



Roj: **SAP O 3459/2023 - ECLI:ES:APO:2023:3459**

Id Cendoj: **33044370062023100516**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **06/10/2023**

Nº de Recurso: **290/2023**

Nº de Resolución: **517/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JAIME RIAZA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00517/2023

Modelo: N10250

CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

Teléfono: 985968755 **Fax:** 985968757

Correo electrónico:

N.I.G. 33004 41 1 2021 0005260

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000290 /2023

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de AVILES

Procedimiento de origen: DIH DIVISION HERENCIA 0000784 /2021

Recurrente: Remedios , Marina , Luis Antonio

Procurador: ROMAN GUTIERREZ ALONSO, ROMAN GUTIERREZ ALONSO , ROMAN GUTIERREZ ALONSO

Abogado: MARIA CARMEN NOVAS CAAMAÑO, MARIA CARMEN NOVAS CAAMAÑO , MARIA CARMEN NOVAS CAAMAÑO

Recurrido: Bernardino

Procurador: AMAYA REDONDO ARRIETA

Abogado: MANUEL GÓMEZ MENDOZA

RECURSO DE APELACION (LECN) 290/23

En OVIEDO, a seis de Octubre de dos mil veintitrés. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Sres. D. Jaime Ríaza García, Presidente, D^a Marta M^a Gutiérrez García y D. Antonio Lorenzo Álvarez, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el Rollo de apelación núm. 290/23, dimanante de los autos de juicio civil División de herencias, que con el número 784/21 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N^o 1 de Avilés, siendo apelante **DOÑA Remedios , DOÑA Marina y DON Luis Antonio** demandados en primera instancia, representados por el Procurador Sr. ROMAN GUTIERREZ ALONSO y asistidos por el Letrada Sra. MARIA CARMEN NOVAS CAAMAÑA; como parte apelada **DON Bernardino** , demandante en primera instancia, representado por el Procuradora Sra. AMAYA REDONDO ARRIETA y asistido por el Letrado Sr. MANUEL GÓMEZ MENDOZA; ha sido Ponente **el Ilmo. Sr. Presidente Don Jaime Ríaza García**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Avilés dictó Sentencia en fecha 24.03.23, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que estimando parcialmente la impugnación del cuaderno particional que ha sido formulada, DEBO ACORDAR Y ACUERDO la reforma de las operaciones particionales, debiendo proceder el contador-partidor a incluir un crédito a favor de Marina , pero tan solo por importe equivalente a los abonos de derramas, arreglos, seguro y gastos de comunidad generados, desde el año 2013, respecto del piso de la CALLE000 , y, en consecuencia, a realizar los ajustes necesarios en la formación de las hijuelas de los herederos.

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

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandados, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 31.10.23.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó en parte la oposición del primogénito al cuaderno particional excluyendo del pasivo de las herencias paterna y materna el crédito invocado por Dña. Marina por las derramas, arreglos, seguro y gastos de comunidad devengados desde el año 2013 por el piso de la CALLE001 nº NUM000 en la ciudad de Avilés, que aquella había abonado con su propio peculio, por reputar que esos desembolsos debían entenderse compensados con el uso y disfrute exclusivo de dicha vivienda durante ese mismo periodo.

Interponen recurso conjuntamente los otros tres hermanos invocando la infracción del artículo 218 de la LEC por cuanto la sentencia excluía del pasivo de la comunidad hereditaria un crédito que era pacífico, en base a una excepción de compensación por el uso compartido de la vivienda que sin embargo no había sido alegada por el opositor en tanto que lo suplicado por este último había sido que se reconociera a la comunidad postganancial un crédito contra Dña. Marina por importe de 54.000 € en que cifraba el beneficio resultante del disfrute a título gratuito de dicho inmueble desde el año 2013 hasta la liquidación.

En segundo término alegan que la sentencia aplica indebidamente el artículo 1.063, en relación con el 453, ambos del Código Civil porque el crédito del resto de los herederos se circunscribe a los frutos efectivamente percibidos por uno de ellos y no a los beneficios de que idealmente hubieran podido obtenerse de los bienes de la herencia poseídos por este último.

Importa destacar en primer término que el conflicto jurídico de intereses entre tutora y tutelada impedía que aquella representara a este en este procedimiento de división de la herencia, y en segundo lugar que el artículo 448 de la LEC solo reconoce el derecho a recurrir a aquellos a quienes la resolución judicial afecte desfavorablemente; es así que la reducción aplicada en la instancia al crédito de Dña. Marina contra la herencia únicamente perjudica a esta última, de modo que los demás herederos deberían haberse personado en el recurso en calidad de apelados, al igual que lo hizo su hermano don Bernardino .

Ello no obstante, tampoco tendría sentido declarar ahora la nulidad de lo actuado para proveer a la defensa judicial del derecho de Dña. Remedios porque es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional contenida en la STC 52/998, que cita las sentencias del mismo Tribunal 1/96, 167/88, 212/90, 87/92 y 94/92, que no toda irregularidad u omisión procesal causa por sí misma la nulidad de actuaciones, ya que, como indica la STC 217/98, el dato esencial es que tal irregularidad procesal haya supuesto una efectiva indefensión material, y por lo tanto, trascendente de cara a la resolución del pleito; pues bien en el caso de autos la cuestión fáctica es pacífica y la controversia puramente jurídica suscitada por el primogénito beneficiaría por igual al resto de los herederos; por ello el asunto puede ser zanjado sin más dilaciones y continuaremos con el enjuiciamiento del mismo, si bien precisando que únicamente se tendrá por interpuesto el recurso por la litigante afectada desfavorablemente por la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Sentado lo que antecede, comenzaremos recordando que la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes, oportunamente deducidos, y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (sentencias 548/2020, de 22 de octubre; 87/2021, de 17 de febrero; 562/2021, de 26 de julio; 611/2021, de 20 de septiembre; 751/2021, de 2 de noviembre; 202/2022, de 14 de marzo; 364/2022, de 4 de mayo, y 509/2022, de 28 de junio, entre otras muchas).



En consecuencia, una sentencia es incongruente si concede más de lo pedido por las partes (ultra petita); se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (extra petita); se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (citra petita), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida; por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (infra petitem), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte (sentencias 604/2019, de 12 de noviembre; 31/2020, de 21 de enero; 267/2020, de 9 de junio; 526/2020, de 14 de octubre; 37/2021, de 1 de febrero; 751/2021, de 2 de noviembre; 202/2022, de 14 de marzo; y 364/2022, de 4 de mayo, entre otras muchas).

Desde esta perspectiva diremos que la sentencia no niega el crédito que se atribuye doña Marina por lo satisfecho en nombre y a beneficio del resto de los coherederos, antes bien parte de esa premisa; sucede que la sentencia reconoce a estos últimos un crédito por el uso y disfrute exclusivo del bien común y, establecida esa segunda premisa, compensa uno y otro en la proporción correspondiente; por tanto descartamos que aquella resolución haya incurrido en el vicio de incongruencia que le imputan los apelantes y abordaremos sin más dilación la infracción de los preceptos sustantivos en que se sustenta el recurso.

TERCERO.- Es doctrina consolidada desde la ya vetusta sentencia de 9 de junio de 1928, luego reiterada en las de 28 de mayo de 1931, 12 de abril de 1944, 6 de mayo de 1.978, 30 de septiembre de 1994 que el derecho que el artículo 1.063 concede a los coherederos comprende los frutos y rentas efectivamente producidos por los bienes hereditarios, pero no los rendimientos meramente potenciales, por no hallarse estos últimos incluidos en dicho precepto y ser principio general de Derecho, el que dice que: Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tenit.

En esa misma línea interpretativa cabe añadir que, si bien todos los coherederos podrían servirse de los bienes de la herencia en los términos indicados en el artículo 394 del mismo texto legal, la tenencia y disfrute exclusivo, de uno o varios bienes hereditarios, por uno solo de los sucesores, se hace, en lo que concierne al resto de los llamados a la sucesión, a título de precario; es decir, el coheredero es un poseedor legítimo y de buena fe, de modo que esta solo muda en posesión viciosa desde el momento en que continúa en dicha tenencia exclusiva y excluyente contra la voluntad expresa del resto.

Dice al respecto la doctrina que si uno de los partícipes en la comunidad "viene usando más que los demás, aunque tal uso fuera incompatible con el de los otros, eso por sí solo no lo convierte en un uso sin causa, sin justificación e ilícito, de modo que pueda dar lugar a una acción de enriquecimiento o de resarcimiento del daño. Para ello parece necesario infringir una reglamentación específica del uso, o un requerimiento -caso de no existir aquella- del comunero lesionado por uso incompatible con su derecho". Afirmación, la transcrita, que claramente se desprende tanto de la repetida Sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1996, como de las posteriores 416/1996, de 20 de mayo (Rec. 3398/1992), 975/2004, de 20 octubre (Rec. 2712/1998) y 1234/2007, de 28 de noviembre (Rec. 3613/2000).

En definitiva, cuando el uso solidario de la vivienda común sea imposible o simplemente desaconsejable por plantear problemas graves de convivencia y uno de los partícipes haya solicitado la ocupación por turnos sucesivos o que se arbitren otras fórmulas que concilien el interés común de todos ellos, la resistencia de quien hacía un uso exclusivo y excluyente le convertirá en poseedor de mala fe que, con arreglo al artículo 455 del Código civil, debe abonar los frutos percibidos y también los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, de manera que el coheredero no responde frente al resto de los sucesores por los frutos y rentas que hubieran podido producir los bienes hereditarios en cuya posesión estuviere hasta que los demás sucesores pidan que cese en el uso exclusivo y excluyente reclamando su derecho a servirse también de dichos bienes y, si el uso conjunto o promiscuo fuera material o jurídicamente inadmisibles, en la forma que todos hubieren convenido mayoritariamente, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 398 del Código.

En el supuesto que nos ocupa es pacífico que el piso en cuestión había sido el domicilio de los causantes de los litigantes y que, a su muerte, continuaron residiendo en él la heredera incapacitada judicialmente y su hermana y tutora, sin que el primogénito hubiera protestado o discutido ese uso compartido hasta el mismo momento de la formación del inventario.

Es por ello que el primogénito no podía reclamar de aquellas que abonaran a la comunidad hereditaria la renta que hipotéticamente podría haberse obtenido hasta entonces de haber alquilado el piso a tercero; y menos aún hacerlo en exclusiva frente a Dña. Marina, obviando que había residido en dicho inmueble junto con su otra hermana.

CUARTO.- En lo demás cabe señalar que los gastos ordinarios y extraordinarios del régimen de propiedad horizontal, son carga de la comunidad hereditaria, abstracción hecha de quien sea el ocupante del piso, pues así lo declaran las sentencias del TS de 13 de septiembre de 2021 y de 29 de marzo de 2022, de modo que



yerra la sentencia de instancia cuando reduce el crédito de quien los abonó a los devengados por el segundo inmueble.

Tampoco se ha discutido que la reforma o rehabilitación de la primera vivienda ha sido útil a todos, en la medida que ha incrementado el valor del bien común, y desde luego no consta que se trate de gastos de puro lujo o mero recreo que serían los únicos que debería sufragar individualmente quien los abonó, de manera que por todas esas razones se estima el recurso.

QUINTO.- De conformidad con los artículos 394 y 398 de la L.E.C., se imponen al opositor las costas devengadas en la primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento sobre las causadas con el recurso.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por **DÑA. Marina** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Avilés en los autos de que este rollo dimana revocamos dicha resolución y desestimando la oposición deducida por **D. Bernardino** confirmamos en sus mismos términos el cuaderno particional obrante en autos imponiendo a **D. Bernardino** las costas de la primera instancia y sin hacer especial pronunciamiento sobre las causadas con el recurso; devuélvase a la apelante el depósito constituido para recurrir.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso de casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

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