

Id Cendoj: 28079110012009100183
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 4857/2000
 Nº de Resolución: 178/2009
 Procedimiento: Casación
 Ponente: JOSE ALMAGRO NOSETE
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN x
- x COMUNIDAD DE BIENES x
- x EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD x
- x INCONGRUENCIA POR EXTRA PETITUM x
- x RECURSO DE CASACIÓN CIVIL x
- x SUPUESTO DE LA CUESTIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x
- x ÁMBITO (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x

Resumen:

Comunidad de bienes: División y rendición de cuentas sobre inmuebles, sus frutos y rentas. Incongruencia extra petita: no concurre al plantearse de manera novedosa. Recurso de casación: no se admite la cita de preceptos heterogéneos ya que no cumple la exigencia de claridad y precisión en la formulación de la casación. El art. 1156 del Código Civil es excesivamente genérico para fundar un motivo de casación. No cabe hacer supuesto de la cuestión. Ambito casacional de la calificación de la acción.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Marzo de dos mil nueve

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos de casación que, con el nº 4857/2000, han sido interpuestos contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 4ª, rollo de apelación 377/99, de fecha 13 de septiembre de 2000, dimanante de autos de juicio declarativo de menor cuantía nº 126/98, del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo, por las actoras y apelantes, **Doña Ángeles y Doña Lucía**, que comparecen representadas por la Procuradora de los Tribunales Dña. Mª Jesús Gutiérrez Aceves, y por los demandados e igualmente apelantes, **Don Jose Pedro y Doña Bárbara**, representados ante esta Sala por el Procurador Don Arturo Estebanez García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Gijón, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo promovidos a instancia de Dña Ángeles y Doña Lucía contra Don Jose Pedro .

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la que solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, se dictara Sentencia *"en la que, estimando la demanda, se declare: a) Que entre Don Esteban y Don Ramón, causantes de las partes, existía una comunidad de bienes a partes iguales, integrada por los dos inmuebles reseñados en el Hecho 2º de esta demanda, y por las rentas producidas por los mismos desde el día 25 de julio de 1992; b) Que las actoras tienen derecho a no permanecer bajo este régimen, así como a solicitar la disolución de la misma y su liquidación; c) Que el demandado está obligado a rendir cuenta detallada y justificada de la administración, condenándole a rendirlas de todas las rentas y gastos producidos por los inmuebles desde el 25 de julio de 1992 y condenándole a poner a disposición de la persona que se designe en ejecución de Sentencia para hacer la partición, el importe total resultante, al objeto de su depósito bancario a favor de la*

comunidad; d) Que el demandado está obligado y debe ser condenado a poner a disposición de la persona que se designe en ejecución de Sentencia para hacer la partición, no sólo el resultado de la rendición de cuentas, sino también los intereses legales que hubieran producido las mismas o los que debieran haber producido; e) Que los inmuebles señalados en el Hecho 2º de esta demanda son divisibles y, por ello, debe procederse en ejecución de sentencia a designar persona que haga la partición, formando inventario de los inmuebles, rentas y frutos percibidos de los mismos desde el 25 de julio de 1992 para que, previo su avalúo por perito designado al efecto, se haga su liquidación y adjudicación a los comuneros por las reglas de la partición de la herencia; f) Se condene al demandado, D. Jose Pedro a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al pago de las costas de este juicio."

Admitida a trámite la demanda, el demandado la contestó oponiéndose a ella, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado dictase Sentencia "por la que se desestime la demanda de adverso formulada, con imposición de las costas a las demandantes."

Por resolución del Juzgado se acordó requerir a las demandantes a los fines de que subsanaran el defecto apreciado mediante la interposición de demanda contra Dña. Bárbara , lo que así hicieron, ampliando la demanda dándole traslado de la misma y contestando Dña. Bárbara en el sentido de oponerse e interesar se dicte sentencia desestimatoria, con imposición a las demandantes de las costas.

Por el Juzgado se dictó Sentencia con fecha 23 de marzo de 1999 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por la representación de Dña. Ángeles y Dña. Lucía contra D. Jose Pedro y Dña. Bárbara , debo condenar y condeno a dicho demandado a que rinda cuentas de a los frutos, rentas y gastos devengados, a los fines de proceder a su liquidación, en la forma que se determina en el Fundamento de derecho 5º de esta resolución, absolviendo a dichos demandados del resto de las pretensiones contra ellos deducidas, todo ello sin expresa declaración en cuanto a las costas causadas."

SEGUNDO .- Contra dicha Sentencia se interpusieron sendos recursos de apelación por la parte actora y la parte demandada que fueron admitidos y, sustanciados éstos, la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Cuarta, dictó sentencia en fecha 13 de septiembre de 2000 . cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Ángeles y Dña. Lucía , y por D. Jose Pedro y Dña. Bárbara , ambos contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Jº de 1ª Instancia nº 6 de Gijón con fecha 23 de marzo de 1999, en los autos de que dimana, confirmando dicha resolución, con expresa imposición a cada apelante de las costas causadas por su impugnación."

TERCERO .- Por la representación procesal de Dª Bárbara y Don Jose Pedro se formuló, ante la mencionada Audiencia, recurso de casación con apoyo procesal en los siguientes motivos: *Primero* .- Al amparo del art. 1.692.3º LEC , por infracción del art. 359 LEC, por incongruencia "extra petitum" con indefensión para la parte.- *Segundo* .- Al amparo del art. 1.692.4º LEC , por infracción de los arts. 392 a 406 y 1.375 a 1.391, todos ellos del Código civil , por inaplicación de los mismos.- *Tercero* .- Amparado en el art. 1.692.4º LEC , por infracción del art. 1.156 del Código civil, por inaplicación del mismo.- *Cuarto* .- Al amparo del art. 1.692.4º LEC , por infracción del art. 523 LEC , por inaplicación del mismo.

El recurso interpuesto por Dª Ángeles y Dª Lucía , se basa en los siguientes motivos de casación, todos ellos formulados al amparo del art. 1692-4º LEC.: *Primero* .- Por infracción del art. 392 , en relación con los arts. 400 y 406 del Código civil , por interpretación errónea, así como inaplicación de la jurisprudencia de esta Sala para resolver las cuestiones objeto de debate.- *Segundo* .- Por considerar infringidas por la Sentencia recurrida las normas establecidas en el art. 359 LEC. por inaplicación.- *Tercero* .- Por infracción del art. 399 C.c . por inaplicación, en relación con los arts. 400, 406 y 1.063 del C.c ., así como inaplicación de la Jurisprudencia de esta Sala aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate.- *Cuarto* .- Por infracción del art. 399 C.c . en relación con el art. 455 del mismo Código , por inaplicación, así como por inaplicación de la Jurisprudencia de esta Sala para resolver las cuestiones objeto de debate.

