



Roj: **SAP A 1019/2012 - ECLI:ES:APA:2012:1019**

Id Cendoj: **03065370092012100232**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Elche/Elx**

Sección: **9**

Fecha: **29/03/2012**

Nº de Recurso: **708/2011**

Nº de Resolución: **189/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANDRES MONTALBAN AVILES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE

SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE

SENTENCIA Nº 189/12

Ilmos. Sres.:

Presidente: D. José Manuel Valero Díez

Magistrado: D. Andrés Montalbán Avilés

Magistrado: D. Vicente Ballesta Bernal

En la ciudad de Elche, a veintinueve de marzo de dos mil doce.

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de División de Herencia nº 145/07, seguidos ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Orihuela (antes mixto nº 5), de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandante D. Leandro , habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador Sr/a Sánchez Pascual y dirigida por el Letrado Sr/a. Sánchez Navarro, y como apelada la parte demandada Doña María del Pilar y D Teofilo , representada por el Procurador Sr/a. Tormo Ródenas y dirigidas por los Letrados Sr/a. Maseres Cumella y Rives Fullea, respectivamente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Orihuela (antes mixto nº 5) en los referidos autos, se dictó sentencia con fecha 28/1/11 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se aprueban las operaciones divisorias de la herencia de los finados doña Florinda y D. Armando , realizadas por el Contador D. Fabio en cuaderno particional de fecha 7-11-2008 aportado a los presentes autos el día 7 de noviembre de dos mil ocho. Se imponen las costas de esta instancia al actor D. Leandro ."

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte demandante en tiempo y forma que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde quedó formado el Rollo número 708/11, tramitándose el recurso en forma legal. La parte apelante solicitó la revocación de la sentencia de instancia y la apelada su confirmación. Para la deliberación y votación se fijó el día 29/3/12.

TERCERO .- En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Andrés Montalbán Avilés.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Se recurre por el apelante el auto por el que se aprueban las operaciones particionales llevadas a cabo por el contador partidor, con la argumentación de que tratándose del bienes indivisibles lo más acertado es la atribución a los tres hermanos de cuotas iguales en los dos bienes a partir y su venta en pública subasta.

Se oponen los apelados invocando la voluntad de los testadores, expresada verbalmente, de que uno de los bienes, en concreto una casa se adjudique a María del Pilar , manteniendo la atribución de cuotas en tanto llegan a acuerdos compensatorios o a su venta en subasta con posterioridad.

Debe dejarse constancia aquí, de que la vista señalada para dirimir la oposición a las operaciones particionales, no se grabó por fallo en el sistema, según consta por diligencia del Secretario en el acta.

Consideramos que no es preciso en este supuesto acudir a la nulidad, por otra parte no solicitada, y repetición del juicio. Las posiciones de las partes están claras y su resolución no viene de la mano de la valoración de la prueba practicada en la vista, sino que se resume en aplicar criterios meramente jurídicos a las posiciones enfrentadas, de un lado el recurrente que aboga por salir inmediatamente de la indivisión y los recurridos que optan por mantenerla al menos eventualmente.

La única referencia a la prueba seria, la presunta voluntad no documentada del testador, de que una de las fincas se adjudicase preferentemente a uno de los herederos. Sin embargo tal consideración ni la tiene en cuenta el Contador Partidor, ni esta resolución.

SEGUNDO.- Dice la STS 6/6/2011 "El cargo de Contador designado en el Juicio de Testamentaria, aunque tiene un cierto aspecto de mandato, no puede confundirse con esta figura contractual desenvuelta en el campo del derecho privado, pues la naturaleza de orden público que caracteriza a este proceso donde se lleva a cabo su designación imprime carácter a la misma con la finalidad, de interés general, de poner fin a la indivisión del caudal hereditario a que el proceso conduce; y dichos Contadores, una vez designados, deben obrar con independencia y autonomía del criterio particular de las partes que contribuyeron a su nombramiento, ejerciendo una función pública no sujeta a otra norma que a las que tengan su origen en la ley, en su caso, en relación con la voluntad del testador. Tramitado correctamente el juicio de testamentaria, con citación de todos los interesados, es en dicho proceso en el que pueden y deben plantearse todas las cuestiones y problemas acordes con su finalidad y sus diversas fases, no pudiendo ir luego en el declarativo contra sus propios actos al consentir las resoluciones y acuerdos tomados en aquel. (...)

