



Roj: **SAP M 17684/2015 - ECLI: ES:APM:2015:17684**

Id Cendoj: **28079370092015100528**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **9**

Fecha: **16/12/2015**

Nº de Recurso: **410/2015**

Nº de Resolución: **541/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JUAN ANGEL MORENO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 17684/2015,**  
**STS 515/2019,**  
**AATS 7644/2019**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Novena

C/ Ferraz, 41 , Planta 1 - 28008

Tfno.: 914933935

37007740

**N.I.G.:** 28.079.42.2-2013/0175313

**Recurso de Apelación 410/2015 -1**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 05 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1341/2013

**APELANTE:** D. /Dña. Gaspar

PROCURADOR D. /Dña. MARCOS JUAN CALLEJA GARCIA

**APELADO:** D. /Dña. Josefina

PROCURADOR D. /Dña. MARIA TERESA PUENTE MENDEZ

**SENTENCIA NÚMERO:**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 410/2015**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA**

**D. JOSÉ MARÍA PEREDA LAREDO**

**DÑA. MARÍA FELISA HERRERO PINILLA**

En Madrid, a dieciséis de diciembre de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Juicio Ordinario nº 1341/2013 procedentes del Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Madrid a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 410/2015, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelada impugnante **Dª. Josefina** representada por la Procuradora Dª. Teresa Puentes Méndez; y, de otra,



como demandante y hoy apelante D. Gaspar representado por el Procurador D. Marcos Juan Calleja García; sobre reclamación de cantidad derivada de acción de petición de herencia.

**SIENDO MAGISTRADO/A PONENTE EL ILMO. SR. D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA.**

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Madrid, en fecha dos de diciembre de dos mil quince se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **Fallo** : Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda formulada por **DOÑA Josefina** representada por el Procurador de los Tribunales doña teresa Puente Méndez y dirigidos por el Letrado doña Alejandra Pizarro Nogués, contra **DON Gaspar** , representado por el Procurador don Marcos Juan Calleja García y asistido del Letrado doña María Inmaculada Paches Mateo, debo CONDENAR Y CONDENO a la parte demandada al pago de 77.636 euros de principal , (esto es, 31.056,50 euros más 46.579,50 euros), DECLARANDO el derecho de la actora a la titularidad de la mitad de las cuotas hereditarias que constan reconocidas a DON Gaspar en relación con la vivienda sita en la CALLE000 de Madrid y debiendo la actora, participar, como heredera, en todos los gastos que corresponden a dicho bien en la proporción hereditaria asignada, y todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento a ninguna de las partes."

**SEGUNDO** .- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la parte demandada, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, se opuso a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO** .- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día dos de diciembre del presente año.

**CUARTO** .- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los de esta resolución judicial, en cuyo caso deben entenderse sustituidos por estos.

**SEGUNDO** .- Debe partirse de los siguientes hechos que han quedado acreditados en los autos:

1º) La filiación extramatrimonial de la actora D<sup>a</sup> Josefina fue declarada en virtud de sentencia firme dictada por el juzgado de primera instancia nº 8 de Madrid, en fecha 30 de noviembre de 2009 , sentencia que fue confirmada en apelación, y siendo desestimando el recurso de casación interpuesto por sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 , con relación a D. Juan Ignacio , que había fallecido el día 29 de mayo de 1996.

2º) El demandado D. Gaspar es hijo matrimonial de D. Juan Ignacio .

3º) Por escritura pública de 12 de octubre de 2012 la actora fue declarada heredera abintestato del padre fallecido, conjuntamente con D. Juan Ignacio .

4º) El día 28 de mayo de 1997 se otorgó escritura pública a la que comparecieron D<sup>a</sup> Estibaliz , viuda del causante, y D<sup>a</sup> María Jesús Alonso como defensora judicial de D. Gaspar , escritura en la que se procedió a la disolución de la sociedad legal de gananciales y a la partición de la herencia de D. Juan Ignacio , en virtud de la cual se adjudicó al demandado dos sextas partes indivisas y la nuda propiedad de una sexta parte indivisa de la finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Olmedo, de un derecho de uso de una plaza de garaje nº NUM001 , del garaje sito en la AVENIDA000 , así como de las participaciones sociales y depósitos recogidos en dicha escritura, siendo valorado el importe de lo adjudicado el demandado en 44.036,22 ? ( 7.327.011 pts.).

5º) La escritura de partición de herencia fue objeto de adición por dos nuevas escrituras, la primera de ella de 28 de septiembre de 2009, en virtud de la cual se inventariaban como bienes del causante 1/10 parte indivisa de las fincas sitas en Madrid CALLE001 nº NUM002 vivienda puerta NUM003 , planta NUM004 , portal NUM005 , NUM006 tratero y garaje, participaciones que fueron valoradas en 37.825 ? , 1030 ? y 1260 ? respectivamente.



La segunda escritura de rectificación y adición de herencia tuvo lugar el día 19 de noviembre de 2009, con relación a la vivienda de la CALLE000 nº NUM007 , NUM008 letra NUM005 de Madrid, en virtud de la cual se adjudicó al demandado 2/120 avas partes en pleno dominio y 1/120 en nuda propiedad

6º) Por escritura pública de 17 de noviembre de 2006 se otorgó escritura pública de aceptación y adjudicación de la herencia de D. Roberto , abuelo paterno de ambas partes, en la cual se adjudicaron a D. Gaspar 1/5 parte de una mitad indivisa de la vivienda, sótano y plaza de garaje sita en CALLE001 nº NUM009 , así como 1/5 parte de una octava parte indivisa de la finca sita en CALLE000 nº NUM010 de Madrid, valorados dichos bienes en 96.383 ?.

