



Roj: **SAP SS 835/2006 - ECLI: ES:APSS:2006:835**

Id Cendoj: **20069370032006100233**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **3**

Fecha: **29/09/2006**

Nº de Recurso: **3355/2006**

Nº de Resolución: **267/2006**

Procedimiento: **Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000**

Ponente: **IÑIGO FRANCISCO SUAREZ ODRIOZOLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA

Sección 3ª

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 3 3ª planta- C.P. 20007

Tfno.: 943-000713

Fax: 943 00 07 01

N.I.G. 20.05.2-05/013041

A.p.ordinario L2 3355/06

O.Judicial Origen: Jdo. 1ª Instancia nº 7 (Donostia)

Autos de Pro.ordinario L2 930/05

|  
|  
|  
|

Recurrente: Estela

Procurador/a: JESUS ARBE MATEO

Abogado/a: ROQUE ARAMBARRI ALVAREZ

Recurrido: Narciso

Procurador/a: SANTIAGO GARCIA DEL CERRO ESPINA

Abogado/a: ROSA MARIANA TIerno ECHAVE

**SENTENCIA N°**

ILMOS. SRES.

D/Dña. JUANA UNANUE ARRATIBEL

D/Dña. BEGOÑA ARGAL LARA

D/Dña. IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a veintinueve de septiembre de dos mil seis.



La Il'tma. 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 Pro.ordinario L2 930/05, seguidos en el Jdo. 1ª Instancia nº 7 (Donostia) a instancia de Estela apelante - demandado, representado por el Procurador Sr./Sra. JESUS ARBE MATEO y defendido por el Letrado Sr./Sra. ROQUE ARAMBARRI ALVAREZ contra D./Dña. Narciso apelado - demandante, representado por el Procurador Sr./Sra. SANTIAGO GARCIA DEL CERRO ESPINA y defendido por el Letrado Sr./Sra. ROSA MARIANA TIERNO ECHAVE; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 16 de mayo de 2006.

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.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

Por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de San Sebastián, se dictó sentencia con fecha 16 de mayo de 2006, que contiene el siguiente FALLO:

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. García del Cerro, en representación de D. Narciso y Dña. Esperanza, frente a Dña. Estela, DEBO DECLARAR Y DECLARO que la legítima individual correspondiente a los demandantes D. Narciso y Dña. Esperanza debe calcularse sobre la base de añadir a los bienes hereditarios del causante D. Narciso la suma de 48.625,20 euros, valor que a fecha en la que se efectuaron las operaciones divisorias tenían las aportaciones que el causante realizó en vida a los Planes de Previsión Social Voluntaria Bankinter Renta Fija NUM000, Bankinter Bolsa nº NUM001 y Bankinter Dinero nº NUM002, DEBO DECLARAR Y DECLARO colacionable en la herencia de D. Narciso la suma de 48.625,20 euros y la consiguiente adición de dicha cantidad a la partición efectuada el 14 de julio de 2005, DEBO DECLARAR Y DECLARO el derecho de los actores a percibir de Dña. Estela, por partes iguales y en concepto de legítima de su padre D. Narciso, la cantidad de 26.262,47 euros más los intereses legales devengados desde la fecha de la partición hereditaria y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a abonar a los actores la cantidad de 26.262,47 euros más los intereses legales devengados desde la partición hereditaria, sin expresa condena en costas."

SEGUNDO.-

Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fué admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictándose resolución señalando día para la deliberación, votación y fallo.

TERCERO.-

En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

VISTO.- Siendo Ponente en esta instancia el Il'tmo. Sr. Magistrado D. IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, y en lo que no se opongan a los siguientes, y

PRIMERO.-

La representación procesal de Dña. Estela interpone recurso de apelación contra la sentencia de fecha 16 de Mayo de 2006 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número siete de Donostia-San Sebastian en el Juicio Ordinario número 930/2005.

En esencia, se alegaron como motivos del recurso los siguientes:

1.-Discrepa de la opinión de la Juzgadora cuando considera que las EPVS tienen carácter privativo del causante considerando que la voluntad del Sr. Narciso era de hacer común todos los bienes adquiridos durante la convivencia entre ambos previa al matrimonio.

