



Roj: **SAP PO 1518/2018 - ECLI:ES:APPO:2018:1518**

Id Cendoj: **36057370062018100404**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **25/09/2018**

Nº de Recurso: **741/2017**

Nº de Resolución: **412/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JULIO CESAR PICATOSTE BOBILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6**

**PONTEVEDRA**

*SENTENCIA: 00412/2018*

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SECCION SEXTA

N10250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

-

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

SR

**N.I.G.** 36057 42 1 2016 0010451

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000741 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 14 de VIGO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000652 /2016

Recurrente: Consuelo , Cecilio , Celso

Procurador: ANA MARIA FERNANDEZ NUÑEZ, ANA MARIA FERNANDEZ NUÑEZ , ANA MARIA FERNANDEZ NUÑEZ

Abogado: ANA PEREZ FERNANDEZ, ANA PEREZ FERNANDEZ , ANA PEREZ FERNANDEZ

Recurrido: Emilia

Procurador: MANUEL JUAN LAMOSO REY

Abogado: JOSE BENITO VAZQUEZ ESTEVEZ

**LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO**, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados JAIME CARRERA IBARZABAL, Presidente; JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO y JULIO PICATOSTE BOBILLO, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

La siguiente

**SENTENCIA núm. 412**

En VIGO, a veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000652 /2016, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 14 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000741 /2017, en los que aparece como parte apelante, Consuelo , Cecilio , Celso , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ANA MARIA FERNANDEZ NUÑEZ, asistido por el Abogado D. ANA PEREZ FERNANDEZ, y como parte apelada, Emilia , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MANUEL JUAN LAMOSO REY, asistido por el Abogado D. JOSE BENITO VAZQUEZ ESTEVEZ.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D./D<sup>a</sup> JULIO PICATOSTE BOBILLO, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 14 de VIGO, con fecha 7 DE JULIO DE 2017, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Desestimar la demanda interpuesta por doña Consuelo , don Celso y don Cecilio , frente a doña Emilia condenando a los demandantes al pago de las costas procesales."

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia, por el Procurador MARIA NIEVES FUERTES UGIDOS, en nombre y representación de Consuelo , Cecilio , Celso , se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las presentes actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, señalándose para la deliberación del presente recurso el día 6.09.18

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los demandantes solicitan en su demanda que se declare que la finca adjudicada a don Cecilio , de su propiedad, (o subsidiariamente de su madre doña Consuelo , también demandante), tiene una superficie de 415 m<sup>2</sup> y linda al norte con Otilia , Sur con Penélope , Este con carretera de Vigo- Vincios y Oeste con Emilia . Como segunda petición, se solicita que se declare que la finca adjudicada a Emilia de su propiedad, con una superficie de 437 m<sup>2</sup>, linda al Este con propiedad de su hermano Cecilio (o subsidiariamente, de su madre Consuelo ) sin que tenga lindero con la carretera, sin perjuicio del acceso por la finca de su hermano.

La sentencia de instancia desestima la demanda, pronunciamiento contra el que se alzan en apelación los demandantes.

Digamos, antes de nada, que no puede decirse que la sentencia adolezca del defecto de incongruencia omisiva en relación con la declaración de dominio de doña Consuelo . Si así fuera, la parte recurrente habría incurrido en la omisión de hacer valer esa omisión por vía de complemento de sentencia y se vería imposibilitada de poder denunciar ahora la falta de exhaustividad, de conformidad con una ya asentada jurisprudencia ( SSTS de 16-12-2008, 12-11-2008, 12-2-2013, 18-2-2013 y 8-10-2013).

La atenta lectura de la sentencia permite comprobar que sobre el extremo indicado resuelve el juzgador de instancia en el apartado 21 in fine del fundamentos jurídico segundo.

**SEGUNDO.-** Los hechos que sirven de antecedente a la presente litis son los que siguen:

1º. La codemandante doña Consuelo llevó a cabo la partición de su herencia en vida en documento fechado el 14 de noviembre de 1984. Entre los bienes a ella pertenecientes, según dicho cuaderno, se encuentra la finca DIRECCION000 , de 725m<sup>2</sup>, con casa de bajo y piso, próxima a la carreta de Vigo-Vincios, al Este y otra de nueva construcción de bajo y piso al Oeste de la finca, con los siguientes linderos: Norte, Brigida ; Sur, Carina ; Este, carretera Vigo-Vincios; Oeste, Jesus Miguel .

En el citado documento particional, esta finca es dividida entre tres de sus siete hijos, adjudicándose:

- A Cecilio , la *mitad Este*, de superficie 367 m<sup>2</sup> que incluye el piso a vivienda de la casa allí situada.
- A Aquilino , el bajo de la casa matriz situada en terreno *mitad Este*.
- A Emilia , la *mitad Oeste*, de la superficie de otros 367 m<sup>2</sup>, con inclusión de la casa allí situada.

El hijo Aquilino donó su parte a Celso en documento privado fechado el 20 de octubre de 1988.



Por su parte, doña Consuelo , dona a su hija Luisa , en escritura pública de 12 de agosto de 1997 la misma finca adjudicada en la participación hecha en vida.

**TERCERO.-** La sentencia recurrida desestima la demanda porque entiende que los demandantes carecen de legitimación toda vez que el documento particional es tenido por donación, y comoquiera que se ha hecho en documento privado, es ineficaz tratándose de donación de bienes inmuebles ( art. 633 CC). Que es donación lo deduce la sentencia recurrida del hecho de que en el documento particional se reserva el usufructo tanto a su favor como al de su marido, reserva que solo se explica y cobra sentido en el caso de una transmisión que se quiere hacer efectiva en el momento mismo de la confección del documento. Refuerza esta idea el hecho de que la donación hecha en documento público a favor de Emilia , la donante dice reiterar la donación hecha en el documento privado de 14 de noviembre de 1984, es decir, aquel que se confeccionó como cuaderno particional. A estos datos añadiríamos nosotros que en el contrato de donación -también en documento privado, y por ello ineficaz- hecho por don Aquilino a don Celso , se dice que el bien corresponde al primero en virtud de donación de su madre.

Lo cierto es que a igual conclusión llegaríamos si se considerara el documento como partición en vida, habida cuenta de la denominación expresa dada al documento de 14 de noviembre de 1984 y su propia estructura particional, de modo que doña Consuelo estuviese poniendo en práctica una facultad que en aquella fecha tenía reconocida en el art. 1056 del CC y hoy en el art. 274 de la Ley de Derecho civil de Galicia. Esto es, que en aquel documento se estuviese llevando a cabo una partición extratestamentaria, como negocio *per relationem*, llamado a integrarse en otro principal.

Según la doctrina jurisprudencial, esta partición realizada por el testador no está sujeta a formalidad alguna, de manera que puede instrumentalizarse en documento público o privado ( SSTS de 6-5-1953, 28-6-1961). Las únicas limitaciones son de contenido. El art. 1056 CC impone el respeto a las legítimas, y el 274 de la LDCG el de ajustarse a las disposiciones del testamento (aunque no haya correspondencia entre el valor de lo adjudicado en la partición y la cuota atribuida en el testamento).

Siendo así, es claro y lógico que los efectos no se iban a producir sino después de la muerte del causante, pues es evidente que no puede tener lugar una adquisición *mortis causa* de una persona viva. Esta circunstancia dota al acto de una cierta interinidad en cuanto que, el acto particional carece de efecto transmisivo, pues como tal acto *mortis causa*, es revocable, de modo que esta partición anticipada en vida puede ser dejada sin efecto por otra posterior o por otra hecha en testamento ( SSTS 28-6-1961, 23-2-1999, entre otras). En suma, esta partición solo produciría efectos con y desde la muerte del causante, y nunca en vida del mismo. Así lo especifica la segunda de las sentencias antes citada (23-2-1999), al decir que "cualquier tipo de partición es complemento o corolario de una transmisión *mortis causa*. Solo puede producir efectos distributivo-traslativos como resultado del fallecimiento del causante. Ya proclamaron elocuentemente las fuentes que *viventis non datur hereditatis*. No se puede adquirir *mortis causa* de una persona viva. Es preciso para ello, esperar a su óbito."

Doña Consuelo , autora de la partición, es una de las codemandantes, luego no cabe reconocer efecto traslativo alguno al referido acto particional, no porque sea donación hecha en documento privado, sino por las consideraciones que se dejan hechas en relación con la partición hecha por el testador.

En suma, pues, ya se trate de un acto que estaba movido por el *animus donandi*, ya de partición extratestamentaria hecha por quien sea testador, las consecuencias son las mismas a efectos de entender, en perjuicio de la legitimación activa de algunos demandantes, que no ha habido transmisión de bienes.

Lo dicho supone que don Cecilio carece de legitimación activa. También don Celso , tanto porque quien donaba (don Aquilino ) no era dueño, como porque se le donó bien inmueble en documento privado, y, por lo tanto, sin efecto jurídico posible de acuerdo con lo que dispone el art. 633 del CC.

Ahora bien, si, por las razones expuestas, no ha habido, al cabo, transmisión alguna de la porción de la finca matriz adjudicada en el cuaderno particional por doña Consuelo a su hijo Cecilio (y la planta baja de la vivienda allí comprendida a Aquilino ), habrá que entender entonces que se mantiene en el patrimonio de doña Consuelo , para la que se pide la misma declaración del *petitum*, subsidiariamente, justamente para el caso de que no se atribuyese efecto traslativo a la partición. Dicho de otro modo, la contienda, es decir, el conflicto de la dimensión y configuración de las propiedades, se mantiene entre doña Consuelo , en cuanto dueña de la porción residual de la finca matriz, y su hija doña Emilia , que sí es propietaria porque ha sido beneficiada con donación hecha en escritura pública, como ya se ha visto.

**CUARTO.-** Dicho lo anterior, debemos hacer las siguientes consideraciones:

1ª. Hay un primer dato incontestable: en el documento particional, la finca denominada DIRECCION000 se dividen en dos mitades situadas al Este y al Oeste, por lo que en dicho documento se atribuyen a cada una la



misma superficie, 367 m2. El documento es claro, pero es que, a mayor abundamiento, lo confirma la testigo doña Penélope, hermana de don Cecilio y doña Emilia, cuando explica la división llevada a cabo por su madre diciendo: "la casa de arriba y la de abajo, pues la mitad", lo que significa que el terreno se dividía por mitad dejando en cada una de ellas una casa.

2ª. La finca que doña Consuelo dona a su hija Luisa en escritura pública de 12-8-1997, con la carga de atender y cuidar a sus padres es la misma a que se refiere el documento privado de partición de 14 de noviembre de 1984 donde se entrega como anticipo de herencia, pues así se dice expresamente en la escritura de donación de 12 de agosto de 1997. Por lo tanto, la voluntad de doña Consuelo es llevar a la donación la misma finca que en la partición extratestamentaria se atribuía a su hija Luisa, lo que supone que la donación habría de abarcar la mitad de la finca matriz.

3ª. Ocurre que en la escritura de donación se produce una relevante modificación de su superficie, pues si en el documento privado de partición era de 367 m2, pasa ahora a tener 657 m2. De este incremento de superficie no se ha dado explicación alguna.

4º. El informe del perito Sr. Victorino es claro y rotundo y proviene del estudio de los documentos citados más arriba y del examen del terreno a presencia de doña Emilia, don Cecilio y doña Consuelo. La que llama propiedad de don Cecilio -que será el resto de matriz hoy correspondiente a la titular originaria, doña Consuelo mide 425 m2. La información catastral de esa parcela aparece erróneamente grafiada. Según ella, la finca de doña Emilia colindaría con la carretera Vigo-Vincios. Hay. Según el perito, hay contradicción entre la información catastral y la documental.

El perito acude al terreno para hacer el levantamiento topográfico. Allí observa que la finca de don Cecilio está delimitada en todos sus vientos a excepción en el que corresponde a su colindancia con la finca de su hermana doña Emilia. Estando allí presentes doña Consuelo y su hija Emilia, ambas de mutuo acuerdo indican al perito, sin discrepancia, los puntos que dibujarían la línea divisoria de las dos fincas, que es lo que lleva al perito a trazar la división tal como aparece en su informe,

5º. Es evidente que la finca de doña Emilia, tal como se describe en la escritura pública de donación no presenta ninguno de sus lindes con la carretera. Y ello no es posible si, como se dice en la escritura pública de donación de 12 de agosto de 1977, la finca donada es la misma a que se refiere el documento privado de partición. La porción de doña Emilia nunca podría llegar hasta el camino porque: a) según el documento particional, le era adjudicada la mitad situada al Oeste, por lo que no podía lindar por su viento este con la carretera Vigo-Vincios; y b) la escritura de donación no contiene lindero al Este con camino.

En consecuencia, sí cabe estimar la demanda en relación con la propuesta subsidiaria, es decir, tomando las pretensiones en cuanto referidas a la porción de terreno sobrante o residual tras la donación hecha a su hija, que en cuanto no transmitida realmente a don Cecilio y don Aquilino sigue siendo del dominio de doña Consuelo. Donada a la hija la mitad al Oeste, quedaría para la donante la mitad al Este.

**QUINTO.-** Dada la estimación de la demanda se imponen las costas a la parte demandada (art. 394). Conviene advertir, que tal imposición se da aun cuando se trate de la estimación de la prelación subsidiaria (por todas, STS de 14 de septiembre de 2007)

El art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "en el caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes". En consecuencia, al haber prosperado el recurso de apelación interpuesto, se está en el caso de no hacer condena en cuanto a las costas de esta segunda instancia.

**SEXTO.-** Según el apartado 8 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "si se estimare total o parcialmente el recurso, o la revisión o rescisión de sentencia en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito." Puesto que el recurso ha sido estimado, procede acordar su devolución al recurrente.

## FALLAMOS

Que, al acoger el recurso de apelación interpuesto por doña Consuelo don Cecilio y don Celso debemos revocar y revocamos la sentencia dictada en autos de Juicio Ordinario 652/2016, del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Vigo y, en consecuencia, estimamos la demanda formulada por doña Consuelo don Cecilio y don Celso contra doña Emilia, por lo que declaramos, en relación con la finca denominada DIRECCION000, a la que se refiere el apartado 3 del documento de 14 de noviembre de 1984, que la porción que corresponde a doña Consuelo, tiene una superficie de 425 m2 y limita al Norte con Otilia, al Sur con su hermana Penélope, al Este con la carretera Vigo-Vincios y al Oeste con su hermana Emilia.



Declaramos también que la finca de la demandada Emilia, de 437 m2 linda al Este con la porción antes descrita de doña Consuelo, sin que tenga lindero con la carretera, sin perjuicio del derecho de acceso por la finca de su hermano.

Se condena a la demandada al pago de las costas de la primera instancia. No se hace condena en cuanto a las del recurso.

Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso, extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. La interposición se hará ante este Tribunal en el plazo de veinte días desde el siguiente al de la notificación de esta resolución. No puede presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Al tiempo de la interposición de los citados recursos deberá la parte recurrente acreditar haber constituido el depósito a que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítanse las actuaciones, junto con testimonio de aquella, al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados.