



Roj: **SAP M 9915/2013 - ECLI:ES:APM:2013:9915**

Id Cendoj: **28079370192013100172**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **19**

Fecha: **15/04/2013**

Nº de Recurso: **1012/2012**

Nº de Resolución: **144/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **NICOLAS PEDRO MANUEL DIAZ MENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 45, 09-07-2012,  
SAP M 9915/2013**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 19**

**MADRID**

**SENTENCIA: 00144/2013**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

**SECCION 19**

1280A

FERRAZ 41

Tfno.: 91 493 3815-16-86-87 Fax: 91 493 38 85

N.I.G. 28000 1 4017044 /2012

**RECURSO DE APELACION 1012 /2012**

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 2184 /2010

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 45 de MADRID

Apelante/s: Carmela , Erasmo

Procurador/es: GLORIA RINCON MAYORAL, GLORIA RINCON MAYORAL

Apelado/s: Herminia , Pura

Procurador/es: SIN PROFESIONAL ASIGNADO, JOSE RAMON REGO RODRIGUEZ

**SENTENCIA NÚM. 144**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. NICOLÁS DÍAZ MÉNDEZ**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. NICOLÁS DÍAZ MÉNDEZ**

**D. EPIFANIO LEGIDO LÓPEZ**

**D. MIGUEL ÁNGEL LOMBARDÍA DEL POZO**

En Madrid a quince de abril del año dos mil trece.

La Sección Décimo-Nonena de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Srs. Magistrados al margen reseñados, ha visto, en grado de apelación, los autos de juicio ordinario sobre nulidad de cuaderno



particional y declaración de heredera, con condena a la realización de nuevo cuaderno particional y acción declarativa de dominio, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de los de Madrid bajo el núm. 2184/2010 y en esta alzada con el núm. 1012/2012 de rollo, en el que han sido partes, como apelantes, Doña Carmela y Don Erasmo, representados por la Procuradora Doña Gloria Rincón Mayoral y dirigidos por los Letrados Don Fernando Castedo Alvarez y Don Luis Moliner Oliva, y como apelada, Doña Pura, representada por el Procurador Don José Ramón Rego Rodríguez y dirigida por el Letrado Don Fernando Ferreres Fernández; habiendo sido parte, además, Doña Herminia, demandada, allanada y no personada en este recurso.

Se aceptan y se dan por reproducidos, en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, en cuanto se relacionan con la presente resolución.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** En los autos más arriba indicados, con fecha 9 de Julio de 2012 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando la demanda deducida por el Procurador de los Tribunales Don José Ramón Rego Rodríguez, en nombre y representación de Doña Pura contra Doña Carmela, Don Erasmo y Doña Herminia:

Declaro la nulidad del cuaderno particional de la herencia de Don Benedicto realizado a su fallecimiento por Don Felicísimo, protocolizado ante el Notario de Valladolid Don José Millaruelo Aparicio, con fecha 12 de Julio de 2010 bajo el número de su protocolo 478.

Declaro que Doña Pura es heredera del tercio de libre disposición de la herencia del anterior, condenando, en consecuencia a los demandados a realizar un nuevo cuaderno particional en que se respete dicha condición de heredera.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Desestimando la demanda reconvenicional planteada por la Procuradora Doña Gloria Rincón Mayoral en nombre y representación de Doña Carmela y Don Erasmo, absuelvo a Doña Pura de sus pretensiones imponiendo a los demandante las costas causadas."

