



Roj: **SAP PO 932/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:932**

Id Cendoj: **36038370012020100314**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2020**

Nº de Recurso: **824/2019**

Nº de Resolución: **318/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00318/2020

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Teléfono: 986805108 **Fax:** 986803962

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MA

N.I.G. 36008 41 1 2010 0001491

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000824 /2019

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de CANGAS

Procedimiento de origen: DIH DIVISION HERENCIA 0000399 /2010

Recurrente: Martina

Procurador: JOSE ANTONIO GONZALEZ GARCIA

Abogado: RUBEN DARIO PINTOS RODRIGUEZ

Recurrido: Borja

Procurador: ARACELI BARRIENTOS BARRIENTOS

Abogado: ALICIA LORENZO MORAN

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS
MAGISTRADOS**

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. FRANCISCO JAVIER VALDES GARRIDO

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

**SENTENCIA NUM. 318/20**

En PONTEVEDRA, a cinco de junio de dos mil veinte.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de DIVISION HERENCIA 0000399/2010, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de CANGAS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000824/2019, en los que aparece como parte apelante, Martina, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JOSE ANTONIO GONZALEZ GARCIA, asistido por el Abogado D. RUBEN DARIO PINTOS RODRIGUEZ, y como parte apelada, Borja, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ARACELI BARRIENTOS BARRIENTOS, asistido por el Abogado D. ALICIA LORENZO MORAN, siendo el **Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cangas, con fecha 25 de junio de 2.019, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"APROBAR LA PARTICIÓN, LIQUIDACION Y ADJUDICACIONES DE BIENES DEL CUADERNO PARTICIONAL DE FECHA 3 DE JULIO DEL 2018, con las modificaciones que el propio contador ha expuesto en el acto de la vista relativas al pago en metálico de la legítima, esto es, ADJUDICACIONES: I HABER DE D. Borja (...) Se le adjudica en pleno dominio y en pago de su haber hereditario, los siguientes bienes del activo:

1-El inmueble unidad 3, que se mantiene, pero no se haría adjudicación de nichos (apartado 2) ni de fincas rústicas (apartado 3 y 4). Unidad 3 valorada en 65.903,21 €. Existiendo un exceso por adjudicación de 6.179,26 €, que D. Borja tendrá que compensar a su hermana Martina; y por legítima de su madre tiene que percibir 16.987,67 €. De manera que compensando esas cantidades, D^a Martina debe abonar a su hermano la cantidad de 10.808,41 €. De manera que se requiere al contador-partidor para que proceda a modificar el cuaderno particional en tal sentido.

Cada una de las partes pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución que se impugna resuelve la oposición al cuaderno particional presentado por el contador, y aprueba la partición planteada con las modificaciones que estima oportunas en materia de liquidación y adjudicación de bienes y derechos.

Dos son los motivos del recurso de la parte apelante. El primero, que no se ha respetado el pago de la legítima de su hermano en metálico en la herencia de su madre; y el segundo, el carácter indivisible del inmueble que se puede identificar como edificación sin división horizontal de 402 metros cuadrados, en la que existen cuatro edificaciones: dos viviendas familiares adosadas, una edificación residencial adosada y una nave/local, de las que al apelante se adjudica el que identifican como inmueble unidad 3 o edificación residencial adosada en el lugar de DIRECCION000 n° NUM000, Laxe.

En el presente caso, a la vista del cuaderno particional, de lo resuelto y lo impugnado, se pone en evidencia que si bien el proceso comenzó para dividir la herencia del finado padre de los litigantes, al fallecer también la madre en el año 2012, se está procediendo a la división de ambas herencias en el mismo proceso. Quedan así como litigantes los dos hermanos, en relación a la herencia de sus padres.

SEGUNDO.- *Primer motivo de recurso.*

Ciertamente el **testamento** abierto de Doña Celia fechado el 10 de mayo de 2007 instituye heredera a su hija, aquí apelante, y lega a su hijo la legítima estricta, que tendrá que ser pagada en metálico.