De la lectura del testamento ológrafo entiende el recurrente que el deseo del Sr. Narciso era hacer común los bienes adquiridos durante la convivencia con la Sra. Estela

2.-Se acepta la aplicación analógica que efectúa la sentencia en relación a las disposiciones referidas al Seguro de Vida contenidas en los artículos 84 a 88 de la LCS.



Sin embargo discrepa de la conclusión contenida en el FJ QUINTO de la sentencia : la preservación de los derechos de los legitimarios pudiendo exigir al beneficiario el reembolso de las aportaciones efectuadas por el causante en vida de éste.

Y es que en contra de la obligación de colacionar que se desprende del artículo 1035 del CC el artículo 1036 del CC exceptúa tal obligación "(.....) entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiere dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia , salvo en el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa".

La parte recurrente fundamenta su oposición a la conclusión de la Juzgadora de Instancia justamente en base al artículo 1036 del CC .

3.-Subsidiariamente y si se entendiera que las EPSV son colacionables habrán de tenerse en cuenta las cargas fiscales que ha soportado la Sra. Estela que no ha dispuesto en absoluto de los importes de las EPSV.

Además se sostiene que las cantidades a colacionar deberán ser sólo las aportaciones efectuadas por el Sr. Narciso sin computar los beneficios reportados por las citadas EPSV.

4.- Se postula la no imposición de las costas y ello en aplicación del artículo 394.1 de la LEC dada la complejidad jurídica de la cuestión y las serias dudas de derecho que concurren en el caso.

Se postuló en el SUPPLICO el dictado de una sentencia por la que revocando la dictada en la Instancia se desestimara íntegramente la demanda deducida o alternativamente y para el supuesto de entender la Sala la procedencia de la colación no deberán ser colacionables más que las cantidades aportadas por el Sr. Narciso a las EPSV concertadas y no así los posibles beneficios de las mismas y, en todo caso, deberán serle deducidos a la Sra. Estela de las cantidades a colacionar, los costos impositivos por ella soportados.

En tiempo y legal forma la representación procesal de D. Narciso y Doña. Esperanza formularon oposición al recurso interpuesto solicitando la desestimación del recurso confirmando la sentencia apelada con expresa imposición de costas.

SEGUNDO.-

Los antecedentes básicos del procedimiento son los siguientes :

1.-Demanda de Juicio Ordinario formulada por D. Narciso y Doña. Esperanza contra Doña. Estela postulando en el SUPPLICO el dictado de una sentencia que declare :

"1.-Que la legítima individual correspondiente a mis mandantes se calcule sobre la base de añadir a los bienes hereditarios del causante D. Narciso , el valor que a fecha en la que se efectuaron las operaciones divisorias tenían las aportaciones que el causante realizó en vida a los tres Planes de Previsión Social Voluntaria , referidos en el Hecho segundo de la presente demanda, ordenando la colación de la suma de 48.625,20 Euros y adición de dicha cantidad a la partición efectuada el 14 de Julio de 2005.

2.-Que mis mandantes, D. Narciso y Doña Esperanza tienen derecho a percibir por partes iguales iguales y en concepto de legítima de su padre la cantidad de 26.262,47 Euros más los intereses legales devengados desde que se procedió a efectuar la partición.

Y en consecuencia :

3.-Se condene a la demandada estar y pasar por las anteriores declaraciones.

4.- Se condenen a la demandada a abonar a mis representados la cantidad 26.262,47 Euros más los intereses legales devengados desde que se procedió a efectuar la partición.

5.-Todo ello con imposición de costas a la contraria".

2.Los hechos básicos narrados en la demanda son los siguientes :

2.1.-D. Juan Enrique falleció en accidente de circulación el día 29 de Noviembre de 2003 hallándose casado en segundas nupcias con la demandada Doña. Estela .

Los demandantes D. Narciso y Doña. Esperanza son hijos del primer matrimonio con Doña. Marisol .

