



Roj: **SAP AV 50/2010 - ECLI: ES:APAV:2010:50**

Id Cendoj: **05019370012010100050**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ávila**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2010**

Nº de Recurso: **10/2010**

Nº de Resolución: **29/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE RODRIGUEZ DUPLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

AVILA

**SENTENCIA: 00029/2010**

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, ha pronunciado  
EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N.º M: **29/2010**

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRÍSIMOS SRES.

PRESIDENTA

DOÑA MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ DUPLÁ

MAGISTRADOS

DON JESÚS GARCÍA GARCÍA

DON MIGUEL ÁNGEL CALLEJO SÁNCHEZ

En la ciudad de Ávila, a diez de Febrero de dos mil diez.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de JUICIO VERBAL Nº 74/2009, seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE ÁVILA, RECURSO DE APELACIÓN Nº **10/2010**, entre partes, de una como recurrente D<sup>a</sup>. Joaquina, representada por el Procurador D. FERNANDO LÓPEZ DEL BARRIO, dirigida por el Letrado D. PEDRO PABLO GÓMEZ ALBARRÁN, y de otra como recurridos D<sup>a</sup>. Matilde, D<sup>a</sup>. Pura, D. Jenaro, D. Lorenzo y D. Millán, defendidos por el letrado D. JOSÉ LUIS ANTOLÍN SÁNCHEZ, así como D<sup>a</sup>. Marí Jose sin representación ni defensa en la presente alzada.

Actúa como Ponente, la Il<sup>ta</sup>m. Sra. D<sup>a</sup>. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ DUPLÁ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE ÁVILA, se dictó sentencia de fecha 8 de junio de 2009, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE lo solicitado por D<sup>a</sup>. Matilde, D<sup>a</sup>. Marí Jose, D. Millán, D. Lorenzo, D. Jenaro, D<sup>a</sup>. Pura contra D<sup>a</sup>. Joaquina, por lo que no se podrá incluir en el inventario del juicio de división de la herencia la mitad del corral urbano número dos.

Condeno a D<sup>a</sup>. Joaquina a las costas derivadas de este procedimiento conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".



SEGUNDO.- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación, que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se acepta los de la resolución impugnada en cuanto no se opongan a los siguientes.

SEGUNDO.- La sentencia objeto de recurso dijo estimar la solicitud de Doña Matilde y Doña Marí Jose , Don Millán , Don Lorenzo , Don Jenaro y Doña Pura para que no fuera incluido en el inventario relativo a la herencia de los causantes Don Luis Miguel y Doña Dulce , un corral sito en calle Villalba, de Cardeñosa, e impuso las costas a la inicial demandante Doña Joaquina , pronunciamiento frente al que se alza la promotora del procedimiento para división de herencia de los susodichos causantes.

Observando la recurrente que algunas de las cuestiones litigiosas no fueron resueltas en la sentencia impugnada, pues existía controversia sobre otros bienes, impetra la nulidad de dicha resolución, y la celebración de nuevo juicio, o, subsidiariamente, se dicte nueva sentencia, y para caso de no estimarse lo anterior prosperen sus pedimentos en orden a la formación del inventario.

TERCERO.- El primer motivo del recurso es de obligado acogimiento en cuanto denuncia incongruencia omisiva, pues la sentencia nada dijo sobre tres inmuebles en disputa, a saber, una casa en CALLE000 N° NUM000 , de Cardeñosa, y dos fincas rústicas una al sitio de Galletes y otra en Romajá, del término municipal de Cardeñosa.

De las soluciones que propone la disconforme para afrontar ese estado de cosas es inmediatamente descartable la repetición del juicio, toda vez que sólo la sentencia adolece del vicio denunciado; sin embargo el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fiel al principio de conservación de los actos procesales y en consonancia al eventual alegato de infracción de normas y garantías procesales como motivo de la alzada, dispone en su segundo inciso que si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar sentencia en la primera instancia, el tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueron objeto del proceso, mientras que el siguiente párrafo para el supuesto de que no sea de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior, si la infracción procesal fuese de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas, preceptúa que el tribunal lo declarará así, reponiéndolas al estado en que se hallaban cuando la infracción se cometió.

