



Roj: **SAP M 7761/2013 - ECLI:ES:APM:2013:7761**

Id Cendoj: **28079370252013100190**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **25**

Fecha: **26/04/2013**

Nº de Recurso: **726/2012**

Nº de Resolución: **198/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 25**

**MADRID**

**SENTENCIA: 00198/2013**

**Fecha:** 26 DE ABRIL DE 2013

**Rollo:** RECURSO DE APELACION 726/2012

**Ponente:** ILMO. SR. D. FERNANDO DELGADO RODRÍGUEZ

**Apelantes:** D. Silvio y D. Pedro Enrique

PROCURADOR: D. JACOBO DE GANDARILLAS MARTOS

**Apelados:** D. Fernando , D<sup>a</sup> Leticia , D. Mariano y D. Valeriano

PROCURADOR: D. RAFAEL NÚÑEZ PAGÁN

**Autos:** 1085/2004 DIVISIÓN DE HERENCIA

**Procedencia:** JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N<sup>o</sup>. 33 DE MADRID

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FERNANDO DELGADO RODRÍGUEZ

D. ÁNGEL LUIS SOBRINO BLANCO

D. CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO

En Madrid, a veintiséis de abril de dos mil trece.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección 25<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de MADRID, los autos de DIVISION HERENCIA 1085/2004, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 33 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 726 /2012, en los que aparece como parte apelante: D. Pedro Enrique y D. Silvio , representado por el Procurador D. JACOBO GANDARILLAS MARTOS, y como apelados: D. Fernando , D<sup>a</sup> Leticia , D. Mariano y D. Valeriano , representados por el Procurador D. RAFAEL NUÑEZ PAGAN, sobre división de la herencia, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO DELGADO RODRÍGUEZ.

## **HECHOS**

**PRIMERO** .- Que los autos originales núm. 1085/2004 procedentes del Juzgado de Primera Instancia Núm. 33 de Madrid fueron remitidos a esta Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en las Normas de Reparto aprobadas por la Sala de Gobierno del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de Madrid.



**SEGUNDO** .- Que por la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Teresa de la Asunción Rodríguez, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Madrid se dictó Auto con fecha 2 de marzo de 2012 , que debía tener forma de sentencia, cuya PARTE DISPOSITIVA es del tenor literal siguiente: "APRUEBO la propuesta de operaciones particionales presentada por D. Jesús Carlos en fecha 1 de febrero de 2012 y en su virtud acuerdo que los bienes y las adjudicaciones serán las siguientes:

1º) LOTE DE BIENES INMUEBLES.- Urbana: Edificio en manzana cerrada de una planta sobre rasante, sita en la calleja de DIRECCION000 , CALLE000 nº NUM000 , en el municipio de San Marcial, provincia de Zamora. Dicho inmueble consta de un dormitorio, aseo, cocina, cuarto de estar, cobertizo para garaje, local para leñera, trastero y loca para merendero. Sobre el huerto existe un depósito de agua, disponiendo de dos pozos para suministro de agua. Tiene una superficie de parcela para 688,34 metros aproximadamente y una superficie construida sobre parcela de 363,10 metros, correspondiendo a la vivienda una superficie de 120,80 m2. Dicha finca fue adquirida por los causantes siendo constante el matrimonio, dicha finca carece de inscripción registral. Se encuentra libre de inquilinos, siendo su referencia catastral es NUM001 .-VALOR EFECTIVO: 41.000 EUROS. 2º.- BIENES INMUEBLES DE NATURALEZA RUSTICA FINCAS RUSTICAS INVENTARIADAS SITAS EN EL TERMINO MUNICIPAL DE MALILLOS: 1º Finca rústica destinada a pastos, polígono NUM002 , parcela NUM003 , con una cabida de 36 áreas y 40 centiáreas, linda al norte con Samuel , al sur con Belen , al este con Casimiro y al oeste con camino comunal. SE VALORA EN 656 EUROS

