

## **SAP de Bizkaia de 20 de octubre de 1997**

En Bilbao, a veinte de octubre de mil novecientos noventa y siete.

Vistos por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de juicio de menor cuantía número 30/95, en reclamación de daños y perjuicios seguidos en primera instancia ante el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Durango, y del que son partes como demandantes ..., ..., ..., ..., ..., ... y ..., representados por la Procuradora ... y dirigidos por el Letrado ..., y como demandados ..., ... y ..., representados por el Procurador ... y dirigidos por el Letrado ... .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el juzgador de primera instancia se dictó con fecha 13 de Febrero de 1996, sentencia cuya parte dispositiva dice literalmente: " FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Marta Ezcurra en representación de D. RAMON Y DÑA. ROSARIO G.A., contra D/ña. ROSARIO U.L., DÑA. Mª PILAR, D. JAVIER, D. JOSÉ ANTONIO y DÑA. MARÍA debo declarar y declaro la imposibilidad de división de los bienes relacionados en la demanda debiendo procederse a su venta en pública subasta, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración, m s las costas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Dª Rosario U.L. y otros, y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previo emplazamiento de las partes. Personado en tiempo y forma el apelante y la parte apelada, se siguió este recurso por sus trámites, haciéndose constar que también la parte apelante mantiene en esta alzada recurso de nulidad contra el Auto de fecha 9 de Mayo de 1.995 por el que se declaraba adecuado el procedimiento de menor cuantía.

TERCERO.- En el acto de la vista por la parte apelante, se solicitó la estimación del recurso y la revocación del Auto y que se dicte nueva resolución declarando la nulidad de la recurrida y estimando la excepción de inadecuación del procedimiento alegado en su día. En cuanto a la sentencia de fecha 13 de Febrero de 1.996, se interesa la estimación del recurso y la revocación de la sentencia y que se dicte nueva resolución, estimando las excepciones formuladas en su escrito de contestación a la demanda, que no han sido resueltas por la juzgadora de instancia, o en caso, se dicte sentencia, declarando que los bienes admiten división, procediendo en su consecuencia a la misma.

La parte apelada interesa en cuanto al auto recurrido su confirmación, si bien manifiesta que adolece de falta de motivación, y en cuanto a la sentencia, hace suyas las manifestaciones de la parte apelante en el sentido de las excepciones alegadas

por la misma, no han sido resueltas en la sentencia de instancia, interesando de la Sala la resolución de las mismas, solicitando en cuanto al fondo la confirmación.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales, excepto el plazo para dictar sentencia por el cúmulo de causas pendientes, habiendo disfrutado la Magistrado Ponente su licencia por vacaciones durante el mes de Septiembre.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La parte apelante, demandados en la instancia, plantean en esta alzada una pluralidad de recursos, con distinta finalidad y pretensión, a saber: a).-Recurso de nulidad contra el Auto de fecha 9 de Mayo de 1.995, por el que se declaraba adecuado el procedimiento de Juicio de Menor Cuantía para sustanciar la pretensión de la parte actora.

Auto cuya nulidad interesa, por cuanto que ejercitando la acción de división de cosa común, nos encontramos que los demandados y la parte actora no son, ciertamente, copropietarios, sino coherederos sin existir aceptación ni adjudicación de la herencia de sus padres, lo que da lugar a una situación de herencia indivisa, que exigiría la previa tramitación del juicio voluntario de testamentaría, para proceder a la liquidación y adjudicación de la misma, de suerte que si de ello resultare proindivisión, sí procedería, entonces, el ejercicio de la acción "comuni dividundo" por los cauces del Juicio de Menor Cuantía.

b). Recurso de apelación contra la sentencia, cuya revocación se interesa, y se dicte en su lugar otra por la que se desestime la demanda, ya sea al apreciarse alguna de las excepciones opuestas que la sentencia no resuelve (falta de legitimación activa de Rosario G.A.; y falta de legitimación pasiva de Pilar que no es heredera de los bienes cuya división se pretende), ya al entender que no existe la indivisibilidad pretendida, siendo los bienes perfectamente divisibles, procediendo a su división sin necesidad de ser sacados a pública subasta.

SEGUNDO.- Delimitado el objeto de la presente resolución en el fundamento de Derecho precedente, procede analizar con carácter previo, el recurso de nulidad interpuesto contra el Auto de fecha 9 de Mayo de 1.995, pues de ser estimado se obviaría el análisis de las demás cuestiones suscitadas.

