



Roj: **SAP M 13285/2018 - ECLI:ES:APM:2018:13285**

Id Cendoj: **28079370102018100395**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **29/10/2018**

Nº de Recurso: **707/2018**

Nº de Resolución: **481/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **AMALIA DE SANTISIMA TRINIDAD SANZ FRANCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 35, 05-07-2018,  
SAP M 13285/2018**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Décima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035

Tfno.: 914933917,914933918

37007740

**N.I.G.:** 28.079.42.2-2013/0052017

**Recurso de Apelación 707/2018**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 35 de Madrid

Autos de División Herencia 716/2013

**APELANTE:** D./Dña. Miguel Ángel y D./Dña. Gema

PROCURADOR D./Dña. JAVIER LORENTE ZURDO

**APELADO:** D./Dña. Amadeo

PROCURADOR D./Dña. SILVIA DE LA FUENTE BRAVO

**SENTENCIA nº 481/2018**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D./Dña. MARIA BEGOÑA PEREZ SANZ

D./Dña. M. DOLORES PLANES MORENO

D./Dña. AMALIA DE LA SANTISIMA TRINIDAD SANZ FRANCO

En Madrid, a veintinueve de octubre de dos mil dieciocho.

La Sección Décima 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 División Herencia 716/2013 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 35 de Madrid a instancia de D./Dña. Miguel Ángel y D./Dña. Gema apelantes - demandados, representados por el/la Procurador D./Dña. JAVIER LORENTE ZURDO y defendido por Letrado, contra D./Dña. Amadeo , apelado - demandante, representado por el/la Procurador D./Dña. SILVIA DE LA FUENTE BRAVO y defendido por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 05/07/2018.



Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente Dña. AMALIA DE LA SANTISIMA TRINIDAD SANZ FRANCO.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por Juzgado de 1ª Instancia nº 35 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 05/07/2018, cuyo fallo es el tenor siguiente: "QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la impugnación a las operaciones divisorias realizadas por el Procurador D. JAVIER LORENTE ZURDO, en nombre y representación de D. Miguel Ángel y Dª Gema , y DEBO CONFIRMAR Y CONFIRMO el cuaderno particional realizado por la Contador- Partidor Dª Gema ." .

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** Por providencia de esta Sección, de fecha 8 de octubre de 2018, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 23 de octubre de 2018.

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

### FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Por la representación de D. Amadeo , se interpuso demanda contra Dª Gema y D. Miguel Ángel , en calidad de herederos de Dª María Angeles y D. Hernan en la que se ejercita de acción de división de herencia y se solicita que se modifique la escritura de aceptación y adjudicación de los bienes de las herencias de los Sres. Miguel Ángel Gema otorgada en fecha 20 de noviembre de 1990 ante el Notario de Madrid D. Julián Marazuela Gonzalez, protocolo número 3.347, de forma que se le incluya como heredero forzoso y se le adjudiquen los bienes que le pertenecen por herencia de sus abuelos o su contravalor, con reducción de las adjudicaciones efectuadas en dicha escritura a los demás herederos. Y todo ello una vez sean inventariados y tasados todos los bienes y derechos que deban componer la herencia. En definitiva, se ordenen cuantas actuaciones sean necesarias para que el actor obtenga la parte de la herencia que le corresponde como legitimario y en concreto sobre las fincas sitas en la CALLE000 nº NUM000 de Cercedilla (Madrid) y CALLE001 nº NUM001 , piso NUM002 de Madrid, heredadas por sus tíos ahora demandados en virtud de los **testamentos** de los abuelos del actor en los que fue omitido, otorgando para ello cuantos documentos públicos y privados sean necesarios para la consecución de las adjudicaciones. Se declare el derecho del actor a percibir los frutos que hayan producido los bienes integrantes de la herencia en proporción a su legítima.