2º Finca rústica destinada a prado cerrado a piedra, al sitio de Las Cañadas, polígono NUM004 , parcela NUM005 y NUM006 , con una cabida de 27 áreas, linda al norte con Evelio , al sur con Mario , al este con Jose Antonio y al oeste con camino comunal. SE VALORA EN 886 EUROS. 3º Finca rústica destinada a pastos cerrado, al sitio de DIRECCION001 , polígono NUM007 , parcela NUM008 , con una cabida de 53 áreas, linda al norte con camino, al sur con servidumbre, al este con Virginia y al oeste con Cosme .SE VALORA EN 1.590 EUROS. 4º Finca rústica destinada a pastos cerrado, al sitio de DIRECCION002 del agua, polígono NUM009 , parcela NUM010 , con una cabida de 67 áreas, linda al norte con Octavio , al sur con Jesus Miguel , al este con Celestino y al oeste con camino. SE VALORA EN 2.010 EUROS. 5º Finca rústica destinada a pastos cerrado, al sitio de DIRECCION002 del agua, polígono NUM009 , parcela NUM002 , con una cabida de 92 áreas, linda al norte con camino, al sur con carretera, al este con Virginia y al oeste con Rosana .SE VALORA EN 2.760 EUROS. 6º Finca rústica destinada a pastos, al sitio de DIRECCION003 , polígono NUM011 , parcela NUM012 , con una cabida de 37 áreas, linda al norte, al sur y al este con Diana al oeste con camino. SE VALORA EN 1.110 EUROS.

7º Finca rústica destinada a pastos con alguna encina, al sitio de la DIRECCION004 , polígono NUM007 , parcela NUM013 , con una cabida de 1 hectárea 18 áreas, linda al norte y este con Jose Daniel , al sur con carretera, y al oeste con Avelino .SE VALORA EN 3.540 EUROS. 8º Finca rústica destinada a cereal, al sitio del DIRECCION005 , polígono NUM002 , parcela NUM014 , con una cabida de 69 áreas 20 centiáreas, linda al norte con Jacinto y este con camino comunal, al sur con servidumbre, y al oeste con Sebastián .SE VALORA EN 2.076 EUROS.

#### FINCAS SITAS EN EL TERMINO MUNICIPAL DE SOGO (ZAMORA)

9º Finca rústica destinada a Prado cerrado de piedra, polígono NUM000 , parcela NUM004 , con una cabida de 32 áreas, linda al norte con camino y este con herederos de Carlos , al sur con Humberto y al oeste con Romualdo .SE VALORA EN 1.600 EUROS. 10º Finca rústica destinada a Prado, polígono NUM015 , parcela NUM013 , con una cabida de 7 áreas y 450 centiáreas, linda al norte con camino y este con camino, al sur con Romualdo , y al oeste con Jose Antonio .SE VALORA EN 228 EUROS

#### FINCAS SITAS EN EL TERMINO MUNICIPAL DE ARCILLO (ZAMORA)

11º Finca rústica destinada a cereal, polígono NUM016 , parcela NUM017 , con una cabida de 1 hectárea, 8 áreas y 5 centiáreas, linda al norte con los herederos de Martin y al este con Jose Enrique , al sur con Baldomero , y al oeste con Sebastián

SE VALORA EN 5.400 EUROS

12º Finca rústica destinada a Prado, polígono NUM018 , parcela NUM019 , con una cabida de 19 áreas y 70 centiáreas

SE VALORA EN 1.000 EUROS

13º Finca rústica destinada a cereal, polígono NUM018 , parcela NUM020 , con una cabida de 48 áreas y 450 centiáreas, linda al norte con camino y este con Pereruela, al sur con los herederos de Avelino , y al oeste con Porfirio

SE VALORA EN 2.400 EUROS

14º Finca rústica destinada a huerto, polígono NUM018 , parcela NUM021 , con una cabida de 15 áreas y 60 centiáreas, linda al norte con camino y este con Samuel , al sur con camino y al oeste con Pedro Jesús