7º) La vivienda, trastero y plaza de garaje, fincas sitas en Madrid CALLE001 nº NUM009 , y de la que era propietario el demandado en una parte alícuota, fue vendida mediante escritura pública de 23 de octubre de 2009 por un precio de 770.000 ?.

**TERCERO .-** Antes de entrar a resolver los distintos motivos del recurso de apelación y de la impugnación sucesiva de la sentencia de primera instancia ha de tenerse en cuenta la naturaleza del recurso de apelación y de conformidad con el ámbito que establece el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en virtud del cual no pueden traerse a colación en la segunda instancia, cuestiones que no fueron debatidas en la instancia por cuanto es doctrina constante y reiterada ( Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1984 y 25 de septiembre de 1999 ), que el recurso de apelación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque permite al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a aquél a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la primera instancia, entendiéndose como pretensión nueva tanto la que resulta totalmente independiente de la planteada ante el Tribunal "a quo", como la que supone cualquier modo de alteración o complementación de la misma, de acuerdo con el principio general del derecho "pendente appellatione, nihil innovetur", y el principio procesal de prohibición de la "mutatio libelli", de modo que la segunda instancia se puede extender únicamente a lo que ha sido objeto de la primera instancia ( Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2000 ), no admitiendo la introducción de cuestiones nuevas ( Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2000 ).

Dado que el demandado D. Gaspar a través de su representación en autos solo alegó como excepción la usucapión de los bienes recogidos en la escritura pública de herencia de su padre D. Juan Ignacio otorgada el 28 de mayo de 1997, no cabe entrar a resolver en esta alzada sobre la posible usucapión de los bienes a los que se hace referencia en las escrituras de rectificación y adición de la herencia de D. Juan Ignacio en virtud de las escrituras públicas de 28 de septiembre y 19 de noviembre de 2009, toda vez que en su escrito de demanda, de forma expresa limitó la alegada usucapión con relación a los bienes que fueron objeto de adición en dichas escrituras, los adquiridos por herencia de los abuelos paternos, fincas de la CALLE001 y de la CALLE000 , se alega que debe repartirse entre los dos herederos el precio obtenido por la venta de su participación, 144.555, 50 ? , y en relación a la herencia del tipo paterno premuerto al padre de los actores, se alega que la participación debe ser en especie, es decir repartir entre los dos herederos el 4,16 % en pleno dominio, y el 5,82% en usufructo, pero no abonarse en metálico a la actora, sin que se alegue la adquisición de tales bienes por usucapión, alegando incluso que si se admitiera la improcedente petición de la actora de que tales bienes se computen en el haber hereditario del padre a fecha 26 de mayo de 1996, debe ser por la reclamación de intereses, se estimara la adquisición por usucapión, tanto en relación a las fincas de CALLE001 , como de la vivienda de la CALLE000 , es decir la propia parte ahora apelante, niega que haya adquirido dichos bienes en el mes de mayo de 1997, que fue cuando se otorgó la escritura de la herencia en la que no se recogían dichos bienes, por lo que si la parte ahora apelante, no alegó la usucapión en relación a dichos bienes, no cabe ahora en esta alzada su alegación al ser un hecho nuevo.

**CUARTO .-** *Primer motivo del recurso de apelación de la representación procesal de D. Gaspar . La no inscripción en el Registro Civil de la sentencia en la que se reconoce la filiación de la actora.*

En el escrito de apelación se alude que la actora no ha procedido a la inscripción de la filiación extramatrimonial en el Registro Civil, por lo que se habría producido una manifiesta infracción del artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que las sentencias sobre estado civil, filiación, paternidad y maternidad no producen efectos frente a terceros sino desde la inscripción en el Registro Civil. Si en dicha cuestión previa del escrito de apelación se alude que a pesar de ello no se utiliza como materia del recurso.

En principio no cabría entrar a examinar dicha cuestión debiendo por lo tanto darse por reproducidos los argumentos que se recogen en la sentencia apelada, sin que se pueda desconocer que el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está haciendo referencia a la eficacia frente a terceros de otro tipo de sentencias, ahora bien del examen de los autos de filiación se deduce que fueron partes en el procedimiento no solo la actora y Dª Estibaliz , sino también el ahora apelante, D. Gaspar que estuvo en rebeldía, por lo que la sentencia



dictada tienen eficacia entre las partes desde que adquirió firmeza, sin que sea necesaria para que tenga el efecto de cosa juzgada inter partes que se proceda a su inscripción en el Registro Civil.

**QUINTO** .- *Segundo motivo del recurso de apelación alegado por la representación procesal de D. Gaspar . Defecto de incongruencia omisiva en la sentencia.*

En este motivo del recurso de apelación se alega, que en el escrito de contestación a la demanda, se aludió a la existencia de fraude de ley, en base a una reclamación de filiación extramatrimonial con la única finalidad de una oportuna pretensión estrictamente dineraria, actuación fraudulenta que se deduce de una serie de datos objetivos que se deducen tanto de la grabación del juicio de filiación, como de las declaraciones realizadas en el acto del juicio, citando como base de dicha alegación la sentencia del TS de 11 de abril de 2012 . Entendiendo la parte ahora apelante que dicha cuestión no ha sido resuelta en la sentencia apelada.