Seguidos los trámites legales, se presentó acuerdo particional en el que se han inventariado los bienes de la herencia. No se han tenido en cuenta los frutos y rentas de los bienes percibidos por los herederos, ni las mejoras hechas en los mismos, al no constar éstos. De conformidad con lo dispuesto en los arts, 841 y 842 del Código Civil, se concede a los legitimarios/legatarios la opción de pagar la cuota legitimaria mediante la entrega de la porción de bienes que corresponda o satisfacer en metálico la cuota legitimaria a D. Amadeo , concretamente, D. Miguel Ángel debería abonarle la suma de 42.055,65 euros y Dª Gema la suma de 38.433,63 euros. Sin perjuicio del derecho de cualquiera de los adjudicatarios a solicitar la venta de las fincas en subasta pública y con admisión de licitadores externos, conforme al art. 1.062 del Código Civil.

Formulada oposición a las operaciones particionales por ambas partes y celebrada la vista, en la que la Contadora-Partidora ratificó su cuaderno particional y dio las explicaciones oportunas a petición de las partes, quienes realizaron alegaciones y manteniendo la representación de D. Miguel Ángel y Dª Gema la impugnación al cuaderno particional. En fecha 5 de julio de 2017 se dictó sentencia por el Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 35 de Madrid en la que se desestima la impugnación y se confirma el cuaderno particional.

Se argumenta en la sentencia que no es controvertida la condición de legitimario del actor y que el mismo es acreedor de la legítima estricta de sus causantes por lo que, concurriendo con dos herederos más, le corresponde percibir una novena parte del caudal hereditario, constituido por los dos inmuebles anteriormente referidos. Centra la controversia en si era necesaria una nueva valoración de los bienes a la fecha de la partición o se debía estar a la valoración que se hizo de las fincas en el año 1990, conforme a la cual le correspondería percibir al actor la suma de 38.348,11 euros, muy inferior a la que se le adjudica en el cuaderno particional.



El Juez de instancia considera que debe estarse al contenido del mismo, atendiendo a las consideraciones realizadas en la vista por la Contadora- Partidora con firmeza, objetividad e imparcialidad, resuelve que el valor de los bienes debe ser a la fecha de la adjudicación y no a la fecha de la partición que se anula, al no haber sido efectuada por unanimidad de todos los que debieron ser parte en la misma, por ser herederos del causante. Únicamente modifica el cuaderno particional en pequeños errores de suma y porcentajes que ésta reconoce en la vista, refiriéndose expresamente a los gastos de tasación de 5.000 euros, que deben ser considerados gastos de la herencia y sufragarse por los herederos conforme a su porcentaje en la misma.

**SEGUNDO** .- Por la representación de D<sup>a</sup> Gema y D. Miguel Ángel se interpone recurso de apelación. En primer lugar, entraremos a conocer sobre la inadecuación el procedimiento, alegado como último motivo del recurso, ya que su estimación haría innecesario conocer el resto. Se pretende plantear una cuestión nueva ajena a la sentencia objeto de recurso, por cuanto en la misma no se entra a resolver dicha cuestión, porque nadie la planteó en sus respectivos escritos de oposición al cuaderno particional.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado esta Sala en numerosas sentencias, como la reciente de 8 de noviembre de 2017 , en el sentido de que la introducción en la alzada de una cuestión nueva, supone un desequilibrio en las partes que ven necesariamente mermado su derecho de defensa, consagrado constitucionalmente, y ya por este motivo debería ser desestimada tal alegación. En este sentido se ha pronunciado de forma reiterada el TS entre otras resoluciones en sentencia de 3 de abril de 2007 en la que recoge "Ha reiterado esta Sala en numerosas sentencias -entre otras de 5 de julio de 2005 y 16 de enero de 2006 - que toda cuestión nueva en apelación lo es también en casación, donde no cabe plantearlas al no tratarse de una nueva instancia del pleito, y por aplicación de los principios de defensa, audiencia bilateral y congruencia. Por tanto, no cabe plantear cuestiones que no fueron propuestas oportunamente al juzgador de instancia, en la medida que el objeto del pleito se configura con las alegaciones fácticas y jurídicas de las partes en los escritos expositivos, que fijarán concreta y definitivamente los puntos de hecho y de derecho objeto del debate..., cerrándose la posibilidad de introducir en el proceso otros medios de defensa, porque se han debido utilizar en su momento, conforme a los principios de eventualidad y preclusión".

