



Roj: **STS 3716/2004 - ECLI:ES:TS:2004:3716**

Id Cendoj: **28079110012004100401**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/05/2004**

Nº de Recurso: **2171/1998**

Nº de Resolución: **461/2004**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Mayo de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto por la Procuradora Dª Concepción Arroyo Morollón, en nombre y representación de Dª Sandra , Dª María Luisa y Dª Almudena , defendidas por el Letrado D. Cesar Díaz Ramón; siendo parte recurrida el Procurador D. Federico José Olivares Santiago, en nombre y representación de Dª Dolores y D. Jose Ramón .

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Fernando Isidro Hurriaga Naharro, en nombre y representación de Dª Sandra , Dª Lorenza , Dª Almudena y Dª María Luisa , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra Dª Raquel , D. Manuel , D. Jose Ramón y Dª Dolores y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia declarando: Primero.- La división de la cosa común, constituida por un solar sobre el que se ha edificado una nave y cuyo solar está descrito en el hecho segundo de la demanda e inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de Dª Amparo , actualmente en CALLE000 número NUM000 y cuya división se hará entre todos los herederos y comuneros indivisos y en caso de no ser susceptible de división o inservible para el uso a que se destina se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás y en el supuesto de no aceptarse esta solución se vendan y se reparta el precio entre los herederos. Segundo.- Se declare que los demandados Dª Dolores y D. Jose Ramón han de abonar la cantidad en pesetas que se fije en ejecución de sentencia por la posesión y disfrute desde el año 1962 del solar y de la nave, descrito el primero en el hecho segundo de la demanda, a los demandantes. Con imposición de costas a los demandados en todos los supuestos.

2.- El Procurador D. Federico José Olivares de Santiago, en nombre y representación de D. Jose Ramón y Dª Dolores , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que desestimando en todas sus partes las peticiones de súplica de las actoras, absuelva de las mismas a mis representados, imponiendo expresamente a las demandantes las costas del litigio.

3.- Por Providencia de 22 de enero de 1992, se declaró en rebeldía a Dª Raquel y D. Manuel , por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

4.- 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. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, dictó sentencia con fecha 6 de mayo de 1.996, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Hurriaga Naharro en nombre de Dª Lina y otros



frente a D<sup>a</sup> Raquel y otros, se da lugar a la división de cosa común sobre el inmueble reflejado en el hecho primero de esta resolución a realizar entre todos los herederos directos e indirectos de la titular D<sup>a</sup> Amparo , siempre que sea susceptible de división y no inservible para el uso al que se destina y en otro caso adjudique a uno de los herederos indemnizando a los demás y en otro caso se venderá y repartirá su precio y los demandados D. Jose Ramón y D<sup>a</sup> Dolores deberán abonar a los demás herederos la cantidad que se fije en ejecución de sentencia por la posesión y disfrute del inmueble de referencia desde 1962 con imposición de costas a los citados demandados.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandada comparecida, la Sección 11<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia con fecha 7 de marzo de 1.998, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Jose Ramón y D<sup>a</sup> Dolores , contra la sentencia pronunciada el seis de mayo de mil novecientos noventa y seis por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número diez de Madrid, debemos revocar y revocamos dicha resolución y desestimando como desestimamos la demanda debemos absolver y absolvemos a los demandados de las pretensiones contra ellos deducidas sin hacer especiales declaraciones de condena respecto de las costas causadas en ninguna de ambas instancias.

TERCERO.- 1.- La Procuradora D<sup>a</sup> Concepción Arroyo Morollón, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Sandra , D<sup>a</sup> María Luisa y D<sup>a</sup> Almudena , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del n<sup>o</sup> 3<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por estimar que el fallo infringe el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. SEGUNDO.- Al amparo del n<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el ya mencionado artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como infracción de las normas del ordenamiento jurídico procesal. TERCERO.- Al amparo del n<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> del artículo 1692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil al estimar que el fallo infringe el artículo 1039 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. CUARTO.- Al amparo del n<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y para el supuesto de que no se aceptara el motivo de casación número tercero por infracción del artículo 400 del Código civil. QUINTO.- Al amparo del n<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y para el supuesto de que no se admitieran los motivos de casación anteriores al estimar que se infringe el artículo 404 y 1062 del Código civil.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Federico José Olivares de Santiago, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Dolores y D. Jose Ramón , presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de mayo del 2004, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que en el presente proceso -ahora en trámite de casación- se ha planteado es una quaestio iuris concreta: si se puede ejercitar la actio communi dividundo respecto a un bien concreto que forma parte de un patrimonio hereditario, cuyo contenido no consta, sin haberse practicado, tras la aceptación de la herencia por los herederos, la partición de aquél y subsiguiente adjudicación de dicho bien que puede darse a todos, a varios o incluso a uno solo de los coherederos.

Formulada demanda de división de cosa común, al amparo del artículo 400 del Código civil, sobre una finca del patrimonio hereditario de la fallecida D<sup>a</sup> Amparo , por unos presuntos coherederos contra otros, aunque no consta su carácter de herederos tras la aceptación de la herencia, la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 11<sup>o</sup>, de Madrid, de 7 de marzo de 1998, revocando la dictada en primera instancia, desestimó la demanda por, esencialmente y tal como se expresa: "Estamos en presencia de un bien singular perteneciente a un patrimonio hereditario indiviso sobre el cual no consta que los actores tengan una cuota concreta de propiedad indivisa que les haya sido adjudicada en la partición de la herencia, cuya partición no han acreditado que se haya llevado a cabo y que, como hemos dicho, es presupuesto material imprescindible para la viabilidad de la acción de división que han ejercitado, porque pudiera darse el caso que realizada la partición no se les adjudicara el bien inmueble cuya división se pretende".

Contra ésta se ha formulado por la parte actora el presente recurso de casación, en cinco motivos: los dos primeros, alegan incongruencia en la sentencia de instancia; el tercero, plantea una cuestión nueva; el cuarto y el quinto se refieren al fondo de derecho material del asunto.

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos, como se ha dicho, denuncian incongruencia en la sentencia de la Audiencia Provincial, por lo que infringe el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se ampararan los



motivos, el primero en el nº 3º y el segundo, subsidiariamente en el nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Evidentemente, el defecto procesal, con alcance constitucional, de incongruencia, se debe denunciar al amparo del nº 3º como vicio iudicando. Ambos motivos exponen la misma argumentación y deben desestimarse.

En primer lugar, porque siendo la congruencia la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, no puede darse, en principio, incongruencia en el caso -como el presente- de sentencia desestimatoria de la demanda. Así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, en sentencias, entre otras, de 2 de marzo de 2000, 1 de octubre de 2001, 19 de junio de 2003; esta última dice literalmente: "las sentencias absolutorias de todas las cuestiones propuestas no pueden ser objetadas de incongruente ( sentencia de 18 de Marzo de 1982); especificándose que la sentencia absolutoria afecta y resuelve todas las cuestiones y tesis combatidas en el pleito y sometidas a conocimiento del Tribunal, debiendo entenderse que absuelve de todos los extremos respecto de los cuales no se hace condena expresa, ya haya precedido al fallo el examen de todas las pretensión formuladas, si son independientes entre sí, ya haya precedido solamente el examen de la cuestión principal, si las demás están ligadas a ella por vínculo de dependencia, de tal suerte que la improcedencia de aquélla determina necesariamente la de las demás a la misma subordinadas."

En segundo lugar, porque la alegación de incongruencia la funda el recurrente en que la sentencia nada dice del quantum indemnizatorio. Lo cual es una evidente consecuencia de la desestimación de la pretensión principal: si se deniega la división de la finca que forma parte del patrimonio hereditario, no cabe condena a abonar la cantidad por la posesión y disfrute de la misma, por los demandados a los demandantes, de los que no se conoce -respecto a unos u otros- si van a ser adjudicatarios de aquella finca, tras la partición de la herencia.

TERCERO.- El motivo tercero del recurso de casación, formulado al amparo del nº 4º del artículo 1692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1039 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, plantea una cuestión nueva en el proceso, nunca alegada por la parte demandante, que es la prohibición por la testadora de promover el juicio voluntario de testamentaría.

El motivo debe ser desestimado, en primer lugar, por ser una cuestión nueva, que no formó parte de la acción ejercitada, ni fue causa petendi, ni fue alegada en la demanda, ni, en consecuencia, tuvo oportunidad la parte demandada de oponerse a ella. La jurisprudencia ha sido reiterada en este sentido: sentencias de 8 de marzo de 2001, 31 de mayo de 2001, 21 de abril de 2003 la cual, esta última resume la doctrina en estos términos literales: "Las cuestiones nuevas no examinables en casación por no tener acceso a la misma, por no haber sido propuesta en el período de alegaciones, afectan asimismo al derecho de defensa y van contra los principios de audiencia bilateral y congruencia - sentencias por todas, de 5 de junio y 20 de noviembre de 1990, 3 de abril, 28 de octubre y 23 de diciembre de 1992, 8 de marzo, 3 de abril y 26 de julio de 1993, 2 de diciembre de 1994, 28 de noviembre de 1995, 7 de junio de 1996, 1 y 31 de diciembre de 1999, 23 de mayo, 14 de junio, 31 de julio y 4 de diciembre de 2000, 12 de febrero, 8 y 30 de marzo y 31 de mayo de 2001, entre otras muchas".

En segundo lugar, no consta la necesidad del juicio de testamentaría, habiendo otros medios extrajudiciales de practicar la partición de la herencia. A esta Sala no le corresponde decir lo que deberían hacer los demandantes, pero sí ha de decir lo que no deben hacer, que es el ejercicio de la acción de división sobre una cosa concreta perteneciente al patrimonio hereditario, sin haberse practicado la partición de la herencia.

CUARTO.- Los dos últimos motivos del recurso de casación se refieren directamente al fondo del asunto, es decir, la procedencia de la actio communi dividundo, pese a la falta de partición del caudal hereditario. Respecto a esta cuestión, procede declarar la postura que esta Sala estima correcta.

El concepto de partición de la herencia, sinónimo a división de la misma, es el acto -negocial o judicial- que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia. Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno ( artículo 1068 del Código civil). Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, éstos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos.

La sentencia de 25 de mayo de 1992 dice explícitamente que "en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria" y la de 6 de octubre de 1997, en el mismo sentido, dice: "todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición".



La partición, pues, sustituye la cuota que cada coheredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva en los bienes o derechos que se la adjudican; la partición específica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero: es la teoría sustitutiva o especificativa de la partición, mantenida por la doctrina moderna y la jurisprudencia, en sentencias de 21 de julio de 1986, 13 de octubre de 1998, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991, 28 de junio de 2001.

QUINTO.- Consecuencia de lo expuesto es la desestimación de los anteriores motivos, fundados en el nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No se ha infringido el artículo 400 del Código civil (motivo cuarto) puesto que la actio communi dividundo que establece, procedente directamente del Derecho romano, no puede ejercitarse por quienes carecen -como los demandantes, recurrentes en casación- de un derecho de propiedad -copropiedad- sobre la finca cuya división pretenden; como se ha dicho, carecen de tal derecho, porque tienen un derecho abstracto sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en comunidad con los demás coherederos, que no se especificará sobre la finca concreta hasta que se les haya adjudicado -si a ellos se les adjudica en todo o en parte- por la partición de la herencia.

La sentencia de 23 de febrero de 1995 mencionada en el motivo cuarto, no plantea esta cuestión, sino la relación de una acción de división de cosa común con la colación de unas cuotas donadas y la inoficiosidad de la donación.

Al desestimarse el motivo anterior, tampoco puede darse infracción de los artículos 404 y 1062 del Código civil (motivo quinto) sobre la división no material sino económica, de la cosa indivisible, pues no cabe división de cosa, divisible o indivisible, que no es común a varios copropietarios, sino que forma parte de una comunidad hereditaria.

En definitiva, al desestimarse éstos y los anteriores motivos, procede no dar lugar al recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente.

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

## FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Concepción Arroyo Morollón, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Sandra , D<sup>a</sup> María Luisa y D<sup>a</sup> Almudena respecto a la sentencia dictada por la Sección 11<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 7 de marzo de 1.998, que se confirma en todos sus pronunciamientos, condenándose a dicha parte recurrente al pago de las costas.

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 OCALLAGHAN MUÑOZ.-FRANCISCO MARIN CASTAN.-RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES.- RUBRICADOS.- 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.