

## EDJ 2006/49302

AP Burgos, sec. 3ª, S 10-3-2006, nº 132/2006, rec. 82/2006

Pte: Barcala Fernández de Palencia, Ildefonso

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	1
FALLO .....	2

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### PARTICIÓN DE LA HERENCIA

##### MODALIDADES

Por comisario o contador-partidor

##### OPERACIONES PARTICIONALES

Inventario y avalúo

Liquidación y adjudicación

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.451, art.1061, art.1063 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

## ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: "Que debo desestimar y desestimo íntegramente la oposición a las operaciones particionales interpuesta por la representación procesal de Dª Silvia, APROBANDO las operaciones divisorias de la herencia del finado D. Fidel, realizadas por el contador D. Juan Alberto, las cuales se protocolizarán en la Notaría que por turno corresponda, adjudicándose los bienes a los herederos en la forma que se recoge en el cuaderno particional".

2º: Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación de la demandante, se presento escrito preparando recurso de apelación, que posteriormente formalizó, dentro del término que le fue concedido al efecto. Dado traslado a las otras partes, para que en término de diez días presentasen escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución apelada, presentaron escrito de oposición al recurso, que consta unido a las actuaciones, dentro del plazo que le fue concedido, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º: Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día siete de marzo de dos mil seis, en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada en el juicio verbal al que se refiere el artículo 787.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , que resuelve la oposición formulada por una de las partes a las operaciones practicadas por el contador partidor dirimente en el seno de un juicio de división de herencia, que se inició vigente ya la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . Las operaciones particionales que se cuestionan son las relativas a la herencia de D. Fidel, fallecido el 19 de agosto de 2000, y del que han sido declarados herederos abintestato sus cuatro hermanos, Soledad, Elisa, Fidel y Silvia, procediendo de esta última la oposición a las operaciones particionales. Hay que tener en cuenta como peculiaridad que presenta este juicio divisorio que en el mismo se ha dado intervención como parte interesada a Dª María Rosa, persona a la que se le ha reconocido una importante participación, si no en la herencia por no tener la condición de heredera, sí en los bienes dejados al fallecimiento del causante con quien estuvo ligado sentimentalmente durante muchos años. El reconocimiento de esta participación a la que también se opuso Dª Silvia en los autos de juicio ordinario 14/2003 supuso dejar fuera de la primera partición de los bienes hereditarios aquellos adjudicados a Dª María Rosa, volviendo a realizar el contador partidor Sr. Juan Alberto unas nuevas operaciones que son frente a las que se formula esta oposición.

SEGUNDO.- El primer motivo de disconformidad con las operaciones particionales quedó ya resuelto en la comparecencia a la que se cita a las partes conforme al artículo 787.3 LEC EDL 2000/77463 como primera forma de resolver la oposición que alguno (s) de ellos haya realizado a las operaciones divisorias. Aunque esta comparecencia quedó en cierta medida confundida con el juicio verbal subsiguiente, pues una y otro se celebraron en unidad de acto, no podemos olvidar que a dicha comparecencia quedaron citadas las partes

con la advertencia, se lee en la providencia de 23 de noviembre de 2004, de "que si se alcanzare el acuerdo de todos los interesados se ejecutará lo acordado y si no se alcanzare se oirá a las partes y se admitirán las pruebas que se propongan y que no sean impertinentes e inútiles, continuando la tramitación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal." Pues bien, al inicio de la diligencia de vista celebrada el 13 de julio de 2005, que no es otra que la comparecencia prevista en el artículo 787.3 LEC EDL 2000/77463, todas las partes manifestaron su acuerdo con que las operaciones divisorias se completasen con la inclusión de los 26.326,15 € como metálico de la herencia y con los gastos del informe del perito valorador, por lo que dichas partidas quedaron excluidas del contencioso posterior, de modo que carece de sentido que ahora se recurra la sentencia para que se rectifique las operaciones divisorias en este punto. No hay pues incongruencia de la sentencia por no haberse pronunciado sobre una cuestión sobre la que existió acuerdo de las partes. Precisamente porque existió ese acuerdo antes del inicio del juicio verbal es por lo que la sentencia no tenía que pronunciarse sobre algo que ya había quedado decidido.

TERCERO.- El segundo motivo de oposición a las operaciones divisorias se refiere a los frutos y rentas de las fincas de la herencia, rústicas y urbanas, que han sido percibidos al parecer por D. Fidel, y respecto de los cuales se pide que se complete el cuaderno particional con el importe de dichos frutos. A dicho D. Carlos José se le nombró administrador de la herencia por auto de 15 de octubre de 2002, si bien compareció en el Juzgado para manifestar que no aceptaba el cargo, quedando sin resolver esta renuncia una vez que el juicio divisorio se suspendió para tramitar la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> María Rosa sobre los bienes hereditarios.

Sobre la inclusión de los frutos y rentas en el inventario de la herencia este tribunal ya se ha pronunciado en sentencia de 15 de julio de 2005 (rollo 235/2005) afirmando que "aunque en el inventario de la herencia se incluyan los frutos y rentas, dichos frutos no son bienes de la herencia del causante, pues el artículo 451 del Código Civil EDL 1889/1 dice que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión. Lo que podrá incluirse en el inventario conforme al artículo 1063 CC EDL 1889/1 es un derecho de crédito contra el heredero que ha poseído los bienes hereditarios, y dicho derecho de crédito sí puede considerarse sujeto a prescripción, cuyo plazo deberá ser el de quince años al no estar sujeto a un plazo especial y distinto." Por lo tanto la forma de hacer efectivo dicho crédito por parte de los herederos que han estado privados de los bienes será, bien mediante su inclusión en el inventario, bien reservándoles la posibilidad de su reclamación judicial en un procedimiento declarativo ordinario.

En el supuesto de autos, al no haberse incluido desde un primer momento en el inventario de la herencia los frutos y rentas, y desconocerse por lo tanto cual puede ser su importe, tanto el bruto total, como el neto una vez descontados los gastos, es preferible reservar al heredero que se crea con derecho sobre ellos a reclamarlo en el juicio ordinario que corresponda.

CUARTO.- Finalmente D<sup>a</sup> Silvia se opone a la forma en la que han quedado conformados los lotes en las operaciones divisorias del Sr. Juan Alberto porque a ella se le han adjudicado la totalidad de las fincas rústicas de la herencia, menos una finca también rústica que por acuerdo entre todos los hermanos ha quedado en proindiviso entre todos ellos, mientras que al resto de los hermanos D. Fidel, D<sup>a</sup> Elisa y D<sup>a</sup> Soledad se les ha pagado su participación en la herencia con bienes de naturaleza urbana. Se alega la mayor revalorización de estos bienes en relación con aquellos y la mejor facilidad de venta que tienen las tres casas de la herencia, todas ellas sitas en la localidad de Espinosa de los Monteros, la casona de la calle Monteros, la vivienda de la CALLE000, y la cabaña con terreno adyacente denominada DIRECCION000. En definitiva, lo que se invoca es la infracción del artículo 1061 del Código Civil EDL 1889/1 según el cual "en la partición 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 naturaleza que tiene la regla del artículo 1061 CC EDL 1889/1 como se desprende de su texto es la de ser una norma de carácter ejemplar o paradigmática, esto es, no obliga a que los lotes forzosamente consistan en bienes de la misma naturaleza o valor, pues esto último deberá ser así siempre que ello sea posible, siempre que sea factible conseguir la "posible igualdad". Sobre la vivienda de la CALLE000 la introducción de D<sup>a</sup> Silvia en el proindiviso sobre la misma chocaría con el interés de todos los demás hermanos, y sobre todo con de D<sup>a</sup> María Rosa, que es propietaria de la mitad indivisa y que además tiene en ella su vivienda habitual. La concesión a D<sup>a</sup> Silvia de una parte en dicha finca avocaría a D<sup>a</sup> María Rosa a tener que salir de la misma por ser deseo de D<sup>a</sup> Silvia, expresamente manifestado por ella en el recurso, el de venderla en pública subasta, mientras que el resto de los hermanos son del parecer de que D<sup>a</sup> María Rosa siga viviendo en ella.

La única finca urbana que queda además de la anterior es la casona de la CALLE001, pues la cabaña de DIRECCION000 tiene un destino agrario y ganadero. Sobre dicha casa, en la que D<sup>a</sup> María Rosa también tiene en propiedad las 4/6 parte de la misma, sería posible dar a D<sup>a</sup> Silvia una participación que podría ser de 2/10 partes (las otras 4/10 partes serían, como están actualmente, de D. Carlos José y de D<sup>a</sup> Elisa). Sin embargo, no parece que por dar a D<sup>a</sup> Silvia esta pequeña participación en un bien de naturaleza urbana deban echarse abajo todas las operaciones divisorias del contador, al que ya se le ha obligado a realizar dos divisiones distintas, la primera de ellas antes de reconocerse a D<sup>a</sup> María Rosa su participación en los bienes hereditarios. Por el contrario, la partición realizada por el Sr. Juan Alberto tiene su razón de ser en la conveniencia de evitar el proindiviso de D<sup>a</sup> Silvia con el resto de sus hermanos, con quienes no se habla desde hace treinta años, así como incluso en la propia conveniencia de D<sup>a</sup> Silvia a la que le piden interesar las fincas rústicas por su dedicación a la ganadería, dedicación que ella misma ha reconocido.

QUINTO.- En materia de costas no se pueden atender las razones que se alegan para justificar la no imposición a pesar de la desestimación de la demanda, pues rige el principio del vencimiento objetivo conforme al artículo 394, y si se atendieran las razones de índole familiar que se alegan nunca se impondrían costas en estos juicios de división de herencia. Las de esta alzada se imponen por la desestimación del recurso conforme al artículo 398.1 LEC. EDL 2000/77463

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Antonio Infante Otamendi contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Villarcayo en los autos de juicio verbal derivados del juicio de división de herencia 290/2001, se confirma la misma en todos sus pronunciamientos, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, notificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, estando celebrando el Tribunal audiencia pública en el día de la fecha, doy fe.-

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 09059370032006100117