

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Duodécima

C/ Santiago de Compostela, 100, Planta 3 - 28035

Tfno.: 914933837

37007740

N.I.G.: 28.148.00.2-2015/0011804

Recurso de Apelación 322/2019

**O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz
Autos de Procedimiento Ordinario 1902/2015**

DEMANDANTE/APELANTE/APELADO: Dª MARIA

PROCURADOR: D. MARIANO DE LA CUESTA HERNÁNDEZ

DEMANDADO/APELANTE/APELANTE: Dª LUISA

PROCURADOR: Dª HELENA FERNÁNDEZ CASTÁN

PONENTE ILMA. SRA. Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

SENTENCIA Nº 374

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

En Madrid, a trece de septiembre de dos mil diecinueve.

La Sección Duodécima 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 de Procedimiento Ordinario 1902/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz, a los que ha correspondido el rollo 322/2019, en los que aparece como parte demandante-apelante y apelada Dª MARÍA, representada por el Procurador D. MARIANO DE LA CUESTA HERNÁNDEZ, y como demandada-apelante y apelada Dª LUISA, representada por la Procuradora Dª HELENA FERNÁNDEZ CASTÁN.

VISTO, siendo Magistrada Ponente **D^a ANA MARÍA OLALLA CAMARERO**

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz se dictó Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018, cuyo fallo es del tenor siguiente: “Estimó parcialmente la demanda interpuesta por Doña María representada por el Procurador Don Mariano de la Cuesta Hernández y defendida por el letrado Don Eduardo Rodríguez de Brujón y Fernández contra Doña Luisa representada por la procuradora Doña Helena Fernández Castan y defendida por el letrado Don Carlos Javier Sánchez Seco Vivar y en consecuencia debo declarar y declaro la nulidad parcial de la escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia de fecha 21 de enero de 2014 y por colación de Doña Luisa importe de 55.000 euros se impute a Doña María la cuantía de veintisiete mil quinientos euros (27.500 euros, todo ello, sin hacer expresa imposición de costas procesales a ninguna de las litigantes.”

Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de D^a MARÍA y de D^a LUISA se interpuso recurso de apelación alegando cuanto estimaron oportuno. Admitidos los recursos y dado traslado de los mismos, se opuso cada parte al presentado de contrario, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, ante la que han comparecido los litigantes, sustanciándose el procedimiento por sus trámites legales y señalándose para la deliberación, votación y fallo del mismo el día 11 de septiembre de 2019, que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan íntegramente y se dan por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Por la representación de D^a M^a, se ejercita acción con carácter principal contra D^a Luisa, impugnando la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de fecha 21/1/14 para que se adicione a la misma la suma de 79.450€, correspondiente a la cantidad apropiada unilateralmente por la demandada de cuentas de la causante D^a, imputando a su representada, como heredera universal la suma de 39.725€. Subsidiariamente, insta que se traiga a colación la suma de 79.450€, detraída del caudal hereditario de la causante declarando nula de aceptación y adjudicación de herencia de fecha 21/1/14, efectuándose nueva escritura con la cuantía detraída. Subsidiariamente plantea acción de reclamación de cantidad de 39.725€, por enriquecimiento injusto. En ambas acciones planteadas subsidiariamente pretende la imputación a su representada, como heredera universal la suma de 39.725€.

Habiéndose dictado sentencia que estima en parte la demanda, declarando la nulidad parcial de la escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia de fecha 21/1/14, y siendo colacionable la suma de D^a Luisa, por importe de 55.000€, se impute a D^a M^a, la cuantía de 27.500€.

Interponen recurso de apelación D^a Luisa y D^a M^a.

TERCERO.- D^a Luisa, interpone recurso de apelación denunciando en primer lugar la vulneración del principio de justicia rogada, puesto que en la sentencia de Primera Instancia se declara la nulidad parcial de la escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia de fecha 21/1/14, cuestión no suscitada en la demanda.

Ante tal alegato debemos con carácter previo advertir al apelante, que en el suplico de la demanda en el petitum segundo planteado con carácter subsidiario, se insta que se traiga a colación la suma de 79.450€, detraída del caudal hereditario de la causante declarando nula de aceptación y adjudicación de herencia de fecha 21/1/14, efectuándose nueva escritura con la cuantía detraída.