**SEGUNDO:** Contra dicha sentencia por la representación procesal de Doña Carmela y Don Erasmo se interpuso recurso de apelación, que fundamenta haciendo relato de los antecedentes de la cuestión planteada, cuáles que los ahora apelantes son hijos y herederos de Don Benedicto, fallecido el 17 de Enero de 2010, con testamento otorgado ante Notario en fecha 20 de Enero de 1998, nombrado herederos a sus tres hijos, los dos ahora apelantes habidos del primer matrimonio, y Doña Herminia, habida en segundo matrimonio con la demandante, Doña Pura, a la que nombra heredera en el tercio de libre disposición; nombrando contadores partidores en forma sucesiva a Don Felicísimo y Doña Florinda, y en el ejercicio de sus funciones el primero solicitó, previamente a la elaboración del cuaderno particional, un dictamen Notarial a fin de aclarar si el hecho de que el finado no estuviera ya casado a la fecha de su fallecimiento con la que fue su esposa, la demandante, antes citada, de la que se había divorciado año y medio antes de su fallecimiento, tenía alguna incidencia y, en su caso, las consecuencias jurídicas para la partición, y en base a las conclusiones del informe emitido, trasladado a su propia interpretación, el contador partidador resolvió tener como ineficaz el llamamiento a la demandante, Doña Pura, al entender que había sido designada exclusivamente por su vínculo conyugal, sin que el causante hubiera previsto una posible disolución posterior, determinando que tal causa había devenido torpe o falsa, realizando la partición entre los tres hijos del causante; hace referencia a como la demandante se alza ante dicha partición por entender válido su llamamiento pese al divorcio, asegurando que entre ella y el que fue su esposo persistía un trato constante y casi diario, mezcla de amistad y del mantenimiento hasta el extremo del afecto que había presidido el matrimonio, exponiendo las razones que justificaban tal particular y por ende el mantenimiento de la voluntad manifestada en el testamento; se pasa a señalar que los ahora apelantes al contestar a la demanda señalan como el divorcio antes referido se produjo apenas año y medio antes de fallecer de forma repentina, a la edad de 61 años, el referido testador, causante, lapso temporal en el que estuvo aquejado de una fuerte depresión y de una grave dependencia alcohólica que motivaron un tratamiento farmacológico, circunstancias que incidieron en su capacidad decisoria, siendo falso que la relaciones con el otro cónyuge, la demandante, fueran lo buenas que de contrario se afirman, con alegaciones en justificación.

En cuanto a lo solicitado vía reconvenicional, la adición a la herencia de la mitad de un plaza de garaje, por entender que a pesar de que registralmente sólo está inscrita a nombre de la demandante reconvenida, la misma había sido adquirida conjuntamente con el referido causante; para seguir realizando alegaciones en cuanto a la estimación de la demanda principal, haciendo referencia la apelante al contenido de la sentencia para impugnarla alegando que la misma no es ajustada a derecho, contraviendo las normas interpretativas de



