



Roj: **SAP TF 1353/2013 - ECLI: ES:APTF:2013:1353**

Id Cendoj: **38038370042013100165**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **4**

Fecha: **30/04/2013**

Nº de Recurso: **713/2012**

Nº de Resolución: **171/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PABLO JOSE MOSCOSO TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

Rollo núm. 713/12.

Autos núm. 1001/09.

Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife.

Ilmos. Sres.

**PRESIDENTE**

Don Pablo José Moscoso Torres.

**MAGISTRADOS**

Don Emilio Fernando Suárez Díaz.

Doña Pilar Aragón Ramírez.

=====

En Santa Cruz de Tenerife, a treinta de abril de dos mil trece.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos núm. 1001/09, seguidos por los trámites del juicio ordinario, sobre derechos legitimarios y promovidos, como demandante, por DON Juan Luis , representado por la Procuradora doña Carmen Blanca Orive Rodríguez y dirigido por el Letrado don Juan José Rodríguez Martínez, contra DON Aquilino , DOÑA Aida y la entidad ASTECA 3 SL., representados por la Procuradora doña Elena Rodríguez de Azero Machado y dirigidos por el Letrado don Juan Luis Álvarez Sánchez, ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente el Magistrado don Pablo José Moscoso Torres, con base en los siguientes

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Ilma. Sr. Magistrado-Juez doña María del Mar Sánchez Hierro, dictó sentencia el dieciséis de julio de dos mil doce cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: 1º) Se estima parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de Dº Juan Luis frente a Dº Aquilino y Dª Aida . 2º) Se declara que la donación efectuada por Dº Eulalio en escritura pública de 8 de febrero de 2007 a favor de Dº Aquilino y Dº Aida es inoficiosa y, por tanto, debe ser reducida. 3º) Se condena a Dª Aida a abonar al actor la suma de 15.260,20 -QUINCE MIL DOSCIENTOS SESENTA CON VEINTE- euros, más el interés legal de dicha suma desde la interposición de la demanda. 4º) Se condena a Dº Aquilino a abonar al demandante a suma de 175.492,34 -CIENTO SETENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS CON TREINTA Y CUATRO- euros, más el interés legal de dicha suma desde la interposición de la demanda.



5º) Se desestima la demanda formulada por la representación procesal de Dº Juan Luis frente a ASTECA 3, S.L., absolviendo a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas. 6º) Las costas procesales ocasionadas a ASTECA 3, S.L. deberán ser abonadas por la parte actora. Respecto al resto, no se hace especial pronunciamiento. ».

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación del demandado DON Aquilino mediante el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con expresión de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación del actor DON Juan Luis presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición esta Sala, se acordó incoar el presente rollo y designar Ponente; seguidamente se señaló el día diez de abril para la deliberación, votación y fallo del presente recurso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia apelada estimó en parte la demanda y declaró el carácter inoficioso de la donación de una vivienda unifamiliar sita en El Médano, llevada a cabo por el causante de las partes a favor de dos de los demandados (de la nuda propiedad a favor de su hijo y del usufructo a favor de su esposa), condenando a éstos, como consecuencia de la inoficiosidad, a pagar una determinada cantidad al actor (hijo también del causante y hermano del otro demandado), en concreto, la de 15.260,20 euros a la demandada y la de 175.492,34 euros al demandado.

Sin embargo no estimó la pretensión de nulidad de dicha donación ni la de un contrato de permuta llevado a cabo en escritura pública otorgada el 8 de febrero de 2007 por el mencionado causante como administrador de la entidad ASTECA, S.L. y su esposa demandada, en virtud del cual la entidad entregaba una vivienda y garaje a cambio de cincuenta participaciones de la sociedad, también demandada.

2. Dicha resolución ha sido apelada sólo por uno de los demandados, en concreto, por el hijo del causante, que en síntesis formula como fundamento de su impugnación las siguientes alegaciones: (i) Vulneración de los arts. 808 , 818 y 636, en relación con el art. 1035, todo ellos del Código Civil -CC -, pues el testador estableció mediante donación a favor de su hijo demandado una mejora indirecta expresa o, subsidiariamente, una mejora tácita sobre el segundo tercio de la herencia; (ii) Infracción del artículo 7.1 del CC y la doctrina de los actos propios pues dos años antes de la presentación de la demanda, el actor, junto con los demandados, había otorgado voluntariamente la escritura de partición de la herencia de su padre y esposo, en la que todos los interesados convinieron en realizar el reparto de la herencia de los bienes de una determinada forma, excluyendo la finca que fue objeto de la donación, sin que posteriormente pueda ir en contra de ese acto; (iii) Inadecuada e injustificada valoración de la prueba sobre el valor de vivienda donada sita en El Médano, pues ni vale lo que se dice en la pericial aportada con la demanda, ni la valoración está justificada.