En base a tal suplico de la demanda interpuesta, la estimación parcial de la demanda por el Juzgador de Instancia, no solo es correcta sino impecable, en base a que solo reconoce como colacionable parte de la suma reclamada, e igualmente solo acoge la nulidad parcial de la escritura en base al principio de conservar la partición, en todo lo no afectado por la causa de nulidad, en este caso la errónea consignación de los bienes objeto de la herencia.

En consecuencia no apreciamos que exista vulneración del principio de justicia rogada, pues el fallo decisorio se atiene, cuan cuando sea parcialmente, a la pretensión ejercida con carácter subsidiario.

CUARTO.- En su recurso de apelación D^a Luisa, sostiene que la demanda está mal planteada puesto que en su caso lo que debió instarse es la adición de herencia en base al art. 1079 del CC.

No compartimos el criterio del recurrente, el precepto citado contempla la posibilidad de completar o adicionar la partición en el supuesto de omisión de algún valor de la herencia, sin que de lugar a la rescisión, pero también es posible la nulidad en cuanto negocio jurídico que puede venir afectado por ausencia o ilicitud de causa, o falta de consentimiento, como sucede si concurre error sustancial manifiesto, que ocasiona un vicio respecto de la voluntad de la testadora, como así lo recoge el TS en sentencia de 4/2/94. Y debe tenerse en cuenta que son distintas las acciones por rescisión y de nulidad, como la planteada en el presente caso.

En consecuencia la acción ejercitada está correctamente formulada por la demandante y no apreciamos el mal planteamiento denunciado, simplemente entre sus opciones legales, el actor ha ejercitado la de nulidad, y esta es viable, y por ello su ejercicio en la presente Litis es adecuado, así como las consecuencias de nulidad parcial, resueltas en la sentencia apelada. Rechazándose por ello el motivo de apelación.

QUINTO.- Ambas recurrentes D^a Luisa y D^a M^a, denuncian el error en la apreciación de la prueba, y vamos a comenzar por analizar los motivos de la apelante D^a M^a.

SEXTO.- En el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a M^a, se argumenta la errónea valoración de la prueba en su titularidad dominical exclusiva sobre la suma de 55.000€, por lo que no resultaría colacionable.

Razona la apelante que el fondo de inversión, del que procede la citada suma, el nº 0049468460802000222, en el que se depositó inicialmente la cuantía de 115.577,49€ figuraba a nombre de ella, D^a Luisa y de su madre D^a por lo que pertenecían por mitad a ambas titulares, y así se procede a su reparto procediendo la actual recurrente al ingreso de 55.000€ en su cuenta en fecha 14/1/08, mientras que invierten los restantes 60.577,49€ por la causante en un producto de ahorro a plazo el 6/10/08.

La apelante cita como prueba de su alegato los oficios de 19/1/17, 9/7/18 y 4/4/17.

De los referidos oficios el ultimo solo indica la titularidad de la cuenta en la que se traspasó la suma de 55.000€, desde la cuenta de la que era titular la causante a la de la demandada, cuestión que no es objeto de debate.

De los restantes documentos, deben tenerse en cuenta por su extenso estudio el oficio remitido por CAIXABANK en fecha 4/4/17, indica claramente que el producto de Constitución Ahorro a plazo por importe de D^a M^a, fue constituido únicamente por D^a Agustina como titular figurando solo D^a M^a Luisa como FIRMA RECONOCIDA, folio 216. En este sentido el oficio remitido por la misma entidad en fecha 29/8/17, informa que el contrato ahorro fue constituido desde una cuenta de origen de la que solo figura como titular D^a, folio 289.

Ello frente al escueto primer oficio, que confusamente indicaba que era titularidad también de la demandada, pero que resulta claramente aclarado y completado por las informaciones de los oficios posteriores, que precisan el origen y condición de la titularidad del contrato ahorro y de las cuentas, confirmando como hemos reseñado la exclusiva titularidad del producto de D^a del que dimana la reclamación.

Es más ante la posible duda la recurrente no ha demostrado, la procedencia de su propio peculio de la sumas objeto del contrato ahorro, facilidad y disponibilidad probatoria,

que ante su ausencia solo pueden ir en su contra, ante la falta de adveración de la aludida cotitularidad del referido fondo de inversión.

Por lo cual coincidimos con la valoración de la prueba por la Juzgadora de Primera Instancia, siendo evidente la titularidad exclusiva de D^a del producto ahorro, que ahora cuestiona la recurrente, desestimando el ultimo motivo de su recurso.

SÉPTIMO.- Por la representación de D^a M^a, se denuncia como error en la valoración de la prueba, la falta de pronunciamiento en la sentencia de instancia sobre la imputación por colación de D^a Luisa, a D^a M^a, del importe de los intereses que ha devengado la imposición a plazo fijo de 115.577,49€, de la que era titular D^a Agustina madre de las litigantes.

Efectivamente la resolución no se pronuncia sobre este aspecto, pero detectado por la apelante que en la sentencia dictada no existía pronunciamiento sobre las mismas, debió en dicho momento y en dicha instancia en su caso instar el complemento de dicha resolución sobre dichas cuestiones.

Debemos recordar lo dispuesto en el Art. 459 de la LEC, precepto que exige que el apelante en su recurso de apelación además de citar las normas que considera infringidas, deba acreditar que denunció oportunamente la infracción si hubiere tenido la oportunidad procesal para ello. Y en el presente caso el recurrente ha dejado precluir esta oportunidad de denuncia de la omisión sufrida en la resolución objeto del recurso a través de la vía del Art. 215 de la LEC, para subsanación y complemento de sentencias y autos. Al no hacer uso el recurrente de la vía de la resolución complementaria para cubrir tal pronunciamiento omitido, infringe su deber de prueba del agotamiento de los cauces procesales previos, para la denuncia de tal defecto u omisión, que no puede ser objeto en consecuencia de recurso en esta alzada.

Por lo que en el presente caso, de acuerdo con lo razonado, no es admisible, sin haber agotado previamente la vía prevista en el art. 215.2 LEC, denunciar directamente y «ex novo» en el recurso de apelación la omisión de pronunciamiento respecto de pretensiones deducidas o la falta de resolución de los puntos litigiosos.

La omisión de este trámite preceptivo y previo da lugar, pues, por sí solo a la desestimación de dicho motivo del recurso interpuesto.

Por lo cual al no considerar que la sentencia haya incurrido en las omisiones trascendentales que se acusan, este motivo de impugnación se rechaza.

OCTAVO.- Finalmente por la representación de D^a M^a se interpone recurso igualmente por falta de pronunciamiento en la sentencia dictada sobre la imputación por colación de D^a. Luisa, a D^a M^a, del importe de la cuenta corriente abierta en el Banco Caixabank nº 21003784 38 0300149819 ascendente a 12.000€, con los intereses de demora devengados.

Sin embargo, revisada la sentencia consta el pronunciamiento que se denuncia como omitido en el Fundamento Tercero en los párrafos segundo, tercero y cuarto, por lo cual no tiene cabida tal argumentación del recurrente. Podrá disentir del razonamiento, pero no sostener su ausencia, y el fundamento del rechazo es claro, y debe ser mantenido desde la premisa de la falta de prueba de que la causante padeciera incapacidad alguna para regir su persona y sus actos, así como de la justificación de los movimientos correspondientes a pagos de residencia y otros conceptos obrantes en la libreta, por la libre decisión de D^a Agustina que no pueden ser cuestionados.

NOVENO.- La desestimación de los recursos interpuestos por D^a Luisa y D^a M^a, conlleva la confirmación de la sentencia a que los recursos se contraen, con adecuada respuesta a lo que es objeto de controversia.

DÉCIMO.- Las costas procesales han de ser impuestas a las recurrentes vencidas, D^a Luisa y D^a M^a, en aplicación de los artículos 398.1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de sus respectivos recursos.

UNDÉCIMO.- En materia de recursos, conforme a las disposiciones de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Ley 37/2011, de 10 de octubre se informará que cabe el recurso de casación, siempre que aquél se apoye inexcusablemente en el motivo

definido en el artículo 477.2.3º. Sólo si se interpone el recurso de casación podría a su vez interponerse el de infracción procesal (Disposición Final 16ª).

Vistos los preceptos legales citados y demás generales de pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de Dª MARÍA y de Dª LUISA, contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz, en autos de Procedimiento Ordinario nº 1902/2015, y en consecuencia procede:

1.º CONFIRMAR íntegramente la expresada resolución.

2.º IMPONER a las recurrentes vencidas Dª Luisa y Dª Mª, las costas ocasionadas en la sustanciación en esta alzada de sus respectivos recursos.

La desestimación de los recursos determina la pérdida de los depósitos constituidos, 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.

Contra esta sentencia cabe interponer, en las condiciones expuestas en el último fundamento de derecho de la presente resolución, recurso de casación y, en su caso, de infracción procesal, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto Legal, 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 2579-0000-00-0322-19, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Una vez firme la presente resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, con testimonio de la misma, para su conocimiento y efectos.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.