CUARTO .- Personadas las partes en este Tribunal Supremo, por Auto de esta Sala de fecha 30 de septiembre de 2003 , se admitieron a trámite los recursos de casación interpuestos, y evacuados los traslados conferidos, ambas representaciones procesales presentaron sendos escritos de oposición al adverso.

QUINTO .- En fecha 30 de enero de 2008, se dictó Sentencia por esta Sala, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos la nulidad de actuaciones en el procedimiento 126/96, seguido por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón a instancias de Dª. Ángeles y Dª. Lucía contra D. Jose Pedro , retro trayendo la nulidad hasta la comparecencia judicial prevista

en el art. 693-3º LEC de 1.881 , a fin de que pueda subsanarse el defecto en la relación jurídico-procesal de falta de litisconsorcio pasivo. Con devolución de los depósitos constituidos para recurrir en casación. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió."

SEXTO .- El Procurador D. Arturo Estébanez García, en nombre y representación de D^a Bárbara y Don Jose Pedro presentó, respectivamente, en fechas 23 y 25 de abril de 2008, escritos de error, subsanación y complemento, e incidente de nulidad de actuaciones denunciando que la Sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva generando indefensión, al apreciar el defecto de falta de litisconsorcio pasivo necesario cuando éste fue subsanado en la instancia. La parte contraria, en escrito de 4/11/2008 mostró su conformidad con lo solicitado de adverso.

Por Auto de esta Sala de fecha 25/11/2008 se acordó declarar la nulidad de la Sentencia dictada por esta Sala el día 30 de enero de 2008 , retro trayendo las actuaciones al momento anterior a su dictado.

SEPTIMO .- Por la Sala se acordó señalar para la votación y fallo del presente recurso, el día 25 de febrero del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JOSÉ ALMAGRO NOSETE** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los recursos que ahora se juzgan traen causa del pleito instado por los causahabientes de un comunero contra los herederos del otro, con la pretensión de disolver la comunidad de bienes que tenían sus respectivos causantes sobre dos inmuebles, y sobre los frutos y rentas derivados de los mismos, y de rendir cuenta justificada de su gestión a los fines de poder liquidar lo que les correspondía por herencia a cada uno de los litigantes, y ello por mostrar la parte actora su disconformidad con la división practicada por el contador partidor dativo designado en expediente de jurisdicción voluntaria.

Son antecedentes más relevantes del pleito los siguientes:

1º . Don Esteban (casado en régimen de gananciales con Doña Cristina) y el hermano de su esposa, Don Ramón (quién a su vez estaba casado en gananciales con Doña Guadalupe) adquirieron en proindiviso los edificios sitos en las CALLE000 , NUM000 y DIRECCION000 , NUM001 , de Gijón, mediante sendas escrituras públicas de compraventa de fechas 23 de abril de 1954 y 30 de enero de 1959, respectivamente.

2º . Los pisos y locales que componen ambos edificios fueron arrendados por los copropietarios, percibiendo ambos las rentas a través de la empresa que se ocupaba de su administración, ADMINISTRACIONES GIJÓN, S.L.

3º . Tras el fallecimiento de Don Esteban , ocurrido el día 25 de julio de 1992, le sucedieron testamentariamente, a título de herencia, sus sobrinas -y demandantes en este pleito- Doña Ángeles y Doña Lucía .

4º . A requerimiento de aquellas, y hasta que se aclarase lo que les correspondía por la herencia de su tío, Don Jose Pedro procedió a depositar las rentas que le entregaba Administraciones Gijón, S.L. en una cuenta bancaria destinada al efecto.

5º . Don Jose Pedro promovió el expediente de jurisdicción voluntaria, que, con el número 602/94, se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Gijón, donde fue nombrado contador partidor dativo Don Juan Ramón , quien, atendiendo a los medios de valoración de que dispuso -entre los que se encontraban las valoraciones remitidas por las aquí demandantes- realizó la partición, y la protocolizó ante Notario, siendo aprobada por el Juzgado y confirmada en segunda instancia (Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 4ª, rollo 139/97, de fecha 2 de febrero de 1998 , desestimatorio del recurso de apelación).

6º . Por estar en desacuerdo con el resultado de la partición, al estimarse que debió procederse a la liquidación de la comunidad de bienes, incluidos los frutos y rentas, y no únicamente a la división de los inmuebles, y por estar disconformes con las valoraciones efectuadas por el contador partidor, Doña Ángeles y Doña Lucía dedujeron la demanda rectora de este pleito, que inicialmente dirigieron contra Don Jose Pedro , en cuanto heredero universal de la herencia de sus padres, Ramón y Guadalupe , y, causahabiente, además, de la mitad de la herencia de su tía Cristina (a la sazón, esposa de Don Esteban), si bien, y tras apreciar el Juzgado la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, la demanda se amplió contra Doña Bárbara , hermana de Doña Cristina y de Don Ramón . En la demanda se pedía que se reconociera,

tanto la existencia de una comunidad de bienes formada por los dos inmuebles referenciados y por las rentas producidas por éstos desde 25 de julio de 1992, como el derecho de las demandantes a pedir su disolución, por no tener obligación de permanecer en régimen de condominio; en segundo lugar se solicitaba la condena del demandado Sr. Jose Pedro a rendir cuentas, y a poner a disposición de la persona que, en ejecución de sentencia, fuera designada para hacer la partición, "no sólo el resultado de la rendición de cuentas, sino también los intereses legales que hubieren producido las mismas o los que debieran haber producido", precisándose finalmente, que para la liquidación y adjudicación a los comuneros de su parte debía estarse a las reglas que rigen la partición de la herencia, con inventario de los inmuebles, rentas y frutos devengados desde el 25 de julio de 1992, y avalúo por perito designado al efecto.