SE VALORA EN 1.560 EUROS

15º Finca rústica destinada a pastos, polígono NUM018 , parcela NUM022 , con una cabida de 20 áreas y 80 centiáreas, linda al norte con Gaspar y este con Primitivo , al sur con camino, y al oeste con herederos de Avelino

SE VALORA EN 1.040 EUROS

TERMINO MUNICIPAL DE SAN MARCIAL

16º Finca rústica destinada a cereal, con el nº NUM023 del plano general de concentración parcelaria, con una cabida de 3 hectáreas 98 áreas y 60 centiáreas. Finca indivisible

SE VALORA EN 11.960 EUROS

17º Finca rústica destinada a cereal, con el nº NUM024 del plano general de concentración parcelaria, con una cabida de 2 hectáreas 81 áreas y 20 centiáreas. Finca indivisible

SE VALORA EN 8.444 EUROS

Las fincas rústicas y urbanas reseñadas de NUM007 a NUM025 ambos inclusive no se encuentran inscritas según se desprende de la documentación aportada

LAS UNICAS PERSONAS CON DERECHO A LA HERENCIA DEL CAUSANTE SON SUS CINCO HIJOS: Fernando , mayor de edad, casado, con domicilio en Madrid, c/ DIRECCION006 nº NUM000 y NIF NUM026

Mariano , mayor de edad, casado, con domicilio en Sogo de Sayazo (Zamora), c/ DIRECCION007 nº NUM011 y NIF NUM027

Valeriano , mayor de edad, casado, con domicilio en San Marcial (Zamora), c/ DIRECCION008 nº NUM015 y NIF NUM028

Pedro Enrique , con domicilio en Arganda del Rey (Madrid), RONDA000 nº NUM029 NUM007 - NUM011 y NIF NUM030

Silvio , con domicilio en Madrid, c/ DIRECCION009 nº NUM031 NUM011 y NIF NUM032

En cuanto al resto de bienes, y puesto que los inmuebles del testador eran únicamente una finca urbana viviana y solar, se entiende que dicho bien sea adjudicado a la persona que ha contribuido al mantenimiento del citado inmueble D. Fernando , dado el avalúo de los bienes inventariados como fincas urbanas, si el citado inmueble fuera adjudicado a Fernando en su totalidad, quedaría perjudicada la legítima del resto de los hijos, el inmueble que se inventaría será adjudicado en proindiviso a su hermano Mariano .

LA LIQUIDACION DE LA HERENCIA ES LA SIGUIENTE:

Importan los bienes inventariados la cantidad de 89.260 euros

POR LO QUE QUEDA UN CAUDAL PARTIBLE DE 89.260 EUROS

Que dividido entre los cinco hijos y herederos, corresponde a cada uno de ellos la cantidad de 17.852 euros

LAS ADJUDICACIONES QUE CONFORME A LO ORDENADO POR EL CAUSANTE CORRESPONDE HACER SON LAS SIGUIENTES:

ADJUDICACIONES:

1.- A D. Fernando

Una mitad indivisa de la finca inventariada con el número 1 DEL INVENTARIO DE FINCAS URBANAS, por su valor de 20.500 euros.

Por lo que excediendo de la cuota asignada a cada heredero le corresponde a compensar a su hermano y heredero D. Pedro Enrique en la cantidad de 2.648 euros. Igual a lo debido adjudicado, por lo que queda pagado de lo que corresponde percibir por herencia de su padre.

2.- A D. Mariano

En pago de su haber hereditario, se le adjudica una mitad indivisa de la finca inventariada el número 1 DEL INVENTARIO DE FINCAS URBANAS, por su valor de 20.500 euros.

*Por lo que excediendo de la cuota asignada a cada heredero le corresponde compensar a su hermano D. Silvio en la cantidad de 2.072 euros. Igual a lo debido adjudicado, por lo que queda pagado de lo que le corresponde percibir por herencia de su padre.*

3.- A D. Valeriano

*En pago de su haber hereditario se le adjudican las fincas rústicas sitas en la Localidad de San Marcial (Zamora) inventariadas con los nº 16 y 17 del presente cuaderno, con un valor de 20.404 euros, existiendo un exceso de adjudicación de 2.552 euros que deberá compensar a su hermano y heredero D. Silvio en la cantidad de 2.552 euros. Igual a lo debido adjudicado, por lo que queda pagado de lo que le corresponde percibir en esta herencia.*

4.- A D. Pedro Enrique

*En pago de su haber hereditario se le adjudican las fincas rústicas sitas en la localidad de Malillos (Zamora) inventariadas con los nº 1 a 8 (ambos inclusive) del presente cuaderno, con un valor de 14.628 euros, existiendo una diferencia de adjudicación a su favor de 3.224 euros que deberá ser compensado en metálico por sus hermanos y herederos D. Fernando en la cantidad de 2.648 euros y D. Mariano en la cuantía de 576 euros.*

*Igual a lo debido adjudicado, por lo que queda pagado de lo que le corresponde percibir en esta herencia.*

5.- D. Silvio

*En pago de su haber hereditario se le adjudican las fincas rústicas sitas en las localidades de Sogo y Arcillo (Zamora) inventariadas con los nº 9 a 15 (ambos inclusive) del cuaderno, con un valor de 13.228 euros, existiendo una diferencia de adjudicación a su favor por importe de 4.624 euros que deberá ser compensada en efectivo metálico por los herederos D. Mariano en la cantidad de 2.072 euros y D. Valeriano en la cuantía de 2.552 euros respectivamente. Igual a lo debido adjudicado, por lo que queda pagado de lo que le corresponde percibir en esta herencia.*

*PASIVO.- La cantidad de 1.018,79 euros según se recoge en el fallo de la sentencia firme dictada por la Sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid, recurso de apelación 22/2008, en la que se le reconoce como acreedor de la herencia de D. Fernando en la citada cantidad por pagos efectuados por el mismo en concepto de gastos de entierro y funeral, por lo que dividido entre los cinco hermanos herederos le corresponde pagar a cada uno de los cuatro herederos restantes a su hermano Fernando la cantidad de 203,75 euros."*

**TERCERO** .- Que contra el referido Auto se preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de D. Silvio y D. Pedro Enrique, dándose traslado del mismo a la parte contraria presentaron en tiempo y forma escrito de oposición al recurso entablado; remitiéndose los autos a esta Sección Vigésimoquinta, se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 24 de abril del año en curso.

**CUARTO** .- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta el razonamiento jurídico único del Auto recurrido de 2 de marzo de 2.012, del Juzgado de 1ª Instancia nº 33 de Madrid, dictado en el procedimiento de división de herencia nº 1.085/2004, que coincide con los siguientes.

**PRIMERO**.- En dicho Auto se aprobó la propuesta de operaciones particionales presentada por el contador partidor el 1 de febrero de 2012, después de realizar importantes modificaciones al subsanarse los defectos y omisiones apreciados en la oposición.

**SEGUNDO**.- Recurren en apelación los herederos D. Silvio y D. Pedro Enrique. Alegan la vulneración de los artículos 787 y 447 de la LEC, entre otros, porque la resolución judicial recurrida debía tener forma de sentencia y no de Auto. Vulneración de los artículos 209, 216 y siguientes de la LEC, porque no se han expresado los fundamentos de la desestimación de la oposición. No habiéndose justificado por el contador partidor la adjudicación del único bien inmueble existente en el haber hereditario a dos herederos, lo cual vulnera el artículo 1.061 del CC. Omisión de la carta de 2 de junio de 2003, en que constan los lotes hereditarios. Vulneración del artículo 1.062 del CC.

**TERCERO**.- La parte apelada comparte el primer motivo, relativo a la forma de sentencia, pero entiende que no se ha producido indefensión alguna, por lo que no procede anular el Auto recurrido. Y, se opuso a los demás motivos, según consta en las alegaciones obrantes a los folios 126 a 144 del Tomo IV de autos. La Sala entiende que se debe subsanar el defecto procesal apuntado por ambas partes, de modo que la presente resolución debe revestir la forma de sentencia, y hemos de declarar que la dictada en primera instancia también, en



atención de los artículos 787 y 447 de la LEC , sin que sea preciso anular actuaciones porque no se ha pedido expresamente por ninguna de ambas partes litigantes, sin que se les haya causado indefensión material con relevancia constitucional, según la SAP Zamora, sec. 1ª, de 30-7-2010, nº 138/2010, rec. 50/2010 , dictada en un caso semejante.

**CUARTO.-** El siguiente motivo del recurso versa sobre la pretendida ausencia de fundamentación jurídica. En torno a dicho argumento, la Sala entiende que: El artículo 209.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , según lo interpreta la SAP Madrid, sec. 11ª, de 31-5-2005, nº 415/2005, rec. 415/2003 , se refiere a los fundamentos de derecho en los que se expresarán, por medio de párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión de las normas jurídicas aplicables al caso. En definitiva, en los fundamentos de derecho, además de fijar las posiciones de las partes, se recogen las razones legales que constituyen las premisas jurídicas del fallo y, en este sentido, como dice la STS de 14 de abril de 1986 , constituyen la principal fuente de interpretación y clarificación de los distintos pronunciamientos que integran el fallo. Desde un punto de vista subjetivo, la motivación forma parte del derecho fundamental de los litigantes a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE ., cuestión que desarrolla, recogiendo la doctrina constitucional consolidada al respecto, la STC 196/2003, de 27 de Octubre , que dice: *"este Tribunal ha reiterado que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos ( SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2 ; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión ( SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2 ; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho ( STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva ( SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2 ; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia ( SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3 ; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2 ; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3 ; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2 ; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6 ; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6)".* Ahora bien, ello no exige, por lo que aquí interesa, un análisis pormenorizado de todos y cada uno de los argumentos de las partes ni tampoco de los elementos de prueba aportados por las mismas, pues a este respecto es preciso distinguir entre alegaciones o argumentaciones y pretensiones, únicas a que se extiende el deber judicial de respuesta efectiva. Y en la resolución judicial recurrida se cumple dicha obligación legal. También el Tribunal Supremo ha estudiado la motivación, análisis al que debemos de referirnos por ser de evidente utilidad, pues aparte de coincidir plenamente con los aspectos constitucionales antes expuestos, hace referencia a cuestiones de legalidad ordinaria; así, en palabras de la STS. de 5 de marzo de 2.002 : *" La motivación de las sentencias constituye una exigencia constitucional ( artículo 120.3 de la Constitución ) y de la legalidad ordinaria ( artículos 248.2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ); en el primer aspecto, forma parte del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, donde se incluye, como contenido básico, el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria e irrazonable, aunque la argumentación jurídica pueda resultar discutible o respecto de ella puedan formularse reparos ( STC de 23 de abril de 1990 y STS de 14 de enero de 1991 )"* ; su exigencia formal responde principalmente a una doble finalidad: de una parte, el fundamento de la decisión adoptada, para hacer explícito que ésta responde a una determinada interpretación del Derecho, y de otra, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos ( SSTC de 5 de mayo de 1990 y 28 de octubre de 1991 ; SSTS de 5 de noviembre de 1992 y 20 de febrero de 1993 ) : *«Para entender cumplido el requisito de la motivación no se exige una extensión mínima en el razonamiento ( STS de 20 de diciembre de 1991 ), ni se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes pueden tener de la cuestión que se decide ( SSTC de 28 de enero de 1991 y 25 de junio de 1992 ; STS de 12 de noviembre de 1990 ), tampoco la excluye una redacción defectuosa, pero inteligible ( STS de 15 de diciembre de 1992 )»*. El Tribunal Supremo considera motivación suficiente que la lectura de la sentencia permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador para llegar al resultado contenido en la parte dispositiva ( STS de 15 de febrero de 1989 ) ; o, a través de los argumentos o razones que contienen sus fundamentos de derecho, se evidencie la concurrencia de las citas legales acordes con ellos y con la parte dispositiva ( STS de 10 de noviembre de 1989 ) ; o se expresen las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo ( SSTS de 30 de abril de 1991 y 7 de marzo de 1992 ) : *"Esta Sala ha manifestado que no existe motivación adecuada cuando los argumentos consignados son insuficientes, contradictorios, irrazonables o carecen de sentido lógico ( STS de 20 de junio de 1992 )"*. Y en este