Y así, la parte apelante estima que el Juicio de Menor Cuantía no es el adecuado para resolver la cuestión de autos, al entender que al no haberse procedido a la partición de la herencia y al no existir acuerdo entre los herederos sobre la adjudicación de las cuotas hereditarias ni acuerdo sobre una partición extrajudicial, no puede hablarse de copropiedad, y por tanto, se debe acudir, previamente, al Juicio Voluntario de Testamentaría.

Desde esta perspectiva, ha de tenerse en cuenta que del examen de los autos, y ello es un hecho que no niegan ninguna de las partes, se deduce lo siguiente: a).-Los bienes cuya división se pretende, constituyen caudal hereditario de los fallecidos Elvira y Raimundo, del cual fueron designados herederos por cuartas partes iguales, sus hijos, Pedro que fallecido en 1.969 dejó como herederos a sus hijos (Javier, Pedro M<sup>a</sup>, Jesús y José Antonio), estando casado con María; Rosario U.L.; Ramón y Juana, quien falleció en 1.988 en estado de soltera, con una hija adoptiva, M<sup>a</sup> Pilar, a la que legó un estanco, instituyendo heredera de los demás bienes a su hermana Rosario U.L..

Los causantes fallecieron intestados, dictándose Auto de declaración de herederos del 17 de Marzo de 1.959 respecto de la herencia de Raimundo, y el día 4 de Junio de 1.964 respecto de la de Elvira.

(Hecho segundo a cuarto de la demanda, admitidos al contestar con matizaciones, (hecho primero a cuarto); doc. ° 3 a 7 demanda y doc. núm. 1 contestación) b).-Los bienes cuya división se pretende forman parte de la herencia de Raimundo y Elvira, figurando registralmente, aún a su nombre, al no haberse efectuado la partición por no existir acuerdo entre los herederos.

Hecho quinto de la demanda y de la contestación; certificaciones registrales f. 149 y ss).

Si esto es así, al margen de estimar que, tienen razón los recurrentes respecto de que la Juzgadora a quo, al no plantearse la necesidad de prueba pericial, debió resolver la cuestión relativa a la inadecuación de procedimiento, en la misma comparecencia, según previene el art. 693 de la L.E.C. EDL2000/77463 , y no, con posterioridad en un Auto, lo cierto es que ello no les ha causado ninguna indefensión, y por tanto, no motiva, sin m s, la estimación de su recurso, el cual debe analizarse no en atención a ello, sino a que acaecido el fallecimiento de una persona, se produce la apertura de la sucesión hereditaria (art. 657 del C<sup>o</sup> Civil), dándose la delación o llamada a la herencia de aquellas personas que tengan derecho a suceder al causante en todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (art. 659 C<sup>o</sup> Civil), lo cual puede producirse por voluntad manifestada en testamento y a falta de éste, como es el presente caso, por disposición de ley (abintestato).

Acaecido esto, mientras tanto no se divida la herencia cabe hablar de "herencia yacente", siendo preciso que se dé la decisión de los llamados a la misma "herederos", acerca de si la aceptan o no, entendiéndose que tal declaración de voluntad, entre otras matizaciones, puede ser expresa o t cita, lo que acontece, mediante la realización de "actos de señor", como decían Las Partidas, o de actos que suponen, necesariamente, la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero (art. 999 del C<sup>o</sup> Civil), como lo es presentar la demanda en ejercicio de la acción de división de cosa común y oponerse a ella (TS 1<sup>o</sup> S. 9 de Mayo de 1.997, entre otras).

Aceptada la herencia, en nuestro Derecho, se produce la adquisición de la misma, de suerte que si sólo existe un heredero, su dominio es pleno y ha concluido el proceso sucesorio; mas, si como acontece en el caso de autos, estamos ante una pluralidad de

herederos, surge, entonces, lo que la doctrina y la Jurisprudencia denomina "la herencia indivisa" que hace nacer la comunidad hereditaria entre los coherederos, que la doctrina estima de tipo germánico, respecto de la cual se ha dicho que es una comunidad universal al recaer sobre una unidad patrimonial constituida por la herencia, forzosa, por el simple hecho de la concurrencia de varios herederos, y transitoria o incidental, pues no está nacida para durar, a excepción, lógicamente, de acuerdo en contrario de los herederos (art. 400) o por voluntad del testador (art. 1051 del C<sup>o</sup>. Civil); de modo que, en cualquier momento, cualquier coheredero puede pedir su partición, esto es la realización de aquel conjunto de operaciones hechas sobre ciertas bases o supuestos (de hecho y de Derecho), por las cuales se determinan el activo y el pasivo del caudal hereditario y se distribuye éste entre los partícipes, de manera que las cuotas indivisas y abstractas de cada uno de los coherederos, se convierten en partes concretas y materiales (art. 1068 del C<sup>o</sup>. Civil).