7º . Seguido el pleito por sus trámites, el Juzgado dictó sentencia parcialmente estimatoria, condenando a los demandados Jose Pedro y Bárbara a rendir cuentas de los frutos, rentas y gastos devengados a los fines de proceder a la liquidación, pero absolviéndoles de las restantes pretensiones deducidas en su contra, y sin expresa condena en costas. Tras afirmar que la Comunidad de bienes es una comunidad de tipo romana o pro indiviso ordinario, por cuotas ideales, en la que cada condueño tiene derecho a solicitar la división, la sentencia justifica el rechazo de la pretensión impugnatoria de la división efectuada por el contador partidor en el previo expediente de jurisdicción voluntaria diciendo, por una parte, y en cuanto al argumento de la no inclusión de los frutos, rentas o intereses, que su omisión no es causa de nulidad de pleno derecho por cuanto podría suplirse, en su caso, con la acción de complemento, y, por otra parte, con relación al criterio valorativo seguido por el contador, con el que las actoras se muestran disconformes, que tampoco es determinante de nulidad radical de la partición, en cuanto la utilización de criterios valorativos erróneos puede amparar la acción rescisoria siempre y cuando quedase acreditada la lesión, lo que no fue el caso en la medida que, "siendo el valor de ambos inmuebles 51.355.000 pesetas, a la comunidad a la que pertenecen las demandantes se les habría adjudicado inmuebles por un valor de 27.235.000 pesetas". La sentencia acoge únicamente la acción de rendición de cuentas, estimación que justifica (fundamento de Derecho Quinto) señalando que en vida de los causantes la gestión de la comunidad, en cuanto a las rentas de los inmuebles, la venía haciendo la entidad Administraciones Gijón, y que esa misma función la siguió desempeñando a la muerte de aquellos pero rindiendo cuentas únicamente al demandado Jose Pedro , única persona además con facultades de disposición sobre la cuenta bancaria en la que se acordó ingresar las cantidades que se obtenía por la explotación, por lo que "al existir una contradicción de intereses en su actuación (de un lado al ostentar un derecho sobre la mitad de los frutos y rentas producidos por los inmuebles, como heredero de su padre, y de otro, como miembro de la comunidad postganancial con derecho a la otra mitad), parece razonable la exigencia de dicha rendición, a los efectos de proceder a su liquidación, bien entendido que: a) la misma se limitará a los frutos, rentas y gastos devengados tras el fallecimiento de Don Esteban hasta el auto de fecha 2 de febrero de 1998, dictado por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo en el rollo de apelación nº 139/97, por considerarse que a partir de este momento los frutos y rentas generados por los inmuebles adjudicados a la comunidad en cuyo interés actúan las demandantes sólo a esta pertenece, y por ello la rendición de dicha gestión resulta ajena a la administración de las procedentes de los inmuebles durante su indivisión; b) que no procede la condena de don Jose Pedro al pago de los intereses legales que hubieran producido las mismas rentas o los que debieran haber producido, por cuanto, de un lado, quien realmente ostentó la gestión de los inmuebles, incluso con anterioridad al fallecimiento de los comuneros lo fue la indicada entidad, constando además comunicaciones entre las partes sobre decisiones en torno al arrendamiento de alguno de los inmuebles, no siendo el demandado más que la persona a la que se le rindió cuentas y se le hizo entrega de los saldos resultantes, y si bien este dispuso de los mismos, lo hizo en la doble condición ya señalada (por lo que, en último extremo, se considera que de existir mala fe su responsabilidad derivaría de su gestión como administrador de los bienes de la comunidad postganancial), c) que una vez se proceda a la liquidación, el saldo resultante se dividirá en dos mitades, y una de ellas se ingresará en una cuenta bancaria a designar en la que como titulares figuren las partes en el presente juicio, de modo que del mismo sólo puedan disponerse partes de modo mancomunado, por cuanto si bien es cierto que la cuenta actual está abierta a nombre de los herederos de don Esteban y doña Cristina , no lo es menos que sólo don Jose Pedro posee de hecho los fondos en ella depositados, sin que esté justificada su actitud so pretexto del desconocimiento ante la falta de exhibición del testamento por las demandantes de su condición de herederas de don Esteban , cuando la correspondencia mantenida con el esposo y cuñado de estas y el hecho de que precisamente el causante de don Jose Pedro las hubiese demandado de conciliación pone de relieve que tenía conocimiento de tal condición, y si bien es cierto que se procedió a la apertura de la mencionada cuenta, no lo es menos que no se da a las demandantes la intervención por ellas solicitada (y así se deduce de la carta que como documento nº 7 se acompaña)".

8º . Es objeto de recurso la sentencia dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Oviedo, íntegramente confirmatoria de la de primer grado. Para la Sala de apelación -que rechaza los recursos formulados por todas las partes-, se ha de partir de que las acciones que se acumulan en la demanda son exclusivamente las de división de cosa común y de rendición de cuentas, por lo que no

procede examinar la posible nulidad de la partición practicada por el contador partidor dativo ni resolver acerca de su posible rescisión por causa de lesión, ya que, por más que el juzgador de instancia se refiriera a ellas, y acertara al señalar que la omisión de un bien en la partición sólo da lugar a su complemento pero no a la nulidad, se trata de pretensiones que no resultan del suplico de la demanda en relación con los hechos invocados, lo que las sitúa fuera del objeto de debate.

En cuanto al recurso de las demandantes, por un lado la Audiencia rechaza la petición de que se lleve a cabo una nueva partición argumentando, en síntesis, que, aún careciendo la practicada por el contador partidor dativo de efectos de cosa juzgada, su impugnación, como en el caso de la hecha por el contador testamentario, estaría limitada a supuestos de nulidad, anulabilidad, rescisión por lesión, incapacidad o inhabilidad del contador o ejecución fuera de plazo, "supuestos obviamente muy distintos del aquí planteado". Por otro lado, y en relación a la acción de rendición de cuentas, la Audiencia confirma la necesidad de que se rindan sólo hasta la fecha en que se dictó por la Audiencia el auto confirmatorio de la partición realizada por el contador partidor dativo, pues a partir de ese momento dejó de existir la comunidad de bienes, y cada comunero pasó a ser propietario de los bienes que les fueron adjudicados.

Finalmente, respecto del recurso de los demandados, la sentencia considera improcedentes las excepciones de inadecuación del procedimiento y de falta de legitimación activa, opuestas en instancia y reproducidas en apelación. En lo referente al tipo de procedimiento, señala la sentencia que el seguido fue el adecuado pues la acción divisoria debe tramitarse por el cauce del juicio ordinario correspondiente a su cuantía, sin que la naturaleza de comunidad romana a efectos de determinar el tipo de juicio resultara modificada por el hecho de que los condueños fallecieron y a estos les sucediera una comunidad postganancial y otra hereditaria. En lo relativo a la legitimación activa, la Audiencia consagra el derecho de las demandantes a pedir la división y a no ser obligadas a permanecer en comunidad.

9º . Contra esta sentencia se alzan en casación tanto las demandantes como los codemandados. Pasaremos seguidamente a examinar por separado cada uno de los recursos formulados.

RECURSO DE CASACIÓN DE DOÑA Bárbara Y DON Jose Pedro .

SEGUNDO .- El primero de los cuatro motivos del recurso se ampara en el *ordinal 3º del Artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881* , aplicable *ratio tempore* , y en él se invoca la infracción del artículo 359 de la misma norma, por entender la parte recurrente que la sentencia incurre en vicio de incongruencia " *extra petitum* " determinante de indefensión, argumentándose en apoyo de tal infracción, en síntesis, que la condena a depositar el saldo resultante de la rendición de cuentas en los términos que establece el apartado c) del Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia de Primera Instancia, ratificada por la de apelación, y que literalmente señala que *"una vez se proceda a la liquidación, el saldo resultante se dividirá en dos mitades, y una de ellas se ingresará en una cuenta bancaria a designar en la que como titulares figuren las partes en el presente juicio, de modo que del mismo sólo puedan disponerse las partes de modo mancomunado"* , supone conceder más de lo que fue pedido en la demanda.