caso se cumple suficientemente dicha doctrina por la juzgadora de primera instancia, no incurriendo en falta de motivación. Por último, en relación con la incongruencia, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998, hay una doctrina muy sólida y reiterada de la Sala Primera, que se recoge, entre otras muchas, en las SS de 18 de noviembre de 1996 , 29 de mayo , 28 de octubre y 5 de noviembre de 1997 y 11 de febrero de 1998 en las que se declara que es doctrina jurisprudencial, la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la incongruencia. Así, la sentencia 9/1998, de 13 de enero , con cita de otras anteriores, establece que: «Desde la perspectiva constitucional este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. , se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitem*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitem*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes». Aplicando la doctrina expuesta al caso debatido, no puede sostenerse que la resolución judicial apelada incurra en las infracciones legales referidas en el segundo motivo del recurso, porque la congruencia no exige dar respuesta a todas las alegaciones de las partes, no pudiendo confundirse con la exigencia de motivación, la que por lo demás tampoco implica una argumentación sobre todas y cada una de las razones aducidas, bastando con una respuesta genérica y global siempre que sea suficiente para fundamentar la decisión adoptada. Es evidente que la resolución judicial apelada es escueta en su fundamentación, lo que no significa que carezca de ella porque en el único razonamiento jurídico expone la razón por la que se aprueba la propuesta final del contador- partidador para la división del haber hereditario, limitándose la juzgadora "a quo" a resolver la aprobación de dicho cuaderno particional de 1 de febrero de 2012. En definitiva, lo decidido está en relación directa con la fase de formación de inventario resuelta en sentencia nº 120/2007, de 24 de mayo , folios 511 a 514, que fue revocada en parte por medio de la sentencia de esta Sección de 24 de octubre de 2008, nº 480/2008 , folios 565 a 573 de autos, debiendo tenerse en cuenta también la sentencia nº 169/09 del Juzgado de 1ª instancia e instrucción nº 2 de Zamora , unida a los folios 175 a 184 de autos, Tomo III. Observadas las conclusiones del acto de la vista en el juicio verbal, cuya Acta figura a los folios 199 y 200 del Tomo III de autos, en que se contienen numerosas correcciones al inicial cuaderno-particional, y que determinaron la redacción de otro, figurando con rectificaciones a los folios 26 a 35 del Tomo IV de autos, celebrándose nueva vista en juicio verbal el 20 de febrero de 2011, Acta obrante a los folios 96 y 97 del mismo tomo, así como la grabación adjunta.