Y, efectivamente, el Contador Partidor "procurará, en todo caso, evitar la indivisión ", (arts. 786 LEC , en relación con el art. 810 de la misma Ley) y en la medida de lo posible procurará una igualdad de lotes (art. 1062 C.c .), preceptos estos últimos que aparecen presididos por el principio denominado "de igualdad cualitativa" que, a modo de orientación o recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla, persigue que en las cuotas que se fijen entren, dentro de lo posible, igual proporción de bienes de cada clase.

Ahora bien, como manifiesta la STS de 10 de febrero de 1997 : "El párrafo primero del art. 1062 del Código Civil , no contiene sino una norma que permite la atribución de un bien hereditario que resulte indivisible a uno de los coherederos abonando a los otros su exceso en dinero, pero tal precepto no obsta a la exigencia que puede hacer cualquiera de aquellos de que el bien sea vendido en pública subasta como se establece en el párrafo segundo de este art. 1062, aparte de la inaplicabilidad de aquel párrafo primero en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia; en otro caso, nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria supuesto que no es el contemplado en el art. 1062 citado". La mayoría de la doctrina apoya, sin embargo, el criterio amplio por diversos motivos, entre ellos el de tratarse del razonamiento incidental u "obiter dicta" de una sentencia aislada, a la que incluso se opondría la lejana STS de 4 de junio de 1895 ("al adjudicar los albaceas a uno solo de los herederos la casa fábrica de cerveza, que constituía más de la mitad del haber hereditario, no infringieron el art. 1061 del Código Civil , porque en este caso la igualdad posible de la partición de la herencia aconsejaba que se adjudicara a uno solo, con obligación de abonar a los otros coherederos la parte del precio correspondiente al valor total que por todos se ha tenido como justo, pues el repetido inmueble era por su naturaleza indivisible, y no se contrariaba tampoco el principio de la igualdad posible en la adjudicación en común, ya por su índole, ya por su falta de armonía entre los herederos"), para no hablar de la de 16 de febrero de 1998 (en sede de liquidación de gananciales, aunque aquí la ex esposa impugnantante había interesado anteriormente la adjudicación con la compensación).

El T.S. tiene dicho con absoluta reiteración que el artículo 1061 del C.c ., tiene un carácter orientativo u orientador (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991), esto es, se trata de un precepto de índole mas facultativa que imperativa (SSTS 28 de mayo de 1992 y 15 de marzo de 1995) porque, ni la igualdad ha de ser absoluta o matemática, ni siempre es posible que los lotes se compongan de cosas de la misma naturaleza, especie o calidad; bastará, por tanto, que la partición esté presidida por un criterio de estricta equidad y de observancia de una equitativa ponderación. Habrá de procurar, por tanto, la posible igualdad de lotes (artículos



1061 del C.c.), si bien en la medida en que sea posible, como quiera que también ha de procurarse "evitar la indivisión" (aplicable al presente procedimiento por así disponerlo el artículo 810.5 del mismo texto legal-LEC); y cuando el bien sea indivisible, como un piso, cabe la adjudicación en proindiviso, y, si ello no fuera posible, proceder a tenor de lo dispuesto en el art. 1062 del Código Civil a la venta en pública subasta del bien indivisible.

Así pues, el principio al que se ha de ajustar la partición de la herencia es el de tratar de conseguir la igualdad, de manera que los contadores han de procurar cumplirla en lo posible teniendo en cuenta las circunstancias del caso como es la calidad, valor de los bienes y su posible división (SSTS de 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 30 de noviembre de 1988, 31 de octubre de 1989 y 28 de mayo de 1992), todo ello con la finalidad de alcanzar la mayor objetividad en la división. Para ello se apunta en el precepto a la posibilidad de formar lotes de bienes que pueden ser atribuidos a uno u otro propietario a partir de un sorteo, o a asignar a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie. La jurisprudencia interpreta que el Código sienta el principio de homogeneidad de los lotes a adjudicar a cada heredero en la medida de lo posible, a tenor de las circunstancias de hecho de cada caso, no una igualdad de tipo matemático y absoluto o cuantitativa sino cualitativa y con carácter potestativo o facultativo y no imperativo (SSTS de 16 de junio de 1902, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo y 13 de junio de 1992, 23 de junio de 1998).

En efecto, como se sabe, los artículos 1061 y 1062 del C.c. están presididos por el principio denominado "de igualdad cualitativa", con arreglo al cual en las cuotas que se fijan deben entrar, dentro de lo posible, igual proporción de bienes de cada clase, teniendo su fundamento en que el derecho de cada heredero, cuando la herencia se halla en indivisión, se proyecta sobre la herencia en su conjunto y lógicamente también sobre cada uno de los bienes que la integran. Ocurre que a veces esa igualdad no puede cumplirse con plenitud, bien por la índole de los bienes, bien porque fueran desiguales las cuotas de los herederos, y de ahí que el art. 1061 hable de la "posible igualdad", mas siempre habrá de propenderse a lograrla y así lo reconoce el TS en su ya lejana sentencia de 14 de junio de 1957 cuando refiere que "la partición debe estar presidida por un criterio de estricta equidad, lo que tanto equivale a la posible igualdad que en su texto (art. 1061 C.c.) se indica, a fin de que los coherederos, por un lado, reciban cosas de la misma naturaleza, calidad y especie, y, por otro, queden gravados con igual daño, peligro o incertidumbre en las deudas".

Como criterios orientativos, dice el art. 786.1 LEC/2000 que se procurará evitar la indivisión así como la excesiva división de las fincas, mas cuando la división pueda acarrear resultados antieconómicos, se autoriza (art. 1061.1 C.c.) que se adjudique a uno a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, posibilidad ésta que, sin embargo, no es posible cuando uno de los herederos se opone y solicita su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, con lo que se pretende que el heredero mas fuerte económicamente no imponga su criterio a los demás y, de paso, se pueda obtener un mayor precio del bien, salvaguardando así el principio de igualdad porque a la postre se repartiría el dinero obtenido con la venta.

La partición no excluye que pueda llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio por cuotas proindivisas de la exclusiva titularidad de cada adjudicatario (STS de 20 de febrero de 1984 y 20 de octubre de 1992), decisión que ha de estar justificada pues no ha de ser esta la regla general, ni cumpliría la partición su finalidad de salir de la indivisión motivando un semillero de pleitos si, injustificadamente, se limitasen las operaciones a repartir, cuando la ley busca evitar, en la medida de lo posible, tanto el fraccionamiento en cuotas proindivisas como la excesiva división, estando justificada la indivisión en la necesidad de mantener la igualdad entre los herederos, como es el caso. A lo que hay que añadir que existe otra propietaria de las fincas. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1991 dice que cuando el objeto de condominio o del haber partible hereditario lo constituyen varios inmuebles físicamente individualizados e independientes, como ocurre en el caso presente, y se trata de poner fin a la situación de indivisión en que se hallan, cada condómino o coheredero tiene derecho a que la cuota ideal o abstracta que hasta ahora le correspondía en cada uno de dichos bienes se traduzca en una porción material y concreta de cada uno de ellos, si los mismos son divisibles, y si no lo son, y uno de los condueños se opone a que dichos bienes, o alguno de ellos, sean adjudicados en pleno dominio al otro, cual aquí ocurre, tiene derecho a pedir y obtener que los referidos bienes sean vendidos en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, y se reparta entre ellos su precio, conforme establecen expresamente los artículos 404 y 1062 del código Civil, tesis que, en definitiva, es coherente con la Sentencia de 8 de octubre de 1991, siempre del Tribunal Supremo, en la que se vino a considerar que la venta en pública subasta es la solución legal para el caso de falta de convenio entre los partícipes para la adjudicación de la cosa común; criterio que, además, fue el seguido también en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1989. Subasta que podrá solicitarse en el momento en que se solicite la acción de división del condominio a todos los propietarios, incluida la propietaria de la otra mitad indivisa. La Sala por tanto, con estimación del recurso en este punto, considera que es esta la solución que se impone" (SAP Madrid 6/6/2011).



TERCERO.- En nuestro supuesto la herencia está compuesta por una vivienda y un solar, bienes ambos indivisibles a repartir entre tres hermanos. En esta tesitura, el contador partidor ha optado por atribuir a la hermana en la casa una cuota mayoritaria en la misma (75%) y a los otros dos un 12,5% mientras que el otro bien la finca se les atribuye por partes iguales a los otros dos hermanos. Utiliza el partidor criterios de colindancia y ubicación de los bienes teniendo en cuenta atribuciones patrimoniales anteriores.

Las razones del contador partidor son estimables en cuanto, con respecto a una de las fincas, la rustica, pretende adjudicársela a los herederos con propiedades colindantes y la casa a la heredera en cuya finca está enclavada.

La partición realizada mitiga la indivisión y en este sentido, sigue el criterio legal de evitar la excesiva división. Esto es así por cuanto uno de los dos bienes, se atribuye exclusivamente a dos hermanos y en el otro se le adjudica una cuota claramente mayoritaria a la hermana.

En este sentido no existe motivo para modificar dicha adjudicación, por considerarla acertada, tanto desde un punto de vista económico, al permitir concentrar la propiedad, como desde la perspectiva de que los coherederos pudieran llegar a acuerdos compensatorios.

Ello no obstante las razones del recurrente son estimables. La partición realizada perpetua la indivisión entre quienes, no solamente no han sido capaces de partir de forma voluntaria, sino que han sostenido diversos litigios sobre la herencia. La perpetuación de la situación de indivisión acordada en la instancia, es contraria a la doctrina expuesta y al artículo 786 de la L.E.C , que dispone que el contador procurara evitar la indivisión , norma de aplicación en base al artículo 810-5 de la L.E.C .

El recurrente, invocando el artículo 1062 del CC , ha solicitado insistentemente la venta de los bienes en pública subasta, por considerarla la única solución posible para salir de la indivisión. Le asiste la razón, a falta de caudal hereditario que hubiese permitido establecer compensaciones frente a adjudicaciones de bienes en su integridad, es claro que la partición de dos bienes indivisibles, naturaleza esta no controvertida, no es posible sino por adjudicación de cuotas y subsiguiente venta en pública subasta, posibilidad ésta para la que en definitiva la Ley habilita a cualquiera de ellos a fin de no perpetuar la indivisión, art. 404 CC .

La solución viene efectivamente de la mano del artículo 1062 y en el supuesto de lo prevenido en el segundo párrafo, debiendo los bienes venderse en pública subasta, distribuyéndose el importe con arreglo a las cuotas de participación en cada uno de ellos.

En cuanto al pretendido cese del contador partidor, resulta innecesario. Realizadas las operaciones particionales su cometido está terminado y no es necesario cesarlo.

CUARTO.- Al ser estimado parcialmente el recurso, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español;

FALLAMOS.-

Estimando en parte el recurso interpuesto por D. Leandro contra la Sentencia de fecha 28 de enero de 2001 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Orihuela (antes mixto nº 5), confirmamos las operaciones particionales por atribución de cuotas, llevada a cabo por el contador partidor de los bienes de la herencia, la cual se llevara a efecto, si antes no llegaran a un acuerdo todos los herederos interesados en el procedimiento, mediante la venta en pública subasta de las citadas fincas, con admisión de licitadores extraños, para repartir entre todos los herederos el precio obtenido, en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias en cada uno de los bienes. Todo ello sin expresa imposición de las costas a ninguna de las partes, en ninguna de las instancias.

Con devolución del depósito constituido.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Contra la presente resolución, cabe, en su caso, recurso en los supuestos y términos previstos en los Capítulos IV y V del Título IV del Libro II y Disposición final 16ª de la LEC 1/2000 .

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ 6/1985, según redacción dada por la LO 1/2009, para interponer contra la presente resolución recurso extraordinario por infracción procesal



(concepto 04) y/o de casación (concepto 06), artículos 471 y 481 de la LEC , deberá consignarse en la "Cuenta de Depósitos y consignaciones" de este Tribunal nº 3575 al tiempo de interponer el recurso, la cantidad de 50 euros por cada recurso, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite; y ello sin perjuicio del pago de la tasa por actos procesales, cuando proceda.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Ponente, estando la Sala reunida en audiencia pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