No es controvertido que la legítima estricta se cuantifica en 16.987,67 euros. En la partición se establece que se entregue por tal concepto al apelado por parte de su hermana, heredera de su madre, la cantidad de 10.808,41 euros en metálico. Pero ello se debe a que se compensa el exceso de adjudicación en el inmueble 3 que se adjudica al apelado por la herencia de su padre.

Tal decisión no altera el pago de la legítima en metálico sino que lo lleva a cabo de esta forma. Lo que sucede es que, tomando en consideración que se está haciendo la partición de ambas herencias en el mismo



proceso, se ha procedido a una compensación judicial de créditos perfectamente admisible en derecho al convertirse ambos herederos en acreedores y deudores recíprocos en función del título hereditario que a cada uno compete en las herencias de sus padres, sin que pueda entenderse que no se abona la legítima en metálico, cuando así ha ocurrido, si bien del importe que le corresponde al legitimario se deduce la cantidad líquida y determinada que debe a su hermana por el exceso de adjudicación en la herencia de su padre, en aplicación de los arts. 1061 y 1062 CC en relación al art. 1195 y ss CC.

Es decir, no debe interpretarse como que la legítima de su madre se le abona parte en metálico y parte con la adjudicación de un inmueble, sino que el exceso en metálico de la adjudicación de este, que es dinero y su cuantía está perfectamente determinada en la valoración, que él debería abonar a su hermana, se compensa con el pago en metálico que esta debía hacer como heredera de la legítima estricta de su hermano en dinero, lo que la reduce a la cantidad establecida en la sentencia impugnada.

TERCERO. *Segundo motivo de recurso.*

Alega la parte apelante el carácter indivisible del inmueble que se puede identificar como edificación sin división horizontal de 402 metros cuadrados, en la que existen cuatro edificaciones: dos viviendas familiares adosadas, una edificación residencial adosadas y una nave/local, de las que al apelado se adjudica el que identifican como inmueble unidad 3 o edificación residencial adosada en el lugar de DIRECCION000 n° NUM000, Laxe.

Viene a sostener en su recurso que la división horizontal que propone el contador vulnera la normativa urbanística que hace imposible jurídicamente la división, que además impide disponer de la plena propiedad de los bienes.

En realidad todas las normas que cita la parte apelante en su recurso se refiere al estatuto del suelo en supuesto de división, parcelación y segregación de fincas en suelo rústico. No es propiamente el supuesto que nos ocupa. El supuesto sometido a consideración es la división horizontal tumbada, que propicia independencia jurídica a una situación de hecho, de varios inmuebles que están contruidos físicamente en un mismo complejo, pero sin que se pretenda ninguna parcelación o división del suelo.

Como señala la SAP Madrid, sección 9ª, de 18 de marzo de 2016:

(..) es relevante porque en la propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca -o derecho de vuelo- que le sirve de soporte, no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno o suelo, ni derecho privativo alguno sobre el mismo, pues el suelo sobre el que se asienta el inmueble es común en su totalidad.

En este sentido, la SAP de Alicante de 21 de diciembre de 2012 también expone: " Como razona la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 10 de diciembre de 2003 (BOE 13 enero 2004), "...bajo el calificativo de « tumbada» que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se adjetivan como tumbadas tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal (...) Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca -o derecho de vuelo- que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma -la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas-, superficie o linderos. La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad".

"Ciertamente, la propiedad horizontal tumbada puede encubrir en algunos casos situaciones de fraude, pues bajo la apariencia formal de una propiedad horizontal tumbada se pueden esconder auténticas segregaciones o divisiones de terreno, proscritas por la ley. En cualquier caso, lo relevante es que, en los regímenes de propiedad horizontal tumbada, el suelo permanece común."

Es por ello que no se considera de aplicación las exigencias de licencias municipales relativas a parcelación urbanística, división o segregación de terrenos.