El motivo se desestima.

La parte recurrente suscita de forma novedosa en casación la cuestión de la incongruencia de la sentencia, en cuanto la sentencia de segunda instancia confirma lo acordado por el Juzgado en el fundamento quinto de la sentencia de Primera Instancia en el punto relativo al modo o forma en que debía llevarse a cabo materialmente la rendición de cuentas. En consecuencia, la parte recurrente suscita por vez primera en casación una cuestión que ya era predicable de la sentencia apelada, y, que, sin embargo, no se alegó en segunda instancia como fundamento de su apelación, según resulta tanto de la diligencia de vista como del fundamento jurídico Tercero de la propia sentencia impugnada (que ciñe el recurso de los demandados a las excepciones de inadecuación de procedimiento y de falta de legitimación activa), sin que tampoco conste petición aclaratoria alguna al respecto de la parte hoy recurrente en ninguna de las dos instancias. Como señala esta Sala en Sentencia de 14 de abril de 2008, rec. 245/2001 , «*es aplicable, por tanto, la reiteradísima doctrina de esta Sala que en casos similares desestima los correspondientes motivos por considerar cuestiones nuevas en casación, y por tanto inadmisibles, aquellas que, pudiendo haber sido planteadas en apelación, no lo fueron* (SSTS 16-3-04, 1-4-04, 26-11-04, 31-1-05, 15-3-06, 19-4-06, 30-6-06, 21-5-07 y 12-6-07 *por citar solamente algunas de las más recientes*)» , y ello porque, según recuerda la más reciente Sentencia de 17 de diciembre de 2008, rec. 471/2002 «*no cabe ahora per saltum, pretender que se resuelva en casación*» lo que debió plantearse en apelación, y que, precisamente por no impugnarse en el momento procesal oportuno, es cuestión que devino firme en la primera instancia y que no cabe revisar en esta sede, en cuanto la casación procede contra la sentencia de la Audiencia y no contra la del Juzgado. En el mismo sentido, Sentencias de 8 de mayo de 2008, rec. 342/2001 y 26 de septiembre de 2008, rec. 1711/2002 .

TERCERO .- El segundo motivo, como los restantes, encuentra apoyo procesal en el cuarto *ordinal del artículo 1692 de la LEC* , y en él se denuncia la vulneración de los *artículos 392 a 406 y 1375 a 1391, todos ellos del Código Civil* , que entiende la parte recurrente, han sido inaplicados por la Audiencia al apartarse, en cuanto al destino y administración de la mitad perteneciente al matrimonio formado por Don Esteban y su esposa Doña Cristina , tía y causante del codemandado, Don Jose Pedro , del régimen legal aplicable. A juicio de la parte, la administración de los referidos bienes debía regirse necesariamente por las normas que regulan la sociedad de gananciales -considerando su aplicación, no sólo vigente el matrimonio, sino también después del fallecimiento de los citados cónyuges- o, en todo caso, por las de la comunidad romana, cuya aplicación resulta imperativa para los comuneros y para el Juzgador cuando, como es el caso, no se ha pactado otra cosa, no resultando procedente que la sentencia prescindiera del régimen resultante de dicha normativa, sustituyéndolo por unas normas que exceden de lo pedido por las partes, y que, por contravenir normas de derecho necesario, debe considerarse nulo de pleno derecho.

El motivo se encuentra abocado al fracaso.

En primer lugar, la parte recurrente incurre en el defecto de sustentar un motivo de casación en preceptos heterogéneos, referentes a materias y cuestiones tan diversas como el régimen jurídico aplicable a la comunidad de bienes de tipo romano (*artículos 392 a 406 del Código Civil*), y la administración de la sociedad legal de gananciales (1375 a 1391 del Código Civil), limitándose además a citar las normas reguladoras de dichas materias en su conjunto, sin mayor aclaración, y por ende, sin especificar la concreta vulneración normativa que se imputa a la Sala de apelación, lo que choca abiertamente con la exigencia de claridad y precisión en la formulación del recurso de casación, siendo el incumplimiento de este deber causa de inadmisión, apreciable en este momento como de desestimación.

Como recuerda la Sentencia de 11 de julio de 2007 , «*son innumerables las sentencias y los autos de inadmisión dictados por esta Sala que, amén de recordar una y otra vez que el escrito de interposición de un recurso de casación exigía una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente, muy diferente en suma de la de un mero escrito de alegaciones, rechazaban la mezcla, en un mismo motivo, de cuestiones de hecho y de derecho, o sustantivas y procesales o, también, jurídicas pero heterogéneas entre sí; la desconexión entre el enunciado del motivo y su desarrollo argumental; la falta de identificación de la norma o jurisprudencia infringidas, su identificación insuficiente o la ausencia de una fundada relación entre la norma o sentencias citadas y la cuestión planteada; los intentos de buscar una tercera instancia, con nueva valoración conjunta de la prueba por esta Sala, por el método de citar cualesquiera normas o sentencias con alguna relación, por remota que fuera, con las cuestiones litigiosas; y desde luego, en fin, como por demás se hacía ya desde antes de la reforma de 1992, las cuestiones nuevas, entendiendo por tales tanto las no planteadas en los escritos rectores del pleito como las no suscitadas en apelación pudiendo haberlo hecho, sin que la posibilidad de examen de oficio de una determinada cuestión por esta Sala, en virtud de su carácter de orden público, autorizara sin más a las partes litigantes a traer a casación por vez primera una cuestión omitida en las instancias*» , encontrándose el fundamento normativo del rechazo de todas esas formulaciones defectuosas, en el *art. 1710.1-2ª, 3ª y 4ª de la LEC de 1881* , por inobservancia del *art. 1707 de la misma ley* , que exigía la cita de las normas o jurisprudencia infringidas pero asimismo, implícitamente, la claridad y precisión tanto en esa cita como en los razonamientos sobre la pertinencia y fundamentación del recurso igualmente exigidos por tal precepto, bien por falta de relación de las normas citadas con las cuestiones debatidas, bien por manifiesta falta de fundamento. Como también señala la referida Sentencia, «... la apreciación de esas causas de inadmisión en sentencia se traducía en la desestimación del recurso o de los motivos que adolecieran de las mismas...». Y de modo más concreto, en cuanto a la imposibilidad de sustentar un motivo casacional en preceptos heterogéneos o excesivamente genéricos, la Sentencia de 21 de abril de 2008 señala que «*Esta Sala ha reiterado en numerosas sentencias que forman una consolidada jurisprudencia, que no cabe en casación la cita heterogénea de preceptos: sentencias de 25 de enero de 2000, 19 de abril de 2002, 3 de febrero de 2005, 9 de mayo de 2006, 20 de septiembre de 2007 ; ni tampoco la cita de preceptos genéricos y amplios: sentencias de 23 de febrero de 2006 y 25 de mayo de 2006, 6 de marzo de 2007, 20 de junio de 2007 ; ni, mucho menos, ambas cosas*» .

