser llevada a efecto por el testador (artículo 1056 CC ), o por los contadores partidores o comisarios designados por él ( artículo 1057 CC ), o por los propios herederos (artículo 1058 CC ), a lo que hay que añadir que tienen distinto origen y que, en general, la acción de división tiene un solo objeto, en tanto que la herencia recae sobre un universum ius compuesto del conjunto de bienes, derechos y obligaciones pertenecientes al de cuius (artículo 659 CC ). De ahí, finalmente, que algunas sentencias declaren la improcedencia de la actio communi dividundo cuando no existe un condominio, sino una comunidad hereditaria, por no haberse producido la partición del caudal hereditario. Los comuneros, ha dicho la STS de 28 de mayo de 2004 , carecen del derecho de copropiedad sobre la finca cuya división pretenden, porque tienen un derecho abstracto sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en comunidad con los demás coherederos, que no se especificará sobre la cosa concreta hasta que se les haya adjudicado - si a ellos se les adjudica en todo o en parte - por la partición de la herencia y de este modo se concluye que no cabe la división de la cosa, divisible o indivisible, que no es común a varios copropietarios, sino que forma parte de una comunidad hereditaria.



Esta apreciación global no evita la constatación de que la comunidad hereditaria, como un tipo especial de comunidad, quede comprendida en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el Título III del Libro II del Código civil, pero la doctrina señala que "tiene características propias y un principio de régimen orgánico que la erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral (SSTS 30 de abril de 1935, 17 de mayo de 1963)". La comunidad hereditaria, decía la STS de 24 de julio de 1998, en cuanto recayente sobre la totalidad del patrimonio del causante, no en cuanto referida a bienes concretos aisladamente considerados, participa de la naturaleza de la comunidad de tipo romano, por lo que le es aplicable el artículo 397 CC, con arreglo al cual los actos dispositivos de dichos bienes, integrantes de la referida comunidad hereditaria, requieren el consentimiento unánime de todos los coherederos.

La diferencia entre la comunidad que resulta de una sucesión hereditaria por causa de muerte y la comunidad o condominio en general, que se regula en el Título III del Libro II del Código civil, se encuentra, como ha señalado la doctrina, en que "mientras en aquella cada heredero, hasta que se realice la partición, sólo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual que corresponde a todos, en éste disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como se deduce de los artículos 399 y 394 CC (SSTS 25 de noviembre de 1961, 21 de marzo de 1968, etc.).

Pues esta caracterización de la comunidad hereditaria y de la posición de los coherederos dentro de ella se ha utilizado, fundamentalmente, para negar validez o efecto a los actos de disposición realizados por coherederos, en estado de comunidad hereditaria, es decir, antes de la partición, sobre bienes del caudal relicto. Ya por considerar que el heredero sólo puede enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, sin consentimiento de todos los demás (SSTS 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909, 18 de noviembre de 1918, 11 de febrero de 1952, 11 de abril de 1953, 5 de octubre de 1963, 30 de diciembre de 1996, etc.) bien entender que la venta así realizada es nula por falta de poder de disposición (SSTS 14 de octubre de 1991, 23 de septiembre de 1993, 31 de enero de 1994, 25 de septiembre de 1995, 6 de octubre de 1997, etc.), toda vez que hasta que se efectúa la partición no adquieren los herederos la propiedad exclusiva, según reiterada jurisprudencia (SSTS 14 de mayo de 1960, 6 de abril de 1961, 20 de enero, 7 de junio y 14 de septiembre de 1958, 11 de abril de 1957, 7 de marzo de 1985, 14 de abril y 21 de julio de 1986, 8 de mayo de 1989, 5 de noviembre de 1992, 31 de enero de 1994, etc.). Señalando otras veces que la inoponibilidad de la venta realizada por uno de los coherederos frente al coheredero al que se asignan determinados bienes no implica la invalidez de la compraventa entre vendedor y comprador (STS 27 de mayo de 1982).

Esta concepción de las posiciones de los herederos parece apoyarse en un desarrollo en dos etapas sucesivas: por efecto de la aceptación los llamados devienen herederos y, si la aceptación es pura y simple (artículo 1003 CC) devienen responsables con sus propios bienes de las deudas de la herencia, pero adquieren un derecho abstracto sobre el *universum ius* que conforma el caudal relicto, derecho que la partición convertirá en concreto, ya exclusivo ya en pro indivisión sobre bienes determinados. La comunidad general, en cuyo seno se contiene, en potencia, la comunidad ordinaria, dará paso, si ha lugar, a una comunidad ordinaria. Desde esta perspectiva conceptual, sólo entonces será posible la acción de división. Este sistema trasciende la vieja idea romana, traducida en el principio *nomina et debita ipso iure dividuntur*, según la cual el hecho sucesorio determinaba la inmediata proyección en cuotas sobre cada uno de los bienes del caudal de la posición de los coherederos, que por medio de la división, y a través de una cadena de permutas, cambiaban su cuota de unos bienes por la de otros. Fue la *permutatio*, que todavía recogían los inmediatos precedentes del Code Napoléon, y cuyo rastro se percibe en preceptos como los de los artículos 1069 y 1070 CC.

