



Roj: **SAP M 11025/2014 - ECLI: ES:APM:2014:11025**

Id Cendoj: **28079370252014100275**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **25**

Fecha: **13/06/2014**

Nº de Recurso: **677/2013**

Nº de Resolución: **238/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CARLOS LOPEZ-MUÑIZ CRIADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoquinta

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933866

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0011895

Recurso de Apelación 677/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 14/2008

APELANTES Y DEMANDANTES: Mariola , Dª Frida , D. Jose Ramón ,D. Juan Luis

PROCURADOR: Dña. ANA MARIA ARAUZ DE ROBLES VILLALON

APELANTES Y DEMANDADOS : Dña. Azucena (tutora de la incapaz Dña. Elisenda)

PROCURADOR D./Dña. MARIA DE LA PALOMA ORTIZ-CAÑAVATE LEVENFELD

APELADOS Y DEMANDADOS: Dª Carina ,(fallecida siendo heredero su esposo D. Gustavo),Dña. Olga D. Efrain , Dña. Estibaliz ,Dª Julieta .

PROCURADOR D. JULIAN SANZ ARAGON

APELADO Y DEMANDADO :D. Isidoro ,

PROCURADOR D./Dña. MERCEDES ALBI MURCIA

DEMANDADOS :D. Bárbara , Dña. Tomasa Dña. Visitacion

DEMANDADO: D.. Bernardo (En situación procesal de rebeldía)

SENTENCIA N° 238/2014

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ

D. ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO

D.. CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO

En Madrid, a trece de junio de dos mil catorce.



La Sección Vigésimoquinta de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 14/2008 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid a instancia de Dª Azucena (tutora de la incapaz de Dña. Elisenda) representados por la Procuradora Dña. MARIA DE LA PALOMA ORTIZ-CAÑAVATE LEVENFELD y . Frida ,D. Jose Ramón ,D. Juan Luis , Mariola como apelantes - demandantes, representados por la Procuradora Dña. ANA MARIA ARAUZ DE ROBLES VILLALON y Dña. Olga , Dña. Carina , D. Efrain , , Dña. Estibaliz , Dña. Julieta , D./Dña. Estibaliz y D./Dña. Olga apelados - demandados, representado por el Procurador D. JULIAN SANZ ARAGON ,D. Fermín , Tomasa ,D. Bárbara Y Visitacion como demandados y D. Bernardo (en rebeldía); todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 30/01/2013 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D. CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 30/01/2013 , cuyo fallo es el tenor siguiente: "1º.- ESTIMO parcialmente la demanda formulada por D. Imanol que dio lugar a los autos nº 14/2008 de este Juzgado y la que dio lugar a los autos nº 2139/09 del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Madrid, acumulados a los presentes formuladas contra Carina , D. Bernardo , Estibaliz , Julieta , D. Efrain , D. Fermín , Olga , D. Isidoro , Tomasa , Elisenda , Visitacion y Bárbara . 2º.- CONDENO a los demandados a abonar al actor las siguientes cantidades: a) Respecto de la vivienda y trastero sita en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 de Madrid, a doña Elisenda 4.6701,10 euros. b) Respecto de apartamento sito en Calpe,1.- a doña Elisenda ,2683,035 euros. 2.- a doña Visitacion , 2.683,035 euros. c) Respecto de la plaza de parking sita en Madrid, 1.- A doña Carina y don Bernardo ,1252,11 euros, a cada uno. 2.- A doña Estibaliz , doña Julieta , don Efrain , don Fermín y doña Olga , 417,37 a cada uno. 3.- A don Isidoro y doña Tomasa , que es 208,69 euros a cada uno. d) Respecto de la casa de campo de Calpe, 1.- A doña Carina y don Bernardo , 17.529,52 euros a cada uno. 2.- A doña Estibaliz , doña Julieta , don Efrain , don Fermín y doña Olga , 5843,2 euros a cada uno. 3.- A don Isidoro , doña Tomasa y doña Bárbara , como herederos de don Pelayo , conjunta y solidariamente, 5.843,2 euros .3º.- CONDENO a los demandados al pago del interés legal de la suma a la que asciende la condena desde la interposición judicial. 4.- SIN COSTAS."