**QUINTO.-** La parte apelada ha rebatido con acierto el siguiente motivo del recurso que versa acerca de que: No se ha justificado por el contador partidador la adjudicación del único bien inmueble existente en el haber hereditario a dos herederos, lo cual vulnera el artículo 1.061 del CC , debiendo apreciarse la omisión de la carta de 2 de junio de 2003, en que consta la propuesta de los lotes hereditarios, folios 169 a 174. Lo cual, no es del todo cierto porque en la página 7 del cuaderno particional modificado, folio 32 de autos, Tomo IV, se expresa la razón de la atribución de la única finca urbana de la herencia a D. Fernando , quien ha contribuido al mantenimiento de dicho bien inmueble, y a su hermano D. Mariano , pero es muy discutible que dicha distribución patrimonial pueda entenderse lesiva para los otros herederos al existir otras fincas de naturaleza rústica, de menor precio, en total 17, con que compensarles. Las alternativas propuestas por los recurrentes, mediante lotes, no fueron aceptadas en su momento por todos los herederos supervivientes, y aunque entiende la Sala que hay serias dudas de que sean mejores a la propuesta del contador-partidor, porque es importante asignar bienes proindiviso, teniendo en cuenta la compatibilidad de intereses de los hermanos a quien corresponda a partes iguales cada bien, y en este caso, dicha premisa, ha sido debidamente ponderada en el reparto del contador-partidor, debemos concluir que: La cuestión planteada al amparo del artículo 1.062 del CC debe examinarse, atendiendo a su párrafo segundo, porque antes de la aprobación judicial de la formación inventario y avalúo, ni en la comparecencia celebrada el día 20 de febrero de 2011 no consta que se solicitara que se sacaran a pública subasta las fincas ubicadas en la Calleja DIRECCION000 , y en CALLE000 nº NUM000 de San Marcial, aunque sí en los escritos de oposición, presentados el 3 de diciembre de 2010, folios NUM033 a NUM034 del Tomo NUM009 , y 13 de octubre de 2011, folios NUM020 a NUM035 , Tomo NUM036 . Por lo tanto, hay constancia de su petición extemporánea en los autos, debiendo tener preferencia la propuesta del cuaderno particional, porque la indicada solicitud se debió realizar cuando aún estaba en fase de formación de inventario y avalúo la herencia debatida, para así permitir, en su caso, liquidar a metálico el valor económico de la finca urbana en cuestión, y con su resultado realizar las operaciones particionales oportunas. Al no haberse hecho así, una vez designado el contador partidador los herederos quedaron sujetos



a sus funciones dirimentes, que concluyeron con el cuaderno particional redactado por él, en su condición de arbitrador, no siendo aceptable, al conocer su resultado, oponer la venta en pública subasta, en virtud del principio de coherencia con los propios actos procesales. El contador o perito, después de aceptar el cargo, está obligado a emitir su informe o dictamen y si no recibe un anticipo, deberá estar al resultado final de la liquidación y percibir los honorarios a cuenta de la misma (AAP Barcelona Sección 18ª, 23/10/2006-172/2006; AAP Zaragoza Sección 4ª 25/04/2007 -610/2006; AAP Madrid 29/09/2003- 556/2003). Junto a ello hay que tener en cuenta que el trámite de oposición a las operaciones divisorias del artículo 787.5 de la LEC está destinado a plantear y obtener en su caso puntuales modificaciones de las operaciones divisorias ya realizadas por el contador, que actúa siempre a modo de arbitrador a cuyo dictamen y buen hacer se han sometido en buena medida las partes al designarlo las partes y en caso de no existir acuerdo entre las partes nombrado por el Juzgado de instancia, pero no a plantear y postular unas operaciones divisorias alternativas, ni tampoco y sobre todo, a plantear una nueva tasación o avalúo de los bienes o derechos que compongan el caudal hereditario, pues tal nueva tasación no tiene cabida, por no hallarse prevista ni contemplada como posible ni de forma directa, ni aún indirecta, en el citado precepto, por lo que en definitiva ( SAP Alicante-Sección 6ª-14/10/2004-772/2003 , y SAP León, sec. 1ª, 7-2-2013, nº 52/2013, rec. 405/2012 ), no puede prosperar la tesis de la parte recurrente en este aspecto.