2.2.-A través de testamento ológrafo de fecha 8 de Agosto de 2002 protocolizado mediante Auto de 8 de Agosto de 2002 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número siete de Donostia-San Sebastian adoptó las siguientes disposiciones

Legó a Doña. Estela :



- a) La vivienda, dos garages y trastero sitos en el PASEO000 NUM003 , NUM004 de san Sebastian con la carga del préstamo hipotecario de BANKINTER que gravaba la finca.
- b) Los Fondos de Inversión, Planes de Previsión Social Voluntaria y saldo en cuenta corriente de que era titular en BANKINTER.

Legó a sus hijos D. Narciso y Dña. Esperanza :

- a) El inmueble sito en DIRECCION000 NUM005 , NUM006 destinado a consulta médica con cuanto hubiera puertas a dentro.
- b) Departamento número NUM006 del edificio en multipropiedad sito en Baqueira Beret.
- c) Coche marca Pontiac.
- d) Moto Yamaha.

2.3.-El difunto Sr. Narciso antes de contraer segundas nupcias concertó con BANKINTER PREVISION los siguientes Planes de Previsión Social sin hacer designación expresa de beneficiario:

- a) 865,60814 participaciones en el Plan de Previsión Social EPSV ( BK renta fija) NUM000 constituido el día 29-4-1997 al que efectuó aportaciones por un importe total de 13.830,15 Euros.
- b) 3.990,477797 participaciones en el Plan de Previsión Social EPSV (BK Bolsa) NUM001 constituido el día 8-3-2000 mediante traspaso de aportaciones realizadas al anterior Plan, al que efectuó aportaciones por un importe total de 24.122,86 Euros.
- c) 1.840,120275 participaciones en el Plan de Previsión Social EPSV ( BK Dinero ) NUM002 constituido el día 27-12-2002 al que efectuó aportaciones por un importe total de 12.081 Euros.

2.4.-Por aplicación del artículo 13 de los Reglamentos correspondientes a cada uno de los Planes de Previsión concertados por el difunto y ante la falta de designación de beneficiarios el día 8 de Junio de 2004 BANKINTER PREVISION EPSV abonó a la entonces su cónyuge, Dña. Estela , los derechos consolidados del causante , esto es, el valor capitalizado de las aportaciones efectuadas por éste a los tres Planes de Previsión Social por importe de 46.643,51 Euros menos la retención correspondiente por importe de 4.477,78 Euros que posteriormente fue abonada a la Sra. Estela el día 29 de Diciembre de 2004.

2.5.-A principios de febrero de 2005 las partes tenían prevista la firma ante Notario del Cuaderno Particional del finado.

Pero como el valor de los bienes legados a Dña. Estela excedía del tercio de libre disposición y de la cuota viudal usufructuaria las partes acordaron que la legítima de los hijos se complementaría con la adjudicación , además de los bienes legados, de los fondos de inversiones y los Planes o EPSV de los que era titular el causante.

Días antes de la firma los actores tuvieron conocimiento de que el día 8 de Junio de 2004 BANKINTER a instancias de la demandada había procedido a abonar a ésta los derechos consolidados de los tres Planes de pensiones EPSV los cuales como se recogía en el Cuaderno Particional ( documento 10 de la demanda) epígrafe IV iban a ser adjudicados por mitades a ambos demandantes.

La negativa de la demandada a incluir los citados planes en el inventario de bienes relictos y reembolsar a los demandantes la parte que de los mismos corresponde como legítima paralizó la firma del cuaderno particional.

2.6.A consecuencia de lo precedente en el cuaderno particional protocolizado el día 14 de Julio de 2005 ante el Notario de San Sebastian D. Carlos Arnedo Ruiz ( documento 11 de la demanda) se incorporó la siguiente cláusula :

"SEGUNDO:-Tal y como se ha hecho constar en el cuaderno particional, incorporado a la presente, los señores comparecientes hacen constar que existe contienda entre ellos sobre la obligación de incluir en el caudal relicto, o tener en cuenta en las operaciones particionales, las aportaciones que el causante realizó a los siguientes depósitos bancarios, que con fecha 8 de Junio de 2004 han sido percibidos por su viuda, Doña Estela en su condición de beneficiaria :

- Plan de Previsión BK Dinero , número NUM007 valorado a fecha de fallecimiento en 12.244,94 euros.
- Plan de Previsión BK renta Fija número NUM008 valorado a fecha de fallecimiento en 7.765,93 Euros.
- Plan de Previsión BK Bolsa número NUM009 valorado a fecha de fallecimiento en 16.799,87 Euros.