En cuanto a la incongruencia de la sentencia como señala la sentencia del TS de fecha 26 de octubre de 2010 "El principio de la congruencia proclamado en el artículo 218 LEC -que, en su modalidad llamada omisiva, tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120.3 CE y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE - exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente ( SSTS 1 de abril de 2008, RC n.º 222/2001 , 2 de octubre de 2009, RC n.º 2194/2002 , 26 de marzo de 2010, RC. n.º 824/2006 ). Solo cabe tildar de incongruente la respuesta judicial por falta de argumentación concreta acerca de una cuestión cuando no cabe entender que hay una desestimación implícita derivada claramente de lo razonado en el cuerpo de la resolución ( STS de 1 de abril de 2008, recurso 222/2001 )."

Más recientemente en este mismo sentido en la sentencia del TS nº 733/2013 de 4/12/2013 se declara "Con carácter general, venimos considerando que "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir] y el fallo de la sentencia" ( Sentencia 173/2013, de 6 de marzo ). En particular, y en relación con lo denunciada incongruencia omisiva la jurisprudencia entiende que el deber de congruencia previsto en el art. 218 LEC "exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente" ( Sentencia 972/2011, 10 de enero de 2012 , con cita de las anteriores Sentencias 176/2011, de 14 de marzo y 581/2011, de 20 de julio ). "Por lo que el debate sobre la congruencia de la sentencia recurrida y la procedencia de entrar a resolver sobre lo que según el recurso debía haberlo sido, gira en torno a la determinación de las pretensiones de las partes que conforman el objeto del proceso" ( Sentencia 416/2013, de 26 de junio )".

Partiendo de esta doctrina legal ha de entenderse que la sentencia apela no incurre en dicha incongruencia, en la medida que en el escrito de apelación se hacen una serie de consideraciones previas se alude también a una serie de hechos sobre los que a su juicio se asienta el fraude de ley, que se desarrolla en el fundamento de derecho II de la contestación, pero tales alegaciones en modo alguno implica que el órgano judicial deba resolver de forma expresa si existe o no dicho fraude de ley, cuando dichas alegaciones de la ahora recurrente han sido rechazadas tácitamente por el contenido de la sentencia, al estimar parcialmente la demanda, pues la congruencia de las sentencias, no implica que se resuelva sobre todas una de las alegaciones de las partes, sino sobre las pretensiones formuladas, que es lo que ha hecho la sentencia impugnada.

**SEXTO** .- *Tercer motivo del recurso de apelación de la representación procesal de D. Gaspar al entender que existe fraude de ley.*

Este motivo de apelación se basa a juicio de la parte apelante en que la reclamación de filiación extramatrimonial lo ha sido con la única finalidad de una oportuna pretensión estrictamente dineraria, actuación fraudulenta que se deduce tanto del contenido del acto del juicio de filiación, como del acto del juicio de que tras causa este recurso de apelación.

Como señala la sentencia de la SAP de de San Sebastián Secc. 3 de 23 de junio de 2015 N° 152/2015 "Son requisitos esenciales del fraude de ley y fraude procesal los siguientes como señala la sentencia del T.S. de 23 de enero de 1.999 :

- a) Que el acto o actos cuestionados sean contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y, supongan en consecuencia, su violación efectiva.
- b) Que la norma en la que el acto pretende apoyarse (de cobertura) no vaya dirigida, expresa y directamente, a protegerlo, bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser el referido un medio de vulneración de otras normas, bien por ir dirigido a perjudicar a otros.



c) Manifestación notoria e inequívoca de la producción de un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida como fundamental en la regulación de la materia.

El fraude de ley exige, además, una clara prueba de haberse obtenido un resultado contrario al querido por el ordenamiento jurídico, utilizando deliberadamente una norma para llegar a tal resultado ( T.C. en sentencia de 6 de Abril de 1.988 ).

Por contra, no se produce el fraude de ley cuando se ejercita un derecho con base en un precepto legal, media un interés perfectamente lícito y se encamina al logro de una pretensión dentro del orden jurídico, toda vez que para que se produzca el verdadero fraude de ley es preciso que la norma de cobertura no signifique una suficiente protección, es decir, que si el acto se realiza con amparo en una norma que le otorga protección bastante, se estará ante un supuesto de concurrencia o choque de leyes, que habrá de dilucidarse con arreglo a la respectiva jerarquía que entre sí tengan tales leyes, según los principios generales, pero no existirá un verdadero fraude ley " .

Por su parte la STS de Nº de Recurso: 1501/2013 de 12/01/2015 señala:

(i) "El retraso en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación desde que la actora conoce su origen biológico, teniendo en cuenta la imprescriptibilidad de las acciones de filiación durante la vida del hijo, no constituye, en principio, abuso del derecho".

"La pretensión de que se considere abusivo que el hijo ejercite una acción de reclamación mucho tiempo después de haber conocido su origen biológico, resulta contraria a los principios protegidos en el ordenamiento jurídico, que priman la dignidad de la persona frente a los que los recurrentes consideran vulnerados" ( SSTS, de 11 y 12 de abril de 2012 )

(iii)- Declara el Tribunal Supremo que, en principio, las motivaciones económicas para conseguir el éxito de una reclamación de filiación son lícitas.