3. El actor se ha opuesto el recurso presentado y advierte, en primer lugar, que la alegación sobre la mejora tácita es una cuestión nueva introducida por primera vez en el recurso, lo que hace improcedente su análisis y estimación al no poderse plantear en la apelación cuestiones distintas a las que fueron objeto de controversia en primera instancia; en segundo lugar y en cualquier caso, insiste en la "inexistencia de la mejora tácita en el derecho civil español", sin que, desde luego, la mejora puede considerarse como "un refugio frente a la inoficiosidad de las donaciones"; en tercer lugar, alude a la imprescriptibilidad de la acción de partición de la herencia e imposibilidad legal de aplicar la doctrina de los actos propios; finalmente, considera que se ha producida una adecuada valoración de la prueba pericial, siendo inexistente el error material de la misma, al mismo tiempo que se ha incurrido una "inadecuación del cauce apelatorio pues debió seguir la vía de la rectificación de errores materiales".

Además, el demandante ha impugnado en trámite de oposición la sentencia en determinados pronunciamientos que le perjudican, en concreto, en lo que se refiere a la absolución de la entidad Asteca 3, S.L. y en el relativo a las costas originadas a ésta, que se imponen al actor.

SEGUNDO.- 1. El recurso de apelación no permite, en efecto, que en la segunda instancia se planteen y resuelvan cuestiones que no se han suscitado en la primera ni, por tanto, se han resuelto en la sentencia que es objeto de impugnación. Sin embargo, no aparece con claridad que ello haya ocurrido en este caso respecto de la primera alegación del recurso de apelación, en la que se plantea la cuestión sobre la concurrencia en el caso de una mejora indirecta o tácita.



2. Hay que reparar, ante todo, en que con ese motivo no se hace ninguna variación de los hechos alegados que integran la base de las pretensiones de las partes, ni se alteran los términos de éstas tal y como han sido planteadas, ni, en fin, se produce una variación sustancial de su posición, sino que, sobre la base de esos mismos hechos, lo que se plantea es la producción de unas consecuencias jurídicas diferentes a las señaladas en la sentencia impugnada, de modo que representa una argumentación jurídica que confiere a esos hechos inmodificados una significación, también jurídica, distinta. En realidad de lo que se trata es, más bien y en su caso, de la aplicación de normas diferentes a las hechas valer por las partes en primera instancia o en un sentido y con un alcance distinto al mantenido en tal instancia, lo que autoriza el art. 218 de la LEC cuando permite resolver, sin merma alguna de la congruencia requerida (ni del derecho de defensa), con base en las normas aplicables al caso aunque no hayan sido citadas por las partes o no hayan sido acertadamente citadas por éstas.

3. Pero es que, además y por otro lado, la sentencia apelada se ha planteado la cuestión de la mejora indirecta o tácita, con lo cual no se trata propiamente de una cuestión nueva que no haya sido resuelta en ella; en efecto, cita y transcribe dos sentencias de otras dos Audiencias Provinciales que abordan directamente el tema, una de 16 de septiembre de 2002 de la Audiencia de Cantabria y la otra de 20 de noviembre de 2007 de la de Madrid, en las que se hace un análisis detenido y amplio de la cuestión con referencias doctrinales y jurisprudenciales; en la primera de ellas se señala que "la doctrina tradicional y mayoritaria afirma que nuestro derecho no admite las mejoras tácitas" y en la segunda que ".es doctrina jurisprudencial, basada en los artículos 825 (.) y 828 (.) del Código Civil, la radical y absoluta prohibición de las mejoras tácitas".

4. Es patente, por tanto, que la sentencia apelada se ha planteado la posibilidad de la existencia de una mejora tácita, como resulta del final del primer párrafo del fundamento de derecho segundo en el que expresamente se señala que "no cabe la mejora tácita", citando y transcribiendo a continuación las dos sentencias ya mencionadas como criterio de autoridad para justificar esa conclusión.

No se trata, pues, de una cuestión nueva que no pueda examinarse en el marco del recurso interpuesto.