Asimismo manifiestan que en el supuesto, de que las citadas aportaciones, derechos consolidados, o en su caso, otros bienes o derechos hereditarios no incluidos en la presente partición, deban ser incluidos en el inventario del caudal relicto, los mismos serán adjudicados en igual proporción a la realizada en esta escritura".

2.7.- Ante las dudas suscitadas en torno a la cuestión los Letrados de las partes evacuaron consulta al Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco máximo órgano de control administrativo de las entidades de Previsión Social Voluntaria .

Como documento número 13 se aportó la respuesta del departamento :

-Las aportaciones tanto privativas o gananciales realizadas por el causante formarán parte del caudal hereditario si bien la disposición que el causante pueda hacer de las mismas será diferente según el origen privativo o ganancial de las mismas.

-La EPSV otorgará los derechos consolidados a quien haya sido designado como beneficiario sin perjuicio del derecho de los herederos que puedan sentirse perjudicados a reclamar su mejor derecho de la persona beneficiaria .

Tras una nueva consulta pidiendo aclaraciones por la demandada el Departamento indicó :

"En consecuencia deberán incluir los derechos de socio ( capital e intereses) dentro del cuaderno particional ".

Como la respuesta no satisfizo a la parte demandada hubo que firmar el Cuaderno Particional el día 14 de Julio de 2005 con la cláusula transcrita en el epígrafe 2.6 precedente.

2.7.- El cálculo que efectúa la parte demandante en relación al valor actualizado a fecha de la partición de las aportaciones a los tres Planes de Previsión ascendió a 48.625,20 Euros.

Su desglose fue el siguiente :

a) Importe de la capitalización de las aportaciones : 46.643,51 Euros.

b) Actualización del importe a la fecha de la partición ( 14 de Julio de 2005) desde la fecha en la que la demandada recibió el valor de las aportaciones ( 8 de Junio de 2004) :

-202 días ( 9-6-2004 a 31-12-2004) al 3,75% = 981,45 Euros.

-193 días / ( 1-1-2005 a 13-7-2005) al 4% = 1000.24 Euros.

TOTAL en concepto de intereses : 1.981,69 Euros.

Corresponde a los actores una cuota legitimaria del 54,01 % ( 1/3 legítima estricta y resto del 1/3 de mejora descontada la porción correspondiente a la cuota viudal usufructuaria que es el 59% según el Cuaderno Particional) lo que supone un total de 26.262,47 Euros.

2.8.- En el apartado de la Fundamentación Jurídica se sostiene básicamente:

a) Se ejercita al amparo del artículo 1079 del CC la acción de complemento de partición.

Se sostiene que no nos encontramos ante seguros de vida sino ante unos contratos de naturaleza diferente como son los Planes de Previsión Social.

b) Subsidiariamente y en el supuesto de que se considerara como un seguro de vida las mencionadas aportaciones deben de ser colacionadas ( artículos 1035 y 1045 del CC ) por tratarse de una donación encubierta o indirecta al no existir contraprestación alguna.

c) La valoración de las aportaciones, al igual que de cada uno de los elementos que integra el Activo, ha de venir referida al momento en el que se efectúa la partición y ello en base a la tesis mantenida en los artículos 847, 1045 y 1074 del CC .

3.- En su escrito de contestación a la demanda alegó, en esencia, los siguientes extremos :

-Que las aportaciones fueron concertadas durante el período de convivencia previo al matrimonio con la demandada por lo que habría de considerarse como de naturaleza ganancial y, en consecuencia, el 50% de las mismas serían de la Sra. Estela .

-Que tanto en base de lo prevenido en los reglamentos de las EPSV como por el propio tenor de la disposición testamentaria la beneficiaria de las aportaciones era la Sra. Estela .

-Por lo que se deduce de los Reglamentos del Plan de Previsión de BANKINTER la designación de beneficiario en caso de muerte se halla sometida a la voluntad del socio sin que esté sometido al sistema de sucesión legal respecto a sus herederos.