En segundo lugar, también aquí resulta aplicable lo dicho sobre la imposibilidad de suscitar cuestiones novedosas en casación, teniéndose por tales las que, como aquí acontece, por referirse a pronunciamientos de la sentencia de Primera instancia, podían haber sido planteadas a su debido tiempo en fase de apelación. En efecto, del tenor literal del escrito de interposición resulta que en el presente motivo la impugnación se contrae a lo dicho por la sentencia de Primera Instancia en el Fundamento de derecho Quinto, apartado c), toda vez que, en su opinión, las normas en las que se ampara la sentencia para regular la administración de las rentas pertenecientes a la sociedad de gananciales en su día vigente entre Don Esteban y su esposa, Doña Cristina , contravienen las normas legalmente previstas. Pues bien, pese a ser

una cuestión ya apreciable al tiempo de recurrir en apelación, la simple lectura de la diligencia de vista y de los fundamentos de la sentencia de apelación es suficiente para apreciar que el tema que ahora se suscita -esto es, la discrepancia en cuanto a lo resuelto por el Juzgado en el susodicho apartado c) del fundamento quinto, respecto del modo en que debía regularse el destino y administración de la mitad perteneciente al matrimonio formado por Don Esteban y su esposa Doña Cristina -, no integró la materia que se sometió al debate en apelación, lo que, se reitera, implica la firmeza del pronunciamiento del Juzgado e impide plantear su revisión " *per saltum* " en esta sede.

CUARTO .- El tercer motivo, también por el cauce del *ordinal 4º del artículo 1692 de la LEC* , denuncia que la obligación de rendir cuentas fue cumplida con la remisión del estadillo detallado de las mismas por medio de contestación al requerimiento notarial que las actoras le remitieron con fecha 9 de febrero de 1998, inaplicando la sentencia impugnada lo dispuesto en el *artículo 1156 del Código Civil* , según el cual, toda obligación se extingue por su cumplimiento.

El motivo decae, no sólo porque se funda en la vulneración del *artículo 1156 del Código Civil* , precepto excesivamente genérico, y por tanto, inhábil para fundar por sí solo un motivo de casación (según, por todas, la Sentencia de 22 de enero de 2008 -y las que en ella se citan-, la cita de preceptos genéricos resulta incompatible con la exigencia de precisión implícita en el *artículo 1707 de la Ley Procesal*), sino también porque, como recuerda la Sentencia de 3 de diciembre de 2008, rec. 2925/2003, con cita de la de 4 de marzo de ese mismo año y las que en ella se mencionan, «*la declaración sobre cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales constituye en casación una cuestión de hecho y, como tal, está reservada a los Tribunales de instancia mientras no se combata adecuadamente la valoración de la prueba*» , lo que no se ha hecho. En el fundamento Quinto de la sentencia de la Audiencia consta con claridad que la remisión de los estadillos no satisfizo a las actoras, quienes expresaron su disconformidad, situación fáctica que la Audiencia valora en el sentido de no tener por cumplida la obligación de rendir cuentas, y al mismo tiempo, como justificación suficiente para permitir que las demandantes pudieran solicitar y obtener judicialmente la rendición de cuentas a la que tenían derecho tras disolverse la situación de condominio. Por lo expuesto, resulta casacionalmente irrelevante la invocación como vulnerado del *artículo 1156 C.C.* , que contempla el cumplimiento de las obligaciones como causa de extinción de las mismas, pues no está permitido sustentar un motivo en un precepto cuya infracción sólo sería posible desde una contemplación de los hechos distinta a la que refleja la sentencia, incurriéndose, al hacerlo, en el vicio o defecto casacional, de "hacer supuesto de la cuestión" o "petición de principio" que ha sido rechazado en innumerables ocasiones por esta Sala por exceder de lo que ha de entenderse por objeto de la casación, es decir, control de la norma aplicada por los tribunales, no tercera instancia judicial (por todas, Sentencias de 28 de noviembre de 2007 y 10 de diciembre de 2008).

QUINTO .- El cuarto y último motivo de este recurso, por el mismo cauce que los dos anteriores, invoca la infracción del *artículo 523 de la LEC* , por inaplicación del mismo, sobre la base de que las costas de la demanda dirigida contra Doña Bárbara debieron imponerse a las actoras, como consecuencia de que fueran rechazadas las pretensiones formuladas contra aquella, señalando además, y con respecto a las costas de la demanda contra el otro codemandado, Jose Pedro , que debía haberse diferenciado entre las ligadas a la acción de impugnación de la partición, que por ser desestimada debían imponerse a la parte demandante, y la acción de rendición de cuentas, respecto de la cual, la condena es igualmente improcedente por ser una pretensión temeraria e inútil.

El motivo fenece.

Nuevamente incurre la parte recurrente en el error -que es una constante a lo largo de su recurso- de suscitar " *per saltum* " en esta sede una cuestión que, por conocida y ser predicable de la sentencia del primer grado, debió plantearse oportunamente en segunda instancia, y que, precisamente por no suscitarse a su debido tiempo, devino firme en la primera instancia, sin posibilidad de revisión en casación. Como refiere en un supuesto similar la Sentencia de 30 de abril de 2008, rec. 936/2001, con cita de la de 26 de marzo de 2001 , si la parte recurrente consideraba no ajustada a derecho la imposición de las costas de la Primera Instancia debió impugnar expresamente este pronunciamiento en apelación, lo que sin embargo no hizo, sin que existan dudas al respecto de que esta cuestión quedó fuera del objeto debatido en segunda instancia puesto que, como se dijo " *ut supra* " , la Audiencia lo excluye expresamente de las cuestiones suscitadas por la apelante que después fueron expresamente dilucidadas por la Sala de instancia (fundamento primero) y no menciona nada al respecto en el concreto fundamento (sexto) que la sentencia recurrida dedica a las costas (que por ello se limita a razonar la imposición de las causadas en apelación " *ex* " *art. 710 LEC 1881*), no apareciendo tampoco ninguna referencia a esta cuestión en la diligencia de vista ni solicitud de aclaración por parte de la apelante sobre este punto, ni reproche en casación por falta de motivación de la sentencia que se recurre.

RECURSO DE CASACIÓN DE Doña Ángeles y Doña Lucía .

SEXTO .- El recurso de las actoras se articula igualmente en cuatro motivos, todos ellos al amparo del *ordinal 4º del artículo 1692 de la LEC* . Razones de coherencia exigen analizar en primer lugar la vulneración que se denuncia en el motivo segundo, que se refiere a la incongruencia de la sentencia por contravenir lo dispuesto en el *artículo 359 de la LEC* .

