



Roj: **STS 515/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:515**

Id Cendoj: **28079110012019100101**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2019**

Nº de Recurso: **1036/2016**

Nº de Resolución: **116/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 17684/2015,**  
**STS 515/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 116/2019**

Fecha de sentencia: 21/02/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1036/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1036/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 116/2019**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. **Francisco Javier Orduña Moreno**

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 21 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 410/2015 por la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1341/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador D. Marcos Juan Calleja García en nombre y representación de D. Luciano, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Marcos Juan Calleja García en calidad de recurrente y la procuradora D.ª Paloma Vallés Tormo en nombre y representación de D.ª Adelaida, en calidad de recurrida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- La procuradora doña Teresa Puente Méndez en nombre y representación de D.ª Adelaida, interpuso demanda de juicio ordinario, contra D. Luciano, bajo la dirección letrada de D.ª Alejandra Pizarro Nogués y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"en la que se declare que, siendo mi mandante heredera abintestato de D. Jesús Ángel y representado, por tanto, a este en la herencia de D. Luciano el pago del valor de sus haberes hereditarios, es decir 60.020,81 €, la mitad de lo que este heredó íntegramente de su padre, y 46.579,50 €, la mitad de lo que este heredó íntegramente de su abuelo, incrementadas ambas cantidades con los intereses legales devengados desde los fallecimientos 49.584,45 € y 14.731,25 €, respectivamente, condenando, por tanto, al demandado, al pago a la demandante de la cantidad total de ciento setenta mil novecientos quince con noventa y un euros, (170.915,91 €) más los intereses legales de dicha suma desde la interposición de la presente demanda, con expresa imposición de costos al demandado".

**SEGUNDO** .- El procurador don Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de D. Luciano, contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D.ª Adelaida y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

"A) Se desestime íntegramente la -demanda, por -falta de legitimación en la actora para la pretensión ejercitada, con expresa condena en costas a la actora.

"B) Se desestime íntegramente demanda por ser la pretensión dineraria ejercitada en fraude de ley, una vez que la filiación ni siquiera inscrita en el Registro Civil esta enteramente puesta al servicio de despojar al único heredero sin tacha, del contenido de su herencia, con expresa condena en costas a la actora.

"C) Con carácter subsidiario:

"Que se desestime la petición de reclamación de cantidad derivada de la acción de petición de herencia que tiene su causa en los bienes adquiridos por herencia directa de D. Jesús Ángel, por estar ganada legítimamente la prescripción adquisitiva.

"Subsidiariamente de no considerarse legítimamente ganada la prescripción adquisitiva, habrá que estar a cuanto se indica en el hecho cuarto letra a) de esta contestación.

"Con relación a la petición de reclamación de cantidad derivada de las participaciones de las fincas registrales sitas en la CALLE001 de Madrid, deberá entregársele a la actora una cantidad equivalente al cincuenta por cien del precio percibido por D. Luciano, con los rendimientos bancarios generados desde su percepción, una vez deducidos los gastos, tributos y deudas soportadas.

"Con relación a la petición de reclamación de cantidad derivada de las participaciones de las fincas registrales sitas en la CALLE000 de Madrid de Madrid, se reputa la misma improcedente al no estar convertidas en metálico, debiendo la actora reembolsar los gastos soportados por dicha titularidad en su respectiva proporción.

"D) Sin costas".

**TERCERO** .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Madrid, dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:



"Que estimando parcialmente la demanda formulada por D.<sup>a</sup> Adelaida representada por el procurador de los Tribunales D.<sup>a</sup> Teresa Puente Méndez y dirigidos por el letrado D.<sup>a</sup> Alejandra Pizarro Nogués, contra D. Luciano , representado por el procurador D. Marcos Juan Calleja García y asistido del letrado D.<sup>a</sup> María Inmaculada Paches Mateo, debo condenar y condeno a la parte demandada al pago de 77.636 euros de principal, (esto es, 31.056,50 euros más 46.579,50 euros), declarando el derecho de la actora a la titularidad de la mitad de las cuotas hereditarias que constan reconocidas a D. Luciano en relación con la vivienda sita en la CALLE000 de Madrid y debiendo la actora, participar, como heredera, en todos los gastos que correspondan a dicho bien en la proporción hereditaria asignada, y todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento a ninguna de las partes".