Posteriormente, se dictó auto de aclaración de la sentencia con fecha 30 de enero de 2013 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:"

1.-Se rectifica el nombre de la parte actora en el fallo de la sentencia de 14 de enero de 2013 haciendo constar que la condena es a favor de D. Jose Ramón , Frida , D. Juan Luis , y Dª Mariola .

2.- Se rectifica el pronunciamiento 2º a) del fallo de la sentencia de 14 de enero de 2013 sustituyendo la expresión "4.6701,10 euros" por 46.701,10 euros".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpusieron recurso de apelación por la parte demandante y codemandada, que fueron admitidos, y dándose traslado a la demandada y codemandada presentaron en tiempo y forma escritos de oposición a los recursos entablados, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales y señalándose para deliberación, votación y fallo el día 11 de junio de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia declaró probado, al haberse así establecido en sentencia firme de declaración de filiación extramatrimonial, que el testador, D Cayetano , conocía que el demandante, D Imanol , era hijo suyo y como tal era tenido de manera pública y notoria en su ámbito local, manteniendo relación con el entorno familiar de su padre biológico. Por tal motivo declaró igualmente que el referido demandante fue preterido en el testamento de su padre de manera intencional, de modo que tiene derecho a la legítima, que habrá de computarse en los dos tercios de la herencia por no existir otros hijos o descendientes del causante. Entiende, no obstante, que la acción ejercitada no es la de **preterición**, cuya finalidad es únicamente la de invalidar la institución de heredero, sino la de petición de herencia promovida respecto a bienes concretos de la herencia, que considera ha de prosperar al no existir pasivo conocido que pueda minorar el valor de la legítima, sin verse perjudicada por el hecho de haber dejado transcurrir cincuenta años para obtener el reconocimiento de filiación, conducta en la que no aprecia mala fe por desconocerse las razones que impulsaron a ello, entrando en juego en la decisión de accionar factores de naturaleza personal y familiar junto a los de carácter económico que no permiten a la Sra. Magistrado de primera instancia apreciar conducta contraria a la buena fe. También rechazó la excepción de las dos legatarias que obtuvieron su derecho por testamento de la esposa



del causante, que a su vez fue designada heredera universal en el testamento de su esposo, pues la acción no es de **preterición**, y, además, el artículo 814 prevé que en caso de **preterición** de todos los hijos y descendientes se anulen todas las disposiciones testamentarias. Para determinar el valor de los bienes, entiende que ha de ser el que tenían en el momento de practicarse la partición, según Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1995, y no el valor actual, como pide el demandante, y condena a los demandados a pagar al actor las cantidades calculadas en función de las proporciones fijadas en la demanda y los intereses legales desde la interpelación judicial, todo ello sin hacer imposición de costas.

Recurren los sucesores procesales y herederos de D Imanol alegando:

Sin discrepar de lo argumentado en la sentencia en relación a que el valor de los bienes ha de ser el que tenían en el momento de la partición, dice que no puede ser tomado en consideración el valor consignado en el cuaderno particional realizado a la muerte de D^a Trinidad, viuda de D Cayetano, porque se hizo a conveniencia de quienes lo suscribieron por razones fiscales, según práctica habitual. Por eso, y con el fin de establecer el valor real en el momento de la partición, propone que se aplique un cociente divisor de 2,56, hallado de la diferencia de valor dada por la peritación judicial a la casa de campo de Calpe en 2011 en relación al valor dado en el cuaderno particional, cociente que se aplicaría a los valores dados por los Peritos Judiciales a los otros tres inmuebles, pero no a la citada casa de campo por tratarse de un chalet de lujo que no ha sufrido variación en su valor. De todo ello hace una nueva distribución.

Entiende que los intereses han de ser computados desde la fecha de la partición en el año 2002, lo cual implica un interés acumulado del 43,78%.

Considera que la sentencia ha sido incongruente con el allanamiento de varios de los demandados respecto a la casa de campo de Calpe, pues ha condenado a una cantidad inferior de la admitida por ellos, lo cual resulta de no haberse tenido en cuenta que el referido inmueble fue vendido en 2001, un año antes de la partición, por 240.000€, y no por los 214.354€ aducidos por la representación de D^a Elisenda y D^a Visitacion.