**TERCERO** .- Se alega también incongruencia de la sentencia, porque la dictada en fecha 28 de febrero de 2012 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 41 de Madrid, que reconoció el derecho del demandante a la reducción de las adjudicaciones para obtener la legítima estricta, confirmada por la Audiencia Provincial, así como la propia demanda, solicitaron únicamente la modificación parcial de la escritura de adjudicación de herencia para añadir al heredero forzoso preterido con reducción de las adjudicaciones realizadas, sin que se declarara la nulidad de la escritura de partición, ni se realizara una nueva adjudicación hereditaria, sino una reducción de las ya efectuadas para preservar la legítima. Sin embargo, tanto la Contadora-Partidora como el Juez de Instancia anulan totalmente la partición realizada y realizan una nueva partición, con lo que se ha concedido al demandante más de lo pedido, a través de un procedimiento sumario que no lo permite.

Se ha pronunciado esta Sala sobre la incongruencia extra petita en reiteradas resoluciones, como la reciente de 22 de marzo de 2017, en la que indicamos "la sentencia de 7 de marzo de 2013 de la Sala Primera del TS apunta lo siguiente: "Como hemos recordado recientemente en la STC 95/ 2005, de 18 de abril (FJ 3), desde la STC 20/1982, de 5 de mayo , (FFJJ 1 a 3), este Tribunal ha venido definiendo el vicio de incongruencia, en una constante y consolidada jurisprudencia, como el desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso. Al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, el órgano judicial incurre, según hemos dicho de modo reiterado, en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita o extra petita partium, potencialmente reveladoras de la parcialidad del órgano judicial, que decide lo que nadie le pide, o de la indefensión de alguna de las partes, que se encuentra sorpresivamente con una decisión ajena al debate previo. Son muy numerosas las decisiones en las que este Tribunal ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 CE".

En el caso objeto del presente procedimiento, a tenor de lo doctrina jurisprudencial anteriormente referida, consideramos que existe incongruencia de la sentencia por haber dejado sin efecto la partición de fecha 20 de noviembre de 1990, lo que ha supuesto *de facto* su nulidad al haberse efectuado una nueva valoración y partición, cuando no había sido solicitada en el *petitum* de la demanda. En el mismo se solicita "que se modifique la escritura de aceptación y adjudicación de los bienes de las herencias de los Sres. Miguel Ángel Gema otorgada en fecha 20 de noviembre de 1990 ante el Notario de Madrid D. Julián Marazuela Gonzalez, protocolo número 3.347, de forma que se le incluya como heredero forzoso y se le adjudiquen los bienes que le pertenecen por herencia de sus abuelos o su contravalor, con reducción de las adjudicaciones efectuadas en dicha escritura a los demás herederos. Y todo ello una vez sean inventariados y tasados todos los bienes y derechos que deban componer la herencia. En definitiva, se ordenen cuantas actuaciones sean necesarias para



que el actor obtenga la parte de la herencia que le corresponde como legitimario y en concreto sobre las fincas sitas en la CALLE000 n° NUM000 de Cercedilla (Madrid) y CALLE001 n° NUM001 , piso NUM002 de Madrid, heredadas por sus tíos ahora demandados en virtud de los **testamentos** de los abuelos del actor en los que fue omitido, otorgando para ello cuantos documentos públicos y privados sean necesarios para la consecución de las adjudicaciones. Se declare el derecho del actor a percibir los frutos que hayan producido los bienes integrantes de la herencia en proporción a su legítima". En el suplico de la demanda se pide la modificación de la escritura de aceptación y adjudicación de los bienes de las herencias de los Sres. Gema Miguel Ángel otorgada en fecha 20 de noviembre de 1990, con la finalidad de incluir al actor como heredero forzoso. No se pide la nulidad sino la modificación de la escritura y que se le adjudiquen los bienes que le pertenecen por herencia de sus abuelos o su contravalor, con reducción de las adjudicaciones efectuadas en dicha escritura a los demás herederos. Se solicita la reducción de las adjudicaciones efectuadas en la escritura a los demás herederos, lo que va en consonancia con una modificación de la escritura de partición y adjudicación de bienes y no con que se declare la nulidad de la misma.