(iv)- La tan citada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2012 hace una afirmación, a saber, que no puede excluirse como regla general, que una reclamación de filiación pueda resultar efectuada en fraude de ley, pero para que pudiera declararse así se requeriría la determinación de la norma defraudada y el resultado contrario que produciría en el ordenamiento jurídico español".

Partiendo de esta doctrina legal el hecho de haber formulado en su caso la demanda de reclamación de paternidad con un importante retraso desde que el hijo tenga conocimiento de la filiación biológica, o al menos desde que tenga datos y elementos suficientes para su reclamación no implica per se ni que exista abuso de derecho, ni tampoco fraude de ley; puesto que el fraude de ley exige la existencia de una norma que se pretende vulnerar o evitar su aplicación mediante otra norma de cobertura, debiendo tenerse en cuenta que las normas que el C. Civil establece en la sucesión intestada son normas de carácter imperativo, en la medida que el causante puede bien organizar su caudal hereditario mediante el otorgamiento del correspondiente testamento, o bien dejar que dicha ordenación se derive de la regulación legal, regulación legal que tiene como finalidad el que los bienes del causante se distribuyan a favor de sus familiares mas cercanos, por lo que el hecho de que la filiación no se haya determinado hasta después del fallecimiento del padre biológico, y por lo tanto no haya existido relaciones personales entre la apelada y su padre biológico, no deba deducirse sin más la existencia de ese fraude de ley, y cuando la ley para deferir la sucesión intestada a favor de los parientes del causante solo prevé unas causas de indignidad para suceder, que no se alegan, ni concurren en el presente caso, sin que exija ningún otro requisito que el parentesco .

**SEPTIMO** .- Cuarto motivo del recurso de apelación de la representación procesal de D. Gaspar al entender que existe un error en la valoración de la prueba, al no estimarse la usucapión sobre todos los bienes derivados de la herencia de su padre Sr. Juan Ignacio .

Este motivo del recurso de apelación lo funda la parte actora en que los artículos 440 , 657 y 989 del C. civil , al entender que la herencia del padre causante es única y por lo tanto los efectos de la aceptación se retrotraen al momento del fallecimiento del causante, sin que se pueda disociar la herencia en partes, por un lado los bienes que fueron objeto de la declaración y adjudicación de herencia realizada por escritura pública de 28 de mayo de 1997, y por otro lado los bienes que fueron objeto de adición a la herencia en las escrituras de 28 de septiembre y de 19 de noviembre de 2009, por lo que al haber venido poseyendo el apelante los bienes a que se alude en dichas escrituras públicas de adición en concepto de dueño, de forma pública pacífica e ininterrumpidamente por más de 10 años, debe apreciarse la usucapión sobre tales bienes a su favor.

Sobre esta cuestión tiene que tenerse en cuenta lo ya expuesto en esta resolución judicial, en el fundamento de derecho tercero, en el que se recoge el ámbito y el recurso de apelación, en la medida que el recurso de apelación no es tramite adecuado para plantear cuestiones nuevas que no lo fueron en la instancia,



y en este sentido la ahora recurrente en ningún momento alega la usucapión de tales bienes frente a la petición formulada por la actora, y como oposición a la acción de petición de herencia, por lo que no cabe su planteamiento como cuestión nueva en esta instancia.

Pero con independencia de lo anterior no cabe estimar, como se alega que tales bienes se hayan adquirido por usucapión por el ahora apelante, en la medida que el artículo 1934 del C. civil establece que la prescripción produce sus efectos a favor y en contra de la herencia, antes de haber sido aceptada, por otro lado la presunciones posesorias que establecen los artículos 440 y los efectos retroactivos que establece el artículo 989 del C. civil a la aceptación de la herencia al momento del fallecimiento del causante, son presunciones que en este caso no cabe aplicar, en la medida que si el ahora apelante realizó la correspondiente adición de la herencia por las escrituras públicas de 28 de septiembre y de 19 de noviembre de 2009, se deduce que no tenía tal posesión de tales bienes, y menos en concepto de dueño, que debe entenderse que no la tuvo sino desde el momento en que se llevaron a cabo las correspondientes adiciones de herencia, pues es en ese momento en el que cabe entender que el ahora apelante posee los bienes o pretende su posesión en concepto de dueño, pero no en momento anterior, puesto que hasta el momento en que se hace la partición, en este caso la adición de la herencia no se concretan los bienes concretos de la herencia que corresponde al ahora apelante.

**OCTAVO** .- Quinto motivo del recurso de apelación de la representación procesal de D. Gaspar por entender que existe una incorrecta cuantificación en la sentencia de la herencia del abuelo del apelante en relación a la vivienda sita en Madrid CALLE001 .

Con relación a este concreto motivo del recurso de apelación se alude que el error que se fija en la sentencia, sobre la cantidad a percibir por ese bien por la apelada, se debe bien a un error material, o bien a una incorrecta remisión a los cálculos que sobre esa cuestión se recogían en la demanda, por lo que a juicio de la parte apelante la cantidad a percibir por la actora de esa participación debería ser la de 38.500 ? referido al 50 % de las cantidades percibidas por el apelante, pero no al resto de las cantidades que por este concepto recoge la sentencia de 8.079,50 ? que no se corresponde a dicho bien sino al valor del 50 % de las participaciones que el apelante tiene en el inmueble sito en la CALLE000 , partida que a juicio de la parte apelante se ha computado dos veces, por un lado para fijar el importe de dicha cantidad, y por otro para reconocer a la actora el derecho al 50 % de esas participaciones en la vivienda sita en la CALLE000 y que se recoge en la sentencia apelada.