Ahora bien, mientras la partición no se dé, el heredero no es titular de ningún bien o derecho concreto de los que componen el caudal relicto, a no ser que exista disposición del testador, ni puede hablarse de copropiedad sobre cada uno de ellos, y sí, por contra, es titular de la "cuota hereditaria" o cuota ideal e indeterminada que le pertenezca en la herencia, no de la que le pueda corresponder sobre bienes concretos y determinados, y de la cual puede disponer por actos "inter vivos" o "mortis causa", de modo que no adquiere la propiedad de los bienes que le corresponda hasta que la partición se da y se le adjudica el lote correspondiente en pago de su cuota (T.S. S. 1<sup>a</sup> 21 de Julio de 1986, 5 de Noviembre de 1992, y 31 de Enero de 1994, entre otras).

En consecuencia, salvo que los herederos de mutuo acuerdo decidan como acto de partición, transformar lo que era una comunidad hereditaria, en la forma antes definida, en una copropiedad sobre cada uno de los bienes que conforman la misma, en una suerte de partición convencional (T.S. 1<sup>a</sup> S. 20 de Febrero de 1984 y 20 de Octubre de 1992, entre otras), no puede decirse que los coherederos son copropietarios de los bienes de la herencia, y que por tanto, y en uso de la facultad que les confiere el art. 400 C<sup>o</sup> Civil, puedan instar la acción de división de cosa común, ya que entre ambos tipos de comunidad existen semejanzas, pero también diferencias como las expuestas, lo cual no obsta a la aplicación supletoria a la comunidad hereditaria de las normas de la comunidad de bienes (comunidad romana, art. 392 y ss c<sup>o</sup> Civil), de ahí que, antes de ejercitar tal acción, deba procederse a la partición de la herencia, en la que deben tenerse en cuenta las deudas de la misma, las rentas percibidas y los gastos generados por los bienes hereditarios (art. 1063 C<sup>o</sup> Civil), los gastos realizados en interés común..., para fijar, en base a un principio de igualdad y en la medida de lo posible los diversos lotes, de modo que si alguno de los bienes fuere indivisible, se procedería en la forma establecida en el art. 1062, pero una vez realizadas todas las operaciones particionales, en las que a falta de acuerdo de los herederos, no realización por el testador y no existencia de comisario o árbitro, es cuando debe solicitarse la intervención judicial a la que alude el art. 1059 C<sup>o</sup> Civil (partición judicial), la cual, si bien es cierto, que debe serlo ya por los cauces del juicio de abintestato, ya por los del de testamentaria (art. 995 y ss L.E.C. EDL2000/77463), " los cuales pese a su condición de jurisdicción voluntaria no impide que en ellos queden resueltas definitivamente las cuestiones hereditarias o que se confirmen tras la impugnación de

las particiones en juicio declarativo ordinario" ( T.S.1ª S. 5 de Julio de 1994), también lo puede ser mediante un proceso declarativo ordinario, como lo es el juicio de menor cuantía, que goza de eficacia procesal suficiente para obtener cuantas declaraciones de derecho se pretendan en la Jurisdicción Voluntaria, resultando pertinente para decidir las cuestiones derivadas de la división de la herencia, determinación del patrimonio a dividir, fijación de las cuotas correspondientes a cada heredero e incluso, realización de las operaciones divisorias en trámite de ejecución de sentencia ( T.S. 1º S. de 14 de Julio de 1994, 31 de Octubre de 1996, entre otras).

Sentado lo anterior, y frente a la alegación de inadecuación de procedimiento, es claro que es posible el ejercicio de la pretensión de los actores, dado el valor de los bienes cuya división interesan (14.114.000 ptas., informe pericial, f. 191 y ss), mediante el cauce procesal del Juicio de Menor Cuantía ( art. 484 y 490 L.E.C. EDL 2000/77463 ▼ art.484 EDL 2000/77463 art.490 EDL 2000/77463 ), al igual que si se tratara de la liquidación y partición de una herencia, cuestión distinta es la prosperabilidad o no de la pretensión, de ahí que deba desestimarse el recurso de nulidad interpuesto contra el Auto de fecha 9 de Mayo de 1995.