**SEXTO.-** En definitiva, entiende la Sala que no debió acordarse la subasta pública, con admisión de licitadores extraños, para la única finca urbana integrada en el inventario, puesto que ya no se puede sacar ésta del mismo, contraviniendo el orden legal de las fases de la testamentaria en curso, según la SAP, Civil sección 2ª de 22 de Enero del 2013 (ROJ: SAP BU 62/2013), Recurso: 345/2012, porque se debe distinguir entre la posibilidad de que antes de ser aprobado el inventario y el avalúo de los bienes hereditarios, cualquiera de los cotitulares pueda pedir la subasta y otra diferente, que no procede acordarlo cuando la solicitud es posterior a dicha aprobación judicial, resuelta en este caso mediante sentencia nº 120/2007, de 24 de mayo , folios 511 a 514, del Juzgado "a quo", que fue revocada en parte por medio de la sentencia de esta Sección de 24 de octubre de 2008, nº 480/2008 , folios 565 a 573 de autos. En el presente caso procede la adjudicación de las fincas rústicas a concretos herederos con la obligación de ser compensados en metálico, por el posible exceso, solución ofrecida en el cuaderno particional aprobado en la resolución judicial apelada, pero que ha sido impugnada en la apelación de dichos oponentes D. Silvio y D. Pedro Enrique , quienes invocan asimismo vulneración del principio de igualdad ( art. 1.061CC ) al adjudicarse las fincas, considerando el reparto realizado discrecional y arbitrario ( SSTS 30-1- 1951 ; 14-12-1957 y 15-3-1995 ). A este respecto cabe recordar como el artículo 1.061 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 o especie»* . La sentencia del TS de 7 noviembre 2006 , que cita la de 25 noviembre 2004 , establece que: *«La jurisprudencia ha declarado, en la interpretación de este precepto, que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación ( SSTS de 30 de enero de 1951 ; 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995 ) y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso ( SSTS de 8 de febrero de 1974 , 17 de junio de 1980 , 21 de junio de 1986 , 28 de mayo de 1992 , 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998 ). Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta ( SSTS de 25 de junio de 1977 , 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990 ), sino de una igualdad cualitativa ( STS de 13 de junio de 1992 ); que la norma tiene un carácter orientativo ( SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991 ); está dotada de un grado de imperatividad sólo relativo ( SSTS de 30 de noviembre de 1974 , 25 de junio de 1977 , 17 de junio de 1980 , 21 de junio de 1986 , 14 de julio de 1990 , 28 de mayo de 1992 , 15 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 2005 ); y no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto ( SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991 )...»*.

En el presente caso y como se detalla en el cuaderno particional aprobado en la resolución judicial recurrida el activo del inventario está constituido por las fincas concentradas e indivisibles, existiendo inicialmente seis herederos, hermanos, una ya fallecida, quedando cinco, agrupados en dos posiciones procesales enfrentadas. El cuaderno particional elaborado por el contador no efectúa la distribución de bienes de una forma discrecional y arbitraria, sino razonada, pretendiendo dar satisfacción a la voluntad expresada por los distintos coherederos, de modo que: - a los dos coherederos que solicitaron de forma preferente la adjudicación de de la finca urbana les adjudica la mitad de dicha finca, sin perjuicio de su obligación de compensar el exceso con metálico al resto de coherederos. - Al resto de coherederos, dos de los cuales expresaron su voluntad de que proceda a venderse en subasta tal finca urbana les adjudica las otras fincas, de naturaleza rústica, más el exceso comentado, permitiendo así también cubrir ese interés. Por todo lo expuesto no se considera infringido el principio de igualdad, según la SAP, Civil sección 2ª de 22 de Enero del 2013 (ROJ: SAP BU 62/2013), Recurso: 345/2012 .

**SÉPTIMO.-** En consecuencia de las razones comentadas, la apelación debe prosperar en parte al aceptarse el primer motivo del recurso, con el reflejo en la no imposición de las costas procesales causadas a ninguna de



las partes litigantes en ambas instancias, según los artículos 394 y 398 de la LEC , con reintegro del depósito para recurrir con arreglo a la D.A. 15ª de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre .

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey. Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso:

**FALLAMOS.-**

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Silvio y D. Pedro Enrique , contra el Auto recurrido de 2 de marzo de 2.012, del Juzgado de 1ª Instancia nº 33 de Madrid , dictado en el procedimiento de división de herencia nº 1.085/2004, declarando que debe revestir la forma de sentencia, y acordamos la confirmación de su parte dispositiva. No procede la imposición de las costas procesales causadas a ninguna de las partes litigantes en ambas instancias, con reintegro del depósito para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas, haciéndoles saber que la misma puede ser susceptible de recurso de casación o de recurso extraordinario por infracción procesal, debiendo interponer cualquiera de ellos mediante escrito en el plazo de veinte días siguientes a la notificación ante esta Sala que la dicta, constituyendo el oportuno depósito con arreglo a la D.A. 15ª de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre .

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.