



Roj: **SAP GC 637/2016 - ECLI:ES:APGC:2016:637**

Id Cendoj: **35016370032016100186**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **3**

Fecha: **17/02/2016**

Nº de Recurso: **634/2013**

Nº de Resolución: **99/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **RICARDO MOYANO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 11 69 72

Fax.: 928 42 97 73

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000634/2013

NIG: 3501630120080013641

Resolución: Sentencia 000099/2016

Proc. origen: División judicial de patrimonio Nº proc. origen: 0000930/2008-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Perito Fabio

Apelado Leopoldo Francisco Palomo Montenegro Carlos Javier Sanchez Ramirez

Apelante Serafin Maria Genoveva Sanchez Cortijos Sira Carmen Sanchez Cortijos

**SENTENCIA**

Ilmos. /as Sres. /as

SALA Presidente

D./Dª. RICARDO MOYANO GARCÍA (Ponente)

Magistrados

D./Dª. FRANCISCO JAVIER JOSÉ MORALES MIRAT

D./Dª. MARÍA PAZ PÉREZ VILLALBA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 17 de febrero de 2016.

SENTENCIA APELADA DE FECHA: 2 de mayo de 2013

APELANTE QUE SOLICITA LA REVOCACIÓN: D. /Dña. Serafin



VISTO, ante Sección Tercera de la Audiencia Provincial, el recurso de apelación admitido a la parte demandante, en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de fecha 2 de mayo de 2013 , seguidos a instancia de D. /Dña. Serafin representados por el Procurador D. /Dña. SIRA CARMEN SANCHEZ CORTIJOS y dirigidos por el Letrado D. /Dña. MARIA GENOVEVA SANCHEZ CORTIJOS, contra D. /Dña. Leopoldo representados por el Procurador D. /Dña. CARLOS JAVIER SANCHEZ RAMIREZ y dirigidos por el Letrado D. /Dña. FRANCISCO PALOMO MONTENEGRO.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada dice: Que desestimando la impugnación formulada por la Procuradora Sra. Doña Sira Sánchez Cortijo en nombre y representación de D. Serafin debo aprobar y apruebo el cuaderno particional emitido por la contadora- partidora Sra. Camila y todo ello con expresa condena en costas procesales a la parte impugnante.

SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, y tras darle la tramitación oportuna se señaló para su estudio, votación y fallo el día 17 de febrero de 2.016.

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia el Ilmo. /a. Sr. /a. D. /Dña. RICARDO MOYANO GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del recurso deducido por D. Serafin la discrepancia de fondo con el cuaderno particional aprobado en el incidente de oposición al mismo por auto de 2/5/2013 , así como subsidiariamente la discrepancia procesal con la imposición de costas a dicha parte litigante.

La discrepancia de fondo entre los coherederos en el proceso particional no afectaba a todos los bienes del caudal relicto del padre de los partícipes, sino exclusivamente a los bienes numerados como 8,9 y 10 en el inventario aportado al proceso de división de herencia al que este incidente se refiere. Las partes están de acuerdo en que la única discrepancia, para la que se solicitó por tanto elaboración de dictamen por contador-partidos, es si en la partición hay que tener en cuenta el documento particional de fecha 24 de Noviembre del 2003 respecto a la adjudicación al impugnante de La Casa del Molino y la propiedad sita en el lugar conocido como "Subteniente Don Felicísimo " o por el contrario procedía su reparto entre todos los coherederos , resolviendo la contadora partidora en este último sentido . En realidad la discusión sobre la eficacia de dicho documento privado tenía en cuenta tanto la autenticidad o no del propio documento -impugnado por el hermano del promotor del proceso divisorio, D. Leopoldo , hermano de D. Felicísimo - como en caso de considerarse auténtico, su eficacia como documento negocial con incidencia en la partición de la herencia.

Recordemos los antecedentes que señala la sentencia impugnada: "Consta acreditado en las presentes actuaciones de división judicial de herencia de

la causante Doña Rafaela fallecida el 29 de Enero del 2003

que sus herederos testamentarios a su fallecimiento fueron sus tres hijos , Don

Felicísimo , Don Leopoldo y Doña Mónica , ésta

fallecida el 14 de Mayo del 2007 que legó en testamento de 12 de Junio del 2003

el usufructo universal y vitalicio de sus bienes a su hermano Don Leopoldo y por

sustitución en caso de fallecimiento a su hermano Don Felicísimo , así como

instituyendo como únicos herederos en el resto de su herencia a sus sobrinos

Doña Concepción y Don Faustino .

Pues bien , se pretende que la contadora partidora atienda al documento privado

de 24 de Noviembre del 2003 en virtud del cual Don Serafin y Don Leopoldo

acordaron la renuncia por este último a cualquier derecho sobre una

casa y terreno sita en el pueblo de Antigua (Fuerteventura) y la propiedad sita en



el mismo lugar conocida por el de "Subteniente Felicísimo " pactando que se adjudicarían a su hermano Don Felicísimo ."

Pues bien, en la sentencia ahora apelada se niega la consideración de documento auténtico al documento privado de 24 de noviembre de 2003, señalando: "No parece dudoso que el documento de que se trata describe unos actos propiamente particionales en cuanto asigna determinados bienes del caudal hereditario a uno de los herederos -Don Felicísimo - y

los propios herederos que lo suscribieron lo califican de "acuerdo privado de partición de herencia", incluyendo la cesión de los derechos hereditarios de Don Leopoldo a favor de Don Serafin respecto a unas fincas y señalando literalmente que "mediante el presente documento se desea dejar señalada la adjudicación preferente de dicho bien inmueble , sin perjuicio del resto de disposiciones que en su día se hagan". Pero es que además dicho documento no aparece firmado por todos los coherederos ni en el único folio en el que se integran todas sus estipulaciones ,sino en otro aparte por los dos coherederos Don Serafin y Don Leopoldo y con letra mecanografiada diferente , no constando que las partes se compelieran a su elevación a público , lo que a priori no permite considerarlo como un documento auténtico a los efectos del artículo 1008 del Código Civil ,constando que se siguió procedimiento penal al respecto y así , la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias secc. 5ª de 29 de Junio del 2010 señala que "Cuestión que ha sido resuelta por importantes sectores doctrinales poniendo en relación el precitado num. 4 del artículo 1280 del C.c . con el artículo 1008 del mismo cuerpo legal que expresamente señala que la repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico o por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría o del abintestato."

En el recurso de apelación no se combate esta conclusión contraria a la autenticidad del documento, lo que ya de por sí supone la desestimación del recurso, ya que si la sentencia impugnada no considera auténtico el documento y por tanto carente de eficacia, sobre toda otra consideración sobre su incidencia en la partición y por tanto se confirma el cuaderno particional elaborado por la sra. contadora-partidora que elimina el cuestionado documento privado de dichas operaciones particionales.

Pero es que además, hemos de confirmar las conclusiones de la partidora y de la sentencia ahora apelada sobre la ineficacia del documento, aun cuando fuera auténtico. El apelante insiste en que su naturaleza sería de renuncia a derechos hereditarios ya delacionados, puesto que el documento se elabora tras la muerte del causante, lo cual, al referirse a derechos hereditarios abstractos ya nacidos, es legal, lo que no sucedería si se refiriera a bienes concretos, ya que antes de la partición los coherederos carecen de derechos sobre tales bienes y por tanto no pueden disponer de ellos. La doctrina jurídica es clara, y la expone con precisión la propia S.A.P. de Madrid de 22 de abril de 1997 que invoca el apelante: si bien es posible disponer a favor de coherederos o de terceros del derecho hereditario abstracto, no es posible disponer de bienes concretos pertenecientes a la herencia antes de la partición, y ésta ha de ser realizada si es de forma convencional por la totalidad de los coherederos.

Así las cosas, en lo que discrepamos de la interpretación del documento con la parte apelante es precisamente en que se trate de documento de disposición de derecho hereditario abstracto -ya vocado y delacionado a favor del litigante D. Leopoldo - y no de un documento particional. Pues basta la lectura del documento para no tener duda alguna de que en él se dispone precisamente de los bienes num. 8,9 y 10 del inventario a favor del hermano Felicísimo . Por tanto, no está renunciando o transando con su cuota hereditaria abstracta el coheredero, sino disponiendo de bienes concretos que no se le han asignado en la partición. El propio documento se denomina particional, cuyo objeto es la renuncia de D. Leopoldo a tales bienes en la partición, para que se asignen preferentemente al lote de su hermano D. Felicísimo . Ahora bien, lo cierto es que existía una tercera hermana, y además viva en el momento de la firma de ese documento, por lo que como tal documento particional es inválido, al no cumplirse el requisito de la unanimidad de la voluntad de los



coherederos que exige el art. 1058 del C.c ., tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia en este tipo de partición negocial. El apelante pretende soslayar la falta de consentimiento de la tercera hermana indicando que en realidad el documento se realizó a instancia de ésta, para compensar el derecho de usufructo que concedía a su otro hermano en su propia herencia, pero de esa intervención de la hermana no hay prueba alguna. En conclusión, haciendo nuestros los acertados argumentos de la sentencia apelada, ni el documento puede valer como auténtico ni de serlo tendría otro valor que el de documento particional inválido, por inexistencia de consentimiento de todos los coherederos en dicha partición. En consecuencia, la partición judicial no puede tener en cuenta dicho documento.

Por último, cuestiona el apelante la imposición de costas de la primera instancia, al no existir temeridad o mala fe de la parte. Pero la atribución de costas en este proceso verbal se rige analógicamente por los artículos 394 y 398 de la L.E.C ., que no se basan en el criterio de temeridad sino en el vencimiento objetivo, salvo dudas fundadas de hecho o de derecho que no han existido en este caso.

ULTIMO: En cuanto a las costas, por aplicación de los arts. 394 y 398 de la LEC 1/00, se imponen al apelante vencido.

?

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLO

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. /Dña. Serafin , contra la sentencia de fecha 2 de mayo de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Las Palmas de Gran Canaria , la cual CONFIRMAMOS, en su integridad con expresa imposición a los apelantes de las costas de esta alzada.

Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos, y previa consignación del depósito a que se refiere la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que introduce la Disposición Adicional Decimoquinta en la LOPJ , y en su caso la correspondiente tasa judicial.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. /as Sres. /as Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. /a Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado/a de la Administración de Justicia certifico