TERCERO.- Desestimado el primer motivo de recurso, procede, a la luz de las consideraciones establecidas en el fundamento de Derecho anterior, analizar lo ajustado o no a Derecho de la sentencia de instancia, bien entendido que algún sector doctrinal ha estimado, entre otros Vallet de Goytisoló, siguiendo el criterio establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 5 de Julio de 1980, que cuando no existe pasivo hereditario, o ya se ha liquidado, podría ejercitarse la "actio comuni dividundo" respecto de alguno o todos los bienes hereditarios, sin necesidad de interesar judicialmente la partición de la herencia. Criterio éste que no es factible aplicar al caso de autos, por cuanto que los actores ejercitan la acción recogida en el art. 400 Cº Civil, aludiendo a su falta de acuerdo entre los que estima copropietarios, siendo que éstos aducen ser coherederos sin división, aún, de la herencia, lo que no niegan aquéllos, y frente a tal oposición, si pretendían la prosperabilidad de su demanda debieron acreditar que los bienes cuya división instaban, eran los únicos de la herencia, y que no existían deudas hereditarias o que tales ya se habían satisfecho, nada de lo cual han acreditado, pues ni siquiera formulan posiciones al respecto a los demandados.

Si esto es así, tenemos que el título que legitima activamente al actor, Ramón y no, a su esposa Rosario G.A., lo es su condición de coheredero junto con los demandados, a excepción de Pilar, quien en la sucesión de la coheredera Juana, ya fallecida, es una mera legataria de un bien concreto, un estanco, que no es objeto de discusión en este litigio, mientras que en los demás bienes, incluidos los hoy debatidos le sucede su hermana Rosario; por lo que es claro que la excepción de falta de legitimación activa aducida, respecto de la esposa del actor, no analizada en la sentencia de instancia, es procedente, ya que ni es heredera de los causantes, propietarios de los bienes, ni se acredita que su régimen económico matrimonial sea el de comunicación foral, por cuanto que si estuvieran sometidos al Derecho Civil Común, en todo caso los bienes serían privativos al ser objeto de adquisición a título gratuito ( art. 1346 Cº Civil), lo que de algún modo admite la parte actora en la comparecencia de fecha 24 de Abril de 1995 (f. 83), no pudiendo, por ello tampoco atribuirse la cualidad de propietaria, pues

no se ha dado la partición de la herencia, cualidad que, por tanto, tampoco ostenta su esposo.

Así mismo, y por lo expuesto, es procedente la excepción de falta de legitimación pasiva de M<sup>ra</sup> Pilar, legataria de la coheredera fallecida Juana, lo que también aceptan en esta alzada los actores-apelados, siendo contradictorio que si ningún derecho ostenta en la herencia, pueda recibir, según la sentencia de instancia, parte del dinero que se obtenga de la venta en subasta de los bienes debatidos.

Llegado este punto, y con la legitimación delimitada, ha de tenerse en cuenta que siendo cuatro los herederos de los primitivos causantes, la herencia debería dividirse en cuatro partes iguales, y si valoramos los informes periciales emitidos en autos (In. Mugica f. 191 y ss), se observa que el perito estima que el terreno objeto de debate por su extensión, según el Registro de la Propiedad, 230 metros cuadrados, de dividirse en cuatro partes, resultaría inviable, desde el punto de vista de su aprovechamiento, lo cual es obvio, al igual que la casa y el pertenecido sobre el que se asienta y que la circunda, pues aunque es lógico que es divisible, desde un punto de vista físico, ello iría en " detrimento del valor del edificio que perdería al dificultarlo su estructura (casa rural) y tamaño, pues quedarían unas distribuciones prácticamente inservibles, lo mismo para su ocupación posterior como vivienda, como para su futura venta" (f. 213), siendo cierto que consta, por reconocimiento de las partes, pues el perito admite que no lo ha constado, de piso subterráneo (bodega y dos cuadras), planta baja y principal (integrando ambas dos viviendas con distribución de elementos y habitaciones entre ambos pisos), u desván sin tabicar, por lo que no es factible la realización de cuatro partes iguales, sin que desmerezca el bien, pues ser preciso adaptar lo que era una casa de labranza en origen, a la nueva situación con realización de obras y desequilibrio según los lotes, de suerte que la división del bien no redundaría en un mayor valor de la finca, estando, por tanto, ante una situación de indivisibilidad jurídica a la que alude el art. 404 C<sup>o</sup> Civil (T.S. 1<sup>a</sup> S. de 13 de Julio y 21 de Noviembre de 1996, entre otras).

