



Roj: **SAP O 2681/2019 - ECLI:ES:APO:2019:2681**

Id Cendoj: **33044370062019100307**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **12/11/2019**

Nº de Recurso: **349/2019**

Nº de Resolución: **380/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARTA MARIA GUTIERREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA

OVIEDO

00380/2019

Modelo: N10250

CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

Teléfono: 985968755 **Fax:** 985968757

Correo electrónico:

N.I.G. 33044 42 1 2015 0011009

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000349 /2019

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.1 de OVIEDO

Procedimiento de origen: DIH DIVISION HERENCIA 0001043 /2015

Recurrente: Cirilo

Procurador: MARIA GABRIELA CIFUENTES JUESAS

Abogado: ISABEL COSSIO FERNANDEZ

Recurrido: Demetrio , Genoveva

Procurador: MARIA MERCEDES MARQUEZ CABAL, MARIA MERCEDES MARQUEZ CABAL

Abogado: EFREN BANCIELLA FERNANDEZ, EFREN BANCIELLA FERNANDEZ

RECURSO DE APELACION (LECN) 349/19

En OVIEDO, a Doce de Noviembre de dos mil diecinueve. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Srs. D^a. María-Elena Rodríguez-Vígil Rubio, Presidente; D. Jaime Rianza García y D^a Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA N^o 380/19

En el Rollo de apelación núm. 349/19, dimanante de los autos de juicio civil División de Herencia, que con el número 1043/15 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N^o 1 de Oviedo, siendo apelante DON **Cirilo** , demandado en primera instancia, representado por la Procuradora Sra. GABRIEL CIFUENTES JUESAS y asistido por la Letrada Sra. ISABEL COSSIO FERNÁNDEZ; como parte apelada DON **Demetrio y DOÑA Genoveva** , demandantes en primera instancia, representados por la Procuradora Sra. MERCEDES MÁRQUEZ CABAL y asistidos por el Letrado Sr. EFRÉN BANCIELLA FERNÁNDEZ; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Marta María Gutiérrez García.**



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 29.04.19 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " que **ESTIMO parcialmente la oposición a las operaciones divisorias de autos, en la forma y con los efectos indicados en la precedente fundamentación de esta resolución, debiendo rehacerse el cuaderno particional con observancia de lo dicho en los párrafos primero y tercero del apartado "II" del precedente Fundamento de Derecho "Primero".**

Sin imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, y habiéndose solicitado el recibimiento a prueba por la parte **apelante** , en fecha 22.07.19 se dictó Auto cuyos fundamentos y parte dispositiva son del tenor literal siguiente:

" **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Solicitada prueba en esta segunda instancia por la representación procesal de D. Cirilo , parte apelante, con base en lo dispuesto en el art. 460.1 en relación con el art. 270.1 ambos de la LEC , documentos consistentes copia de la demanda de desahucio y trámites subsiguientes respecto de la vivienda sita en CALLE000 nº NUM000 , NUM001 y plaza de garaje, objeto de este procedimiento.

Procede admitir ls antedichos documentos, al cumplirse los requisitos establecidos en el citado art. 460 de la LEC para su admisión en segunda instancia.

Ciertamente, se exige la aportación documental con carácter previo para favorecer el juego limpio, y evitar la producción de documentos ad hoc en función del curso del proceso.

De acuerdo con este principio, el art. 265 obliga a las partes a aportar los documentos con la demanda o contestación.

Las consecuencias de esta regulación son múltiples. Salvo los supuestos de los arts. 269.2 y 403. 2 y 3, esta norma de aportación no es de carácter absoluto, permitiéndose las excepciones de los arts 270 y 271. Que son los siguientes casos: documentos de fecha posterior a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa. Si son de fecha anterior, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia. O, no haber sido posible obtenerlos con anterioridad, por causas que no le sean imputables, siempre que se haya hecho la oportuna designación a que se refiere el apartado 2 del art. 265, o en su caso, el anuncio al que se refiere el nº 4 del apartado 1º del citado artículo.

Se exceptúan también, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieren resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso. Se podrán presentar incluso dentro del plazo para dictar sentencia, y el tribunal resolverá sobre su admisión y alcance en la misma sentencia.

Nos encontramos que concurren las excepciones dichas para la admisión de documentos presentados con el recurso, pues se trata de documentos de fecha posterior al momento de aportación en primera instancia, además de documentos relacionados con un proceso judicial en que está implicado unos bienes objeto de procedimiento, y que guardan cierta relación y trascendencia respecto a lo que aquí se debate.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

--- SE ADMITE el recibimiento a prueba solicitada en esta segunda instancia por la Procuradora Sra. Cifuentes Juevas en nombre y representación de D. Cirilo consistente en admisión de los documentos aportados en el recurso, de conformidad con lo expuesto en el razonamiento jurídico de la presente resolución.

--- *Queden pendientes las actuaciones de señalamiento para deliberación, votación y fallo del recurso."*

Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 04.11.19.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia estima parcialmente la oposición formulada por D. Cirilo al cuaderno particional elaborado por el contador partidor, introduciendo las siguientes modificaciones:



contabilizar y separar de forma separada la vivienda y el garaje de autos, por tratarse de bienes y fincas independientes, valoradas conforme a su valor fiscal.

En cuanto al ajuar se debe cuantificar en el 3% de la totalidad del caudal hereditario.

Confirmando el resto de liquidaciones y adjudicaciones efectuadas en el mismo.

El recurso de apelación presentado por D. Cirilo, que se inicia con una petición de nulidad de la sentencia que en realidad no se interesa y que se limita a poner de manifiesto un error de la sentencia sin más trascendencia como la propia parte expone, por lo que no concurren ninguno de los requisitos para entrar a valorar una posible nulidad de actuaciones, obviaremos cualquier consideración sobre este extremo en la presente resolución.

En cuanto al fondo se reiteran los motivos de oposición en los siguientes términos:

1º.- inventario impreciso e incompleto. No se precisa con detalle, comprendiendo no solo el activo sino también el pasivo, que no está reflejado.

2º.- avalúo confuso, impreciso e incompleto. No se precisa el valor asignado a cada uno de los bienes, ni los criterios de valoración.

3º.- liquidación. No existe liquidación

4º.- adjudicaciones. Intentar adjudicaciones individualizadas cuando sea posible.

SEGUNDO.- El procedimiento de división judicial de herencia se integra por tres procesos sucesivos y complementarios, que son el de intervención del caudal hereditario, el de formación de inventario y aseguramiento del caudal, y el de designación de contador y perito; práctica y aprobación de las operaciones divisorias, y entrega de los bienes adjudicados a cada heredero. El procedimiento de división de la herencia se puede instar desde cada una de las tres fases indicadas, en función de la situación de hecho en que se encuentre la herencia yacente y las relaciones entre los coherederos, pues nada obsta que, si todos lo asumen, se pueda iniciar y concluir en su fase final, con las operaciones divisorias y adjudicación. También puede incoarse en la fase de inventario, al que seguirán las operaciones particionales.

La diligencia de formación de inventario, regulada en el art. 794 de la LEC, se practica por el Secretario Judicial con los interesados que concurran, sin necesidad de intervención judicial, de manera que las actuaciones que la integran, incluido el acuerdo de los interesados comparecidos, no tiene naturaleza propiamente jurisdiccional, ha de acompañarse propuesta de las distintas partidas que deban incluirse y tiene por objeto incluir la totalidad de las partidas del Activo y del Pasivo. Por ello, en el caso de que se suscite controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, deberá citarse a los interesados a una vista, continuando la tramitación del procedimiento con arreglo a lo previsto para el juicio verbal (art. 794.4 LEC), y será la sentencia que ponga fin a este juicio la que resolverá sobre la contienda planteada.

En el presente supuesto no existiendo plena conformidad en cuanto a las partidas que habían de comprender el activo y el pasivo, se dirimió la controversia por los trámites del juicio verbal, dictándose la correspondiente sentencia en la que se determinó que el activo lo componían, vivienda urbana de la CALLE000 de Oviedo, plaza de garaje y el ajuar doméstico, que fija su valor con arreglo al 3% del valor catastral del inmueble, y como bienes privativos de D. Eloy su participación en 9/12 partes en la herencia de su padre que comprende dos fincas catastrales. Resolución que ha adquirido firmeza.

Si bien con posterioridad a esta sentencia y en la Junta de interesados se adicionaron otros bienes sitios en Bullacente (Tineo), sin que en relación a ellos se realizara pronunciamiento específico.

Y como pasivo se reconoce un derecho de crédito a favor de D. Cirilo por los gastos de entierro y funeral de los causantes, abonos de gastos e IBI de la casa sita en CALLE000 de Oviedo, donde reside.

En consecuencia, por lo que respecto al momento de la oposición a partidas concretas del inventario, debe tenerse presente lo dispuesto en el *artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, que declara en su apartado 2: " si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal...". El juicio ya celebrado tuvo por objeto resolver las cuestiones discutidas en la formación del inventario, tras el Acta y la posterior vista precluyó la posibilidad de alterar la condición de los bienes, salvo que hubiese aquiescencia de las partes en su inclusión.

TERCERO.- El primero de los motivos de oposición a las operaciones particionales del contador partidario referido a que el inventario es impreciso e incompleto, y que es realizado de forma genérica por su imprecisión rechazado en la recurrida, y no siendo éste el momento procesal como ya quedo dicho de añadir ni adicionar



bienes, y examinando los términos del cuaderno, es cierto que en el mismo se detalla el pasivo referido a los términos de la sentencia que fijó el activo pero sin especificar lo que se incluye dentro de dicho pasivo, su importe y valoración.

El momento en que han de valorarse los bienes de la herencia, es teniendo en cuenta su valor al tiempo de la entrega o adjudicación, y no el histórico que tuvieron los bienes en origen, siguiendo el criterio de esta Audiencia que señala que la valoración de los bienes y créditos existentes en el inventario han de venir referida a la fecha de la partición o fase liquidatoria propiamente dicha (sentencia sección 6º de 9 diciembre 2014) al igual que la sentencia de la sección 1ª de 23/11/2009 al decir que "... que deberá fijarse en el momento de la liquidación", o, sección 7ª de 28 de enero de 2011 al decir " que deberá fijarse en el momento de la liquidación".

Al igual que falta el debido detalle de los bienes privativos de D. Eloy respecto a las 9/12 partes indivisas que le corresponden, ni existe referencia a las posteriormente adicionadas, constando unas referencias catastrales sin indicar el tipo de bien inmueble y sus características.

Por lo que respecta a la valoración de los bienes, todas las partes son conformes en que la valoración se realice conforme al valor fiscal, que es como en realidad se realiza en el cuaderno pese a que en el mismo se alude a su valor catastral, y de conformidad con lo ya establecido en la recurrida la valoración de la vivienda y plaza de garaje debe realizarse de forma separada. Aplicando este mismo criterio a los bienes privativos de D. Eloy .

En tanto que la valoración del ajuar debe realizarse conforme al 3% del valor catastral del inmueble sito en la CALLE000 NUM000 , NUM001 , pues este fue el criterio fijado en la sentencia de 31 de julio de 2017, pronunciamiento que ha devenido firme.

CUARTO.- Fallecidos Dña. Purificación y D. Eloy , sus únicos descendientes son su hijo D. Cirilo y sus nietos D. Demetrio y Dña. Genoveva , descendientes de su hijo premuerto D. Gustavo .

En el testamento otorgado por ambos finados lega a su hijo Cirilo el tercio de libre disposición y el tercio de mejora.

En el cuaderno se señala que de conformidad con los títulos sucesorios a D. Cirilo le corresponde cinco sextas partes de los bienes inventariados y a Dña. Genoveva y D. Demetrio la restante sexta parte indivisa. Y adjudica a D. Cirilo la totalidad de los saldos de las cuentas bancarias, el ajuar, cinco sextas partes del bien privativo (9/12 de los bienes de Tineo), valor de 4.531,56 y una participación de 135.109 de los bienes sitos en Oviedo. Y a Dña. Genoveva y D. Gustavo , por mitad y proindiviso, el pleno dominio de una sexta parte de los bienes de Tineo (9/12 partes), valorado en 3.186,46 euros, y una participación de 15.939,68 del total en que se valora 151.048 euros de los bienes de la CALLE000 de Oviedo.

Una vez aceptado el cargo el contador adquiere la obligación de proceder a la realización de las operaciones particionales poniendo fin a la indivisión del caudal hereditario, obrando con autonomía del criterio de las partes que contribuyeron a su designación, pero sujeto a los acuerdos alcanzados por ellos y la voluntad de los causantes en orden a la realización de las operaciones particionales, siempre y cuando no contravengan la ley. Es al contador a quién la Ley encomienda la práctica de las operaciones divisorias, según su cabal criterio (art. 786 LEC). La relación de bienes, o inventario, corresponde realizarla a los interesados en la herencia. Es decir, al contador en un procedimiento de división judicial de herencia debe facilitársele un inventario incuestionado. Al perito le corresponde valorarlo, y distribuirlo.

Es obvio que la indivisión es el último recurso a que debe acudir el contador pues no en vano representa la fórmula más alejada del objetivo de la partición, pero del mismo modo diremos que es un remedio perfectamente lícito en función de las particularidades de la herencia, habiéndolo indicado así el T.S. en sus sentencias, 20 de febrero de 1.984, 29 de diciembre de 1.988 y 20 de octubre de 1.992 y confirmado más tarde el legislador cuando en el art. 786 de la LEC exhorta al contador a evitar la indivisión, pero no la prohíbe.

Procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas. El art. 1061 del Código Civil ordena 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". Dicho precepto ha sido interpretado reiteradamente por la jurisprudencia del TS, en doctrina que recogen entre otras, sus sentencias de fecha 7 de noviembre de 2006 y 16 de enero de 2008, ambas con amplia cita de precedentes, declarando 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); estando por ello 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).

De tal doctrina jurisprudencial resulta que la igualdad de los lotes no tiene porqué ser matemática y absoluta, sino que se trata de una recomendación más que de un mandato imperativo, porque en cada caso la formación de los lotes viene necesariamente condicionada por las circunstancias concurrentes, que obliga a valorar las particulares condiciones tanto de los bienes que integran el caudal de la herencia como de los partícipes o interesados en la misma. Ni siempre es posible que los lotes se compongan de cosas de la misma naturaleza, especie o calidad. Bastará, pues, que la partición esté presidida por un criterio de estricta equidad y observación de una equitativa ponderación. Habrá que procurar, por tanto, la posible igualdad de lotes (art. 1061 CCLegislación citada que se aplica Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. art. 1061 (16/08/1889)), si bien, en la medida en que ello sea posible, como quiera que también ha de procurarse "evitar la indivisión", y cuando el bien sea indivisible cabe la adjudicación en proindiviso y, si ello no fuese posible, proceder a tenor de lo dispuesto en el art. 1062 del Código CivilLegislación citada que se aplica Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. art. 1062 (16/08/1889) , a la venta en pública subasta del bien inmueble.

Basta una simple lectura del cuaderno particional presentado para observar que el mismo adolece de los defectos puestos de manifiesto en el recurso interpuesto, así falta el suficiente detalle de los bienes que comportan las distintas partidas en especial de los bienes inmuebles, así no se concretan los bienes sitios en Bullacente (Tineo) y si tuvo en cuenta los bienes adicionados puestos de relieve en la Junta de interesados de 31 de julio de 2018, manteniendo a los interesados en la herencia en una suerte de comunidad al no proceder a efectuar adjudicaciones concretas de bienes a ninguno de ellos con arreglo a su cuota y en pleno dominio, evitando eso sí en la medida de lo posible la indivisión, en especial respecto del inmueble sito en Oviedo, con posibilidad de adjudicarla a la parte que ostenta mayor cuota en la herencia, con posibles compensaciones entre los herederos caso de no poder efectuar lotes iguales.

Por lo que no puede decirse que el contador con la elaboración del cuaderno presentado haya cumplido la misión que tenía encomendada.

QUINTO.- Sin que proceda realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Cifuentes Juegas en nombre y representación de D. Cirilo contra la sentencia dictada en fecha 29 de abril de 2019 por el Juzgado de Primera instancia nº 1 de Oviedo en los autos de división de herencia nº 143/2015, se revoca en el sentido remitir los autos al contador partidor para rehacer el cuaderno particional con arreglo a los siguientes extremos:

-individualizando los bienes y derechos que conforman tanto el activo, en concreto la vivienda y plaza de garaje sitios en Oviedo, y los bienes sitios en Tineo, como y el pasivo con su valor actualizado

-evaluando cada bien inmueble de forma individualizada, conforme a su valor fiscal, y en cuanto al ajuar con arreglo a lo fijado en la sentencia de 31 de julio de 2017.

- practicando las operaciones liquidativas y adjudicando bienes en pleno dominio a cada heredero con arreglo a su cuota hereditaria, evitando en la medida de lo posible la indivisión, en especial respecto de la vivienda sita en Oviedo.

Sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

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