El estatuto jurídico del suelo y el régimen civil de los inmuebles que sobre el mismo se construyen no siempre están interrelacionados.



También se alude a la necesidad de que notarios y registradores exijan la resolución administrativa que acredite la licencia municipal, lo que puede dificultar el acceso al tráfico jurídico del inmueble de forma separada respecto del conjunto que forman las cuatro unidades antes referidas de este complejo.

Late también en las alegaciones, con la cita de la Resolución de la DGRN de 3 de junio de 2019, si efectivamente el establecimiento de este régimen de división horizontal tumbada exige algún tipo de licencia municipal exigible por el Registrador de la Propiedad.

Para dar respuesta a esta cuestión debemos partir de determinadas cuestiones que se encaminan hacia el tipo de uso permitido en función de la clasificación del suelo, y la exigencia de algún tipo de licencia en el caso concreto exigible por el Registrador que pudiera poner en cuestión el carácter independiente del inmueble adjudicado y la posibilidad de su división respecto al resto del complejo en forma de división horizontal.

De los informes obrantes en autos, especialmente el informe de tasación, que describe en detalle la situación de las fincas, las edificaciones están construidas sobre suelo de núcleo rural existente tradicional. Además de que en determinados ámbitos jurídicos suele acomodarse a efectos de valoración urbanística el suelo de núcleo rural con el suelo urbanizable (art. 21.4 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana: *También se encuentra en la situación de suelo urbanizado, el incluido en los núcleos rurales tradicionales legalmente asentados en el medio rural, siempre que la legislación de ordenación territorial y urbanística les atribuya la condición de suelo urbano o asimilada y cuando, de conformidad con ella, cuenten con las dotaciones, infraestructuras y servicios requeridos al efecto*), es lo cierto que la Ley del Suelo de Galicia, en su art. 24 permite los usos característicos, complementarios o compatibles con la edificación residencial en el medio rural y con las necesidades de la población residente en los mismos, admitiendo además como actuaciones compatibles, a sensu contrario del art. 26.2 a) LSG, las viviendas adosadas, proyectadas en serie, de características similares y emplazadas en continuidad que no superen tres unidades, al que podría asimilarse el supuesto que nos ocupa.

También es cierto que no consta en el procedimiento prueba alguna que permita poder afirmar, sin duda alguna, que las edificaciones que nos ocupan estén vulnerando los usos característicos en función de la clase de suelo sobre el que se ubican.

Pero incluso aunque se considerase hipotéticamente que existe algún tipo de vulneración normativa, puede que la misma no tenga relevancia o efecto jurídico en el presente caso.

Consta en el informe de tasación y en la escritura de compraventa por la que los causantes adquirieron estos inmuebles que esto ocurrió en el año 1960, por lo que los inmuebles ya existían en aquella fecha. Eso sí, no en la forma actual, pues se dice en el informe de tasación (folio 320) que no aparecen todas las edificaciones, si bien en la cartografía municipal de 1984 ya aparecen todas las construcciones grafiadas.

Este hecho tiene importancia cuando el art. 40 LSG establece: *Las edificaciones tradicionales existentes en cualquier categoría de suelo de núcleo o de suelo rústico podrán ser destinadas a usos residenciales, terciarios o productivos, a actividades turísticas o artesanales y a pequeños talleres y equipamientos.*

Previa la obtención del título habilitante municipal de naturaleza urbanística, y sin necesidad de cumplir los parámetros urbanísticos aplicables excepto el límite de altura, se permitirá su reforma, rehabilitación y reconstrucción y su ampliación, incluso en volumen independiente, sin que la ampliación pueda superar el 50 % del volumen originario de la edificación tradicional.

En cualquier caso, deberán mantenerse las características esenciales del edificio, del lugar y de su tipología originaria.

A los efectos de lo previsto en este artículo, se consideran edificaciones tradicionales todas las edificaciones existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, con independencia de su tipología . (el subrayado es nuestro).

Es decir, lo anterior a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, se considera edificación tradicional, con independencia de su tipología. Pero además el art. 153 LSG establece como plazo de caducidad para obras terminadas sin título habilitantes el plazo de 6 años, tras el cual ya no cabría la demolición, y quedarían bajo el régimen del art. 90 LSG de los edificios fuera de ordenación que permite que se continúe o mantenga el uso preexistente, sin necesidad ya de ninguna licencia o autorización similar.

Llegados a este punto, desde luego el Tribunal carece de suficientes elementos de prueba para poder afirmar que las construcciones que nos ocupan vulneran la normativa urbanística o si en algún momento la han vulnerado, ahora carece de relevancia al haber prescrito o caducado cualquier tipo de actuación para su corrección.



Pero además, puesto en relación con el art. 10 Ley de Propiedad Horizontal, que es fundamental en la Resolución de la DGRN de 3 de junio de 2019 citada por la parte apelante, en su apartado 3 exige autorización administrativa para la constitución y modificación del complejo inmobiliario a que se refiere el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en sus mismos términos, y según el cual *se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos.*

Y viene a concluir la meritada Resolución: (..) *En definitiva: a) no se precisará la aportación de licencia para la propiedad horizontal, cuando la misma se ajuste a la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones (Resolución de 13 de julio de 2015); b) tampoco se precisa la aportación de licencia de la propiedad horizontal cuando la misma no provoque un incremento de elementos privativos respecto de los que consten en la previa declaración de la obra nueva; y c) este Centro Directivo ha sostenido la aplicación analógica, aunque con matices, del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, a aquellos supuestos en que ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes.*

En el peor de los casos, el supuesto enjuiciado se podría incluir en el tercer supuesto ya que, como se ha señalado, la posibilidad de demolición ha caducado hace mucho tiempo pues, cuando menos, las construcciones ya existían y estaban terminadas en 1984, por lo que ha transcurrido sobradamente el plazo de caducidad para iniciar expediente de reposición de la legalidad que pudiera conllevar la demolición (art. 153 LSG).

La conclusión no puede ser otra que desestimar el recurso por cuanto no se ha acreditado que, conforme a la normativa urbanística, la división horizontal "tumbada" establecida en la sentencia como medio de dar cuerpo jurídico a una división de hecho que ya existía, vulnera la misma y sea de todo punto imposible jurídicamente. Pero además, tampoco puede pretenderse que el Tribunal se anticipe a las decisiones que sobre esta cuestión puedan adoptar otros órganos o instituciones que, en todo caso, podrían dar lugar a una nueva valoración en ejecución de sentencia si finalmente, de algún modo, pudiera llegarse a la conclusión de la indivisión jurídica del complejo mobiliario en la forma acordada, y ello determinara que resulta de imposible cumplimiento.

Como recuerda la STS nº 125/2016, de 3 de marzo:

La STS de 1 de febrero de 2007, Rc. número 1694/2000, declara que «La propiedad horizontal surgirá automática y necesariamente siempre que se dé esa pluralidad de propietarios, bien por adquisición por cualquiera de los modos establecidos en la legislación civil de alguno de los pisos o locales del inmueble (STS de 28 de junio de 1986), bien por adjudicación de pisos o locales en la división de un edificio entre comuneros (artículo 401, párrafo segundo, del Código Civil), y ello con independencia de que previamente se haya formalizado o no el título constitutivo, cuyo documento constituye la necesaria investidura jurídica formal a aquél presupuesto fáctico...».

Constitución de hecho del régimen de propiedad horizontal que también encuentra amparo en el art. 5 LPH, y que parece aplicable al caso, por lo que la solución propuesta solo trata de publicitar y dar forma jurídica a una situación ya existente que no consta haya sido cuestionada en ámbito alguno.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición de costas a la parte apelante (art. 398.1 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Martina contra la sentencia de 25 de junio de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 1 de Cangas en el proceso de división de herencia nº 399/2010, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.