**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Adelaida , la Sección 9.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Luciano y la impugnación sucesiva formulada por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Adelaida , se revoca parcialmente la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Madrid el 24 de octubre de 2014 , condenando a D. Luciano a que abone a la actora la cantidad de 119.918,16 €, e intereses de mora procesal desde la fecha de primera instancia. Todo ello sin que proceda hacer expresa imposición de las costas ni del recurso de apelación ni de la impugnación sucesiva, con devolución al recurrente del depósito constituido de conformidad con el punto 8.º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Por auto de fecha 10 de febrero de 2016, se aclaró la sentencia, cuya parte dispositiva dice:

"La Sala Acuerda: Rectificar los errores materiales y aritméticos de la sentencia recaída en la presente apelación de fecha 16 de diciembre de 2015 debiendo fijarse en CIENTO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y UN EUROS CON CUARENTA Y CINCO CÉNTIMOS (100.941,45) el importe de la cantidad a abonar por D. Luciano a D.<sup>a</sup> Adelaida ; sin que proceda hacer el resto de las aclaraciones o rectificaciones solicitadas".

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, argumentando el recurso extraordinario con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Art. 469.1 ordinal 2.º de la LEC , la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y, en concreto, del art. 218.2 de la citada ley . Segundo.- Art. 469.1 ordinal 4.º de la LEC para corrección de error patente e interdicción de la arbitrariedad. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Art. 477.2 ordinal 3.º de la LEC , por infracción de los arts. 1957 CC y jurisprudencia del Tribunal Supremo y art. 1958 CC éste por indebida aplicación al atribuir la condición de poseedora ausente a hija extramatrimonial, heredera declarada notarialmente 16 años después del fallecimiento. Segundo.- Art. 477.2 ordinal 3.º de la LEC , por infracción de los arts. 1957 y 1958 CC a la hora de fijar el fundamento 11.º erróneamente tanto el *dies a quo* del plazo necesario para la prescripción adquisitiva en favor de quien fue, por otra parte, heredero único, en relación al tenor y la jurisprudencia que reconoce el efecto retroactivo de la aceptación hereditaria conforme a los arts. 440 , 450 y 989 CC . Tercero.- Art. 477.2 ordinal 3.º de la LEC , por infracción de los arts. 1957 y 1958 CC a la hora de fijar en el fundamento 11.º erróneamente como plazo final posesorio el 27 de mayo de 2011 como necesario para la prescripción adquisitiva en favor de quien fue heredero único. Cuarto.- Art. 477.2 ordinal 3.º de la LEC , por infracción de los arts. 659 , 661 y art. 1080 CC .

**SEXTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de junio de 2018 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Paloma Vallés Tormo, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Adelaida presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 31 de octubre del 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1. D. Jesús Ángel falleció el 29 de mayo de 1996, estando casado con D.<sup>a</sup> María Milagros y dejando de su matrimonio un hijo, D. Luciano .

Fruto de una relación extramatrimonial, D. Jesús Ángel había tenido una hija, D.<sup>a</sup> Adelaida , cuya filiación extramatrimonial fue declarada por sentencia dictada, con fecha de 30 de noviembre de 2009, por el Juzgado



de Primera Instancia núm. 8 de Madrid , confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid, así como por el Tribunal Supremo, en sentencia núm. 209/2012, de 12 de abril .

Por otra parte, el 8 de agosto de 2006, falleció el padre de D. Jesús Ángel , D. Marcos , habiendo otorgado testamento en el que establecía un legado en favor de su esposa, sin efecto por haber fallecido antes, e instituía herederos, por partes iguales, a sus seis hijos.

2. El 5 de febrero de 1997, mediante acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato de D. Jesús Ángel , se declaró a su esposa D.<sup>a</sup> María Milagros , como usufructuaria del tercio de mejora y a su hijo D. Luciano como heredero universal abintestato del causante.

El 18 de octubre de 2012, mediante acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, se declaró a D.<sup>a</sup> Adelaida heredera abintestato de D. Jesús Ángel , junto a su otro hermano ya declarado heredero abintestato con anterioridad.

3. El 28 de mayo de 1997, se otorgó escritura de liquidación de la sociedad de gananciales y partición de la herencia de D. Jesús Ángel , en virtud de lo cual se adjudicaron a D. Luciano dos sextas partes indivisas y la nuda propiedad de una sexta parte indivisa de la finca registral núm. NUM000 inscrita en el Registro de la Propiedad de Olmedo, de un derecho de uso de plaza de garaje, sito en la AVENIDA000 , así como de diversas participaciones sociales y depósitos, por un valor global de 44.036,22 €.

Dicha escritura fue objeto de adición de herencia por dos nuevas escrituras. Por la primera de ellas, de fecha 28 de septiembre de 2009, se inventarió como bienes de la herencia del causante 1/10 parte indivisa de la finca sita en la CALLE001 , núm. NUM001 de Madrid, más cuarto trastero y garaje, que fueron valorados en 37.825 €, 1030 € y 1260 €, respectivamente. Por la segunda escritura de adición de herencia, de 19 de noviembre de 2009, se adjudicó a D. Luciano 2/120 avas partes en pleno dominio y 1/120 ava parte en nuda propiedad de la vivienda de la CALLE000 núm. NUM002 , NUM003 .<sup>a</sup> letra NUM004 de Madrid.

El 17 de noviembre de 2006, se otorgó escritura pública de aceptación y adjudicación de la herencia de D. Marcos , abuelo paterno de los herederos abintestato. Se le adjudicó a D. Luciano 1/5 parte de una mitad indivisa de la vivienda, sótano y plaza de garaje sita en la CALLE001 núm. NUM001 de Madrid, así como 1/5 parte de una octava parte indivisa de la finca sita en la CALLE000 núm. NUM002 de Madrid, por un valor de 96.383 €. Por último la vivienda de la CALLE001 núm. NUM001 de Madrid fue vendida en escritura pública de 23 de octubre de 2009, por un precio de 770.000 €.

4. D.<sup>a</sup> Adelaida estuvo en Gran Bretaña desde el 6 de mayo de 2005 hasta el mes de marzo de 2011.

5. En este contexto, D.<sup>a</sup> Adelaida presentó una demanda contra D. Luciano con base en la acción de petición de herencia tanto de su padre biológico, D. Jesús Ángel , como de su abuelo, D. Marcos , en la que solicitaba la condena del demandado al pago de 170.915, 91 €, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

El demandado se opuso a la demanda.

6. En lo que aquí interesa, conforme a lo que es objeto del recurso de casación interpuesto por el demandado, las cuestiones controvertidas se centran en la adjudicación de los bienes contemplados en la primera escritura de 28 de mayo de 1997, que el demandado alega que han sido objeto de usucapión, y en el pago del derecho hereditario de la demandante sobre la vivienda de la CALLE000 núm. NUM002 de Madrid, que el demandado alega que no debe realizarse en metálico, sino con la titularidad del 50% de la cuota hereditaria que a él le ha sido adjudicada.

7. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Con relación a la primera cuestión señalada, consideró que los bienes objeto de la escritura de 1997 habían sido usucapidos por el demandado, por lo que no procedía su reclamación hereditaria. En este sentido declaró:

"[...]Pues bien, en relación con los bienes que figuran en la citada Escritura, la demandante no tendría derecho a efectuar ninguna reclamación pues, desde el 05-02-1997 en que el señor Luciano entró a poseer dichos bienes de forma pacífica y amparado por los títulos mencionados, y hasta la fecha de la sentencia de 20-11-2009 (en el mejor de los casos, al ser dicho documento cuando se reconoce el derecho de la actora), habría transcurrido el plazo legal suficiente como para entender ganada por usucapión la propiedad de los mismos, habiendo señalado la SAP Madrid de 30-10-08 , con cita de la STS de 29-12-200 y 25-01-2007 , que cuando uno de los herederos ha poseído todos los bienes de la herencia en concepto de dueño y por tiempo suficiente para ganarla por prescripción, no podrá invocarse la imprescriptibilidad de la acción para pedir la partición de la herencia, (en nuestro caso, la acción de petición de la herencia). Así, acreditado que el demandado entró en posesión pública, pacífica e ininterrumpida, y en concepto de dueño, de los citados bienes, durante más de diez y tres años, respectivamente, según se tratase de los bienes inmuebles o de los muebles, (el dinero), habiéndolo



hecho en virtud de un título hábil y legítimo para adquirir tal posesión, no cabe reclamar, ahora, la propiedad de los mismos".

Con relación a la segunda cuestión, consideró que el pago del derecho hereditario de la demandante, sobre la vivienda de la CALLE000 núm. NUM002 de Madrid, no debía realizarse en metálico, sino mediante la adjudicación de la cuota hereditaria que le correspondía. En este sentido declaró:

"[...]En cuanto a los bienes recogidos en la Escritura de Rectificación de Otra y Adición de Herencia, de fecha 19-11-09, en la que se incluyó, en el inventario de los bienes dejados al fallecimiento de, don Jesús Ángel , la vivienda sita en la CALLE000 de Madrid, procede reconocer a la actora el derecho a percibir la mitad de las cuotas establecidas en dicho documento a favor del demandado, las cuales no podrán ser valoradas y traducidas a la cantidad que se reclama de 6.946,20 euros, dado que no existe un derecho a solicitar que el heredero reintegre un dinero que aún no se ha percibido. El anterior pronunciamiento habrá de hacerse extensivo al total de los derechos hereditarios que el demandado ostente en relación con el citado inmueble, declarando el derecho de la actora a la titularidad de la mitad de las cuotas hereditarias que constan reconocidas a DON Luciano en relación con la indicada vivienda, siendo obligación de la actora participar, como heredera, en todos los gastos que correspondan a dicho bien en la proporción hereditaria que le ha sido reconocida".

**8.** Frente a la sentencia de primera instancia, el demandado interpuso recurso de apelación, y la demandante escrito de impugnación.

La sentencia de la Audiencia estimó en parte el recurso de apelación del demandado en el sentido de que el derecho hereditario de la demandante sobre la vivienda de la CALLE001 núm. NUM001 de Madrid se concretaba en el pago del 50% de la cantidad percibida por el demandado, 38.500 €, sin comprender los 8079,50 € reconocidos de más por la sentencia de primera instancia, pues dicha cantidad se correspondía con el valor de las participaciones del demandado sobre la otra vivienda, sita en la CALLE000 núm. NUM002 de Madrid.

Por otra parte, la sentencia de la Audiencia también estimó en parte la impugnación de la demandante. En este sentido, en primer lugar, fundamento undécimo de la sentencia, consideró que los bienes objeto de la escritura de 1997 no habían sido usucapidos por el demandado, con base en el siguiente razonamiento:

" [...] Se alega en el escrito de impugnación que el plazo por el que el apelado debía haber poseído los bienes en concepto de dueño para adquirir la herencia por usucapición, no sería el de 10 años sino en el de 20 años de acuerdo con el artículo 1957 del C. civil , al haber estado al ahora impugnante en Gran Bretaña desde al menos el 6 de mayo de 2005 al mes de marzo de 2011.

" Alegando que al haber estado la demandada fuera de España, no habría transcurrido el plazo de 10 años para entender adquiridos los bienes hereditarios por usucapición por el ahora apelado, toda vez que desde el momento que el ahora recurrente tiene conocimiento de la sentencia que declara la filiación extramatrimonial de la actora, y le comunica extrajudicialmente su voluntad de reclamar las cuotas hereditarias que le corresponden en las herencias de sus abuelo y padre respectivo, no puede ser calificada la posesión de buena fe, y por lo tanto no se habría consumado la usucapición sobre tales bienes.

" El artículo 1941 del C. civil establece que la posesión debe ser pública, pacífica y no interrumpida, durante el plazo que establece la ley, dado que de acuerdo del cómputo de los plazos para entender adquirida la propiedad de los bienes inmuebles de la herencia del padre por usucapición, siendo el *dies a quo* el 5 febrero de 1997, siendo el día final el 27 de mayo de 2011.

"De acuerdo con el artículo 1958 del C. civil , y dado que tuvo lugar un requerimiento el 18 de febrero de 2011, por el que la parte apelante comunicó su voluntad de reclamar la herencia de su padre, desde ese momento no cabe apreciar que exista la posesión con los requisitos del artículo-1941 del C. civil a los efectos de entender adquiridos los bien inmuebles por usucapición".