En la demanda sobre esa cuestión, folios 8 y 9 de los autos, con relación a la herencia del abuelo paterno, se alude tanto a la participación que se adjudicó al apelante de las fincas existentes en la CALLE001 , vivienda, garaje y trastero, como la participación que el ahora apelante recibió de su abuelo con relación a la vivienda sita en la CALLE000 ; debiendo entenderse que el actor recibió una participación en esa vivienda, la de la CALLE000 , por dos vías distintas, por un lado las participaciones que recibió por la herencia de su abuelo, y por otro lado las participaciones que recibió por la herencia de su padre,

Sobre esta cuestión en la demanda, folio 12, a la que se remite la sentencia apelada para fijar el cálculo de las cantidades a abonar por la herencia del abuelo paterno, si se recogen dos partidas, una de 38.500 ? por la vivienda, plaza de garaje y trastero de la CALLE001 , y otra partida por importe de 8.079,50 ?, correspondiente a la vivienda de la CALLE000 en la que se valora el 50 % de 1/8 parte indivisa en pleno dominio y de 1/8 parte en nuda propiedad que correspondería a la parte a apelante.

Debe en este sentido entenderse que en la sentencia apelada existe una duplicidad con relación a las participaciones de los herederos de la vivienda en la CALLE000 , o bien el demandado y ahora apelante tiene la obligación de transmitir a la otra heredera el 50 % de las participaciones que se le adjudicaron en la herencia del padre y del abuelo con relación a ese bien, o bien tiene la obligación de abonar el 50 % del valor de ambas participaciones, pero lo que no procede como se alega en el escrito de apelación que le corresponda 8.079,50 ?, correspondiente a la vivienda de la CALLE000 en la que se valora el 50 % de 1/8 parte indivisa en pleno dominio y de 1/8 parte en nuda propiedad que se adjudicó por la herencia del abuelo, y a su vez deba transmitir el 50 % de las participaciones que recibió de dicho bien, tanto por la herencia del abuelo, como del padre, como se recoge en la sentencia apelada, pues si bien en el fundamento de derecho SEXTO se alude a las participaciones correspondientes a la vivienda de la CALLE000 que fue objeto de adición de herencia de la escritura de 19 de noviembre de 2009, y que no procede el pago de la mitad de las cuotas en metálico, sino en especie, no se sigue ese mismo criterio con relación a las cuotas de esa misma finca recogida de la herencia del abuelo que se valoran en 8.079,50 ?, y cuando la sentencia apelada declara el derecho de la actora a la titularidad del 50 % de las cuotas que sobre esa vivienda se había adjudicado D. Gaspar , debe entenderse referido a las cuotas de participación que tengan su origen tanto en una como en otra herencia, por lo que de mantenerse este criterio se estaría computando doblemente dicha partida.

Ahora bien debe examinarse si procede el abono de 8.079,50 ? mas 6.946,20 ? en que se valoran el 50 % de las cuotas de participación que sobre la vivienda sita en la CALLE000 , o si por el contrario, lo que procede



es que se adjudique o se declare la titularidad de la actora y apelada en esas cuotas, dicha cuestión habrá de resolverse cuando se resuelva la impugnación de la sentencia formulada por la parte contraria, en la medida que uno de los motivos de su recurso de apelación es esa cuestión, si a pesar de no haberse dispuesto del bien el heredero preterido tiene derecho a que se le abone en metálico el valor de esas participaciones, o se le debe atribuir la titularidad que le corresponda él en citado bien.

**NOVENO** .- *Sexto motivo del recurso de apelación de la representación procesal de D. Gaspar , alegando que el heredero que ha estado poseyendo los bienes de la herencia tiene derecho a que se le reembolse los gastos realizados en los bienes.*

El artículo 1080 del C. civil establece que la partición hecha con **preterición** de un heredero forzoso no dará lugar a la rescisión de la partición salvo que se haya realizado con dolo o mala fe de parte de los otros interesados, pero en tal caso estos tendrán obligación de pagar el preterido lo que les correspondan proporcionalmente.

Por su parte el artículo 1063 del C. civil establece la "Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia".

En base a este precepto el demandado y ahora apelante reclama que se deduzca de las cantidades que deben ser entregadas a la parte actora, por la herencia del abuelo Roberto , los gastos soportados por el heredero, que a su juicio aparecen cuantificados en la contestación a demanda. Sobre esa cuestión en el escrito de contestación a la demanda la ahora apelante se limita a aludir en el hecho sexto de su demanda a que se dedujeran los gastos y deudas que el heredero había abonado sobre el piso de la CALLE001 , sin que en ningún momento ni lugar de la contestación a la demanda se cuantifique, ni se indique que cantidades debían ser detraídas por este concepto.

Frente a esa falta de concreción y claridad del escrito de contestación a la demanda, en el escrito de apelación se solicita que se fijen en 7.191,71 €, pues a su juicio ha quedado acreditado su pago en virtud de los documentos aportados con la contestación a la demanda.

La sentencia de instancia desestima dicha pretensión, por entender que ni había sido objeto de reconvencción, ni de reclamación por vía de reconvencción, sin que tampoco se hubiera justificado su pago.

El artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil remite al artículo 399 de la citada ley , en cuanto a los requisitos que debe tener el escrito de alegaciones de la contestación a la demanda, debiendo recogerse con claridad y precisión tanto los hechos, fundamentos de derecho y pretensiones formuladas, tal como se alega en la sentencia apelada en dicho escrito no se concretan ni se formula la correspondiente compensación en relación a los gastos e impensas útiles que el heredero apelante ha realizado en los bienes reclamados, sin que el escrito de apelación sea el momento procesal oportuno para realizar tanto esas precisiones, como alegaciones, debiendo por lo tanto darse por reproducidos en esta resolución judicial los recogidos en la sentencia de instancia para desestimar dicha pretensión, sobre la que se deben tenerse en cuenta los razonamientos y argumentos que se recogen en esta resolución judicial, sobre la petición de intereses que se reclama por la parte contrario.

**DECIMO** .- *Primer motivo de impugnación de la sentencia formulada por la representación de D<sup>a</sup> Josefina ; Al estimarse la usucapión de la herencia del padre adquirida mediante escritura pública de 28 de mayo de 1997.*

Se alega con relación a este concreto motivo del recurso de apelación que no se están reclamando los bienes concretos de la herencia, sino la reclamación de cantidad derivada de la acción de petición de herencia, en base al artículo 1080 del C. civil , siendo el plazo de prescripción de la acción de petición de herencia 30 años, por lo tanto al no estarse reclamando bienes concretos de la herencia no puede estimarse la usucapión de los bienes.

La usucapión, es un modo de adquirir el dominio y por lo tanto una vez que se ha consumado la adquisición del dominio o de cualquier otro derecho real por el adquirente, ello implica la pérdida del derecho usucapido por el anterior titular, o que tuviera derecho a él, y en consecuencia conlleva la pérdida de las acciones que el anterior titular pudiera ejercitar para su tutela.

El C. civil establece en su artículo 1930 que por la prescripción se extinguen los derechos y las acciones de cualquier clase que sean.

Para resolver este motivo del recurso de apelación deben tenerse en cuenta los artículos 1957 , 1959 , y 1963, del Código civil , que regula los plazos para adquirir por usucapión y la prescripción de las acciones sobre bienes inmuebles.



La acción de petición de herencia es la que ejercita el heredero frente a quien detenta la herencia, se ha ampliado en la jurisprudencia a la que ejercita la persona para que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde.

De esta configuración de la acción de petición de herencia y de una interpretación conjunta de los preceptos citados, si bien dicha acción tiene un plazo de prescripción de 30 años, ha de tenerse en cuenta que si la acción va encaminada a que se le atribuya la cuota de los bienes que le corresponda, bien de los bienes de la herencia, o bien en metálico, cuestión que también se plantea en otro motivo del recurso de apelación, dicha acción aunque no esté prescrita carecerá de virtualidad y por lo tanto de eficacia sobre los bienes que se hayan adquirido por usucapión, toda vez que adquiridos por otro coheredero o un tercero todos o parte de los bienes que integran la herencia, el derecho del heredero que ejercita la acción de petición de herencia no puede tener eficacia.

De lo expuesto ha de ser desestimado este motivo del recurso de apelación, toda vez que cabe y es admisible que se haya producido la adquisición por usucapión de todos o parte de los bienes que forman parte de la herencia, sobre la que se ejercita la correspondiente acción de petición de herencia aun cuando la acción de petición de herencia no haya prescrito.

**UNDECIMO** .- *Segundo motivo de la impugnación de la sentencia formulada por la representación de D<sup>a</sup> Josefina ; Al estimarse la usucapión de la herencia del padre adquirida, al entender que no concurren los requisitos legales para la adquisición de los bienes por usucapión.*

El artículo 1940 del C. civil establece "Para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley", siendo necesario que la posesión sea concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (artículo 1941) posesión que debe durar diez años entre presentes y veinte entre ausentes (artículo 1957).

En el escrito de impugnación no se discute que exista justo título para la usucapión por el ahora apelado, siendo a tal efecto justo título al escritura de aceptación de la herencia, otorgada mediante escritura pública de 28 de mayo de 1997.

Lo que si se discute en el escrito de impugnación es que exista la posesión, que lo sea en concepto de dueño, de buena fe, y que lo haya sido por el plazo que establece el artículo 1957 del C. civil .

En cuanto al requisito de la posesión debe ser en concepto de dueño, como recoge la STS de fecha 13/3/2013 , con cita de la doctrina de dicha sala "la posesión en concepto de dueño como requisito esencial básico tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal reconociendo el dominio en otra persona no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en ese concepto y pasar al «animus domini»; y que, si bien este tipo de usucapión no precisa de justo título, es obvio que no es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño , sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador por otro, como así se deduce de la doctrina sentada por la propia Sala en sus sentencias de 9 febrero 1935 , 3 octubre 1962 y 20 noviembre 1964 " .

Siendo necesario que esta posesión no sea simple tenencia material o la posesión natural, sino que sea civil, es decir, la tenencia con la intención de haber la cosa como suya, en concepto de dueño.

De la prueba practicada ha de entenderse que el ahora apelado vino poseyendo los bienes de su padre desde la escritura de herencia en concepto de dueño, con animo suo, es decir con ánimo de tenerlos como propio, ad usucapionem, debiendo entenderse que el dies a quo para el computo del plazo de prescripción es el día desde que empezó a poseer en concepto de dueño tales bienes, que no es otro que el de la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia.