Desde esta perspectiva, es obvio que no cabría la estimación de la pretensión de los recurrentes relativa a que se declare que los bienes admiten división, y, por ende, se proceda a ella y no a la posible subasta, cuyo presupuesto es la indivisibilidad; pero, tampoco cabe la estimación de la demanda en la forma que lleva a cabo la sentencia de instancia, pues aunque los bienes son indivisibles, la "actio comuni dividundo" no se puede ejercitar, en el caso de autos, en la forma y manera que la ejercita el actor, quien se arroga, sin más, la cualidad de copropietario, cuando lo cierto es que carece de tal legitimación, pues no es más que un coheredero de una herencia cuya partición no se ha dado, ya que no acredita lo contrario, ni pretende tal con la demanda, pues no es ello lo que se deduce de la misma, ni tenemos en autos, los datos suficientes para su realización, al desconocer datos esenciales para ello, cuales son las deudas hereditarias, los frutos (al parecer algún bien está arrendado (véase (hecho quinto)), la existencia o no de otros bienes, para con ello formar los lotes y concretar la cuota y los bienes en que tal se materializaría, dado que pudiera resultar que la copropiedad, tras la partición, no surgiera sobre los bienes ahora debatidos, ni entre todos los litigantes; razones por las cuales la Sala, tal y como alega la parte apelante al razonar el por qué de la petición de la inadecuación de procedimiento, estima que debe instarse antes la

partición de la herencia, y que si al asignarse los lotes, se diera la indivisión a la que alude el art. 1062 Cº Civil, se proceda, entonces, en la forma en él establecida, lo que por razones de economía procesal al no ser lo pretendido por la parte actora y carecerse de los datos esenciales para ello, motiva que deba desestimarse la demanda, al no poderse en este pleito darse la partición, lo que determina la falta de legitimación activa de Ramón.

Lo expuesto conlleva la estimación parcial del recurso, en cuanto que implica la desestimación de la demanda y la aceptación de las excepciones, permitiendo su interposición la revocación de la sentencia, aunque sea por argumentación distinta.

CUARTO.- En relación a las costas procesales de ambas instancias, procede imponer a la parte apelante las derivadas de su recurso de nulidad que se desestima, y no hacer expresa imposición ni de las derivadas del recurso de apelación que se estima parcialmente (art. 710 L.E.C. EDL2000/77463), ni de las de la instancia, pues aunque la demanda se desestima, existían razones para su planteamiento, ante la indivisibilidad de los bienes y las discrepancias entre las partes (art. 523 L.E.C. EDL2000/77463), incluidas las de la parte no legitimada pasivamente, por cuanto que la cualidad de hija adoptiva de la fallecida y el desconocimiento posible del testamento, al ser la instituida como heredera otra hermana del actor, justifica la llamada al proceso de Mª Pilar, a lo que se une que ésta actúa conjuntamente con los demás coherederos.

Vistos los preceptos legales citados en esta sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general aplicación.

### **FALLO**

Que desestimando el recurso de nulidad y estimando parcialmente el recurso apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Bajo Auz, en nombre y representación de Dª Rosario U.L. y otros, contra el Auto dictado el día 9 de Mayo de 1995, y la sentencia dictada el día 13 de Febrero de 1.996 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Bilbao, en los autos de juicio de menor cuantía núm. 14/95 a que este rollo se refiere; debemos confirmar y confirmamos el Auto recurrido y debemos revocar y revocamos la sentencia, dictando en su lugar otra por la apreciando las excepciones de falta de legitimación activa de Rosario G.A., y pasiva de Mº Pilar aducidas por los demandados, debemos desestimar y desestimamos la demanda planteada por Ramón y Rosario G.A., representados por la Procuradora Sra. Ezcurra, contra Mª Rosario U.L., Mº Pilar, Javier, Pedro Mª, Jesús y José Antonio y María, representados por la Procuradora Sra. Bajo, a quienes se les absuelve de las pretensiones contra ellos deducidas; todo ello sin expresa imposición de las costas de ambas instancias, debiendo cada parte soportar las suyas y las comunes, por mitad e iguales partes, a excepción de las causadas en esta alzada por el recurso de nulidad que se imponen a la parte recurrente.

Devuélvase los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia, para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unir certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Leonor Cuenca García.