En segundo lugar, declaró el derecho de la demandante a recibir en metálico el pago de su derecho hereditario sobre la vivienda sita en la CALLE000 núm. NUM002 de Madrid, con el siguiente argumento:

"[...] Se alega este motivo de impugnación con relación a las participaciones existentes en ambas herencias, tanto del abuelo paterno, como del padre, con relación a la vivienda sita en la CALLE000 ; y sobre los que la sentencia apelada declara que se transmita la titularidad a la actora el 50 % de las participaciones que como consecuencia de las dos herencias se adjudicaron al apelado, alegando que en base al artículo 1080 del C. civil , la obligación de los otros herederos con el preterido, es proceder al pago de su cuota en la herencia, al no proceder la rescisión de las particiones realizadas, siendo facultad del heredero reclamar el pago en metálico de su cuota, de acuerdo con la jurisprudencia que interpreta dicha norma.



"Si el propio artículo 1080 del C. civil , establece que la preterición no intencional de un heredero no produce la rescisión de la partición, debiendo pagarse a dicho heredero por el resto la parte que les corresponda, la consecuencia de que no se anule ni se rescinda la partición, es que los herederos a los que ya se les adjudicaron los bienes de la herencia siguen siendo propietarios de los bienes, puesto que la partición atribuye a cada uno de los herederos el dominio exclusivo de los bienes adjudicados, artículo 1068 del C. civil , y por lo tanto si no se anula, ni se rescinde el acto por el que se les adjudican dichos bienes, no puede ser que se les prive de tales bienes para su adjudicación a su coheredero preterido, debiendo por lo tanto abonársele su cuota correspondiente en metálico, configurando la herencia como un todo global, y no sobre cada uno de los bienes que integra la herencia. Debe entenderse de acuerdo con la interpretación del artículo 1080 del C. civil que la ahora apelante tiene derecho, a que se le abone en metálico el 50 % del valor de lo bienes que le fueron adjudicaron al apelando, también con relación a las participaciones de la vivienda de la CALLE000 , tanto de la adquirida por la herencia de su padre, como del abuelo paterno".

9. En lo que aquí interesa, el demandado solicitó aclaración respecto a si se había consumado o no la usucapión sobre los bienes inmuebles de la escritura de 28 de mayo de 1997, pues a su juicio existía un error material en el cómputo del plazo para entender consumada la usucapión, particularmente en el día final del mismo que la sentencia recurrida fijaba en el día 18 febrero 2011, momento de la reclamación extrajudicial de la herencia. La Audiencia denegó esta petición por exceder del marco de la aclaración o rectificación de errores que permite el art. 267 LOPJ , pues si se entendía que había una aplicación errónea de los arts. 1957 y 1958 CC , su impugnación debía hacerse a través del correspondiente recurso de casación.

10. Frente a la sentencia de apelación, el demandado interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

**SEGUNDO.-** 1. El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en dos motivos.

En el primer motivo, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC , el recurrente denuncia la infracción del art. 218.2 LEC con relación a la falta de motivación.

En el desarrollo del motivo, sustenta que la sentencia recurrida, a lo largo de su fundamento de derecho undécimo, no motiva ni explica bajo qué tipo de cálculo ha determinado el *dies ad quem* en el día 27 de mayo de 2011, ni tampoco la computación del periodo de ausencia de la demandante según lo prescrito en el art. 1958 CC .

2. Este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal guarda relación directa con la formulación de los motivos primero, segundo y tercero del recurso de casación, en donde se alega la infracción de los arts. 1957 y 1958 CC respecto del cómputo del plazo de prescripción adquisitiva (usucapión) aplicable al presente caso.

3. El motivo debe ser estimado. Como se desprende del contenido del fundamento undécimo de la sentencia recurrida, anteriormente transcrito, la sentencia de la Audiencia no expone de qué manera ha calculado el plazo de prescripción adquisitiva conforme a la aplicación del art. 1958 CC . en el presente caso, pues no hay referencia al mismo. De forma que la determinación del día 27 de mayo de 2011, como *dies ad quem* o final del plazo establecido, se presenta huérfana del necesario proceso lógico-jurídico que justifique su adopción, lo que impide conocer los criterios jurídicos de interpretación que han fundamentado dicha decisión.