Pero no siempre es posible aplicar con rigor lógico este esquema conceptual cuando, en la realidad del conflicto suscitado, los intereses en juego reclaman, para la realización de la justicia, un tratamiento más incisivo en la definición de las posiciones de las partes aún cuando menos ajustado al esquema conceptual antes indicado. Hay de ello muestras en la jurisprudencia. No sólo en cuanto que es principio hoy indiscutido que, no obstante el estado de comunidad peculiar que significa la comunidad hereditaria permite a los coherederos la venta de los bienes con validez y eficacia antes de la partición si están todos de acuerdo (SSTS 7 de junio de 1958, en una línea que se remonta al menos a la STS de 4 de abril de 1905, antes expuesta), sino en supuestos en los que, como el que dio lugar a la Sentencia de 27 de diciembre de 1957, que cita como precedente la de 12 de febrero de 1904, se trataba de la existencia de un único bien en la masa hereditaria, por lo que entiende la sentencia que han de ser considerados condueños del mismo todos y cada uno de los herederos, aún antes de la partición. Y, como la comunidad hereditaria es un supuesto de comunidad de bienes, según antes se ha dicho, se considera la vigencia del artículo 394 del Código civil, y se concluye que la utilización de la finca por uno solo de los partícipes, es ilegítima e impide la aplicación del artículo 398 CC (STS de en tanto que la STS de 30 de abril de 1999, invocando la anterior, admite el desalojo de uno de los comuneros por acuerdo de la mayoría, con base en el artículo 398.1 CC, si bien después de la partición).



Las Sentencias de instancia presentan un conflicto en el que todos los coherederos nombrados han aceptado por la tácita, repartiendo ciertas sumas de dinero y negociando sobre el más importante de los bienes del caudal, que es la vivienda (quedan bienes muebles cuya condición de privatividad se discute). Se trata de un bien ocupado por uno solo de los coherederos. Cuando se intenta poner fin, mediante el recurso al mecanismo previsto en el artículo 1062 CC, traído a causa por el artículo 406 CC, el coheredero ocupante opone falta de legitimación e inadecuación de procedimiento. En la comparecencia del juicio de menor cuantía deduce las excepciones de falta de legitimación ad processum y ad causam. El Juzgado contesta, mediante Auto de 12 de marzo de 1999, que un comunero puede ejercer la acción respecto de un bien sin perjuicio de que en cualquier momento se inste por alguno de los comuneros el procedimiento de división hereditaria. Formulada protesta, no se interpuso después recurso de nulidad.

Vistos los hechos desde la perspectiva en que los presenta la Sala de instancia, la posición del coheredero demandado, ocupante de la vivienda que constituye el bien principal de una herencia que de facto, salvo bienes de menor importancia, ya ha sido partida, parece dirigida a prolongar la situación, que le beneficia claramente, y perjudica a sus coherederos, por razones meramente formales, a través de la tensión entre un derecho aparente, formal, contra intereses cuya traducción a derechos no debería ser impedida por consideraciones conceptualistas, debiendo pasar, sin necesidad de seguir un proceso de división en el juicio de testamentaría, para llegar a un resultado que ha de ser muy próximo al que se presenta ya en autos, en vista de la composición del caudal, lo que se habría de evitar aun cuando fuera por mero principio de economía procesal.

Finalmente, la infracción del artículo 1068 CC, única entre las que se denuncian que pueda ser examinada, según se ha visto, se habría de producir proyectando el precepto a contrario sensu: la norma dispone que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, pero no hay que entender que en caso de no haberse producido la partición los herederos no tienen la propiedad, o al menos no en todos los casos, pues, como antes se ha dicho, tal no sucede en los casos de heredero único o en los supuestos de un único bien en el caudal (supuesto al que se aproxima el de autos), además de que cabe una actuación de todos los coherederos respecto del bien (luego, en cierto modo, se les reconoce el poder de disposición propio de un derecho concreto).

Razones por las cuales el motivo ha de decaer.

CUARTO.- La desestimación de los motivos conduce, en los términos prevenidos en el artículo 1715.3 LEC 1881, a la del propio recurso, con imposición al recurrente de las costas del recurso y pérdida del depósito constituido.

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

## FALLAMOS

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Magdalena Cornejo Barranco en nombre y representación de D. Antonio, contra la Sentencia dictada en 5 de diciembre de 2000 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia en el recurso de apelación nº 447/1999, imponiendo a dicha parte las costas causadas por su recurso de casación y la pérdida del depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Jesús Corbal Fernández.- Vicente Luis Montés Penadés.-Clemente Auger Liñán.- Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montés Penadés, 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.