Entiende, como ya solicitó, que debe condenarse en las costas de primera instancia a D Bernardo, D Efrain, D Fermín y D^a Olga, así como a D^a Elisenda, por mantener una oposición temeraria.

Recurre igualmente la representante de D^a Elisenda, declarada incapaz, que interesa la desestimación de la demanda alegando:

Acusa a la sentencia de haber calificado indebidamente la acción ejercitada en la demanda como petición de herencia, sin tener en cuenta que la acción verdaderamente planteada por el demandante es la de **preterición**, lo cual obligaba a resolver sobre la propia declaración de **preterición**, el monto de la legítima del preterido y, en su caso, la reducción de la adjudicaciones de los herederos instituidos y la forma de hacerlo; pero el demandante, pese a ejercitar la acción de **preterición**, no pidió pronunciamientos en tales términos, sino una reclamación de cantidad sobre varios bienes inmuebles sin tener en cuenta que el cuaderno particional del testador lo conforman 17 bienes, dato que califica en otro motivo aparte como defecto insubsanable en el modo de plantear la demanda, de modo que debió desestimarse.

Según su interpretación del artículo 818.1 CC, entiende que la norma se infringió en la sentencia porque para el cómputo de la legítima no se han de tomar en cuenta los legados.

Considera también infringido el artículo 814 CC porque la **preterición** de un heredero forzoso implica reducir la institución de heredero antes de los legados, de modo que el derecho del demandante debió sufragarse con cargo al legado recibido únicamente cuando no fuese suficiente para satisfacer la legítima tras reducir lo recibido por los herederos.

Insiste en que D Imanol actuó con abuso de derecho por retraso desleal en su ejercicio, al dejar transcurrir 52 años en pedir el reconocimiento de paternidad desde que conoció la identidad de su progenitor.

SEGUNDO. - Resulta prioritario en el conocimiento de los motivos planteados por ambas partes decidir sobre las acciones ejercitadas en la demanda, pues si prosperase la pretensión en este punto promovida por la representante de D^a Elisenda, podría el demandante carecer de acción y, por tanto, de legitimación activa, lo cual condicionaría la solución de la contienda haciendo inútil el estudio de los demás motivos de apelación planteados por ambos apelantes.

En demanda presentada el día 6 de junio de 2007 el actor alega como hecho la **preterición** en el testamento de su padre biológico, otorgado el 12 de abril de 1966, cuando aún no estaba declarada la filiación, lo cual ocurrió por sentencia de 16 de marzo de 2005, confirmada por otra de 18 de abril de 2007, sin alegar si fue intencionada o no, ni siquiera hace referencias a hechos que pudieran conocer si su padre, en el momento de otorgar el testamento en el año 1966, tenía voluntad de no incluirle como sucesor de sus bienes, o el hecho de no expresar su existencia se debió a que el progenitor desconociese que era realmente hijo suyo. Alega también



como hecho la identificación de los bienes adquiridos por su padre durante el matrimonio con su esposa, D^a Trinidad , a quien aquél designó como heredera universal de todos sus bienes, describiendo a tal efecto cuatro inmuebles entre las dos demandas. Después dice que al fallecer su padre en el año 1987, D^a Visitacion se adjudicó la totalidad de los bienes, y argumenta y describe cuál es su parte en esa herencia, cifrándolo en una cantidad equivalente al 22,33 del valor de los bienes que debería ser abonada por D^a Visitacion , pero que al haber fallecido y transmitido mortis causa los bienes a los demandados, dirige contra ellos la pretensión distinguiendo en cada caso cuál es la parte que les corresponde abonar. Finalmente su petición es de condena a los demandados a pagarle a él las cantidades que refiere, y en iguales términos promueve la demanda presentada el día 12 de febrero de 2008, referida al cálculo sobre el valor de otro inmueble no incluido en la primera.

Del modo de redactar las demandas y las pretensiones en su petitum se infiere que en ningún momento se promovió acción para declarar la **preterición**, pues nada se insta en tal sentido, ni siquiera se aducen los hechos que servirían para fundamentar una declaración judicial decidiendo sobre aquélla, sino que ésta se quiere aportar como un hecho acreditado, ya sucedido, que no precisa de especial reconocimiento, y empleado para fundamentar la acción que se ejercita. Ésta, al reclamarse la condena al pago de dinero equivalente al valor de bienes en poder de los demandados, tampoco es acción de petición de herencia, pues, como ha declarado el Tribunal Supremo, distinguiéndola de la acción reivindicatoria, la *actio hereditatis petitio* está " *dirigida primordialmente al reconocimiento de la cualidad de heredero con respecto a un tantum hereditario* ", si bien " *también sirve de vehículo para que las personas activamente legitimadas por ella puedan conseguir en beneficio de la masa común (y tal vez aquí radique la confusión en que incurre la sentencia del Juez) la restitución de todos o parte de los bienes que compongan el caudal relicto perteneciente al causante, cuya posesión a título sucesorio (pro herede possesor) o sin derecho alguno (possidens pro possessore) retenga en su poder el demandado* " (STS 21/6/1993). Es una acción universal, como señala esa misma resolución, definiéndose en la Sentencia de 23/3/2006 como " *acción que tiene el heredero (o coheredero) para obtener, a través del reconocimiento de su título hereditario, los bienes que componen el patrimonio hereditario que le corresponde (sentencias de 20 de junio de 1992 , 27 de noviembre de 1992 , 12 de julio de 2002)* ". Por tanto, el ejercicio de la acción implica una doble actuación jurídica: por un lado el reconocimiento del título hereditario, que opera como un presupuesto fáctico, pudiendo estar reconocido por aquellos a quienes pueda perjudicar o declarado judicialmente. Pero, en segundo lugar, la pretensión ha de ir dirigida a restaurar el patrimonio hereditario, no a obtener el pago de la liquidación de la herencia hecha unilateralmente auto- adjudicándose el valor de una parte en cuatro bienes inmuebles concretos. De ese modo, tal como se ha planteado la demanda, el actor no tiene en cuenta cuál era el patrimonio hereditario en el momento de producirse el fallecimiento de su padre, bastante más extenso y amplio que los cuatro bienes inmuebles descritos en sus demandas, tal como resulta del cuaderno particional llevado a cabo el 22 de septiembre de 1987, donde también se liquidó la sociedad de gananciales (fs. 231-260), ni reclama la reintegración a la herencia de los bienes en poder de terceros, aunque sea por su valor, olvidando que necesita una declaración judicial previa que acuerde la reducción de la institución de heredero, si la **preterición** es intencional, o, en caso de no serlo, de nulidad de disposiciones testamentarias para que produzca efecto cualquier reclamación sobre el patrimonio adquirido por terceros en virtud de un título ostentado por la causante de éstos, título que es la disposición testamentaria cuya validez se cuestiona, lo cual le obliga a alegar si la **preterición** fue o no intencional, y a pedir un pronunciamiento judicial en tal sentido. En definitiva, su condición de heredero preterido, aun aceptándola como hecho demostrado, y no necesitado de especial declaración judicial previa en la sentencia más allá de la resultancia fáctica, no le exime de alegar y pedir que se declare si fue o no intencional, hasta el punto que si el hecho no se alegó, falta el presupuesto para reconocer el derecho subjetivo que la acción permite hacer valer en el proceso, de modo que existe incongruencia si el Juez entra a valorar la intencionalidad de la **preterición** y en base a ella hace un pronunciamiento de condena. Por otro lado, si la **preterición** fue intencionada, le proporciona, conforme a lo dispuesto en el artículo 814.1 CC , el derecho a establecer su legítima con todo el haber hereditario de su progenitor existente en el momento de fallecer su padre, y a pedir que se le adjudiquen bienes incluidos en la referida herencia por el valor de la legítima reduciendo la institución de heredero, y si para obtener la adjudicación precisa recabar bienes ya transferidos, podrá ejercitar la acción de petición de herencia, cuyo efecto será reintegrarlos a la masa hereditaria.

El demandante, saltándose todos esos pasos previos, no ha contado con que la reducción de la institución de heredero implica un nuevo reparto de bienes con quien en tal concepto fue designado o, al haber fallecido, quienes hayan heredado de esa persona, y mientras no se individualice su derecho con la adjudicación de bienes concretos o cuotas de dominio sobre ellos, no podrá ejercitar acciones dirigidas particularmente a obtener la entrega de los bienes, o su valor en caso de no ser posible aquélla. En realidad, tal como puede observarse de la fundamentación jurídica, la acción ejercitada en las demandas es la prevista en el artículo 1.080 CC (*La partición hecha con **preterición** de alguno de los herederos no se rescindirán, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al*



preterido la parte que proporcionalmente le corresponda), pero la **preterición** contemplada en esa norma como presupuesto para atribuir el derecho subjetivo no es la **preterición** en el testamento prevista en el artículo 814 CC, sino en la participación, de modo que el legitimado para ejercitarla es el heredero que no participó en ella, lo cual implica que el excluido ha de haber sido reconocido como tal heredero en el momento de hacerse el reparto, y esa situación no puede darse cuando fue preterido en el testamento.

Por tanto, el demandante no dispone de acción alguna para pedir la condena al pago de las cantidades de dinero por él calculadas, pues esa acción no nace hasta que se haya reducido la institución de heredero o se anulen las disposiciones testamentarias que procedan y se calcule lo que le corresponde en función de todo el patrimonio dejado por su padre al momento de su fallecimiento, debiendo insistirse en este punto, pues tanto la identificación de los bienes, su valor y destino ha de hacerse según el testamento donde se produjo la **preterición**, no el otorgado posteriormente por la heredera universal designada en aquél.

TERCERO. - Todo lo expuesto tendría que haber ocasionado la desestimación plena de la demanda por falta de acción e impide de todo punto estimar el recurso de la parte actora. No obstante, sólo una de las partes demandadas ha recurrido la sentencia parcialmente estimatoria y todas las demás han aceptado la condena, lo cual ha de interpretarse en el ámbito de la plena disposición en la distribución de la herencia que tienen los herederos a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.058 CC (en este caso los demandados actúan en la posición que le correspondería a la fallecida D^a Trinidad en la nueva partición hereditaria que resultaría de la **preterición** del demandante en el testamento de su padre), de modo que si aceptaron las consecuencias de la sentencia es porque dispusieron de su derecho a oponerse, renunciando a él, y aceptaron las pautas de la irregular liquidación aunque el demandante no estuviese legitimado para hacer la reclamación en los términos que lo hizo, impidiendo a esta Sala dictar una sentencia absolutoria de los demandados no recurrentes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 465.5 LEC que consagra en el Derecho positivo el principio de prohibición de la *reformatio in peius*. De ese modo, aunque no se comparta lo decidido en la sentencia apelada, se ha de confirmar lo en ella resuelto respecto a los demandados no apelantes.

CUARTO. - Por el contrario, lo expuesto en el fundamento jurídico segundo tiene como consecuencias la estimación del recurso promovido por la representante de D^a Elisenda, en cuanto mantuvo e hizo valer nuevamente en esta alzada la ausencia de derecho del demandante a reclamar frente a ella en los términos planteados en la demanda.

QUINTO. - Lo expresado en los fundamentos anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 LEC, lleva a no hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada causadas por el recurso planteado por la representante de D^a Elisenda, mientras que a los sucesores procesales de D Imanol se han de imponer las costas del recurso promovido por ellos, así como las causadas en la primera instancia por sus pretensiones contra D^a Elisenda, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 394 LEC.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a M^aPaloma Ortiz-Cañavate Levenfeld en nombre y representación de D^a Azucena como tutora de D^a Elisenda, y con desestimación del presentado por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana Maria Robles Villalón en nombre y representación de D^a Mariola, D^a Frida, D Jose Ramón y D Juan Luis, como sucesores procesales del demandante, D Imanol, ambos planteados contra la sentencia de fecha 14 de enero de 2013 y aclarada por auto de fecha 30 de enero de 2013 dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 12 de Madrid -, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE** la expresada resolución, y en su virtud,

ABSOLVEMOS a D^a Elisenda de las pretensiones dirigidas contra ella.

Imponemos a la parte actora las costas causadas en la primera instancia a D^a Elisenda.

CONFIRMAMOS el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada.

No hacemos imposición de las costas del recurso promovido por D^a Azucena como tutora de D^a Elisenda, con devolución del depósito constituido.

Se imponen a D^a Mariola, D^a Frida, D Jose Ramón y D Juan Luis, como sucesores procesales del demandante D Imanol, las costas devengadas por su recurso y pérdida del depósito constituido.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno



de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz n° 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 3390-0000-00-0677-13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