En el escrito de apelación se discute la buena fe del apelado, al entender que desde al menos el 17 de noviembre de 2006 la madre del ahora apelado, pues el era menor de edad, sabía por unas pruebas genéticas que la ahora apelante era hija extramatrimonial del padre.

El art. 1950 del C. civil establece: "La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio". La buena fe es, por lo tanto, un estado de conocimiento referido a la condición de dueño del transmitente y a sus facultades dispositivas. Se entiende que el adquirente es poseedor de buena fe cuando cree que el transmitente, en este caso que él era el único heredero del causante y por lo tanto no tenía conocimiento de la existencia de la otra heredera.

No se discute en el recurso que el momento que cuando el apelado se adjudicó los bienes de la herencia de su padre, en el año 1997, era un poseedor de buena fe, situación que se modificara por que el, o su madre su representante legal al ser menor de edad, pudiera tener noticias o un conocimiento real y efectivo de la





filiación extramatrimonial de la ahora apelante, sin que se pueda confundir la existencia de esa posesión de buena fe, con el hecho de que se declare la filiación de la ahora apelante en sede judicial, y si bien existió una reclamación extrajudicial el 18 de febrero de 2011 ( folio 146) la ahora recurrente le comunicaba la voluntad de proceder a reclamar la herencia correspondiente, por lo que al menos hasta ese momento ha de entenderse que la posesión lo fue en concepto de dueño, de buena fe y pacífica.

Se alega en el escrito de impugnación que el plazo por el que el apelado debía haber poseído los bienes en concepto de dueño para adquirir la herencia por usucapión, no sería el de 10 años sino en el de 20 años de acuerdo con el artículo 1957 del c. civil , al haber estado al ahora impugnante en Gran Bretaña desde al menos el 6 de mayo de 2005 al mes de marzo de 2011.

Alegando que al haber estado la demandada fuera de España, no habría transcurrido el plazo de 10 años para entender adquiridos los bienes hereditarios por usucapión por el ahora apelado, toda vez que desde el momento que el ahora recurrente tiene conocimiento de la sentencia que declara la filiación extramatrimonial de la actora, y le comunica extrajudicialmente su voluntad de reclamar las cuotas hereditarias que le corresponden en las herencias de sus abuelo y padre respectivo, no puede ser calificada la posesión de buena fe, y por lo tanto no se habría consumado la usucapión sobre tales bienes.

El artículo 1941 del C. civil establece que la posesión debe ser pública, pacífica y no interrumpida, durante el plazo que establece la ley, dado que de acuerdo del computo de los plazos para entender adquirida la propiedad de los bienes inmuebles de la herencia del padre por usucapión, siendo el dies a quo el 5 febrero de 1997, siendo el día final el 27 de mayo de 2011.

De acuerdo con el artículo 1958 del C. civil , y dado que tuvo lugar un requerimiento el 18 de febrero de 2011, por el que la parte apelante comunico su voluntad de reclamar la herencia de su padre, desde ese momento no cabe apreciar que exista la posesión con los requisitos del artículo 1941 del C. civil a los efectos de entender adquiridos los bien inmuebles por usucapión.

Por el contrario se debe entenderse consumada la usucapión en relación los bienes muebles de acuerdo con el artículo 1955del C. civil .

En base a todo lo expuesto la parte apelante tiene derecho que se la abone la mitad del valor de 2/6 partes del dominio y de 1/6 parte de la nuda propiedad que se le adjudico al demandado, relación a la finca sita en el término municipal de Hornillos de Eresma, finca registral nº NUM011 del Registro de la propiedad de Olmedo, que fue valorada en 13.000.000 de pts., y lo mismo en relación al derecho de uso de la plaza de garaje nº NUM001 del parking sito en la AVENIDA000 , valorándose el 50 % de esas participaciones de la finca sita en Hornillos de Eresma en 32.815,26 €, del derecho de uso de la plaza de garaje en 2.520,70 €.

**DUOCEDIMO** .- Tercer motivo de la impugnación de la sentencia formulada por la representación de D<sup>a</sup> Josefina , en cuanto la cantidad que se debe abonar al actor respecto a la vivienda sita en la CALLE001 , y que fue objeto de adición a la herencia de D. Gaspar .

A juicio de la parte apelante dicha vivienda, plaza de garaje y trastero fueron objeto de enajenación por un precio de 770.000 €, habiendo percibido el demandado por su participación en dicho bien 77.000 €, cuando en la demanda se recogía solo la cantidad de 62.113 €, reclamando solo el 50 % de dicha cantidad al haber descontado un 58 % de la cantidad percibida de lo que se había pagado por el 1/10 en que se había valorado el precio del usufructo, cuando realmente se había pagado a la usufructuaria de ese 1/10 solo 8.727 €.

Sobre este concreto motivo del recurso de apelación en virtud del principio de congruencia de las sentencias, no cabe en esta alzada resolver ni otorgar una cantidad distinta a la solicitada en la demanda, por lo que si la sentencia ahora apelada por el 50 % de esas participaciones fija la cantidad de 31.056 €, lo es porque esa fue la petición de la parte actora y ahora apelante, por lo que no cabe ahora modificar su petición.

**DECIMOTERCERO** .- Cuarto motivo de la impugnación de la sentencia formulada por la representación de D<sup>a</sup> Josefina ; sobre el derecho del heredero preterido a reclamar su cuota en metálico.