los testamentos y las reglas sobre valoración de la prueba, dando valor a una prueba inconsistente y claramente irregular; pasando a señalar la prueba que acredita la depresión y alcoholismo del referido causante, así del tratamiento farmacológico, y valoración de la documental consiste en la aportación por Dr. Agapito , para señalar que por éste se omite un dato esencial, la duración del tratamiento, sus fechas, a la par que incluía un juicio de valor sobre la capacidad decisoria o juicio del paciente, lo que no se le había solicitado, lo que resulta sospechoso y destinado a servir a los intereses propios de la demanda, ante ello la parte apelante instó del Juzgado se requiriera al menciona Dr. para aclarar tales extremos y así se acordó mediante diligencia final, afirmando el mencionado Dr. haber atendido al paciente después de su muerte, lo que da cuenta de su fiabilidad y firmeza, no obstante lo cual la sentencia ha dado valor al precitado informe, para acoger que el referido causante pudo revocar su testamento y no lo hizo, habiendo dado infracción de normas procesales en la práctica de la referida prueba; se aduce en el recurso infracción de los arts. 675 y 767 del Código Civil y de la jurisprudencia relativa a la interpretación testamentaria, con error en la valoración de la prueba, aduciendo la apelante la ausencia de determinación de la causa del llamamiento y de la búsqueda de la voluntad real del testador a través, en primer lugar, de la propia literalidad de la cláusula y del tenor del testamento en su conjunto, haciendo referencia a la expresión contenida en la referida cláusula " a su esposa Doña Pura ", lo que se reforzaba mediante la reserva de la cuota viudal, de modo que ese llamamiento vinculaba claramente a la persona y a su status conyugal, de modo que el llamamiento al tercio de libre disposición venía vinculado por el vínculo patrimonial, abundando en pro de esa interpretación el que el testador ya contaba con una ex esposa, a favor de la cual no hacía ninguna atribución, siendo de interpretar la voluntad del testador al momento de testar; haciendo la apelante referencia al más arriba indicado dictamen emitido por Notario, en orden a que la institución matrimoniales es por sí misma capaz de constituir la causa, directamente presumible, en la atribución testamentaria que se realiza entre cónyuges, con cita de los arts. 3.1 y 767 del Código Civil y la cita de Derecho comparado y de Derecho Foral, para hacer interpretación conforme al contexto y a la realidad social; se aduce incorrecta interpretación de los hechos extrínsecos del testamento, que, indica, arrojan un resultado manifiestamente contrario a la voluntad real del testador, volviendo apelante a hacer cita y valoración de la documental emitida por el Dr. más arriba referido, para en esencia mantener que el causante no tenía capacidad una vez divorciado para revocar el testamento, así como también alegaciones en orden a justificar las buenas relaciones del causante con su primer esposa y no así con la segunda, ahora apelada, demandante, para acabar alegando que la sentencia recurrida mantiene una valoración ilógica de la prueba en autos practicada.