-Se sostiene que la dinàmica y la base de las EPSV son màs equiparables a los seguros de vida que a otra forma jurídica.

Postuló el dictado de una sentencia desestimatoria con imposición de costas a la actora.

4.-Previos los tràmites de rigor (Audiencia Previa de 23 de Enero de 2006 y acto del Juicio (21 de Marzo de 2006 ) con el resultado obrante en las Actas y DVD incorporados al procedimiento se dictò la sentencia hoy apelada el día 16 de Mayo de 2006 estimando íntegramente la demanda formulada .

En esencia, la Juzgadora llegó a las siguientes conclusiones :

a)El carácter privativo de los derechos consolidados derivados de los tres Planes de Previsión Social suscritos por el causante Sr. Narciso .

Las aportaciones a los Planes de Previsión Social se efectuaron por el Sr. Narciso antes de contraer matrimonio con la Sra. Estela y con dinero privativo de aquèl ,en concreto con cargo a la cuenta número NUM010 de BANKINTER cuya exclusiva titularidad correspondía al Sr. Narciso .

La mera convivencia previa entre ambos no genera como consecuencia la existencia de una situación de comunidad de bienes equiparable a la sociedad ganancial.

b.-)Los derechos consolidados dimanantes de los tres Planes de Previsión Social de EPSV deben formar parte del caudal hereditario del Sr. Narciso .

Tras citar la normativa aplicable (Ley del Parlamento Vasco 25/1983 de 27 de Octubre y Reglamento de tal Ley aprobado por Decreto 87/1994 ) y examinar determinados artículos del texto legal entendió que la figura del Plan de Previsión Social en realidad no difiere de los llamados Planes de Pensiones regulados en la Ley 8/1987 de 8 de Junio y RD 1307/1988 .

Siguió razonando que para conjugar los derechos del beneficiario ( la Sra. Estela ) y de los herederos del socio fallecido ( los hoy demandantes) y ante la falta de toda previsión en la normativa de los Planes de Previsión Social ha de acudir a los mecanismos integradores previstos en el CC ante una laguna normativa citando el artículo 4.1 del CC - aplicación analógica de las normas-

Entendió que sería de aplicación lo previsto en los artículos 84 a 88 de la LCS y,en concreto,el artículo 88 que dispone imperativamente que la prestación del asegurador deberá de ser entregada al designado como beneficiario.

-En el FJ QUINTO citò el artículo 88 "in fine" que determina que los herederos legítimos tienen derecho a exigir del beneficiario "el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos".Tal expresión es interpretada por la Juzgadora citando la sentencia de la AP Cadiz de 10 de septiembre de 2002 como referida a la lesión de la legítima de los herederos forzosos que en este caso serían las aportaciones efectuadas en vida por el socio participe del Plan que son colacionables a tenor de los artículos 1035 y 818 del CC .

Frente a esta resolución se alza el presente recurso.

TERCERO.-

Se examina el recurso interpuesto.

1.- Carácter privativo o ganancial de los derechos consolidados de los tres Planes de Previsión Social Voluntaria suscritos por el causante Sr. Narciso .

La Sala ratifica el pronunciamiento contenido en la sentencia de Instancia en torno a esta cuestión y considera, en consecuencia, que los derechos consolidados a los que se contrae la presente litis tienen carácter privativo.

Ha de recordarse que la función valorativa de la prueba efectuada por la Juzgadora de Instancia ha estado guiada por la inmediación y ha de ser respetada por este Tribunal en la revisión de la sentencia de tal forma que para poder sustituir las conclusiones de la sentencia de Instancia ha de apreciarse un error o arbitrariedad flagrante en la apreciación de la prueba.

Así en las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 15-3-01, 20-12-04 y de 18-2-05 , entre otras muchas, declaran que esta facultad del Juzgador de Instancia ( valoración del material probatorio) ha de ser respetada y ser asumida en sus conclusiones en tanto no se incida por ellas en lo ilógico, en lo absurdo o en infracción legal.

Pues bien en el caso actual la Sala no aprecia error valorativo en la Juzgadora ni que las conclusiones obtenidas sean fruto de un razonamiento ilógico y arbitrario.





La Juzgadora de Instancia en el FJ SEGUNDO apartado 1º da por probado efectivamente que el Sr. Narciso y la Sra. Estela ya convivían como pareja de hecho antes de contraer matrimonio y, al menos desde el día 24 de febrero de 1999, en la vivienda sita en el PASEO000 número NUM003 NUM004 NUM011 de San Sebastian.

Alcanza tal conclusión a través del certificado de empadronamiento que la Sra. Estela adjuntó como documento número 2 de la contestación.

Sin embargo entiende la sentencia que los derechos consolidados de los tres Planes de Previsión Social Voluntaria tiene la consideración de bienes privativos desde una doble perspectiva:

I.-) a.-El Sr. Narciso suscribió los tres Planes de Previsión antes de contraer matrimonio con la Sra. Estela dato éste que no ha sido discutido por la contraparte.

b.-)Todas las aportaciones a los Planes de Previsión fueron efectuadas por el Sr. Narciso con cargo a una cuenta de BANKINTER de la que el Sr. Narciso era el único titular.

II.-) Que no existía durante el período de convivencia " more uxorio"una comunidad de bienes equiparable a una sociedad ganancial.

Llega a tal conclusión porque no existía una cuenta bancaria conjunta que soportara los gastos comunes de la convivencia o en la que efectuaran ingresos.Añadió que el Sr. Narciso era titular de dos cuentas corrientes (en KUTXA y BANKINTER) sin que la Sra. Estela tuviera domiciliada su nómina en ninguna de las dos cuentas.

El razonamiento y la conclusión a la que llega la Juzgadora de Instancia tras la valoración de la prueba referida a estos extremos (básicamente certificaciones de BANKINTER; respuesta de 27 de febrero de 2006 de BANKINTER en el folio 318 del procedimiento a requerimiento del Juzgado y certificados de KUTXA en relación al movimiento de la cuenta corriente de titularidad del Sr. Narciso número NUM012 )no puede tacharse de ilógica, arbitraria o errónea debiendo de ser ratificada en esta alzada por el Tribunal.

2.-Inclusión en el Activo del Cuaderno Particional de las aportaciones efectuadas por el causante en los tres Planes de Previsión Social Voluntaria suscritos en vida de aquel.

La Sala rechaza la asimilación vía interpretación analógica ( artículo 4.1 del CC ) que propone la Juzgadora de Instancia entre Plan de Prevision Social Voluntaria y el Seguro de Vida.

La Ley de Contrato de Seguro a diferencia del criterio seguido en otro tipo de seguros, como los de daños o de accidentes, no nos da una definición de qué se entiende por tal, limitándose a contener unas normas concretas, arts. 83 a 99

Pese a ello puede decirse que dentro del seguro de personas (Tít. III LCS), el cual tiene por finalidad la cobertura de los riesgos que pueden afectar a la existencia, integridad corporal o salud de una persona humana, se encuentra el seguro sobre la vida, que es definido por la doctrina como aquél en el que el asegurador, a cambio de una prima única o periódica, se obliga a satisfacer al suscriptor de la póliza, o a la persona que él designe, un capital o una renta cuando fallezca o llegue a determinada edad la persona asegurada.

Por contra los tres Planes suscritos por el causante ( BK Renta Fija , BK BOlSA y BK Dinero ) han de ser definidos como Planes de Previsión Social Voluntaria tal como se desprende del tenor de los documentos 5 y ss adjuntados a la demanda.

Los Planes de Previsión Social Voluntaria reconocen un derecho económico a favor de los beneficiarios cuando concurra alguna contingencia cubierta por el Plan de Previsión básicamente jubilación, invalidez absoluta / permanente , muerte del socio , enfermedad grave y desempleo de larga duración) debiendo el socio como obligación principal efectuar la aportación correspondiente con la periodicidad pactada.

Producida la contingencia el beneficiario o beneficiarios tienen derecho a la percepción de la prestación recogida en el Reglamento del Plan de Previsión :en forma de capital, en forma de renta temporal o vitalicia o en forma de capital-renta.

Entendemos que la figura posee una analogía o un paralelismo con la de los Planes de Pensiones al tratarse en el fondo de un programa de ahorro y previsión de tipo bancario caracterizado por un proceso de capitalización a largo plazo en el que la Entidad de Previsión Social Voluntaria (BANKINTER)no es una Compañía Aseguradora ni está sometida a la tutela del organo de Control de la Actividad Aseguradora.

Para justificar tal paralelismo ( Plan de Pensión/ Plan de Previsión Social Voluntaria) la Sala se remite a la definición que el artículo 1 del RD 1307/1988 de 30 de Septiembre por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones da a esta figura :



"1. Los Planes de Pensiones definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a perciben rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse".

Por lo razonado se rechaza la aplicación al supuesto actual de la normativa contenida en la LCS referida al Seguro de Vida .

Siguiendo con el razonamiento la Sala constata un dato fundamental en el litigio al concurrir simultáneamente en la Sra. Estela una doble condición :

-Es beneficiaria de las aportaciones efectuadas por el Sr. Narciso a consecuencia del fallecimiento de éste y por aplicación, en defecto de designación expresa de beneficiario/s en la hoja de suscripción de los Planes del artículo 13.3 del Reglamento del Plan de Previsión .

-Es heredera forzosa/ legitimaria como cónyuge del causante Sr. Narciso ( artículo 807.3º del CC ).

En consecuencia :

a)Entendemos que concurren los requisitos para haber lugar a la colación al concurrir los requisitos del artículo 1035 del CC :

-Primero, concurrencia de herederos forzosos en una misma sucesión.

En este supuesto concurren los hijos y el cónyuge del causante.

- Segundo, que uno o varios de ellos, hayan recibido del causante de la herencia, en vida de éste, determinados bienes o valores.

Entendemos que en favor del cónyuge se han ido generando unos derechos como beneficiaria y a lo largo de la vida del causante de un activo consistente en las aportaciones realizadas en vida del Sr. Narciso hasta el fallecimiento lo que ha supuesto un paulatino enriquecimiento indirecto para la beneficiaria y sin contraprestación por parte de ésta última.

-Tercero, que, tal recepción, la haya sido por vía de dote, donación u otro título lucrativo.

Entendemos que dentro de la expresión legal " u otro título lucrativo" cabe residenciar la puesta a disposición de BANKINTER en favor de la Sra. Estela de los fondos correspondientes a los tres Planes de Previsión.

-Cuarto, que los bienes mismos o su valor, se traiga a la masa hereditaria, para ser computados en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición.

b))El artículo 1036 del CC no impone necesariamente que se practique la colación hereditaria entre los herederos forzosos cuando medie dispensa del causante bien en el testamento o con posterioridad observando las formalidades legales precisas.

El precepto exige asimismo que la dispensa sea expresa , es decir, que para ser eficaz debe de presentarse inequívoca e indubitada.

La lectura del testamento ológrafo ( documento 3 de la demanda folios 27 y ss del procedimiento) no contiene mención alguna de dispensa por parte del causante.

A virtud de lo razonado y por aplicación de los artículos 1035 y 1036 del CC entendemos que han de traerse a colación por parte de la beneficiaria/heredera forzosa Sra. Estela las aportaciones efectuadas por el Sr. Narciso a los tres Planes de Previsión procediendo, en consecuencia, la inclusión de su importe en el Activo del Cuaderno Particional adjudicando a los actores, como herederos forzosos del Sr. Narciso , la cuota correspondiente de tales aportaciones (54,01%).

3.-No procede el acogimiento de los motivos de oposición integrados en el presente motivo.

Se están incorporando en el SUPPLICO del recurso unos pedimentos no propuestos en el SUPPLICO de la demanda .

Así en el SUPPLICO de la demanda se solicita un pronunciamiento por el que "(.....) se desestime íntegramente la pretensión de la actora , con expresa condena en costas".

En el SUPPLICO del recurso de apelación se se postula junto a la desestimación íntegra de la demanda y de forma alternativa nuevos pedimentos "(....) no deberán ser colacionables más que las cantidades aportadas por el Sr. Narciso a las EPSV concertadas , y no así los posibles beneficios de las mismas y, en todo caso, deberán serle deducidas a la Sra. Estela de las cantidades a colacionar, los costos impositivos por ella soportados".