**CUARTO** .- El eje fundamental del recurso gira en torno a si procede la nulidad de la partición de la herencia de 20 de noviembre de 1990 y debe realizarse una nueva, con un nuevo avalúo de los bienes, como se recoge en el cuaderno particional o no, como se mantiene en el recurso, lo que influye en la correspondiente valoración, ya que el importe a percibir por el legitimario en este caso es muy superior.

Se argumenta por los recurrentes que en la sentencia de 28 de febrero de 2012 se dice en la fundamentación jurídica que la preterición intencional no provoca la nulidad de la institución de heredero y solo obliga a reducirla en la medida necesaria para respetar la legítima del heredero preterido, aplicando el art. 814-1 del Código Civil. En consonancia con lo manifestado en sus fundamentos jurídicos, en el fallo "se reconoce al actor el derecho a recibir la legítima corta o estricta que le corresponde a cargo de los bienes que integraron el caudal hereditario, debiendo pasar los demandados por las anteriores declaraciones, para lo cual habrá de reducirse la institución de heredero y, en su caso, las demás disposiciones testamentarias, en cuanto perjudiquen a aquella, operaciones que habrán de verificarse a través del procedimiento que legalmente corresponda". Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial por sentencia de 21 de junio de 2012. En la misma de forma rotunda se niega la nulidad de la institución de heredero y solo obliga a reducirla al objeto de respetar la legítima del heredero preterido, al considerar que es una preterición intencional y por aplicación del art. 814-1 del Código Civil.

La sentencia de 28 de febrero de 2012, que reconoce el derecho del legitimario, remite al procedimiento correspondiente con el objeto de realizar las operaciones necesarias para que se reduzca lo percibido por los demás herederos, con la finalidad de que perciba lo que le corresponde por legítima estricta, mediante la modificación parcial de la escritura de adjudicación de herencia para añadir al heredero forzoso preterido con reducción de las adjudicaciones realizadas, sin que se declarara la nulidad de la escritura de partición, ni se realizara una nueva adjudicación hereditaria, sino una reducción de las ya efectuadas para preservar la legítima. Sin embargo, tanto la Contadora-Partidora como el Juez de Instancia anulan totalmente la partición realizada y realizan una nueva partición. Tal y como se aduce en el recurso, en la sentencia recurrida no se ha tenido en cuenta el contenido del art. 1080 del Código Civil, que regula la partición hecha con preterición de un heredero y que es la cuestión central del recurso de apelación. No debiendo aplicarse el precepto que ha servido de base a la Contadora-Partidora, según manifestó en la vista, para sustentar la nueva partición efectuada, el art. 851 del Código, que regula la desheredación, cuando existe un precepto que regula expresamente la partición hecha con preterición de un heredero. También se ha obviado que la doctrina jurisprudencial acoge el principio del "favor partitionis". La STS de 31 de octubre de 1996 dice que "la jurisprudencia ha venido afirmando la necesidad de respetar el criterio de nuestro ordenamiento jurídico que resulta restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones, tanto contractuales como las judiciales, como se deduce de los artículos 1056, 1057, 1079 y 1080 del Código Civil, para evitar situaciones que se presentan más complejas y con dificultades de realización práctica, de volver al estado de indivisión hereditaria ( sentencias de 17-4-1943, 17-3 y 5-10-1995, 25-2-1969 y 15-6-1982)". En virtud del citado principio, el criterio que ha de presidir toda partición ha de tener como horizonte la conservación de la partición consistente en la necesidad de evitar por todos los medios posibles la nulidad, modificación o rescisión de las mismas debiendo apurar todos los recursos y soluciones para evitarlo ( Sentencias del Tribunal Supremo de 5 octubre de 1.955, 30 abril 1.958, 13 octubre 1.960, 25 febrero 1.969, 31 mayo 1.980, 15 junio de 1.982 y 17 enero de 1.985 y otras muchas).

