



Roj: **SAP M 12763/2013 - ECLI: ES:APM:2013:12763**

Id Cendoj: **28079370142013100271**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **28/06/2013**

Nº de Recurso: **972/2012**

Nº de Resolución: **308/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JUAN LUCAS UCEDA OJEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 14

MADRID

SENTENCIA: 00308/2013

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 14

MADRID

Rollo: RECURSO DE APELACION 972/2012

SENTENCIA Nº

Ilmos. Sres. Magistrados:

PABLO QUECEDO ARACIL

AMPARO CAMAZON LINACERO

JUAN UCEDA OJEDA

En MADRID, a veintiocho de junio de dos mil trece.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 14ª de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de JUICIO VERBAL 240/2012, procedentes del JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 5 de MAJADAHONDA, a los que ha correspondido el Rollo **972/2012**, en los que aparece como parte apelante Dª Marí Juana , representada por la procuradora Dª Mª DEL ROCIO SAMPERE MENESES en esta alzada, y asistida por el Letrado D. JOSÉ M. DE LA JARA Y AYALA, y como apelado D. Pelayo , D. Jose Carlos y Dª Custodia , representados por el procurador D. MARCELINO BARTOLOMÉ GARRETAS, y asistidos por la Letrada Dª ANA RUIZ VELILLA, sobre acción del art. 446 en relación con el artículo 440 del Código Civil , y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN UCEDA OJEDA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Majadahonda, en fecha 23 de julio de 2012 se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es de tenor literal siguiente: "Que debo ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Marcelino Bartolomé Garretas, en nombre y representación de Don Pelayo , don Jose Carlos y Doña Custodia , contra Doña Marí Juana , obligando, en consecuencia, a la demandada a cesar en la perturbación de dicha posesión que, conforme al artículo 440 del Código Civil corresponde a los demandantes, del inmueble sito en la CALLE000 nº NUM000 de Las Rozas de Madrid, y de todo lo que en su interior se encontrare a fecha 28 de marzo de 2011, debiendo proceder a entregar dicha posesión, del inmueble y su contenido a los demandantes.

Todo ello con imposición a la parte demandada de las costas causadas en el presente procedimiento."



SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada D^a Marí Juana , al que se opuso la parte apelada D. Pelayo , D. Jose Carlos y D^a Custodia , y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC , se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 19 de junio de 2013.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los razonamientos de la resolución apelada con las precisiones que haremos al tratar sobre el contenido de la resolución respecto a las pertenencias que se encuentran dentro del inmueble.

PRIMERO.- Nos corresponde analizar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en un juicio verbal, que tenía por objeto la tutela sumaria de la tenencia o posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ella o perturbado en su disfrute, donde los actores, don Pelayo , don Jose Carlos y doña Custodia , en su condición de herederos testamentarios de su padre, don Pelayo que falleció el día 28 de marzo de 2011, y poseedores civilísimos de los bienes de la herencia por disposición legal (artículo 440 del Código Civil), se dirigieron contra doña Marí Juana , con quien estaba casado el padre en régimen de separación de bienes y a quien había legado en usufructo el tercio de mejora, que ocupaba la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM000 de Las Rozas, propiedad del padre y donde se encontraban todos sus bienes personales, en exclusiva sin permitirles la entrada y ocupar las pertenencias del padre, perturbando con ello su posesión.

La sentencia de instancia, tras rechazar todos los motivos de oposición que había presentado la demandada y que analizaremos al estudiar el recurso en cuanto en el mismo sustancialmente se han vuelto a reproducir los mismos, concedió en su integridad la tutela solicitada es decir condenó a la demandada a cesar en la perturbación de la posesión que los demandantes, conforme al artículo 440 del Código Civil , ostentan sobre el inmueble sito en la CALLE000 nº NUM000 de las Rozas y de todo lo que en su interior se encontrase a fecha 28 de marzo de 2011 y a entregar la posesión, tanto del inmueble como de su contenido, a los demandantes.

SEGUNDO.- La parte demandada en su recurso, tras hacer, en un apartado que denomina cuestión previa, unas observaciones sobre la manera en que la juzgadora de instancia dirigió el juicio, opone los siguientes motivos para solicitar la revocación de la sentencia.

A) Infracción de los artículos 250.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con los artículos 440 , 446 , 460.4 y 1968.1 del Código Civil , del artículo 5 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales en relación con el 145 de la LEC y admisión ilegal de la demanda por prescripción de la acción.