TERCERO.- 1. Cuestión diferente es la de la concurrencia de una verdadera mejora indirecta (como consecuencia de la donación previa llevada a cabo por el testador en favor de uno de sus hijos) o tácita y la de su admisibilidad en nuestro Derecho. Ya se ha señalado que en las sentencias de las otras Audiencias Provinciales citadas (en las que también se alude a la doctrina jurisprudencial) se concluye que no se admite la mejora tácita en nuestro ordenamiento de acuerdo también con doctrina reiterada que recogen.

2. Esas dos sentencias se transcriben, como se ha señalado, en la resolución apelada y en ellas se hace una cabal exposición de la cuestión, con base además en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin que sea necesario aquí volver a repetir los extensos argumentos que contienen, bastando con remitirse a ellas. En definitiva y con base en el art. 825 del CC, solo se admite en nuestro ordenamiento la mejora expresa y únicamente el art. 828 del mismo Código (según el cual la manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre) contempla, como excepción, un supuesto de mejora tácita, que se produce cuando el testador lega a un descendiente lo que no cabe en el tercio libre o dispone de ese tercio, y después aún lega algo a un heredero forzoso; en este caso sí debe considerarse que ese legado debe imputarse al tercio de mejora.

Por otro lado, tampoco cabe inferir de una donación previa la intención de mejorar, ni siquiera cuando dispensa de la colación que no puede entenderse como voluntad expresa de mejorar, pues como se señala en una de las sentencias citadas, "aunque indudablemente la ausencia de obligación de colacionar supone siempre que el donatario que también es legitimario va a ver su posición mejorada en un sentido amplio, esto no encierra necesariamente ni tácitamente una expresión de voluntad de mejorar incluso dentro de la legítima; aunque pueda presumirse que así fuera, nos hallaríamos ante la presunción de una voluntad, no ante su expresión implícita, y ello obliga a preservar el derecho del legitimario a su legítima en toda su extensión, es decir, sobre dos tercios de la herencia".

3. En este caso no se ha producido, claramente, el supuesto del art. 828 del CC pues el testador no hizo ninguna manda o legado a su hijo demandado, y, por lo demás, el testador legó a su esposa el pleno dominio del tercio de libre disposición y en el remanente instituyó como únicos y universales herederos "por iguales partes" a sus hijos Juan Luis y Aquilino, lo que es clara expresión de su voluntad de equipararles en sus bienes. Por lo demás, ni siquiera dispensó de la obligación de colacionar en la escritura de donación en la que tampoco manifestó su voluntad expresa de mejorar a uno de los donatarios.

No cabe, pues, estimar este motivo del recurso.



CUARTO.- 1. La doctrina de los actos propios emana de la exigencia de la buena fe ( art. 7.1 del CC ) en las relaciones jurídicas y en el ejercicio de los derechos, y viene referida, como señala la más autorizada doctrina, a una conducta humana que determina una situación de derecho en contra suya que le obliga a su observancia en aras de la protección que se debe a la apariencia en servicio de la estabilidad de las relaciones jurídicas entre los hombres y de la seguridad jurídica, principio éste que se encuentra ya sancionado en el art. 9.3 de la Constitución Española .

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 21 de mayo de 2001 , por ejemplo) exige para la aplicación de esa doctrina la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción.

2. Sobre esta base considera la Sala que tampoco esta alegación puede estimarse, pues como señala la sentencia apelada con relación al inmueble donado no incluido en el inventario de la partición, no se ha acreditado "que el actor tuviera cabal conocimiento del negocio jurídico por el que había salido del patrimonio del causante y, por tanto, que ese negocio jurídico podía tener incidencia en la partición" (el subrayado se añade ahora). En el recurso se insiste en que el actor no podía desconocer la donación en el momento de la partición (realizada seis meses después de la donación), pues "en una relación normal entre hermanos (no se ha acreditado otro cosa) no es dable creer que don Juan Luis no supiera por su propio hermano que la vivienda familiar de veraneo (a la que también él iba) le había sido donada (o regalada en términos coloquiales). Y más aún, desde la aceptación de la herencia hasta la interposición de la demanda (mayo de 2009) trascurren casi dos años".