Entiende la Sala que el legislador quiso reservar la nulidad de actuaciones para aquellos supuestos extremos en que no cupiese al órgano ad quem restaurar el orden jurídico procesal, situación distinta a la presente, pues la Sala puede y debe resolver las cuestiones controvertidas conforme a los principios de exhaustividad y congruencia desoídos en la instancia.

CUARTO.- A propósito del inmueble sito en CALLE000 N° NUM000 de Cardeñosa, que la promotora hizo constar en su inventario como perteneciente a Doña Dulce y Don Elias -primer esposo de la causante- las partes son contestes en reconocer que sólo debe figurar como titularidad de Doña Dulce , por tanto sometido a partición, la mitad de dicha casa, pues la otra parte, ganancial de Don Elias , fue transmitida mortis causa a su hija Doña María Consuelo , y no integra el caudal relicto ahora objeto de división.

QUINTO.- Las fincas rústicas sitas en el término municipal de Cardeñosa, enclaves " DIRECCION000 " y " DIRECCION001 ", identificadas en el inventario que presentó Doña Joaquina con los números NUM001 y NUM002 , son también objeto de contienda, en cuanto constituirían un legado de Doña Dulce en favor de su segundo esposo, Don Luis Miguel , como refleja el testamento otorgado por la causante el día 8 de febrero de 1974; y como quiera que Don Luis Miguel falleció antes que su cónyuge sostiene la disconforme que es de apreciar una sustitución vulgar a favor de las herederas del mismo como avalaría el carácter "incompleto" del testamento, precisado de integración judicial.

Este planteamiento es inconciliable con el carácter personalísimo que el artículo 670 del Código Civil predica del testamento, prohibiendo quede su formación, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero. Además, el artículo 774 del dicho texto legal refiere al testador la facultad de sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso de que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia (idem respecto a los legatarios ex artículo 789), facultad de la que no hizo uso la testadora, ni procede



integración de su voluntad mortis causa, pues el negocio jurídico no adolece de carencia alguna y sin cortapisa entra en juego la refundición en la masa hereditaria prevista en el artículo 888 del Código Civil.

SEXTO.- Mayor complejidad reviste el punto relativo a la inclusión o exclusión de otro inmueble identificado en el inventario como "Mitad de un corral en la CALLE001 de Cardeñosa" -bien N° NUM003 de la relación- atribuido a Doña Dulce como privativo, y respecto a cuya pertenencia existe documentación contradictoria:

a) Dicha finca fue comprada por Don Elias y Doña Dulce, constante matrimonio, al Ayuntamiento de Cardeñosa, en el año 1924, de cuya transmisión y carta de pago existe constancia documental.

b) Tras fallecimiento en los años 1934 y 1935 de Doña Olga y Don Ángel Jesús (padres de Doña Dulce) la mitad de dicho inmueble fue adjudicado en la partición hereditaria a su hijo Don Aquilino, y así consta en la hijuela a él correspondiente.

c) Asimismo figura en autos copia de un documento firmado en el año 1934 por los hermanos Doña Olga y Don Aquilino, aquella asistida de su esposo Don Luis Miguel, en que convinieron, ante la partición del corral, abrir una puerta y la forma de sufragarla.

d) Por último, consta un documento del año 1944, firmado por Don Luis Miguel (segundo esposo de Doña Dulce) y Don Imanol (esposo de Doña María Consuelo, hija habida en el primer matrimonio de Doña Dulce) en que se plasmó la entrega a Doña María Consuelo de bienes rústicos provenientes de su fallecido padre Don Elias, sin que aparezca reflejado el solar o corral litigioso.

Con estos antecedentes, sostiene Doña Joaquina que, por vía desconocida, entre los años 1924 y 1934 el corral pasó a ser propiedad de Doña Olga y Don Ángel Jesús, y, por herencia, de sus hijos Dulce y Romeo, lo que situaría la parte en liza como bien privativo de la causante Doña Dulce, a la que, en el peor de los casos, correspondería una cuarta parte del inmueble y otro cuarto a su primer esposo y por sucesión a la hija -hoy nietos litigantes- de aquél; añade que de todas formas su posesión durante 45 años, aun sin título ni buena fe, avalaría la usucapión extraordinaria ex artículos 1957 y 1959 del Código Civil, en favor de la causante.

Sin embargo no compartimos estas conclusiones.

Importa destacar algunos aspectos muy ilustrativos. Así, en primer término, sólo fue objeto de adjudicación como bien relicto por Doña Olga y Don Ángel Jesús la mitad del corral en lid, ello sugiere que dicho matrimonio sólo adquirió inter vivos esa fracción, mientras que el resto lo conservó su hija Doña Dulce; difícil es pensar que la mitad transmitida a aquéllos lo fuese por venta hecha por Don Elias, que murió el día 12 de agosto de 1924, y por tanto cinco meses después de haber adquirido el bien en marzo de aquel año; parece más lógico concluir que la cesión fue hecha por su viuda respetando la mitad correspondiente a su hija María Consuelo, heredera del finado.

Por otra parte, el protagonismo de Doña Dulce al disponer la apertura de otra puerta en el inmueble, a raíz de las operaciones particionales de la herencia de sus padres, en nada debe sorprender pues a la sazón -año 1934- su hija contaba 14 años de edad, e incluso ese protagonismo, aun con la omnipresente autoridad marital, sugiere que el bien correspondía a la menor nacida del primer matrimonio. A esto unimos que el dato de no figurar en el documento de 26 de febrero de 1944 alusión al corral no descarta la pertenencia a Doña María Consuelo, pues tampoco figura el inmueble de la CALLE000 N° NUM000, cuya mitad es incontrovertido correspondía a dicha señora por herencia de su padre.

En otro orden de cosas, las declaraciones prestadas en el juicio por la propia Doña Joaquina y sus hermanas, Doña Matilde (que litiga en posición adversa a la anterior) y Doña Marí Jose, son titubeantes e imprecisas a la hora de asignar la propiedad en cuestión, y en concreto Doña Joaquina relata sus dudas y llega a atribuir a su abuelo Ángel Jesús la adquisición sólo de la mitad del bien, en lo que coincide con Doña Matilde, la cual identifica la parte adjudicada a Don Aquilino con lo en su día transmitido a su abuelo Ángel Jesús: de ser esto así Doña Dulce habría conservado la parte de su hija, entonces menor de edad.

Por último, resulta de interés que los únicos documentos justificativos del pago de tributos -correspondientes a los años 1989 y 2008- figuren expedidos a nombre de Doña María Consuelo, sin que en cambio la ininterrumpida posesión que se atribuye a la causante se haya acreditado, ni que lo fuera en concepto de dueña, pues cuantos depusieron en el juicio asignaron el uso del corral a Don Aquilino.

SÉPTIMO.- En merito a las anteriores consideraciones procede introducir en el inventario presentado por la demandante las siguientes modificaciones:

a) Respecto al bien identificado con el N° NUM004, casa en la localidad de Cardeñosa, CALLE000 N° NUM000, sólo debe figurar la mitad, como bien privativo de Doña Dulce.



b) Respecto del bien identificado con el N° NUM003 , mitad de un corral en CALLE001 de Cardeñosa, debe ser excluido de la relación.

c) Respecto a las fincas rústicas identificadas con los números NUM001 y NUM002 del inventario, tierras a los sitios de DIRECCION000 y DIRECCION001 , deben figurar como bienes privativos de Doña Dulce .

OCTAVO.- Procede estimar en parte el recurso, revocando la resolución de instancia, en los términos dichos, sin especial pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia, por las dudas fácticas que el caso presenta, ni de la segunda, por el sentido de la presente resolución, ex artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás aplicables,

#### **FALLAMOS:**

que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Doña Joaquina contra la sentencia de fecha 8 de junio de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Ávila, en el procedimiento civil N° 74/2009, de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución, resolviendo las divergencias surgidas sobre la formación del inventario de los bienes pertenecientes al caudal relicto por Doña Dulce y Don Luis Miguel como se indica en el séptimo fundamento jurídico de esta resolución, sin especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber los recursos que caben contra la misma y una vez firme, expídase su testimonio que será remitida con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

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

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.