



Roj: **SAP OU 373/2014 - ECLI: ES:APOU:2014:373**

Id Cendoj: **32054370012014100290**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2014**

Nº de Recurso: **352/2013**

Nº de Resolución: **310/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FERNANDO ALAÑÓN OLMEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

### **OURENSE**

SENTENCIA: 00310/2014

### **APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Señores, don Fernando Alañón Olmedo, Presidente, doña Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández y doña Josefa Otero Seivane, Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

### **S E N T E N C I A NÚM.310**

En la ciudad de Ourense a dieciocho de julio de dos mil catorce

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, en autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Ourense, seguidos con el n.º 504/12, Rollo de Apelación núm. 352/13, entre partes, como apelantes D. Jesús María , Doña Adelaida , D. Cirilo , D. Fausto , Doña Custodia , Doña Irene representados por el Procurador D. Ricardo Garrido Rodríguez, bajo la dirección del Letrado D. Celestino Gesto Alonso y, como apelado, D. Julio , representado por el procurador D. Jesús Marquina Fernández, bajo la dirección del Letrado D. Víctor Varela Carid.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Alañón Olmedo.

### **I - ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 11 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que estimando la demanda formulada por la representación de D. Julio , contra D. Jesús María , Doña Adelaida , D. Cirilo , D. Fausto , Doña Custodia y Doña Irene , debo declarar y declaro que procede efectuar el deslinde entre parcela propiedad del demandante descrita en el hecho primero de la demanda y la de los demandados, estableciéndose la línea divisoria conforme al plano incluido en el informe pericial emitido por el Arquitecto Técnico D. Teodoro , que se marcará mediante hitos o mojones, y asimismo debo condenar y condeno a D. Jesús María , Doña Adelaida , D. Cirilo , D. Fausto y Doña Custodia a sufragar la mitad de las obras de reparación del hórreo señaladas en el citado informe pericial, absolviendo a Doña Irene de la petición deducida en su contra sobre este extremo, imponiendo expresamente a los demandados las costas de este procedimiento".

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de D. Jesús María , Doña Adelaida , D. Cirilo , D. Fausto , Doña Custodia y Doña Irene recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

**Tercero.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.



## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de los de Ourense, es recurrida en apelación por la representación procesal de la parte demandada quien interesa se dicte nueva resolución por la que, con acogimiento de los motivos de recurso, se desestime en su integridad la pretensión deducida en el escrito de demanda. Cumple señalar que en la demanda se acumulaban dos acciones, una de deslinde de la propiedad de la demandante en su colindancia con la de la demandada y otra por la que se pretendía la condena de la demandada al abono de las sumas correspondientes a la reparación del hórreo común. La sentencia apelada estimó ambas pretensiones y contra ellas recurre la demandada. En relación con la acción de deslinde lo que viene a significar es que hubo un acuerdo entre las partes para que el deslinde se realizara de la manera en que el demandado colocó una hilera de piedras a modo de cierre o marcando la línea divisoria. En segundo lugar y en relación con el hórreo se indica que el mismo no pertenece proindiviso a los litigantes sino que en el título de propiedad se significa que la mitad este del hórreo pertenece a la parte demandante y la oeste a la demandada.

**SEGUNDO.-** Del derecho de dominio derivan dos acciones básicas, la reivindicatoria regulada en el artículo 348 del Código Civil y la de deslinde del artículo 384 del mismo texto legal .

La primera es la que ejercita el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario, y precisa para que prospere, según constante y práctica doctrina jurisprudencial, por todas emanada de las Sentencias Sala 1ª del Tribunal Supremo y que recoge la de 30 de octubre de 1997 , los siguientes requisitos: a) título legítimo del reclamante que debe probar; b) identificación de la cosa reclamada que ha de acreditarse con la debida precisión y, c) la posesión injusta de quien posea la cosa y a quien en definitiva se reclama.

La segunda es la que corresponde al titular del dominio o de un derecho real sobre el predio, para su individualización física, en uso de la facultad de exclusión, operando el deslinde en los supuestos de linderos confundidos y no bien delimitados, tal como recoge la STS de fecha 10 de febrero de 1997 .

Ambas acciones son distintas y, si bien la doctrina permite que se utilicen conjuntamente, su objeto y naturaleza son diferentes y así se reconoce en STS de fechas 11 de julio 1988 y de 27 de enero 1995 . Mientras que la acción reivindicatoria supone un solo objeto pretendido por dos personas distintas, por lo que deberá resolverse sobre la preferencia del título previa su exacta identificación, por el contrario, la acción de deslinde excluye contienda sobre la propiedad, si bien su práctica y consiguientemente amojonamiento comporta la composición física de las fincas confrontadas al delimitarlas material y externamente mediante el trazado de la finca perimetral divisoria, precisándose de esta forma los derechos que corresponden a los titulares interesados, pero sin que esto suponga ejercicio de acción reivindicatoria pues para ello hubiera sido preciso pedir la recuperación de un cuerpo cierto y perfectamente identificado, lo que no puede constituir el hecho de que la parte demandada en la acción de deslinde deje de poseer los terrenos de la propiedad del actor como consecuencia del deslinde postulado, pues ello es inherente al acto delimitador de la propiedad en cuanto fija su colindancia discrepante.

En definitiva, cuando lo reivindicado es un cuerpo cierto y no hay discusión alguna respecto a su extensión, debe decidirse a quien corresponde la propiedad de la finca litigiosa fundándose en las pruebas que en apoyo de sus respectivos títulos le aporten las partes, bien a efectos puramente declarativos como reivindicatorios; sin embargo, si la acción se plantea como una controversia derivada del trazado de una linde como actuación unilateral de uno de los colindantes, prescindiendo del consentimiento del otro e invadiendo, según la adversa, los confines de la finca, ello origina una confusión de linderos que requiere un nuevo trazado de la línea con participación de los dos propietarios interesados, lo que constituye propiamente la acción de deslinde y que, en cuanto puede suponer la recuperación del terreno indebidamente ocupado participa de la naturaleza de la reivindicación inmobiliaria.

Como señaló la sentencia de esta Audiencia de 7 de septiembre de 1998 , la acción de deslinde exige por su propia naturaleza que no discutan las partes que sea una u otra propietarios de las fincas colindantes, sino que discrepen tan sólo respecto a la ubicación de la línea divisoria que las separa, pretendiéndose concretar y precisar el alcance que en la realidad física ha de atribuirse a los titulares dominicales. Así las cosas, la acción de deslinde se dirige a concretar el campo de lo incierto, no para decidir cuestiones de prevalencia dominical en favor de determinados titulares; tiende pues a individualizar el objeto, determinando los linderos del predio y delimitar los recíprocos derechos ante la imprecisión o confusión, diferenciándose de la acción reivindicatoria en que ésta es una acción recuperatoria que se dirige contra el poseedor, y así al reivindicar se pide que se nos dé lo que posee otro, porque es nuestro; y al deslindar se pide sólo que se adjudique a quien sea dueño una zona dudosa (toda a uno, o a otro, o en partes iguales o diferentes a cada uno), no pidiendo el actor que se dé, como en la reivindicatoria, sino que se fije un límite, que quede para cada uno lo que corresponde. Mientras que la acción reivindicatoria supone una controversia, la acción de deslinde se dirige a precisar un estado



de hecho, se concreta a la extensión cuantitativa entre fundos contiguos, a la individualización de confines, no se discrepa sobre la validez de los títulos que cada litigante aporta en defensa de sus alegatos, y así si los respectivos títulos de propiedad no se niegan y sólo se discute acerca de una interpretación respecto a la figura del fundo al que concierne habrá una acción de deslinde pues no discuten las partes que sea una y otra propietaria de las fincas vecinas, sino que discrepan tan sólo respecto a la ubicación de la línea divisoria que las separa.