En síntesis, se reprocha a la sentencia no ser clara, precisa y congruente con lo solicitado, y no decidir todos los puntos litigiosos objeto de debate, en la medida en que "nada dice la sentencia recurrida en cuanto a la forma en que se llevará a cabo la rendición de cuentas y cómo y quién hará la división entre los comuneros", tal y como se había solicitado expresamente en el suplico de la demanda, ni sobre "cómo se hará esa liquidación, quién la hará y cómo la hará". En suma, se afirma que es incongruente por no decidir, conforme a lo pedido en el suplico de la demanda, si en ejecución de sentencia debe designarse a una persona para que el demandado le rinda cuenta detallada y justificada de todas las rentas y gastos producidos por los inmuebles desde el 25 de julio de 1992 y si se le condena a poner a su disposición el importe total resultante, al objeto de su depósito bancario a favor de la Comunidad para, posteriormente, hacer la división entre las dos partes".

El motivo se desestima.

Es doctrina constante, de la que son ejemplo las Sentencias de 11 de abril de 1990, 21 de marzo de 2000, 18 de septiembre de 2003 , que la incongruencia, en cuanto defecto de la sentencia por vulneración de un precepto de índole procesal como el *artículo 359 LEC 1881*, no puede aducirse por el cauce del *nº 4º del art. 1692 LEC 1881*, sino por el *nº 3º* de dicho precepto.

Y si en aras a garantizar la tutela judicial efectiva lo anterior no bastara para desestimar el motivo, constituye suficiente razón para ello el que se plantee en casación de forma novedosa un defecto de incongruencia que, de concurrir, estaría ya presente y sería conocido y predicable de la sentencia del juzgado -toda vez que en este concreto punto la Sala de apelación no hace más que confirmar los pronunciamientos del órgano a quo-, pese a lo cual no se combatió en segunda instancia.

SEPTIMO .- Por vía del *ordinal cuarto del artículo 1692 LEC* , el primer motivo del recurso de las actoras-apelantes se sustenta en la infracción, por interpretación errónea, del *artículo 392 del Código Civil* , en relación con los *artículos 400 y 406* del mismo cuerpo legal, así como en la infracción de la jurisprudencia de esta Sala aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. Dos son los argumentos que se desarrollan en el presente motivo para justificar las infracciones alegadas:

1) En primer lugar, se reprocha a la Sala de apelación no haber entrado a examinar la posible nulidad de la partición hecha por el contador partidor dativo (sobre la base de que el auto que definitivamente aprobaba aquella no tenía valor de cosa juzgada y no vedaba la impugnación). Pese a que la Audiencia justificó la omisión al respecto indicando como únicas pretensiones esgrimidas por las demandantes las acciones de división de cosa común y de rendición de cuentas, estas defienden, por el contrario, que, si no de forma explícita, al menos implícitamente la demanda también contenía la pretensión de nulidad de la partición efectuada por el citado contador y luego judicialmente aprobada, pues sólo anulando la división practicada tienen razón de ser y encuentran explicación las peticiones del suplico, señalando también, en apoyo de esta postura, por un lado, que la propia parte demandada vino a reconocer en el escrito de contestación el ejercicio de dicha acción anulatoria de la partición (siendo relevante a la hora de integrar el objeto de la litis, no sólo lo que se alega en la demanda sino también lo que se argumenta en la contestación), y, por otro, que la Sentencia del Juzgado refleja ese mismo parecer en su fundamento jurídico cuarto, al señalar literalmente: "...cabe advertir que las demandantes ejercitan dicha pretensión sobre la base de entender nula la división practicada por el contador partidor dativo en el expediente seguido al efecto y después aprobada judicialmente, y ello por dos motivos: por estimar que se debió proceder por virtud de la remisión del *artículo 406 del Código Civil* a las normas sobre partición de herencias a la liquidación de los frutos, rentas e intereses, como dispone el *artículo 1063* de dicho cuerpo legal, cuestionando igualmente la forma en que se practicó la división por parte del contador partidor dativo al valorar las fincas en cuestión mediante la obtención de una media entre las valoraciones atribuidas por los dos informes periciales al efecto elaborados".

2) En segundo lugar, se aduce que existían dos comunidades de bienes distintas, cada una sobre una finca, siendo a su juicio improcedente llevar a cabo una única partición y una valoración conjunta de todos los bienes, como si de una universalidad de bienes y derechos se tratase, en contra de lo dispuesto en el *artículo 392 del Código Civil* y de la jurisprudencia de esta Sala, plasmada en las Sentencias de 30 de

julio de 1999 y 16 de febrero de 1991 , que, cuando, como es el caso, son varios los bienes en común, veda que se formen lotes según lo señalado en el *artículo 1061 C.C* , precepto, este último, aplicable únicamente a los supuestos en que existe una comunidad universal de bienes y derechos.

Ambos argumentos, que a simple vista parecen suscitar cuestiones de índole muy distinta, responden sin embargo al mismo designio: lograr una nueva partición sobre la base de considerar la parte recurrente como "contraria a derecho y a la propia fundamentación jurídica de la sentencia recurrida" la practicada por el contador, al que, más allá de la queja por la no inclusión de los frutos, rentas o intereses, se recrimina principalmente que tomara las dos fincas como una universalidad de bienes y derechos, y que las valorara conjuntamente y procediera a la formación de lotes sin respetar la esencia de la comunidad romana. Y todo ello, por entender que la decisión judicial por la que se aprobó aquella división carece de autoridad de cosa juzgada. En consecuencia, tal planteamiento evidencia que la única intención de la parte recurrente es anular la partición practicada, a cuyo fin se esfuerza en mantener, primero, que instó debidamente la pretensión impugnatoria, que habría quedado sin resolver, y, seguidamente, que la nulidad que se propugna radica en el hecho de haber procedido el contador partidor a adjudicar un inmueble en su totalidad a una de las partes, y el otro, compuesto de ocho pisos, desigualmente, tres pisos a una parte y cinco a la otra, cuando, por el contrario, lo procedente habría sido adjudicar a cada una de las dos partes de cada comunidad la mitad de cada uno de los dos inmuebles.