Se menciona de forma reiterada en el recurso la inexistencia de mala fe en la actuación de los recurrentes, lo que impediría declarar la nulidad de la partición efectuada por éstos en el año 1990, porque el legitimario no ejercitó su acción para que se le reconociera como heredero hasta el año 2008, cuando tenía 42 años y siendo que había sido reconocido como hijo natural por D. Justiniano desde el año 1972 y así figuró hasta el año 2010, esto le impedía ser considerado heredero en el momento de efectuar la partición. No existiendo mala fe, no procede la nulidad de la misma, en aplicación del art. 1.080 del Código Civil. No podemos pronunciarnos



sobre esta cuestión, al no ser objeto del pleito, por cuanto, como se aduce en el propio recurso, tanto en la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 41 de Madrid de fecha 28 de febrero de 2012, que reconoció el derecho del demandante a la reducción de las adjudicaciones para obtener la legítima estricta, como en la propia demanda, pretendieron únicamente la modificación parcial de la escritura de adjudicación de herencia para añadir al heredero forzoso preterido con reducción de las adjudicaciones realizadas, sin que se haya solicitado la nulidad de la escritura de partición.

Sobre la falta de liquidación de posibles rentas ni de los gastos de conservación y mejora de los bienes, consta aportado a los autos documentos acreditativos de lo que D. Miguel Ángel ha abonado por gastos generales y obras a la Comunidad de Propietarios de la CALLE001 NUM001, por las sumas de 17.390,03 euros y 4.039.594 pts, pero no se han incluido en el cuaderno particional. Procede incluir dicho importes en la partición, ya que el art. 1.063 del Código Civil obliga a los herederos a 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. No así los frutos, renunciados por el legitimario, quien no ha renunciado a los intereses.

A tenor de lo expuesto, procede estimar la impugnación de las operaciones particionales presentada por la representación de Dª Gema y D. Miguel Ángel, declarando que no procede la aprobación del cuaderno particional, por cuanto los bienes que forman parte del caudal relicto no pueden ser objeto de una nueva valoración para determinar la cantidad a percibir por el actor, ya que hay que estar al valor dado en la escritura de partición hereditario de fecha 20 de noviembre de 1990, dado que la misma no ha sido declarada nula, incrementado con los intereses legales y teniendo en cuenta las rentas y gastos de conservación y mejora de los bienes, excepto los frutos renunciados por el legitimario.

**QUINTO**.- En aplicación de lo dispuesto en los arts. 394-1 y 398-1 de la LEC, no se hace especial imposición de las costas procesales de primera instancia ni de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

## FALLO

Con estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de Dª Gema y D. Miguel Ángel frente a la sentencia dictada en fecha 5 de julio de 2017 por el Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 35 de Madrid en los autos a que el presente Rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la resolución indicada en el sentido de estimar la impugnación de las operaciones particionales y declarar que no procede la aprobación del acuerdo particional, debiendo realizarse uno nuevo teniendo en cuenta las valoraciones efectuadas en la partición en escritura de fecha 20 de noviembre de 1990, más los intereses legales y teniendo en cuenta las rentas y gastos de conservación y mejora de los bienes, excepto los frutos renunciados por el legitimario. No se hace especial imposición de las costas procesales de primera instancia ni de esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

**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, con el número de cuenta 2577- 0000-00-0707-18, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala nº 707/2018, 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