**TERCERO.-** *Asunción de la instancia. Usucapión ordinaria de bienes inmuebles arts. 1957 y 1958 CC . Determinación del cómputo del plazo establecido. Art. 1080 CC . Compensación del coheredero preterido en la partición.*

1. La estimación del motivo comporta la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, la anulación de la sentencia recurrida, y la asunción de la instancia a los efectos de dictar nueva sentencia teniendo en cuenta lo que ha sido legado en el recurso de casación.

En este sentido procede, en primer lugar, conforme a lo alegado en los citados motivos primero, segundo y tercero del recurso de casación, entrar en el examen del cómputo del plazo de prescripción adquisitiva, según lo previsto en los arts. 1957 y 1958 CC , para determinar si en el presente caso se había consumado la usucapión de los bienes inmuebles contemplados en la referida escritura de 28 de mayo de 1997, tal y como alega la parte recurrente.

2. En el presente caso, la demandante no discute que la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales y partición de la herencia de D. Jesús Ángel , de 28 de mayo de 1997, tenga la calificación de justo título a los efectos de la usucapión ordinaria ( arts. 1940 y 1952 CC ), cuestión por otra parte controvertida en la doctrina civilista. Tampoco discute que dicha escritura determine el *dies a quo* del plazo de prescripción adquisitiva en



favor del demandado. Ni se cuestiona la aplicación del art. 1958 CC en el presente caso, dada la constatación de la ausencia de la demandante en parte del tiempo establecido para la usucapión inmobiliaria ordinaria de los bienes contemplados en la anterior escritura de partición

**3.** Partiendo de estos antecedentes jurídicos del pleito, para determinar el cómputo de la prescripción adquisitiva, conforme a los citados arts. 1957 y 1958 CC , debe fijarse, en primer término, el período de usucapión alcanzado durante la fase de presencia de ambas partes ( art. 1957 CC ). En nuestro caso, dicho periodo se inició el 28 de mayo de 1997, tal y como se ha señalado, de forma que el 28 de mayo de 2005 el demandado contaba con un período de usucapión de 8 años entre presentes, dado que, según la regla tercera del art. 1958 CC , el primer año de comienzo de la ausencia de la demandante (mayo del 2005), al no ser "entero y continuo", no se computa. Por lo que al demandado le restaban dos años de prescripción adquisitiva para completar los 10 años.

**4.** Señalado esto procede, en segundo término, fijar el periodo de extensión de la prescripción adquisitiva entre ausentes, teniendo en cuenta lo dispuesto en la regla segunda del art. 1958 CC , por la que "cada dos años de ausencia se computará como uno para completar los 10 del presente". En nuestro caso, y sin poder contar el primer año de ausencia por lo ya expuesto, y el último de ausencia por idéntica razón (marzo de 2011), el período abarcó del año 2006 al año 2010, esto es, una extensión del plazo de prescripción de dos años, según lo dispuesto en la citada regla segunda del art. 1958 CC .

**5.** Si a los ocho años ya consumados por el demandado, para la prescripción adquisitiva entre presentes, se le suman estos dos años del período de prescripción adquisitiva entre ausentes, el resultado es que el 28 de mayo de 2009 el demandado había consumado la usucapión de dichos bienes, conforme a la partición efectuada el 28 de mayo de 1997. Consumación que es anterior, en todo caso, al reconocimiento de la filiación extramatrimonial de la demandante, declarada por sentencia de 30 de noviembre de 2009 , así como a su reclamación extrajudicial de los bienes de la herencia, de 18 de febrero de 2011, por lo que debe concluirse que el demandado había consumado la usucapión ordinaria de los bienes inmuebles contemplados en la escritura de 28 de mayo de 1997.

**6.** También procede entrar en el examen de lo alegado por el demandado en el motivo cuarto de su recurso de casación.

En dicho motivo, cuestiona el pronunciamiento de la sentencia recurrida, fundamento de derecho decimotercero, que le condena al pago en metálico de la cuota hereditaria que le corresponde a la demandante por su derecho hereditario en la citada de vivienda sita en la CALLE000 núm. NUM002 de Madrid, concretado en el 50% del valor de la parte de dicha vivienda que ha resultado adjudicado al demandado por razón de la herencia de su padre y de su abuelo. Dicho derecho hereditario no ha sido adjudicado de un modo íntegro o pleno, sino en una parte de la nuda propiedad de la vivienda sujeta al usufructo vitalicio en favor de otra heredera (viuda de un hermano de su padre); por lo que se le obliga a pagar anticipadamente algo que aún no ha recibido, la propiedad plena de una parte del bien adjudicado, haciendo de mejor condición a la demandante frente al resto de los coherederos, que no han recibido en metálico el pago de su cuota, y que deberán soportar las obligaciones tributarias que correspondan a la muerte de la usufructuario, con cargo al heredero demandado.

**7.** En contra de lo que sustenta la sentencia recurrida, debe precisarse que, en nuestro Derecho de sucesiones, el resarcimiento que prevé el art. 1080 CC respecto del coheredero que ha resultado omitido o preterido en la partición realizada, esto es, el "pago de la parte proporcional que le corresponda" no comporta que dicho pago deba realizarse necesariamente y de un modo directo en dinero o en metálico. Pues bajo el entendimiento correcto de dicha regla jurídica, el pago supone "el cumplimiento de la prestación tal y como es y en lo que ella consiste", es decir, restableciendo la efectividad del derecho hereditario del coheredero preterido conforme a su naturaleza y contenido en la herencia, y guardando la posible igualdad entre los coherederos, tal y como dispone el art. 1061 CC .

En nuestro caso, el derecho hereditario del demandado, y con él, el de la demandante, quedó configurado o consistió en una cuota de participación en la nuda propiedad de la citada vivienda, que no fue objeto de adjudicación en dinero, por lo que a la demandante preterida le corresponde la titularidad del 50% de dicha cuota de participación del heredero demandado, sin que proceda alterar, con trato desigual, la naturaleza y consistencia del derecho hereditario objeto de transmisión.

**8.** Como consecuencia de lo expuesto, debe estimarse en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandado, D. Luciano , en el sentido señalado de que el derecho hereditario de la demandante sobre la vivienda de la CALLE000 , núm. NUM002 de Madrid, queda concretado en la titularidad del 50% de la cuota de participación que ostenta el heredero demandado sobre dicha vivienda. Asimismo, procede desestimar íntegramente la impugnación de la sentencia interpuesta por la demandante, D.<sup>a</sup> Adelaida .

**CUARTO.- Costas y depósitos**

1. La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación comporta que no proceda hacer expresa imposición de las costas generadas por dichos recursos, según dispone el art. 398.2 LEC .
2. La estimación en parte del recurso de apelación del demandado, D. Luciano , comporta que no se impongan las costas de su formulación, según dispone el art. 398.2 LEC . La desestimación de la impugnación de la sentencia formulada por la demandante, D.<sup>a</sup> Adelaida , comporta que se le impongan las costas de dicha impugnación, según dispone el art. 398.1 LEC .
3. Asimismo, procede ordenar la devolución de los depósitos constituidos para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación, según establece la disposición adicional 15.<sup>a</sup> LOPJ .

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Luciano contra la sentencia dictada, con fecha 16 de diciembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9 .<sup>a</sup>, rectificada por auto de 10 de febrero de 2016, en el rollo de apelación núm. 410/2015, que se anula y se deja sin efecto.
2. Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandado, D. Luciano , contra la citada sentencia, que se revoca en parte en atención a los siguientes pronunciamientos:
  - 2.1 Declarar la usucapión ordinaria del demandado, D. Luciano , sobre los bienes inmuebles contemplados en la escritura pública de 28 de mayo de 1997.
  - 2.2 Declarar el derecho hereditario de la demandante, D.<sup>a</sup> Adelaida , sobre la vivienda de la CALLE000 núm. NUM002 de Madrid en la titularidad del 50% de la cuota de participación que ostenta el heredero demandado sobre dicha vivienda.
3. Desestimar íntegramente la impugnación de la sentencia interpuesta por la demandante, D.<sup>a</sup> Adelaida .
4. No hacer expresa imposición de costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.
5. No hacer expresa imposición de costas del recurso de apelación del demandado. Imponer las costas de la impugnación de la sentencia a la demandante.
6. Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Francisco Marin Castan D. Ignacio Sancho Gargallo

D. **Francisco Javier Orduña Moreno** D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres