

Roj: **STS 939/2003 - ECLI:ES:TS:2003:939**Id Cendoj: **28079110012003102038**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/02/2003**Nº de Recurso: **1838/1997**Nº de Resolución: **107/2003**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JESUS EUGENIO CORBAL FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Febrero de dos mil tres.

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 Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Cuarta, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Inca; cuyo recurso fue interpuesto por D. Narciso , representado por el Procurador D. Francisco de Guinea y Gauna; siendo parte recurrida D. Jose Pablo , representado por el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque. Autos en los que también han sido parte D^a. Susana y DESCONOCIDOS HEREDEROS Y CAUSAHABIENTES DE D. Cristobal , que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Antonio Serra Llull, en nombre y representación de D. Narciso y D^a. Susana , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Inca, siendo parte demandada D. Jose Pablo y los herederos y causahabientes desconocidos de D. Cristobal , alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que "estimando la demanda y declarando: 1º.- Que aceptada la herencia de Doña Nuria por sus herederos D. Narciso , Doña Paloma , Doña Jose Pablo y D. Cristobal y distribuida en su día de común acuerdo por los mismos, procede la formalización de la correspondiente escritura pública e inscripción de los bienes concretos que corresponden por adjudicación a cada heredero, según el hecho cuarto de la demanda, siendo los gastos que se originen a cargo de todos los herederos. 2º.- Que habiéndose adjudicado conjuntamente D. Narciso , D. Cristobal Doña Paloma la finca urbana de la calle DIRECCION000 nº NUM000 (hoy nº NUM001) en partes iguales y pro-indiviso, e interesando a D. Narciso no permanecer en la indivisión, procede su venta en pública subasta, con intervención de licitadores extraños y posterior reparto del producto. 3º.- Que los herederos de d. Cristobal deben satisfacer al actor D. Narciso una tercera parte de los tributos que afectando a la urbana de la DIRECCION000 nº NUM000 hayan sido satisfechos por el actor y que se determinaran en ejecución de sentencia. 4º.- Condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, al pago de las sumas reclamadas y a hacer cuanto fuera necesario para la efectividad de las mismas, otorgando cuantos documentos fueren oportunos, con imposición de costas a dichos demandados."

2.- La Procurador D^a. María del Carmen Serra Llull, en nombre y representación de D. Jose Pablo , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "en la que se acuerde: a.- acceder a lo que se interesa en el apartado 1º del suplico de la misma. b.- declarar que la finca urbana de la DIRECCION000 nº NUM000 de Muro es esencialmente divisible, acordando su división material y adjudicación a los comuneros en la forma que se acreditará en periodo probatorio. c.- practicar una liquidación, en fase de ejecución de sentencia, en la que deberán tenerse en cuenta las cantidades satisfechas por don Narciso , cuyos justificantes se acompañan



con la demanda, y las satisfechas por mi representado, o su causahabiente, cuyos justificantes se acompañan con este escrito de contestación a la misma. d.- obligar a los actores y demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones; a reembolsarse de las cantidades que resulten de la liquidación a la que se refiere el apartado c precedente. e.- imponer las costas del procedimiento a los actores."

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Cuatro de Inca, dictó sentencia con fecha 10 de noviembre de 1994, cuya parte dispositiva es como sigue: "DECIDESC: Que desestimant la demanda formulada per la representació processal Don. Narciso i Doña. Susana contra Don. Jose Pablo i els drethavents desconeguts Don. Cristobal , per manca de litisconsorci passiu necessari, he d'absoldre i absolc en la instancia els demandats, sense entrar en el fons de l'assumpte, i condemna en costes la part demandant."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D. Narciso y D^a. Susana , la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Cuarta, dictó sentencia con fecha 12 de marzo de 1997, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D^a. Berta Jaume Monserrat en nombre y representación de D. Narciso y D^a. Susana , contra la sentencia de fecha 10 de noviembre de 1994, que confirmamos íntegramente. Con imposición de las costas a la parte apelante."