Admite la sentencia apelada la necesidad del deslinde sobre la base de la confusión de linderos y frente a ello se opone en esta alzada que hubo consentimiento expreso, no escrito de un previo deslinde. Como razona adecuadamente la sentencia apelada, cuyos acertados razonamientos se dan por reproducidos, no hay prueba alguna de tal convenio. No puede admitirse que el demandante prestara su consentimiento a que la línea divisoria de las dos propiedades hubiera de seguir la hilera de piedras que el demandado D. Jesús María había colocado. Los testigos no lo fueron del acuerdo y es indiferente a los efectos pretendidos que el muro se hubiera comenzado a construir en 2010 o en 2011 por cuanto no consta en modo alguno que el demandante hubiera prestado su consentimiento al trazado del lindero común que pretende sostener la demandada. Evidentemente no puede tenerse como probado el acuerdo el propio contenido de las manifestaciones del D. Jesús María en el procedimiento de diligencias preliminares.

**TERCERO.-** Sobre el hórreo litigioso poco cabe añadir a la exhaustiva motivación de la sentencia apelada. Si bien el hórreo aparece dividido en el título de propiedad de cada uno de los litigantes se trata de una única estructura en la que aparecen elementos comunes a las dos partes, como la cubierta, el forjado del suelo y los cierres laterales de madera. Alude la sentencia a una forma de comunidad equiparable a la del artículo 396 del Código Civil y por tanto la reparación de los elementos comunes alcanza a ambos propietarios por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 395 deben todos ellos contribuir a su conservación y reparación en proporción a sus cuotas. El informe pericial es claro al respecto y se señala que si bien los elementos de piedra no precisan intervención es preciso proceder a la reparación de la cubierta, la estructura del suelo y el entablado y cerramientos laterales de madera sin que sea posible solo la reparación de una parte pues podría, de ser así, producirse un desmoronamiento de toda la estructura. No se trata, en contra de lo sostenido por la recurrente, en la transformación de una comunidad en la que aparece perfectamente determinada cada parte de cada comunero en una propiedad indivisa sino que la necesidad de contribuir al sostenimiento de los elementos comunes -y la estructura del hórreo así se configura- conlleva la necesidad de contribuir a su conservación. El artículo 395 del Código Civil permite a cada partícipe a obligar a contribuir al sostenimiento de la cosa común y no se trata de obligar a realizar obras en la parte de los demandados sino en cuanto son precisas para el sostenimiento de la cosa común y en ese sentido no es preciso el consentimiento de los partícipes pues es sustituido por la decisión que se adopta en el seno del proceso judicial.

**CUARTO.-** No le falta razón, por el contrario, a la parte apelante cuando sostiene que a D<sup>a</sup>. Irene no se le pueden imponer las costas del proceso por cuanto fue absuelta de los pedimentos atinentes a la contribución al mantenimiento del hórreo. El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que no procede la imposición de las costas procesales en los casos donde se produce una parcial estimación de las pretensiones, lo que ahora acontece con D<sup>a</sup>. Irene . Por consiguiente es procedente la revocación de la sentencia apelada en el sentido de que no ha lugar a la imposición de las costas procesales a D<sup>a</sup>. Irene habida cuenta la parcial estimación de la pretensión contra ella deducida.

Sobre las costas de la alzada, no habrá lugar a imponer las devengadas por el recurso de apelación en cuanto lo ha formulado D<sup>a</sup>. Irene , pues se ha estimado en parte su pretensión deducida ante la Sala. Procede sin embargo imponer las costas causadas por el recurso de los restantes demandados habida cuenta el rechazo de su pretensión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

#### **FALLO:**

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Adelaida y se desestima el de los restantes demandados y en su virtud se confirma la sentencia apelada de fecha 11 de junio de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Ourense , en autos de juicio ordinario nº 504/12, a salvo la condena de D<sup>a</sup>. Irene al pago de los gastos de conservación y mantenimiento del hórreo litigioso, quien es absuelta de cuantas pretensiones en relación con ese objeto contra ella se han deducido, y todo ello con expresa imposición a los demandados, excepto a D<sup>a</sup>. Irene , de las costas de la instancia; las de la alzada se impondrán a la parte apelante excepto las que correspondan a D<sup>a</sup>. Irene .

Se decreta la devolución de la totalidad del depósito constituido para recurrir.



Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, en su caso , por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su **no** tificación ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