En este motivo alega que la demanda ni ha despojado ni ha perturbado la posesión que dicen tener los actores y además que la demanda nunca debió ser admitida ya que cuando se interpuso había transcurrido más de un año desde el acto de perturbación o despojo (artículo 439.1 de la LEC)

En el procedimiento consta una diligencia de ordenación en la que literalmente dice que "En Majadahonda a 2 de abril de 2012, por el procurador don Bartolomé Garretas se ha presentado en el Decanato escrito de demanda de juicio verbal a la que se acompaña documentos y copias de todo ello. La demanda ha quedado registrada con el número 240/2012. Doy fe" por lo que, como han dejado de transcurrir más de un año desde la muerte del padre hasta la presentación de la demanda, ha perdido la posesión y prescrito su acción.

Frente a tal diligencia, sustentada en la fe pública registral no puede prevalecer el sello que, extraña y misteriosamente, aparece estampado en la primera hoja de la demanda que fija el día 28 de marzo de 2008 como momento de la presentación de la demanda, hecho sobre el que se reserva el ejercicio de las acciones penales correspondientes si es que no son puestas en práctica de oficio por el Tribunal.

B) Falta de litisconsorcio pasivo necesario con infracción de lo dispuesto en los artículos 443 del Código Civil y 443.2 de la LEC . Vulneración de la tutela judicial efectiva que corresponde a la menor Catalina .

Los actores se ven obligados a demandar a todas aquellas personas que constituyen la parte pasiva de objeto del litigio ya que en cuanto van resultar afectadas con la decisión judicial. Por ello no puede considerarse que se haya constituido correctamente la relación jurídica procesal en cuanto no se ha demandado a la menor Catalina , hija de la demanda de un matrimonio anterior, que también ocupa la finca cuya posesión se pretende y tiene plena capacidad para ser titular de derechos e incluso puede adquirir la posesión en función de lo dispuesto en el artículo 443 de la LEC .



C) Infracción de los artículos 440 y 446 del Código Civil ya que los mismos para adquirir la posesión civilísima exigen que se llegue a adirse la herencia, por lo que es necesario que la herencia haya sido aceptada y que se haya practicado el inventario, avalúo, la partición y adjudicación de los bienes finalmente aceptados, lo que todavía no ha ocurrido como reconocen los propios actores.

D) Infracción de los artículos 400 , 839 y 1321 del Código Civil .

Mientras no se realice la adjudicación, la ley protege a la viuda dejando "afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge"(artículo 839) y no debe olvidarse que el artículo 1321 indica que "fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual se entregarán al que sobreviva sin computárselo en su haber. No se entenderá comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor". Además infinidad de muebles propiedad de doña Marí Juana , que nunca podrán formar parte de la herencia, se encuentran en el interior de la vivienda.

TERCERO.- Tras visionar la grabación del acto del juicio, no vemos que la juzgadora de instancia haya hecho un uso indebido del deber de dirigir el desarrollo de las vistas que le concede la ley de enjuiciamiento civil en el artículo 186 pues simplemente quiso centrar y agilizar el debate evitando que el letrado de la demandada se detuviera en el análisis de determinados documentos que posteriormente se iban a aportar a los autos e inadmitiendo algunas preguntas que se hicieron en el interrogatorio de uno de los actores al considerar que eran improcedentes ante lo que el letrado de la demandada formuló la oportuna protesta.

A continuación debemos entrar a examinar los motivos del recurso de apelación, indicando en este momento simplemente que debemos considerar que ha quedado perfectamente acreditado que se ha perturbado la posesión civilísima de los actores para lo que nos remitimos al fundamento séptimo de la sentencia de instancia tanto porque en este recurso no se han rebatido los argumentos de la juzgadora al respecto como ante el hecho evidente de que no se ha permitido que los herederos tengan oportunidad de entrar en la que fue la vivienda de su padre.

CUARTO.- La apelante sostiene que debió ser inadmitida a trámite la demanda al privar de eficacia absoluta al sello estampado en el escrito de demanda, ya que considera que debe prevalecer la fe pública de la secretaria del juzgado nº 5 de Majadahonda que conoció del procedimiento con la que se demuestra que la demanda se interpuso pasado el año del fallecimiento de don Pelayo .