Puede ser que ello sea así, pues la inferencia no deja de ser razonable, pero otra cosa es que el actor tuviera cabal conocimiento de que ese negocio jurídico podía tener incidencia en la partición, como señala la sentencia apelada. En realidad a través de la doctrina de los actos propios lo que se plantea es la renuncia tácita de un derecho. Desde luego, la renuncia de un derecho, en este caso a una parte de la legítima por el heredero legítimo, debe de hacerse a través de la manifestación clara de la voluntad inequívoca de renunciar, que si bien no tiene que ser expresa ha de ser inferida de actos concluyentes (propios) que la pongan de manifiesto de forma inequívoca y con toda evidencia, y ello reclama precisamente de la plena consciencia del renunciante sobre la titularidad y el contenido del derecho que es objeto de la misma, como expresión del conocimiento claro que tiene el sujeto de las consecuencias de sus actos propios.

3. Y son precisamente las dudas sobre este hecho las que impiden acoger esta alegación, pues como señala la sentencia apelada, no está claro que el actor supiera, en caso de tener conocimiento efectivo de la donación, que el valor de lo donado debía traerse a la herencia para el cálculo de su legítima, de modo que ello impide que la partición efectuada de esa forma puede considerarse como un acto propio o, más bien, como una renuncia del actor a una parte de los derechos legítimos que le corresponden; es cierto que ello puede implicar en error que se proyecta sobre la partición (que tiene naturaleza contractual) y su validez, pero tal circunstancia debe ponerse en relación con el principio de la conservación de la partición (cuando no afecte de manera esencial a su contenido) y a la corrección a través de las vías legales oportunas, como es el caso del complemento de la legítima para el supuesto de la donación inoficiosa que no se ha tenido en cuenta en la ya realizada. Y como señala el apelado, la acción de complemento de la legítima es imprescriptible aunque ello no se opondría, de haber sido otras las circunstancias concurrentes, a la posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios

QUINTO.- 1.- En lo que concierne a la valoración del inmueble donado resulta conveniente matizar algunas de las alegaciones de la partes. La primera, que integra una impugnación propia de la apelación, pues no se trata ni se denuncia un error material o aritmético de la sentencia impugnada sino un error genuino de valoración (de hecho) que, desde luego, no cabe corregir por la vía de la aclaración sino que encuentra su vía propia de corrección a través del recurso.

Por otro lado, que el tribunal de la apelación se encuentra al fallar en la misma situación que el juez de primera instancia al dictar la sentencia impugnada, y con las mismas facultades en orden a la valoración de la prueba (naturalmente al margen del planteamiento concreto del recurso). Es decir, el tribunal valora la prueba con entera libertad de criterio de manera que, en esa faceta, no se encuentra limitado o restringido de alguna manera por la valoración del órgano a quo, valoración que puede revisar en todo su extensión y que no se encuentra supeditada a que merezca la calificación de arbitraria, irracional o ilógica y se ponga ello de manifiesto con toda evidencia, pues de ser así supondría desvirtuar una de las funciones propias de la apelación como recurso ordinario para conferirle el carácter de extraordinario, asimilándolo a una casación (en la que, en efecto, solo cabe la revisión de la prueba en esos supuestos).



Así lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 21 de diciembre de 2009 , por ejemplo) al establecer que "nuestro recurso de apelación constituye un juicio revisor del de primera instancia, y no ex novo fuera de todo límite, hay límites: las partes con sus impugnaciones acotan el ámbito del juicio; el material objeto de éste es el mismo de primera instancia, fuera de excepcionales casos de hechos nuevos o de nuevo conocimiento, o de nuevas pruebas; la reformatio in peius está excluida. Pero fuera de ellos, la apelación es un recurso ordinario que sitúa al Tribunal llamado a resolverla en la misma posición del juzgador de primera instancia respecto de alegaciones, pruebas y peticiones, con facultades para conocer del litigio, valorar las pruebas y aplicar el derecho que corresponda, todo ello según su propio criterio. Considerarse vinculado a las apreciaciones del juzgador de primera instancia, salvo que se advierta en ellas errores evidentes de bulto, supone desconocer la naturaleza de la apelación y convertirla en un recurso extraordinario."

2. Otra cosa distinta es que en la revisión de la prueba el tribunal de la apelación comparta, por su racionalidad y justeza, la valoración de la sentencia apelada y las conclusiones alcanzadas como consecuencia de esta operación, que, en lo aquí se refiere y respecto de las periciales practicadas, hay que llevar a cabo conforme a las reglas de la sana crítica ( art. 348 de la LEC ) y sin que, por tanto, los dictámenes emitidos vinculen de alguna manera al juzgador.

En este caso la Sala alcanza unas conclusiones similares de la sentencia apelada, porque analiza la prueba pericial sobre la base de unos criterios lógicos que, además, pone en relación con otra prueba practicada, en concreto con la del testigo Sr. Jesús Carlos , que es arquitecto de profesión y que además estuvo vinculado con la promoción y construcción de la vivienda donada que ha sido objeto de tasación (al ser socio de la empresa promotora). Esa cualificación profesional le confiere unos ciertos conocimientos técnicos sobre el valor del bien que permite atribuirle la condición de testigo-perito que recoge el art. 370.4 de la LEC , y su relación con la vivienda valorada confiere a su manifestación una cierta relevancia.

3. Pues bien, la sentencia apelada no "considera creíble" la valoración propuesta por la parte demandada, en función de la singularidad de la vivienda, pero tampoco admite la realizada "por el perito propuesto por la actora", y otorgando la relevancia señalado al testigo mencionado (que manifestó que el valor "rondaría los 600.000 euros" referido a 2007, y que desde entonces se habría depreciado en "no más del 10%"), considera que debe aplicar el porcentaje máximo de depreciación señalado por éste (10%) y lo aplica sobre el valor asignado en el dictamen aportado con la demanda, fijándolo definitivamente 572.257,63 euros.

Con alguna precisión y corrección que más adelante se señalarán, la valoración de la prueba en lo que se refiere a las bases y criterios en los que se funda, es compartida en esta alzada, sin que tampoco las alegaciones del recurrente sobre algunos aspectos de la tasación, en lo relativo a la necesidad de distinguir en el inmueble entre la parte destinada a garaje -bajo rasante- y la parte destinada vivienda atribuyendo un valor por m2 diferente a una y otra como, según se alega, se distinguen en algunas normas reglamentarias (Decreto Territorial 135/2009 y Orden ECO/805/2003); y ello porque la primera de esas disposiciones se refiere a viviendas de protección oficial y, sobre todo, porque la distinción tendría justificación cuando se trata de edificios con fincas separadas y destino diferente (garaje y vivienda), que integran unidades independientes susceptibles de tráfico jurídico diferenciado, pero que no tiene sentido cuando se trata de un inmueble que se valora y se tasa en la unidad que conforma todas sus partes, sobre todo cuando el "bajo rasante" puede estar destinado a uso distinto del de garaje (aunque de ordinario de destine a este).

4. No obstante, considera la Sala que sí debe hacer una rectificación en el valor del inmueble señalado para hacerlo más exacta en su correspondencia con el resultado de la prueba practicada e incluso con el propio método y criterios seguidos en la sentencia. Porque en ésta, en efecto, no se admite íntegramente la conclusión del perito de la actora precisamente por entender que, en función de la declaración del testigo- perito ya mencionado, se habría depreciado en un 10%; sin embargo, el mismo testigo- perito aludió al precio de mercado que "rondaría", los seiscientos mil euros. Esta expresión pueden entenderse que su valor puede ser superior, pero también inferior, al señalado, y de la misma manera que la sentencia apelada atribuye eficacia a esta prueba en orden al porcentaje de depreciación, se considera que debe fijarse exactamente en la cantidad señalada por dicho testigo es decir, seiscientos mil euros, sin que se tenga que llegar necesariamente a la cifra dada en el perito de la actora, que es el resultado del valor del m2 que obtiene sobre una media de precios estimados y sin justificación, cuando por lo demás lo mismo podría obtenerse un precio superior o inferior al que señala (al rondar sobre esa cantidad).

Sobre esta base considera la Sala que para determinar el valor del inmueble debe partirse de esa cifra sobre la que deberá operar el porcentaje de depreciación aplicado en la sentencia apelada, con lo que tal valor debe establecerse en 540.000 euros en vez del señalado en la sentencia apelada.

5. Como consecuencia de lo anterior, hay que entender que el valor total de la herencia a tener en cuenta (suma del relictum y el donatum) es de 1.279.635,42 euros en vez del señalado en la sentencia apelada (1.311.893,05



euros), por lo que como consecuencia de las operaciones a realizar a causa de la inoficiosidad de la donación con ese resultado, la cantidad que el demandado debe satisfacer a la actor alcanza la cifra, salvo error en el cálculo, de 164.739,50 euros en vez de la señalada en la sentencia de 175.492,34 euros, teniendo en cuenta que el importe de la condena impuesta a la codemandada en la sentencia apelada no se puede alterar por haber consentido la sentencia dictada y no estar unida al otro demandado apelante por vínculo de solidaridad (en realidad no hay una deuda con pluralidad de sujetos obligados a su pago, sino dos deudas distinta e independientes).

Procede pues estimar en este punto, pero solo en parte, el recurso.

SEXTO.- 1. El primero de los motivos de la impugnación del actor se refiere a la absolución de la entidad ASTECA 3, S.L., en relación con la escritura de permuta de sus participaciones, por entender la juzgadora que no ha existido simulación.

El impugnante insiste para sostener esta simulación, sobre todo y junto a la relación de parentesco entre los otorgantes del contrato, a la diferencia del valor asignado a las participaciones sociales en la permuta y en la partición. Sin embargo, esta circunstancia ya se contempla en la propia sentencia apelada que le priva de significación a esos efectos en función de la falta de una prueba adecuada sobre el valor real de esas participaciones que no ha podido determinarse en relación además con el bien permutado; es precisamente esa circunstancia, y las demás a las que alude dicha resolución al respecto, las que impiden estimar esta alegación del recurso que es insuficiente para desvirtuar los argumentos de la sentencia apelada, representando tan solo un distinto punto de vista al sostenido en esta resolución, que según considera la Sala debe prevalecer frente al de la parte apelante. Sobre todo teniendo en cuenta el carácter y la naturaleza de la permuta en función las obligaciones que genera, que en este caso se componen de dos bienes de naturaleza distinta, debiendo de insistirse en la consideración de la sentencia apelada sobre la esencia de la permuta, que viene constituido por el cambio de una cosa por otra, que pueden tener valor objetivo distinto pero a las que subjetivamente se le atribuye un valor idéntico.

2. El otro pronunciamiento impugnado es el relativo a las costas causadas a la citada entidad. Esta impugnación, desconectada del motivo anterior y en la consideración autónoma o independiente del pronunciamiento, no puede estimarse, pues, por un lado, se ajusta a lo dispuesto en el art. 394 de la LEC en cuanto que se impone a la parte que ha visto desestimadas todas sus pretensiones frente a dicha entidad por otro lado, y justamente por la esencia o carácter de la permuta a la que ya se ha aludido, tampoco cabe hablar de serias dudas de hecho o de derecho; en primer lugar, porque en todo caso se debería a la propia parte recurrente que tendría la carga de la prueba sobre el hecho dudoso, y, en todo caso, porque en la propia consideración del precepto, no basta con que se hayan suscitado algunas dudas en el proceso (que precisamente y salvo en el supuesto de pretensiones temerarias, se entabla de ordinario con ciertas bases de racionalidad) sino que para determinar la no imposición de las costas, deben representar un plus de dificultad con relación a las dudas normales que, por lo general, se plantean en todo proceso.

SÉPTIMO.- 1. Procede, en atención a todo lo expuesto, estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandado y desestimar la impugnación deducida por el actor.

2. En cuanto a las costas de recurso, no cabe hacer imposición especial sobre las originadas con el recurso dada su estimación parcial ( art. 398.2 de la LEC ), mientras que las causadas con la impugnación (si es que se ha originado, pues no se contestó al escrito mediante el que se articulaba) deben imponerse al impugnante que ha visto desestimada su pretensión.

## FALLO

En virtud de lo que antecede, LA SALA DECIDE: 1. Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandado, DON Aquilino , y desestimar en su integridad la impugnación deducida por el actor DON Juan Luis .

2. Revocar en parte la sentencia apelada, en concreto en el pronunciamiento que señala la cantidad que el demandado debe abonar al actor, que se deja sin efecto, y se fija en CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL SETECIENTAS TREINTA Y NUEVE EUROS CON CIENCUENTA CÉNTIMOS (164.739,50 ?) el importe de la condena que aquél debe abonar a éste más el interés legal de esta cantidad desde el momento señalado en dicha sentencia que se confirma en todo lo demás.

3. No hacer imposición especial sobre las costas originadas con el recurso interpuesto por el demandado, con devolución del depósito que se haya constituido para recurrir, e imponer al actor las causadas con su impugnación con pérdida del depósito constituido al efecto.



Contra la presente sentencia, dictada en un juicio ordinario tramitado por razón de la cuantía que no excede de seiscientos mil euros, caben, en su caso, recurso de casación por interés casacional ( art. 477.3 de la LEC ) y recurso extraordinario por infracción procesal, este solo si se formula aquel ( Disposición Final decimosexta 2ª, de la LEC ), y si se interponen ambos en legal forma en el plazo de veinte días ante este Tribunal previa la constitución del depósito en la forma y cuantía legalmente prevenidas.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