Se alega este motivo de impugnación con relación a las participaciones existentes en ambas herencias, tanto del abuelo paterno, como del padre, con relación a la vivienda sita en la CALLE000 , y sobre los que la sentencia apelada declara que se transmita la titularidad a la actora el 50 % de las participaciones que como consecuencia de las dos herencias se adjudicaron al apelado, alegando que en base al artículo 1080 del C. civil , la obligación de los otros herederos con el preterido, es proceder al pago de su cuota en la herencia, al no proceder la rescisión de las particiones realizadas, siendo facultad del heredero reclamar el pago en metálico de su cuota, de acuerdo con la jurisprudencia que interpretar dicha norma.

Si el propio artículo 1080 del C. civil , establece que la **preterición** no intencional de un heredero no produce la rescisión de la partición, debiendo pagarse a dicho heredero por el resto la parte que les corresponda, la



consecuencia de que no se anule ni se rescinda la partición, es que los herederos a los que ya se les adjudicaron los bienes de la herencia siguen siendo propietarios, de los bienes, puesto que la partición atribuye a cada uno de los herederos el dominio exclusivo de los bienes adjudicados, artículo 1068 del C. civil , y por lo tanto si no se anula, ni se rescinde el acto por el que se les adjudican dichos bienes, no puede ser que se les prive de tales bienes para su adjudicación a su coheredero preterido, debiendo por lo tanto abonársele su cuota correspondiente en metálico, configurando la herencia como un todo global, y no sobre cada uno de los bienes que integra la herencia.

Debe entenderse de acuerdo con la interpretación del artículo 1080 del c. civil que el ahora apelante tiene derecho, a que se le abone en metálico el 50 % del valor de lo bienes que le fueron adjudicaron al apelando, también con relación a las participaciones de la vivienda de la CALLE000 , tanto de la adquirida por la herencia de su padre, como del abuelo paterno.

**DECIMOQUINTO** .- *Cuarto motivo de la impugnación de la sentencia formulada por la representación de D<sup>a</sup> Josefina ; sobre el derecho del heredero preterido al cobro de los intereses legales desde que se llevaron a cabo las particiones.*

Como señala la SAP de Madrid secc. 10 nº 182/2015 de 28 de abril de 2015 "Este precepto, impone una liquidación en cuanto, como viene declarando la jurisprudencia - STS de 19 de julio de 2010 , entre otras-, obliga a los coherederos a abonarse recíprocamente en la partición las rentas y los frutos que cada uno de ellos haya percibido durante la indivisión, los gastos útiles y necesarios y los daños ocasionados por malicia y negligencia. Conforme a ello, un coheredero no puede retener en perjuicio de los demás los frutos que debe compartir según el art. 1063, porque si lo hace, está incurriendo en un supuesto de enriquecimiento sin causa. No obstante el citado precepto no permite reclamar los frutos o rentas que hubieran podido percibirse. La improcedencia de la indemnización derivada del uso exclusivo y excluyente de la vivienda propiedad del causante que fue familiar, tiene además su apoyo en la doctrina jurisprudencial plasmada en la STS de 30 de septiembre de 1994 y citada en la STS de 4 de junio de 2007 , que en un supuesto idéntico al presente de exigencia de frutos de inmueble poseído por un coheredero declara que en forma alguna deba extenderse la devolución de tales frutos y rentas a los podidos percibir, por no hallarse incluidos en el artículo últimamente mencionado (el art. 1063 CC ) y ser principio general de Derecho, el que dice que: Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tenit, tanto más cuanto que, en este caso, las demandadas poseyeron esos bienes de buena fe"; el citado art. 1063 impone al coheredero la obligación de aportar al caudal hereditario los frutos y rentas percibidos, obligación que no se extiende a los percipiendi".

En el presente caso dado que el ahora apelado ha sido un poseedor de buena fe, de acuerdo con el artículo 451 del C. civil , y que también ha venido haciendo frente a los gastos , si bien el artículo 1063 del C. civil establece que los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia, debe entenderse que tal precepto debe ponerse en relación con la situación posesoria de tales bienes, y que ha sido el ahora apelante el que la procedido a abonar todos los gastos derivados del uso, conservación y mantenimiento de tales bienes, , implicaría un enriquecimiento injusto, en la medida que si bien la impugnante está legitimada para ejercitar tanto a acción de reclamación de filiación cuando estime oportuna, así como la acción de petición de herencia, el retraso en el ejercicio de dichas pretensiones si deben tener reflejo en esta reclamación , sin que proceda su pago, salvo los intereses de mora procesal desde la sentencia de primera instancia.

**DECIMOSEXTO** .- De conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dada la estimación parcial del recurso de apelación y de la impugnación sucesiva, no procede hacer expresa imposición de las costas de las costas de esta alzada.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

## FALLAMOS:

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Gaspar y la impugnación sucesiva formulada por la representación procesal de D<sup>a</sup> Josefina , se revoca parcialmente la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Madrid el 24 de octubre de 2014 ; condenando a D. Gaspar a que abone a la actora la cantidad de 119.918,16 €, e intereses de mora procesal desde la fecha de primera instancia. Todo ello sin que proceda hacer expresa imposición de las costas ni del recurso de apelación ni de la impugnación sucesiva, con devolución al recurrente del depósito constituido de conformidad con el punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .



Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal en el término de veinte días desde la notificación de la presente.

**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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