Debemos tener presente que el artículo 135 de la LEC regula que la presentación de escritos se realizará cuando lo hubiere en el servicio procesal creado a tal efecto, añadiendo el apartado 3 que "el funcionario designado para ello estampará en los escritos de iniciación de procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación este sujeta a plazo perentorio el correspondiente sello en el que se hará constar la oficina judicial ante la que se presenta y el día y hora de la presentación" y además el artículo 145.1.1 de la misma ley , al examinar la fe pública judicial, alude a que el secretario judicial " dará fe, por si o mediante el registro correspondiente de cuyo funcionamiento sea responsable, de la recepción de escritos don los documentos y recibos que les acompañen, expidiendo en su caso las certificaciones que en esta materia sean solicitadas por las partes".

En este caso, por tanto, es la secretaria encargada del servicio común u oficina dependiente del Decanato la que da fe del sello estampado por el funcionario responsable que señala que fue el día 28 de marzo cuando se presentó la demanda ante los Juzgados de Majadahonda, sin que frente a la misma pueda prevalecer la diligencia de la secretaria del juzgado al que, por turno de reparto, se remitió el asunto y ante el que, con absoluta seguridad, no se presentó la demanda pues llegó al mismo tras haberse hecho el correspondiente turno de reparto.

Por tanto como no estaba prescrita la acción ejercitada no había motivo alguno para rechazar la misma.

QUINTO.- El artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento , al regular el litisconsorcio pasivo necesario indica que "cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa" y el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 18 de mayo de 2006 recuerda que esta doctrina "aparece por primera vez en la jurisprudencia en la sentencia de 27 de junio de 1944 como un mecanismo técnico relativo a la intervención o no en el proceso de aquellas personas interesadas en la relación jurídico-material que se discute, porque el litisconsorcio existirá siempre que por la naturaleza de la relación, los litigantes estén unidos de tal manera que la decisión pueda afectar a todos por igual" añadiendo la sentencia de 8 de marzo de 2006 que con la misma se pretende "que estén en el pleito todos a los que interesa la relación jurídica material controvertida, por lo que tal figura solo puede entrar en juego y producir sus efectos con respecto a aquellas personas que hubieran tenido intervención en la relación contractual o jurídica objeto del litigio".



En definitiva con esta institución se pretende conseguir que se constituya la relación procesal correctamente, contra todas las personas legitimadas en función del objeto del proceso que permitirá, si fuera estimada la demanda, hacer efectiva la tutela judicial pretendida por el actor

No estimamos posible que en este caso se pueda invocar tal doctrina ya que no aceptamos que una menor, de 10 años de edad, se irrogue una posesión propia e independiente de la de su madre, bajo cuya potestad se encuentra y es quien ha tomado las decisiones oportunas sobre el destino y utilidad que debería darse al inmueble que constituyó el domicilio familiar tras el fallecimiento de su esposo, que era el padre de los hoy demandantes.

La STS 585/2010 13 de octubre se ocupó de un caso semejante indicando "38. En este caso en que se ejercita una acción de desahucio por precario, resulta innecesario demandar a todos y cada uno de los que habitan en la vivienda de forma más o menos estable, sino a quien se irroga la titularidad en la posesión, siendo las consecuencias de la sentencia en relación con los demás miembros de la familia un efecto reflejo, lo que se acentúa en casos como el que es objeto del presente litigio en el que la recurrente ha pretendido la adquisición de la propiedad para sí en exclusiva, evidenciando que la presencia de su hija menor de edad responde exclusivamente a la relación de dependencia con ella y no a ánimo alguno de poseer la vivienda a título de ocupante de la misma. 39. A lo expuesto debe añadirse que al haber sido demandada exclusivamente la madre, única titular de la patria potestad de la que se tiene constancia en autos, dada la defunción del padre de la menor, la prendida indefensión de esta nada más podría sostenerse partiendo de la más absoluta dejación de las funciones que para la protección y tutela de los menores no emancipados impone el artículo 154 del CC".

SEXTO.- Como puede verse en el recurso presentado no se ha cuestionado que la vía utilizada, el interdicto de recobrar o retener la posesión en perjuicio del interdicto de adquirir, sea la idónea para la protección de la posesión civilísima sino que no se dan las condiciones oportunas para considerar que los actores han adquirido la misma en cuanto que considera que no se han cumplido todas las condiciones exigidas por el artículo 440 que dispone que "la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia"

El texto del artículo 440 del Código Civil ha dado lugar a diversas interpretaciones sobre el momento en que se adquiere la posesión civilísima. Es comúnmente aceptado que el legislador se separó del sistema romano que para adquirir la posesión exigía no solo la aceptación de la herencia sino la aprehensión física de los bienes y se inspira en el artículo 724 del Código francés y en la máxima de derecho consuetudinario de aquel país "le mort saisit le vif" que elimina la necesidad del apoderamiento del bien para adquirir la posesión, aunque se discute si con tal precepto se ha llegado a la misma posición del derecho francés, que enlaza con el sistema germánico de la Gewere (mortus facit vivus possessorem) que establece que la transmisión se produce ipso iure, por ministerio de la ley, desde la muerte del causante sin necesidad de ulterior requisito o es necesario, previamente, un acto de aceptación de la herencia por parte de los llamados a la misma.