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Francisco de Guinea y Gauna, en nombre y representación de D. Narciso , interpuso recurso de casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Cuarta. de fecha 12 de marzo de 1.997, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del nº 4º del art. 1692 de la LEC de 1.881, se alega infracción por inaplicación del art. 1.084 del Código Civil. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción por aplicación indebida del art. 1.059 del Código Civil. TERCERO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción por inaplicación del art. 1.058 del Código Civil. CUARTO.- Al amparo del nº 3º del art. 1692 de la LEC de 1.881, se alega infracción del art. 359 del mismo Cuerpo Legal. QUINTO.- Al amparo del nº 4º del art. 1.692 de la LEC de 1.881, se alega infracción del art. 523 del mismo Texto Legal. SEXTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 1.214 del Código Civil. SEPTIMO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de fecha 22 de julio de 1.991 y 14 de mayo de 1.992. OCTAVO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 1.257 del Código Civil. NOVENO.- Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se alega infracción del art. 24 de la Constitución Española.

2.- Admitido el recurso, y no habiendo sido solicitada la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de enero de 2.003, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para facilitar la exposición de la respuesta casacional resulta oportuno fijar los siguientes antecedentes fácticos: 1º.- Dña. Nuria falleció sin testamento el 19 de mayo de 1.973, habiendo sido declarados herederos abintestato, por auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Inca de 9 de junio de 1.993, sus hermanos Dn. Narciso , Dña. Paloma , Dña. Susana y Dn. Cristobal ; 2º.- Dña. Paloma falleció el 5 de octubre de 1.978 bajo testamento de 22 de febrero de 1.974 en el que prelega a su hermana Dña. Susana , en nuda propiedad, la mitad indivisa de la totalidad de los bienes, e instituye heredero en el remanente a su hermano Dn. Narciso ; 3º.- Dn. Cristobal falleció el 6 de enero de 1.991, dejando testamento en el que parece ser instituye heredero a su hijo Dn. Jose Pablo que concurre a la herencia con su madre Dña. Marí Trini en concepto de legitimaria por su condición de esposa del testador; 4º.- Por Dn. Narciso y Dña. Susana se dedujo demanda contra Dn. Jose Pablo y contra los demás herederos o causahabientes desconocidos de Dn. Cristobal ejercitando acciones de elevación a escritura pública de la partición de los bienes de Dña. Nuria ; de división de cosa común respecto de la finca registral nº NUM002 que se afirma adjudicada conjuntamente a Dn. Narciso , Dn. Cristobal y Dña. Paloma ; y de reclamación a los herederos del partícipe Dn. Cristobal la parte correspondiente de los gastos de carácter tributario correspondientes a la registral nº NUM002 satisfechos por el actor; y, 5º.- La demanda fue desestimada por Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Inca de 10 de noviembre de 1.994 (menor cuantía 579 de 1.993), confirmada en apelación por la de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 12 de marzo de 1.997 (Rollo 68/95) que apreciaron la concurrencia del defecto procesal, apreciable de oficio, de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido llamada al pleito Dña. Marí Trini cuya existencia y domicilio era perfectamente conocido por los actores.

Contra esta última Sentencia se interpuso por Dn. Narciso recurso de casación articulado en nueve motivos con el siguiente contenido resumido: Infracción por no aplicación del art. 1.084 CC (motivo primero); aplicación



indebida del art. 1.059 CC (motivo segundo), no aplicación del art. 1.058 CC (motivo tercero); conculcación del art. 359 LEC por no contener pronunciamiento, ni aludir para nada a la reconvencción formulada por Dn. Jose Pablo (motivo cuarto); vulneración del párrafo tercero del art. 523 LEC por no imponer las costas al demandado mencionado como consecuencia de su allanamiento a la demanda (motivo quinto); infracción de los arts. 1.214 CC y 565 LEC por hacer recaer sobre los actores la carga de la prueba de acreditar quienes sean los herederos del partícipe fallecido Dn. Cristobal (motivo sexto), contradicción de la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario representada por las Sentencias de 22 de julio de 1.991 y 14 de mayo de 1.992 con arreglo a la que no procede acordar la mera absolución en la instancia sino la reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno -comparecencia- a efectos de la correspondiente subsanación, todo ello de conformidad con los arts. 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y una interpretación ajustada al art. 24 de la Constitución (motivo séptimo); infracción del art. 1.257 CC (motivo octavo); y, por último, al amparo del art. 5.4 LOPJ, conculcación del art. 24 CE por no haberse aplicado el mismo criterio para la reconvencción que el que se atribuye a la demanda, con la incidencia que ello pueda tener en sede de costas (motivo noveno).

SEGUNDO.- El punto básico sobre el que debiera haberse centrado el recurso es el relativo a si cabía apreciar, como hicieron las resoluciones de instancia, la falta de litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo el tema no aparece atacado directamente en ninguno de los motivos, salvo en cierto modo en el octavo, pues en los mismos solamente se hace referencia a cuestiones colaterales, o que, al estar subordinadas a la inexistencia de aquel defecto, sus respectivas alegaciones resultan estériles sin obtener previamente la desestimación de éste.

En el motivo octavo que se acaba de aludir se aduce infracción del art. 1.257 del Código Civil, en el que se establece que los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. El razonamiento vertido en el cuerpo del motivo no es claro, pero parecen deducirse del mismo dos apreciaciones: que la viuda de Dn. Cristobal tiene interés en la herencia de su difunto marido, pero no es parte en la sucesión de Dña. Nuria , cuya partición fue realizada verbalmente por sus cuatro hermanos herederos abintestato, y que lo que se pide es elevar a público el acuerdo particional, el cual, por constituir una verdadera obligación solidaria de todos los herederos de Dn. Cristobal , faculta a los actores a que puedan dirigirse contra cualquiera de ellos.

El motivo no puede ser acogido.

La parte actora no pide que se declare la existencia de una partición de los bienes de Dña. Nuria , sino que se eleve a escritura pública la convenida verbalmente por los cuatro hermanos herederos abintestato de la misma, pero ocurre que tal pretensión de formalización en instrumento público exige la constancia de la realidad del contrato divisorio, y concretamente -en la perspectiva de este proceso- que Dn. Cristobal prestó el consentimiento contractual. Y es en este punto donde reside el interés directo de Dña. Marí Trini en concepto de legitimaria de su marido (arts. 41.3º; 45, párrafos primero y tercero; 46, párrafo primero; 47 y 48 de la Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears), porque al no haber constancia de aquel consentimiento -se dice que fue verbal- es precisa la audiencia de la misma, que obviamente no puede quedar excluida por el hecho de que su hijo Dn. Jose Pablo haya reconocido la realidad de la partición, por cuanto tal apreciación no vincula a aquella, ni en modo alguno cabe entender efectuada su llamada al proceso mediante el emplazamiento de "los demás herederos o causahabientes desconocidos de Dn. Cristobal ", pues tal fórmula no es correcta cuando la designación o identificación de los eventuales titulares de derechos que pueden resultar perjudicados por la estimación de demanda se puede hacer con mayor precisión, como ocurre en el caso, en el que los actores conocían la existencia y domicilio de su cuñada Dña. Marí Trini . Y si en el tema referido tiene la misma un evidente interés, pudiendo resultar afectada en su esfera económica, no menos sucede con la acción de división de la finca registral nº NUM002 , toda vez que, en el caso de que fuere cierta la partición, como usufructuaria de la mitad de una tercera parte de dicha finca (art. 45, párrafo tercero), -por no constar una asignación diferente-, al ser titular de una subcomunidad debe ser oída sobre la solución divisoria procedente.

Por todo ello no se ha infringido el art. 1.257 CC y el motivo decae.

TERCERO.- La misma suerte desestimatoria deben seguir los restantes motivos.

El motivo segundo se desestima porque en la ratio decidendi de la sentencia recurrida no incide para nada el art. 1.059 CC. La referencia al mismo en el motivo cuarto es un "lapsus calami" (claramente se trata de aludir al art. 1.058) como lo revela que se pretende recoger el planteamiento de la parte demandante ("lo sostenido es ...").

El motivo tercero se rechaza porque la Sentencia de instancia no niega la posibilidad de que los herederos puedan distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente (art. 1.058 CC), sino que aprecia una falta de litisconsorcio necesario por no haberse llamado adecuadamente al pleito a un legitimario. Se



resolvió anteriormente, que, fallecido un heredero (Dn. Cristobal), para que se pueda decretar judicialmente la elevación a escritura pública de una "supuesta" partición de los bienes de su causante, interesada por sus coherederos, es preciso llamar al proceso al heredero testamentario y a la legitimaria (usufructuaria de cuota) de dicho heredero fallecido.

El motivo cuarto carece de fundamento. Con independencia de otras razones (carencia de legitimación del actor para impugnar el defecto que afirma por falta de interés, y doctrina conocida de la desestimación implícita), no cabe aducir incongruencia (art. 359 LEC) por omisión de pronunciamiento relativo a la reconvencción, simplemente, porque, procesalmente hablando, no ha habido reconvencción. Si bien es cierto que en el suplico del escrito de contestación se solicitaron diversos pronunciamientos, en la Providencia del Juzgado de 1 de marzo de 1.994 no se tuvo por planteada reconvencción -ni explícita, ni implícita-, limitándose el proveído a "tener por contestada y negada la demanda formulada" y convocar la comparecencia, sin que tal interlocutoria haya sido impugnada por ninguna de las partes.

Y precisamente, por lo razonado, que es aplicable mutatis mutandis decae también el motivo noveno, de cuyo contenido constituye presupuesto discursivo la falta de respuesta a la hipotética reconvencción y sus efectos procesales en sede de costas.

El quinto motivo se rehusa porque no se apreció allanamiento del demandado comparecido a la demanda, y como consecuencia no se pudo infringir el párrafo tercero del art. 523 LEC en relación con las costas. No cabe discutir si procedía apreciar o no allanamiento del demandado Dn. Jose Pablo porque el tema no se planteó en primera instancia, y tampoco en apelación, por lo que integra una cuestión nueva en casación.

El sexto motivo decae si se tiene en cuenta que la demanda no se desestima por no haberse acreditado quién son los herederos de Dn. Cristobal , sino por no haberse llamado al pleito en forma adecuada a su legitimaria Dña. Marí Trini , cuya existencia se ocultó en la demanda.

El séptimo motivo no se acoge porque en el supuesto de autos concurre un defecto formal en el llamamiento al proceso de los demandados, supuesto distinto de la omisión de un llamamiento, aparte de existir otras disonancias (puestas de relieve en la Sentencia de primera instancia), que hacen inaplicable la doctrina jurisprudencial invocada en el motivo.

Y finalmente decae el motivo primero (que se dejó para el final por razones de orden lógico al hacer referencia exclusiva a la tercera de las acciones ejercitadas en la demanda) porque, con independencia de que el art. 1.084 CC no se alegó en la demanda y de su eventual inaplicabilidad al caso, de cualquier manera, en tanto no conste quienes son los titulares de la finca registral número NUM002 , no es posible concretar la legitimación pasiva en relación con los gastos por cuyo importe se acciona en la demanda.

CUARTO.- La desestimación de todos los motivos conlleva la declaración de no haber lugar al recurso de casación con condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas y la pérdida del depósito de conformidad con lo establecido en el art. 1.715.3 LEC.

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

FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dn. Narciso contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el 12 de marzo de 1.997 (Rollo 68 de 1.995) en la que se confirma en apelación la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Inca el 10 de noviembre de 1.994 (autos de juicio de menor cuantía nº 579 de 1.993), y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso y a la pérdida del depósito al que se dará el destino legal procedente. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- CLEMENTE AUGER LIÑAN.- TEOFILO ORTEGA TORRES.- JESUS CORBAL FERNANDEZ.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, 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.