El motivo se desestima por las razones siguientes:

1) Dado que la tesis casacional pasa por entender verdaderamente ejercitada en el proceso la acción de nulidad de la partición precedente, en contra de lo expuesto por la Audiencia, que ciñe el debate a las acciones de división y de rendición de cuentas (desestimando la primera por ser cuestión ya resuelta, ante la plena eficacia de la división realizada por el contador partidor en expediente de jurisdicción voluntaria) se hace preciso recordar la doctrina pacífica y constante de esta Sala que, en torno a la calificación de las acciones que integran el objeto de la litis, y a la posible revisión en casación de la calificación efectuada en instancia, viene manteniendo que *«La correcta calificación de la acción verdaderamente ejercitada en un proceso (sobre la base inalterable de los hechos alegados en la demanda que son los que constituyen el soporte fáctico o «causa petendi» de la referida acción), en cuanto integrante (dicha calificación) de una estricta «quaestio iuris», es de la exclusiva competencia del órgano jurisdiccional que conoce del proceso, conforme al principio general de Derecho « da mihi factum, dabo tibi ius » (Sentencia de 30 de octubre de 1999, rec. 687/85)*. En el presente caso, se cumplen las exigencias impuestas por la doctrina para vedar la revisión casacional de la calificación efectuada por la Sala de apelación, en la medida en que ésta tipifica las pretensiones de las demandantes como acción divisoria de cosa común y de rendición de cuentas tan sólo después de analizar, además de la literalidad del suplico de la demanda y su ampliación (que como admiten las propias recurrentes no hacen alusión alguna a la nulidad o impugnación de la partición), el conjunto de hechos que aparecen mencionados como fundamento histórico de aquellas (es decir, la *causa petendi* o conjunto de datos fácticos jurídicamente relevantes que sirven de sustento a la acción), lo que, por acomodarse a la doctrina al respecto, convierte la calificación efectuada en definitiva e irrevisable a través de este recurso extraordinario. A mayor abundamiento, no es posible acoger una pretensión impugnatoria de la división, cuando tal acción no aparece explicitada con suficiente claridad en la demanda, pues ya decía la sentencia de 6 de marzo de 1945, traída a colación por la más reciente de 4 de noviembre de 2008 , rec. 511/2003, que la facultad que tienen los interesados en la partición *"para impugnarla y pedir su modificación, su nulidad o su rescisión, tiene que ajustarse, como norma procesal, a la de la necesidad de determinar en la demanda la clase de acción que se ejercite, no con fórmulas literales o nominalistas, pero sí con la claridad suficiente para que se la pueda identificar"* , y, como luego diremos con mayor amplitud, ni del suplico ni de la fundamentación fáctica y jurídica de la demanda se desprende de modo irrefutable que fuera intención de las actoras denunciar la transgresión de una norma imperativa determinante de la ineficacia radical de la partición realizada, sino, más bien, tan sólo poner de manifiesto su disconformidad con la valoración de los inmuebles y con la omisión de los productos de los mismos. Por si fuera poco lo anterior, debe añadirse que la propia Audiencia refiere (fundamento jurídico Segundo) como cuestión nueva en segunda instancia la posible nulidad de la partición.

2) Aún en la hipótesis de considerar ejercitada la acción de nulidad, ello no equivale a tener por existentes los presupuestos que permiten su estimación, siendo la decisión de la Audiencia de preservar la eficacia de la partición hecha por el contador partidor dativo, vistas las circunstancias del caso, plenamente conforme con la doctrina de esta Sala. Ello es así porque no puede obviarse que en materia de nulidad, rescisión y hasta modificación de las particiones, predomina, en general, el llamado «principio de conservación» siendo la tónica legal, acusada en el propio articulado de nuestro Código Civil, el evitar, en cuanto ello sea posible, que las particiones se anulen o rescindan, y en el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala, sostenida, entre otras, en las Sentencias de 2 julio 1904, 5 mayo 1920, 17 abril 1933, 17 abril 1943, 6 marzo 1945, 17 marzo y 5 noviembre 1955, 30 abril 1958 y 13 octubre 1960,

todas ellas mencionadas por la de 25 de febrero de 1969 . Consecuencia de ello es la interpretación restrictiva de la nulidad y la rescisión de la partición. Y dado que, según la Sentencia de 14 de mayo de 2003, rec. 2873/1997 , «*la nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código civil sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico (así, la sentencia de 13 de junio de 1992 lo dice, refiriéndose a "las mismas causas que las de los contratos")*» , sólo se producirá «*cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concorra con vicio del consentimiento o un defecto de capacidad*» , lo que no es el caso. Si la omisión de bienes (frutos, rentas e intereses) no es motivo de nulidad, tampoco el segundo de los argumentos expuestos por la parte recurrente, que incide en la tesis de la nulidad radical de la partición por ser contraria a derecho, merece una respuesta estimatoria. Ciertamente, la posibilidad de que la división de dos fincas registralmente independientes tenga lugar como una unidad, mediante la formación de lotes proporcionales a la cuota de cada condómino es cuestión nada pacífica, pues siendo un procedimiento que esta Sala ha admitido en alguna ocasión (así, la Sentencia de 27 de julio de 1994, rec. 3239/1991, que cita la de 31 octubre 1989, acepta la formación de lotes en la división de varias fincas o inmuebles indivisibles, «pero que estimados en su conjunto no lo son en cuanto pueden atribuirse de aquella manera a cada uno de los partícipes» , solución que encuentra su razón de ser en que esta Sala no impone la aplicación mecánica del *artículo 404 CC, a pesar de que el conjunto no era objeto único de copropiedad sino cada uno de los inmuebles, facilitando a la hora de materializar la división «una solución armónica con la realidad económica, evitando la subasta pública para salir de la indivisión, que se halla en la formación de lotes, siempre que no haya mucho desmerecimiento*»), también en otras ocasiones se ha seguido el criterio contrario, siendo ejemplo de esta última postura la sentencia citada por la parte recurrente, de 30 de julio de 1999, rec. 213/95 , que señala que «*las únicas formas de proceder al cese de la situación de indivisión en caso de que las cosas en proindivisión sean indivisibles son las previstas en los artículos 404 y 1062 del Código Civil , sin que proceda, en caso de ser varios, como aquí sucede, los bienes poseídos en común, la formación de lotes como dispone el artículo 1061 de citado Cuerpo legal, precepto aplicable únicamente en los supuestos en que exista una comunidad universal de bienes en que los comuneros ostentan una participación indivisa sobre la totalidad del patrimonio en común y no sobre cada uno de los bienes concretos que lo integran*» . Ahora bien, véase que la formación de lotes se proscribió para el supuesto concreto en que consta acreditado que las cosas en condominio son indivisibles, no existiendo además aceptación por los partícipes de esta forma de división material, circunstancias ajenas a las del presente caso, pues ni la indivisibilidad ha sido probada (cuestión de hecho que no procede revisar en casación) ni, esto es lo más importante, las demandantes mostraron desde un principio su oposición clara y rotunda a que les fueran adjudicados pisos o locales concretos, en pago de su cuota parte proporcional en la comunidad, pues no otra cosa se desprende de la demanda, si atendemos a que en el Fundamento V se insta a que la división de los edificios, "al ser divisibles" se lleve a cabo "mediante adjudicación de pisos o locales independientes..."

En consecuencia, y como fácilmente se observa leyendo el resto de la fundamentación jurídica, la demanda no se planteó en términos que permitan de forma inequívoca colegir que se estaba instando la nulidad de la partición por ser contraria al régimen legal aplicable en defecto de pacto, y a la jurisprudencia que se cita como infringida, sino que la intención de las demandantes no iba más allá de lograr una nueva valoración de los bienes y de que fueran incluidos los omitidos, aspectos que nada tienen que ver con la ineficacia radical de la partición por una pretendida vulneración del régimen aplicable, que es lo que ahora se postula en casación, de manera novedosa, excediendo completamente de la materia que constituyó el objeto de debate en primera instancia.

OCTAVO .- El tercer motivo, por el mismo cauce que los dos anteriores, denuncia la infracción del *artículo 399 del Código Civil* , por inaplicación, en relación con los *artículos 400, 406 y 1063* del mismo texto legal, y jurisprudencia aplicable.

Para la parte recurrente, pese a que en la demanda se pidió al amparo del *artículo 1063 C.C.* incluir en el caudal partible las rentas derivadas de la explotación de los inmuebles, y se solicitó por ello la entrega de los saldos percibidos por el demandado Don Jose Pedro , sin embargo la Audiencia había eludido su aplicación, limitándose a señalar que la omisión de algún bien no determina la nulidad de la partición sino el complemento de la misma, pero sin especificar la forma en que debía hacerse este complemento, ni la persona que debía llevarlo a efecto. Es por esta razón por lo que, para la parte recurrente, procede aplicar dicho artículo, y en base a él, condenar a Don Jose Pedro a entregar el importe total de las rentas producidas por los inmuebles al objeto de su depósito bancario, para que la persona designada en ejecución de sentencia para hacer la partición las tenga en su poder.

El motivo se desestima por las mismas razones antes apuntadas en cuanto a la verdadera materia objeto del litigio, de la que no formó parte la pretensión de completar la partición, adicionando bienes concretos que hubieran sido preteridos, y sí la de que se rindieran cuentas, y ello, porque, al no conocer las demandantes el importe a que ascendían las rentas de la explotación de los inmuebles, sólo tras la previa

rendición a cargo del que había venido percibiéndolas tras el fallecimiento del causante de aquellas podía tenerse por cierta la cantidad concreta que habría de incluirse por dicho concepto en el haber partible y liquidable, a distribuir entre los condueños con arreglo a sus respectivas cuotas partes, siendo la pretensión de rendir cuentas acogida tanto por el Juzgado como por la Audiencia en los concretos términos que resultan de su fundamentación jurídica (desde que se produjo el fallecimiento del causante de las demandantes y hasta la fecha en que se aprobó judicialmente la partición, por ser el momento en que la comunidad quedó extinguida, pasando a ser propiedad exclusiva de cada condueños los bienes adjudicados). En conclusión, lo que subyace en el motivo no es sino la denuncia de incongruencia omisiva de la sentencia por no contener pronunciamiento sobre la inclusión de las rentas de los inmuebles en el haber partible, cuando ha quedado claro que la sentencia no altera la "*causa petendi*", y se acomoda perfectamente a las pretensiones ventiladas, entre las que sí figuraba la de que se condenara al demandado a rendir cuentas, dependiendo del resultado de la misma la concreción del importe o saldo que, por tal concepto, procedía liquidar.

NOVENO .- Finalmente, resta examinar el cuarto y último motivo, basado en la vulneración, por inaplicación, del *artículo 399 en relación con el 455, ambos del Código Civil*, y jurisprudencia correspondiente a la materia, citada en el desarrollo del mismo.

El motivo se funda en que la sentencia recurrida guarda silencio en torno a la condena al pago de intereses legales que hubieran producido las rentas o los que debieran haber producido, tal y como se solicitaba en el apartado d) del suplico de la demanda.

El motivo se desestima.

Aunque la Audiencia no se pronuncia de forma expresa sobre esta cuestión, ello no determina que haya que darse una respuesta positiva al motivo. Es sobradamente conocido que la omisión de un pronunciamiento sobre una cuestión debatida supone, de ser cierta, un vicio de incongruencia "omisiva" de la Sentencia, que sólo cabe impugnar en casación por el cauce del *ordinal 3º del artículo 1692 de la LEC*, y con base en la vulneración del *artículo 359* del mismo texto legal, que debe citarse como infringido, lo que no se ha hecho, a lo que hay que añadir que, incluso salvando este defectuoso planteamiento, la sentencia no resulta incongruente, ya que, como recuerda la Sentencia de 23 de julio de 2007, el principio de la congruencia (que, en su modalidad llamada "omisiva", tiene trascendencia *constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120.3* de la Constitución y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el *artículo 24.1 de la citada Carta Magna*) exige, inexcusablemente, que la sentencia resuelva absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente, siendo, no obstante, doctrina jurisprudencial, que no hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede, razonablemente, interpretarse como desestimación implícita. Así lo ha venido señalando indefectiblemente esta Sala, tanto al albur de la normativa anterior *-artículo 359 de la LEC 1881*, aplicable en este pleito- como de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil-.

Al margen de estas razones de índole formal que impiden acoger el motivo, analizándolo desde el plano sustantivo, el motivo merece igual respuesta desestimatoria. El *artículo 455 del C.c.*, que se cita como vulnerado por inaplicación nada tiene que ver con el caso enjuiciado; dicho precepto presupone una situación fáctica de mala fe del poseedor que no ha sido acreditada en ninguna instancia, incurriéndose en el vicio de hacer supuesto de la cuestión cuando se construye artificialmente un motivo en base a tomar en consideración, como si fueran ciertos, hechos radicalmente distintos de aquellos que forman parte de la base fáctica de la sentencia recurrida. Por otra parte, el argumento principal a la hora de no acceder a la pretensión de condena al pago de intereses moratorios consiste en que la mora del deudor exige la liquidez de la deuda al tiempo de la interpelación del acreedor, requisito que falta cuando su fijación como suma de dinero concreta y determina, depende del resultado de la rendición de cuentas acordada en sentencia y a practicar en ejecución (por todas, Sentencia de 27 de marzo de 2008, recurso 420/2001), a lo que debe añadirse, como precisa la Sentencia de 8 de noviembre de 2007, rec. 3867/2000, que la corrección por parte de esta Sala de la regla clásica sobre la liquidez, *- in illiquidis non fit mora - « no alcanza el grado de vincular la condena al pago de intereses moratorios a aquellos casos en que el importe de la deuda sólo se puede liquidar como resultado de un saldo que deberá determinarse mediante una verdadera rendición de cuentas a realizar con posterioridad a la propia sentencia que lo establece »*, que es lo que acontece en este caso.

DÉCIMO .- La desestimación de ambos recursos conlleva, conforme a lo previsto en el último *párrafo del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, imponer el pago de las costas causadas en cada uno de ellos a las respectivas partes recurrentes.

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 a los recursos de casación formulados por la representación procesal de Doña Ángeles y Doña Lucía , y por la representación de Don Jose Pedro y Doña Bárbara , contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha 13 de septiembre de 2000 , que se confirma, con imposición del pago de costas causadas en cada uno de ambos recursos a las respectivas partes recurrentes.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- **Juan Antonio Xiol Ríos.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesús Corbal Fernández.-José Ramón Ferrándiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-José Almagro Nosete.**- Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Almagro Nosete** , 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.