En cuanto a la desestimación de la demanda reconvenicional, igualmente se impugna, por error en la valoración de la prueba, de la que resulta, indica, que la disposición y uso de la plaza por parte del causante ya desde su adquisición, durante el matrimonio y tras el divorcio, el pago común de los gastos de mantenimiento de la plaza de garaje a través de la cuenta propia del causante, cuenta en la que hacía aportaciones también la demandante reconvenida, precisamente para el sostenimiento de los bienes comunes, la negociación sobre el reparto de las rentas obtenidas por el alquiler de la plaza a tercero, su inclusión en el dictamen de tasación, son indicios para destruir la presunción registral.

Se termina suplicando se dicte sentencia por la que se acuerda la plena estimación del recurso, con condena en costas a la opositora.

**TERCERO:** Por interpuesto que fue el mencionado recurso se acordó dar traslado del mismo a las demás partes, presentándose por la parte en la instancia demandante escrito de oposición, para en base a las alegaciones que realiza suplicar su desestimación.

**CUARTO:** Remitidos los autos a esta Audiencia, con fecha registro de entrada del día 19 de Diciembre de 2012, por reparto que fue el conocimiento del recurso a esta Sección, se formó el oportuno rollo, se designó Ponente conforme al turno previamente establecido, y personadas la parte apelante y apelada opuesta, no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se señaló para deliberación y votación, la que tuvo lugar el pasado día ocho.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO:** El contenido de la controversia tanto en los términos de la primera instancia como en los traídos a esta alzada, tiene como objeto nuclear, en cuanto a los pedimentos de la demanda, el valor, a la muerte del causante, de la cláusula testamentaria por él señalada y por lo que instituye a la demandante, que al tiempo del otorgamiento del testamento era su esposa, heredera en el tercio de libre disposición y divorciada de aquél al tiempo de su fallecimiento, existiendo al momento de éste hijos del causante, dos de anterior matrimonio, disuelto por divorcio, y una del matrimonio con la demandante, y, consecuentemente, se cuestiona el valor del cuaderno particional del ya tantas veces referido causante, en cuanto se excluye del mismo a la demandante, al entender que la voluntad del testador al establecer aquella institución fue la de que la instituida continuara