Se trata de cuestiones nuevas que exceden de las funciones revisoras del recurso de apelación en el que rige el principio "pendente appellatione nihil innovetur" y que, significativamente, por no haber sido expresamente planteadas, fueron, en consecuencia, obviadas por la Juzgadora de Instancia en el FJ QUINTO de su sentencia.

Pero amèn de lo anterior :

-Lo ùnico cierto es que BANKINTER puso a disposiciòn de la Sra. Estela el día 8 de Junio de 2004 la suma de 46.643,51 Euros.

Asì consta en el documento número cinco de la demanda y la contestaciòn de BANKINTER de fecha 27 de febrero de 2006 obrante en los folios 318 y 319 del procedimiento.

Pero se ignora si la Sra. Estela dispuso o no de todo o parte de la suma.

Únicamente nos consta una alegaciòn unilateral de parte interesada en el procedimiento que asegura no haber dispuesto de suma alguna.

-La prestaciòn satisfecha por la Entidad de Previsiòn Social Voluntaria ha de integrarse en la base imponible del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas de los perceptores, teniendo el tratamiento tributario correspondiente a las rentas de trabajo ( artículo 6 de la Norma Foral 7/1988, de 15 de julio , sobre Régimen Fiscal de Entidades de Previsiòn Social Voluntaria ).

Consta en el folio 318 y en el documento número 5 de la demanda que BANKINTER ya aplicò una retenciòn , que entendemos deriva del artículo 6 de la NF antes citada, por un importe de 4.777,78 Euros cantidad que ,en consecuencia, no fue satisfecha a la demandada toda vez que èsta percibiò la suma de 46.643,51 Euros sobre el total aportado en los tres Planes de Pensiòn que ascendiò a 50.034,01 Euros.

Pero el càlculo que propone la actora en el HECHO QUINTO de la demanda se realiza no sobre lo no percibido por la demandada - la suma de 50.034,01 Euros- sino sobre la suma de 46.643,51 Euros que si fue percibida.El càlculo de la actora respeta la cuantía retenida .

No se computa para el càlculo de la demanda la cantidad correspondiente a la retenciòn que es detraida del principal que ha afectado tanto a los actores como a la demandada. El costo impositivo en forma de retenciòn ya està soportado pero no sòlo por la demandada/ apelante sino tambièn por los actores.

En consecuencia se destima el presente motivo.

4.- Procede el acogimiento del pedimento en materia de costas devengadas en la alzada propuesto por la parte apelante entendiendoy siguiendo el criterio de la Juzgadora de Instancia,que se trata de una cuestiòn compleja jurídicamente donde pueden suscitarse serias dudas de derecho y en concreto :

a)Determinaciòn de la naturaleza jurídica de los Planes de Previsiòn Social Voluntaria cuya regulaciòn autonòmica no despeja tal cuestiòn con claridad.

b)Soluciòn al problema de la conjunciòn o de la preferencia de derechos sobre las aportaciones de los Planes Sociales de Previsiòn entre la demandada (heredera forzosa y beneficiaria vía contractual de tales derechos) y demandantes (herederos forzosos legitimarios del causante) en conjunciòn a la cuestiòn de la igualdad sucesoria entre los herederos forzosos y la problemàtica de la procedencia de la colaciòn como adiciòn contable a la masa de la herencia.

CUARTO.-

En relaciòn al pronunciamiento de costas nos remitimos a lo argumentado en el apartado 4.- del FJ TERCERO

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicaciòn.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberania Popular y en nombre de S.M. el Rey.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelaciòn formulado por la representaciòn procesal de Dña. Estela contra la sentencia de fecha 16 de Mayo de 2006 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número siete de Donostia-San Sebastian en el Juicio Ordinario número 930/2005 y ,en consecuencia, confirmamos en su integridad la resoluciòn impugnada.

No procede efectuar pronunciamiento en materia de costas devengadas en la presente alzada.



Dentro del plazo legal devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia junto al testimonio de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