En este supuesto, cualquiera que sea la interpretación que hagamos del precepto, deberíamos admitir que los herederos gozan de la posesión civilísima, ya que existe una clara aceptación tácita de la herencia por los herederos designados en el testamento al haber llevado a cabo "actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero"(artículo 999 del Código Civil), pues de ello son exponentes no solo el ejercicio de la acción que nos ocupa sino, como reconoce la propia demandada, la interposición de un procedimiento de división de herencia y la ocupación de otros bienes del difunto, como el despacho que el difunto, letrado en ejercicio, tenía en la calle Bravo Murillo de Madrid, donde se dice que se han apropiado de los fondos existentes en las cuentas corrientes, en la caja fuerte y del importe de las facturas pendientes de su padre que se han ido cobrando.

La parte apelante introduce un nuevo elemento para la adquisición de esta posesión civilísima, en concreto que se haya llevado a cabo la partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios lo que nunca podemos admitir, pues con tal requisito se privaría prácticamente de toda utilidad y eficacia a la posesión civilísima y carece del más mínimo apoyo, tanto desde el punto de vista legal, ya que se vulnera el concepto de adición a la herencia que no es otra cosa que una aceptación, como desde la interpretación que se ha hecho del precepto por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

SEPTIMO.- El artículo 839 del CC no influye en este momento para la decisión que adoptemos pues el mismo no concede al cónyuge viudo derecho real o personal alguno sobre bienes concretos de la herencia, sino una garantía para asegurarse el pago de su parte de usufructo; en definitiva no se le concede un derecho de usufructo sobre bienes concretos y determinados que pudiera enervar el interdicto ejercitado por los poseedores de los bienes hereditarios, pues no debemos olvidar que esta posesión civilísima, tal como se desprende de la regulación legal del interdicto de adquirir que pensamos que era más adecuado a la situación



presente, sólo cede frente a los que la estuvieran disfrutando de los bienes a título de dueño o usufructuario(ver artículo 250.1.3 de la LEC), lo que evidentemente no ocurre en este caso.

En cambio si apreciamos dificultades para admitir la demanda en su integridad, tal como ha sido presentada, ya que, además de la casa, se solicita que se entregue la posesión sobre todo los muebles que se encontraren en su interior, y no solo debemos excluir los bienes propios de la demandada que convivió con el causante en dicha vivienda durante varios años sino también, dejando a un lado las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual de los esposos que, por ministerio de la ley y sin computárselos en su haber, le son directamente transmitidos al cónyuge viudo, por lo que la posesión civilísima nunca se extenderá sobre los mismos. Por tanto, las partes deberán acudir a realizar previamente un inventario en el que se determinaran y clasifiquen los bienes existentes en el interior de la vivienda, sino se hubiera ya realizado en el procedimiento de división de herencia del que tenemos conocimiento que se ha iniciado.

OCTAVO.- No debe hacerse pronunciamiento alguno sobre las costas procesales de esta segunda instancia al haberse estimado, aún de modo parcial, el recurso de apelación formulado por la parte demandada (artículo 398. 2 de la LEC), solución que aplicaremos para las de la primera instancia en virtud del principio de vencimiento objetivo establecido por nuestro sistema procesal para esta materia (artículo 394 de la LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por Marí Juana , que viene representada ante esta Audiencia Provincial por la procuradora doña María Rocío Sampere Meneses, contra la sentencia dictada el día 23 de julio de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Majadahonda en los autos de juicio verbal seguidos con el número 240/2012, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, y, en consecuencia, acordamos que no debe entregarse la posesión de los bienes que se encontrasen dentro del inmueble sin que previamente se practique un inventario de los allí existentes.

No se hace pronunciamiento alguno de las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias.

Procédase por quien corresponda a la devolución al apelante del depósito constituido para recurrir.

Hágase saber al notificar esta resolución las prevenciones del art. 248.4 de la LOPJ .

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

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

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.