



Roj: **SAP TF 464/2013 - ECLI:ES:APTF:2013:464**

Id Cendoj: **38038370032013100105**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **3**

Fecha: **06/02/2013**

Nº de Recurso: **840/2012**

Nº de Resolución: **60/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CONCEPCION MACARENA GONZALEZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Ilmas. Sras.

Presidenta por sustitución:

D^a. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO (Ponente)

Magistradas:

D^a. M^a DEL CARMEN PADILLA MÁRQUEZ

D^a. MARÍA LUISA SÁNTOS SÁNCHEZ

En Santa Cruz de Tenerife, a seis de febrero de dos mil trece.

Visto por las Ilmas. Sras. Magistradas arriba expresadas, en grado de apelación, el recurso interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Icod de los Vinos, en autos de División Judicial de Patrimonio nº 217/2008, seguidos a instancias de la Procuradora D^a. Alicia Saenz Ramos, bajo la dirección del Letrado D. José Santiago González Dorta en nombre y representación de D^a. Genoveva , contra D. Ruperto , D. Urbano , D. Maite , D. Carlos Jesús , D. Jesús Manuel , D. Pedro Miguel , D. Pura , D. Sofía Y D. Marí Luz , representado por el Procurador D. Gustavo Magec Luis Ojeda, bajo la dirección de el Letrado D. Carlos Otero González; han pronunciado, en nombre de S.M. el Rey, la presente Sentencia, siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO, Magistrada de esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con base en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos y por el referido Juzgado se dictó Sentencia de fecha diez de julio de dos mil doce , cuya parte dispositiva, -literalmente copiada-, dice así: " Desestimar la oposición realizada por el procurador D. Alicia Saenz Ramos en nombre y representación de D. Genoveva debiendo aprobar las operaciones divisorias, y mandando protocolizarlas. Con imposición de costas a la parte demandante."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandante; tramitándose conforme a lo previsto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , presentando escrito de oposición la parte contraria, y remitiéndose con posterioridad los autos a esta Audiencia Provincial, con emplazamiento de las partes por término de diez días.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección Tercera se acordó formar el correspondiente Rollo, y se designó como Ponente a la Ilma. Sra. Magistrada D^a. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO; personándose oportunamente la parte apelante por medio de la Procuradora D^a. Alicia Sáenz Ramos, bajo la dirección del Letrado D. José Santiago González Dorta, la parte apelada se personó por medio del Procurador D. Gustavo Magec Luis Ojeda, bajo la dirección del Letrado D. Carlos Otero González; señalándose para votación y fallo el día cuatro de febrero del año en curso.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que resolviendo el incidente de oposición al cuaderno particional formulado por el contador partidor nombrado en las actuaciones, lo desestima y acuerda la aprobación del mismo, se alza el recurso de D. Genoveva , alegando infracción de lo dispuesto en el artículo 1.062 del Código Civil , recurso al que se oponen de contrario pidiendo la desestimación del mismo.

SEGUNDO.- Tal y como consta acreditado, por la hoy recurrente se instó demanda en división de herencia tanto del padre como de la madre dirigiendo la demanda contra sus cuatro hermanos, dos de ellos fallecidos y representados por sus descendientes, y después de practicarse inventario, quedó formado por un único bien constituido por un solar en el que se halla una edificación cuya obra nueva no está declarada, de forma que nombrado perito tasador, fue peritada y en base a ello, el contador partidor nombrado procedió a la determinación del lote que correspondía a cada uno de los herederos y habida cuenta que la vivienda está ocupada en los últimos años por un hijo de la recurrente, se determinó que se adjudicara a la misma con la obligación de compensar en metálico a los demás herederos, solución que no aceptó la recurrente al manifestar que no dispone de metálico para pagar las referidas compensaciones. Abierto el acto del juicio verbal al que se citó a las partes en virtud de lo dispuesto en el artículo 787 de la LEC , se opusieron de contrario alegando que esa adjudicación había sido pedida por la hoy recurrente y que era lo mas consecuente por haber venido ocupando la referida vivienda.

TERCERO.- El artículo 1061 del Código Civil dispone que en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad y especie, disponiendo a su vez el artículo 1.062 que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero basta que uno de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños para que se haga.

En este caso, el caudal hereditario está compuesto por un solo bien que es indivisible, sin que exista otro bien en la herencia, de manera que la división propuesta por el contador partidor sería adecuada si la parte a la que se adjudica el bien así lo acepta pero constado que esa no es su voluntad, no puede aprobarse el mismo, debiendo en consecuencia, adjudicar el referido bien a los herederos para ser vendido en pública subasta, con participación incluso de licitadores extraños, sin que puedan acogerse las manifestaciones de la parte apelada, pues como ha señalado la STS de 10 de febrero de 1997 , "el artículo 1.062 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 ellos de que el bien sea vendido en pública subasta como establece el párrafo 2º del artículo 1.062, aparte de la inaplicabilidad de aquel párrafo 1º en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible, habida cuenta de que el dinero con el que se ha de pagar 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 artículo 1.062 citado".

De modo que no existiendo dinero en el caudal hereditario, el contador podía adjudicar para evitar el proindiviso el bien en la forma impugnada pero siempre que ninguno de los herederos se oponga a ello, pues en otro caso, mantener la adjudicación determinada por el contador partidor supondría, en este caso, la obligación de la adjudicataria de la vivienda de pagar en metálico, con dinero ajeno al caudal hereditario, las cuotas a cada uno de los herederos restantes, con la consiguiente imposición de una carga económica no aceptada por ella, a lo que la recurrente no ha mostrado su aceptación.

Por lo tanto, procede la estimación del recurso y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.062 del Código Civil , revocar la resolución recurrida en el sentido pretendido por el recurrente.

CUARTO.- No se efectúa expresa imposición de las costas de la primera instancia ni de las de esta alzada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394 y 398 de la LEC .

FALLO

Se estima el recurso de apelación formulado por la representación de D^a. Genoveva , D. Pedro Miguel y D^a. Pura .

Se revoca la sentencia dictada en la primera instancia, acordándose la modificación del cuaderno particional en el sentido de que el único bien que forma el caudal de la herencia sea adjudicado a todos los herederos de forma indivisa, sacándose el bien a pública subasta, incluso con participación de licitadores extraños, sin efectuar expresa imposición de las costas de la primera instancia.



No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada.

Procede la devolución del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino previsto en la disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Esta resolución es firme, devuélvanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con testimonio de esta, para su ejecución y cumplimiento, a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Publicada ha sido la anterior sentencia por las Ilmas. Sras. que la firman y, leída ante mí por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Secretaria de Sala, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