siendo su esposa al tiempo de su fallecimiento; desde ese planteamiento es ya de señalar a modo de principios y en tesis general que del tercio de libre disposición, herencia concurriendo hijos, se puede designar herederos a cualquier persona, obviamente con capacidad para adquirir la herencia, y sí se hace a favor de quien fuere también legitimario, en cuanto a ese tercio prevalece el carácter testamentario, de modo que la adquisición de la herencia en la proporción que corresponda se da en ese designado salvo los supuestos de incapacidad absoluta, prohibiciones, incapacidad relativa o indignidad sucesoria, arts. 745 , 752 , 753 , 754 , 756, todos del Código Civil , ninguno de cuyos supuestos concurre en el caso de autos, obviamente también pierde efecto la institución testamentaria por revocación del testamento ex art. 737 y por ineficacia declarada del mismo, ineficacia, como sinónima de nulidad, que en el concreto caso tampoco concurren, ni siquiera se alegan, importante es señalar como el Código Civil al contemplar los derechos hereditarios del cónyuge viudo, sin entrar en la consideración de si técnicamente es heredero o no, tiene como requisito que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, art. 834 CC , según redacción por la Ley 15/2005, de 8 de Julio, salvo que haya mediado perdón o reconciliación, art. 835 también del Código Civil , debemos entender se refiere en todo caso a la existencia de matrimonio vigente a la muerte del causante, mas tal limitación no afecta a su nombramiento de heredero en testamento, por el propio carácter del mismo conforme a la definición como acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, esto es, acto de disposición de bienes para después de la muerte, acto de libre disposición, con la limitación de las legítimas y como indicábamos afectando a la parte de libre disposición se puede hacer a favor a favor de cualquier persona, incluso también de un legitimario, y no afectada por el estado civil del beneficiario a la muerte del causante testamentario dado que no se hace previsión al respecto como en el supuesto anterior, y sin que el derecho comparado, ni lo que digan algunas compilaciones forales, puede llevarnos a suplir lo que el Código Civil no dice, máxime cuando sí contempla el supuesto para caso diferente, esto es, ante la inexistencia de testamento o por mejor decir designación en testamento; es por todo lo precedente por lo que la apelante en defensa de su tesis a favor de la exclusión hereditaria de la demandante acude a la voluntad del testador o por mejor decir a la interpretación de su voluntad al momento de otorgar testamento, en estado de casado con la demandante, y de divorciado al momento de su muerte, momento en que se abre la sucesión, interpretación que tiende a la averiguación de la verdadera voluntad del testador, lo que en sentido técnico jurídico supone actividad judicial dirigida a fijar la voluntad normativa del causante, lo que así cabe extraer del art.675 CC , así el TS en S. de 2-7-2009 recuerda que "la jurisprudencia de esta Sala declara que en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador ( SSTS de 1 de febrero de 1988 , 9 de octubre de 2003 , 19 de diciembre de 2006 ), y sigue añadiendo en orden a cómo indagar esa voluntad y señala que en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador, pero cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto ( SSTS de 9 de junio de 1962 , 23 septiembre 1971 , 18 de julio de 1991 , 18 de julio de 1998 , 23 de febrero de 2002 ), concretando la más reciente de de 5-5- 2011, que siendo la interpretación del testamento (así, sentencias de 31 de mayo de 2010 y 17 de junio de 2010 , entre otras muchas) la averiguación y comprensión del sentido y alcance de la voluntad del testador, interpretación que el artículo 675 del Código civil tan solo regula lacónicamente, la jurisprudencia lo ha desarrollado muy reiteradamente y en muchísimas sentencias (así, las de 18 de julio de 2005 , 19 de diciembre de 2006 , 20 de noviembre de 2007 , 14 de octubre de 2009 ) que destacan siempre que debe buscarse la voluntad real del testador y parten de tres ideas: la prevalencia de la interpretación literal, la interpretación subjetiva cuando aparezca que fue otra la voluntad real y, en caso de duda, la voluntad real, intención del testador. Por otra parte, la interpretación hecha por el Tribunal a quo prevalece salvo que se acredite su evidente error, o arbitrariedad , sentencia de 21 de enero de 2003 ; la antes citada de 19-12-2006 recoge que la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador - que es la manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del testamento (aparte de otras, SSTS de 29 de diciembre de 1997 y 23 de enero de 2001 )-, sin que el intérprete pueda verse constreñido por las declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser la de descubrir dicha intención, que prevalece sobre aquellas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria, según establece el artículo 675 del Código Civil y ha sido recogido por la doctrina jurisprudencial concerniente a este precepto (entre otras, SSTS de 9 de marzo de 1984 , 9 de junio de 1987 , 3 de noviembre de 1989 , 26 de abril de 1997 , 18 de julio de 1998 , 24 de mayo de 2002 , 21 de enero de 2003 , 18 de julio y 28 de septiembre de 2005 ). Y sigue señalando, entre los medios de interpretación testamentaria se encuentran primordialmente los siguientes: el elemento literal o gramatical, del que procede partir según el propio artículo 675 y, además, con la presunción de que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad ( STS de 18 de julio de 2005 ); los elementos sistemático, lógico y finalista, empleados de forma conjunta o combinada, sobre la base de la consideración del testamento como unidad ( STS de 31 de diciembre de 1992 ); los elementos de prueba extrínsecos, que son admitidos por las doctrinas científica y jurisprudencial (entre otras, SSTS de 29 de diciembre de 1997 , 18 de julio de 1998 , 24 de mayo de 2002 y 21 de enero de 2003 ), ya sean coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario.



A lo precedente añadimos que el contador partidor en el ejercicio de su función de llevar a la práctica las disposiciones del testamento está obligado a respetar la voluntad del testador, cumpliendo y ejecutando la correspondiente disposición testamentaria, debiendo interpretar con carácter previo el sentido y alcance de tales disposiciones con sujeción a las reglas legales establecidas en el citado artículo 675 Código Civil .

**SEGUNDO:** Desde las precedentes consideraciones descendemos al supuesto de autos y así se presenta incontrovertido que en fecha 20 de Enero de 1998 Don Benedito , que anteriormente estuvo casado, en primeras nupcias, con Doña Claudia , de la que se encontraba divorciado, y de cuyo matrimonio tiene dos hijos, los ahora apelantes, Doña Carmela y Don Erasmo , y a ese momento casado con Doña Pura , de cuyo matrimonio tiene una hija, codemandada allanada, Doña Herminia , otorga testamento e instituye heredera "a su esposa Doña Pura , en el tercio de libre disposición y además le reconoce la cuota legal usufructuaria"; en fecha 21 de Mayo de 2008 recae sentencia por la que se declara el divorcio del referido testador y su segunda esposa, y en fecha 17 de Enero de 2010 fallece el referido testador, sin mediar revocación expresa de dicha testamento; y por el designado contador partidor en fecha 12 de Julio de 2010 se otorga escritura de protocolización de operaciones particionales del referido testador, en el que se prescinde de Doña Pura , por estimar que su institución como heredera testamentaria lo fue en consideración de cónyuge del testador y que esa fuera su condición también a la muerte de éste; es ya de indicar y así expresamente se reconoce en el recurso, que no existe condición expresa a la institución de heredera que se realiza, siendo ya de adelantar como elemento interpretativo que si aquélla fuera la voluntad del testador debió recogerla de forma expresa, lo que no hace, sin que existe elemento indiciario alguno que a ese momento permita extraer fuera aquella circunstancia, esto es, que la instituida se mantuviera en estado de casada con el testador hasta su muerte, la determinante de su institución, pues aun cuando en la designación hace expresa remisión a "su esposa" Doña Pura , no cabe entender otra cosa que la expresión esposa se hace a efectos identificativos, como también se hace cuando se antepone la palabra "hijos" para designar a los otros herederos, sin que ello implique redundancia, ni como estimamos que con ello se quiera expresar que lo sea también a la muerte del testador; es de indicar que el divorcio antes referido se produce por mutuo consentimiento y acompañamiento de propuesto de convenio regulador, ratificado por ambos cónyuges, y en sentencia de divorcio aprobado, de modo y manera que se está en el caso de valorar a efectos interpretativos que al menos a ese momento el testador se hallaba con todas las facultados o en su cabal juicio, según expresión del art. 663 del Código Civil , para revocar aquella disposición testamentaria, presentándose racionalmente como el momento más oportuno, en su relación con el convenio, y si era voluntad la excluir a la designada después del divorcio haber revocado el testamento, para lo que bastaba cuando menos hallarse accidentalmente en su cabal juicio; se quiere centrar el debate en cuestiones que son ajenas al mantenimiento de la voluntad testamentaria o por mejor decir a circunstancias posteriores a la emisión de tal voluntad, tanto en cuanto a la affectio existente entre los ya ex cónyuges, cuanto en orden a la capacidad del testador para revocar su testamento, ya indicábamos cuál racionalmente se presentaba como momento o lapso temporal oportuno a tal efecto y como no se hace, siendo que la circunstancias posteriores, como elementos extrínsecos, se presentan contradictorias, en orden o con entidad suficiente para señalar que aquellas designación testamentaria lo fue con causa torpe, pues la designación pudo venir dada también en atención a las circunstancias particulares de la designada en sí misma o en relación con el testador además de las propias de su condición de cónyuge, sin que haya de pensarse que siempre el divorcio haya de producir situaciones "traumáticas" y no permite seguir manteniendo relaciones o sentimiento de afectividad, que permitan mantener la liberalidad expresada en testamento, como en cuanto a la capacidad para revocar el testamento, para lo que recordamos bastaba cuando menos hallarse accidentalmente en su cabal juicio y sin que en modo alguno quepa extraer de la resultancia probatoria ausencia constante de cabal juicio, de modo que estemos en el caso de entender que si el testamento no se revocó fue porque no se quiso hacer; desde todo lo precedente que estemos en el caso de desestimar el recurso en el particular que hemos tratado, coincidiendo con el Juzgador de instancia en la valoración que de la resultancia probatoria realiza, sin que las alegaciones vertidas en el recurso desvirtúen esa valoración, pues se hacen desde una lógica, pero interesada visión parcial, y cargada de subjetivismo y lo que es más importante de forma parcial, añadiendo a las consideraciones antes realizadas, que ninguna irregularidad se produce en la valoración que de la documental, remitida por Don. Agapito , propuesta precisamente por la parte ahora apelante, se realiza por el Juzgador de instancia, pues lo que hace es simplemente valorar el contenido de ese documento, no impugnado, siendo que las fechas a que se hace alusión en el recurso y como en el mismo se viene a reconocer obedecen a un mero error material que no desvirtúa el contenido.

**TERCERO:** Procede que entremos ahora en el conocimiento del recurso en cuanto se contrae a la desestimación de la demanda reconvenzional, a través de la cual se postula se declara que la plaza de garaje que se identifica era propiedad del antes testador y causante de la herencia a que se refiere el también antes indicado cuaderno particional y que ha de adicionarse a éste a los oportunos efectos, y se ampara bajo los siguientes hechos, que el contador partidor ya indica la solicitud de los demandados reconvinientes, a lo que se opone la realidad registral de dicha finca, que figura inscrita a nombre de la demandante reconvenida, no



obstante lo cual se defiende en la reconvencción que dicha finca, plaza de garaje, fue adquirida a medias por el referido y causante y la reconvenida, si bien sólo firmó notarialmente esta última, al no poder aquél acudir a la firma, el 17 de Diciembre de 1987, por impedimentos laborales, y desde la adquisición el uso y disfrute fue plenamente ejercido por él, que en plena consideración de dueño, y cuando se produjo la separación y con la misma fecha del Convenio (20 de Febrero de 2008) suscribieron un convenio por el que se indicaba que la referida plaza de garaje "en la que consta como único titular registral Doña Pura , pertenece por indiviso al 50% a ambas partes", defiriéndose una tasación y abono del 50% por el causante de los reconvinentes; siendo por todos conocido y así manifestado a sus hijos por el referido causante, señalando que de aquel documento de fecha 20 de Febrero de 2008 sólo conserva una copia que acompaña, tasada la referida efectuada unos días después; la demandante reconvenida formula oposición a la pretensión reconvenccional, aduciendo que adquirió la referida plaza de garaje en pleno dominio, en estado de soltera y que la abonó con parte del dinero que obtuvo por la venta de una vivienda, que señala, siendo incierto que el tantas veces referido causante, padre los reconvinentes, usara la plaza de garaje como condueño, siendo la realidad que éste y la reconvenida tenían dos vehículos y la utilizaban de forma alternativa y dependiendo de los planes de vuelo que tuviera la reconvenida, azafata de profesión, usándola aquél sólo en ausencia de ésta, siendo sí cierto que aquél la usó tras la separación, al abono en cuenta de las gatos de Comunidad la compensación por el uso; tachando de falso el documento que se dice otorgado 20 de Febrero de 2008, sin que en ninguna parte del convenio se haga referencia alguna a dicha plaza de garaje, reconociendo sí la existencia de la tasación que en reconvencción se indica, pero realizada a los efectos que mostraba el Sr. Erasmo de adquirirla ya que se iba a quedar a vivir en la calle en que se encontraba; la sentencia de instancia desestima la pretensión reconvenccional con cita del art. 38 de la Ley Hipotecaria y examen de la prueba practicada para tratar de desvirtuarla, sin entidad a tal efecto, con valoración también de la aportada por la reconvenida.

**CUARTO:** Desde lo precedente y en orden a la pretensión revocatoria de la desestimación de la pretensión reconvenccional, es de señalar que salvando la exigencia contenida en el art. 38 párrafo 2º de la Ley Hipotecaria en cuanto literalmente requiere que cualquier acción contradictoria del dominio vaya acompañada de la solicitud de cancelación del asiento registral contradictorio, por cuanto es constante y reiterada la jurisprudencia que, suavizando el alcance del artículo 38, párrafo 2º LH , permite que, aún no pidiéndose expresamente la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, se admita y estime la demanda, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se ponga en consonancia el Registro con lo declarado en la misma, SSTs de 4 de octubre de 2004 , de 23 de enero de 1989 , 26 de enero de 1989 , 24 de abril de 1989 , 18 de octubre de 1991 y 1 de diciembre de 1995 , entre otras, siendo ahora de señalar como el mismo art. 38 LH presume que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, presunción de legitimidad que los demandados reconvinentes no logran desvirtuar o destruir, pues aparece probado que la referida plaza de garaje es adquirida por la demandante reconvenida antes de contraer matrimonio con el causante, a título privativo, sin que conste en modo alguno que éste contribuyera en el precio de esa compraventa y como privativo aparece inscrito, desde ello y no resultando probado el acuerdo o convenio que en la reconvencción se indica de 20 de Enero de 2008, en orden a la referida plaza de garaje, sin que la contribución que el causante de los reconvinentes haya podido hacer en cuanto a gastos Comunidad, tenga incidencia directa en la propiedad de la misma y con fuerza para desvirtuar la presunción que deriva de la inscripción registral, como tampoco en nada incide la capacidad económica que pudiera aquél al tiempo de la adquisición por la demandante reconvenida; desde lo precedente que igualmente estemos en el caso de desestimar el recurso en cuanto se contrae a la desestimación de la pretensión reconvenccional.

**QUINTO:** Por la desestimación del recurso que a tenor de lo que prescribe el art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con su expresa remisión al art. 394, proceda expresa imposición de las costas del mismo derivadas a la parte apelante, al no estimar que el asunto en los términos en que ha sido traído a esta alzada presenta serias dudas de hecho o de derecho.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Carmela y Don Erasmo , contra la sentencia dictada con fecha 9 de Julio de 2012 en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de los de Madrid bajo el núm. 2184/2010, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, con expresa imposición de las costas de este recurso a la parte apelante.

Al notificar esta sentencia, dése cumplimiento a lo prevenido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .



Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de su razón y a los autos de que dimana, 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. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