



Roj: **SAP O 3146/2015 - ECLI: ES:APO:2015:3146**

Id Cendoj: **33024370072015100451**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **26/11/2015**

Nº de Recurso: **494/2015**

Nº de Resolución: **436/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PABLO MARTINEZ-HOMBRE GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7**

**GIJON**

**SENTENCIA: 00436/2015**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7 de GIJON**

N01250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

-

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

N.I.G. 33024 42 1 2015 0002463

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000494 /2015**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de GIJON

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000241 /2015

Recurrente: Laura , María , Alvaro

Procurador: FRANCISCO ROBLEDO TRABANCO, FRANCISCO ROBLEDO TRABANCO , FRANCISCO ROBLEDO TRABANCO

Abogado: ANA TERESA LOZANO DE PAZ, ANA TERESA LOZANO DE PAZ , ANA TERESA LOZANO DE PAZ

Recurrido: Benigno

Procurador: JUAN RAMON SUAREZ GARCIA

Abogado: FRANCISCO ANDRES GAMBARTE CAO

**SENTENCIA Núm. 436/2015.**

**ILMOS. SRES.:**

**PRESIDENTE: DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA**

**MAGISTRADO: DON JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ**

**DON PABLO MARTÍNEZ HOMBRE GUILLÉN.**

En GIJÓN, a veintiséis de Noviembre de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en GIJÓN, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 241/2015, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 1 de GIJÓN, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) nº **494/2015**,



en los que aparece como parte apelante, DOÑA Laura , DOÑA María y DON Alvaro , representados por el Procurador de los tribunales, Sr. FRANCISCO ROBLEDO TRABANCO, asistido por la Letrada DOÑA ANA TERESA LOZANO DE PAZ, y como parte apelada, DON Benigno , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JUÁN RAMÓN SUÁREZ GARCÍA, asistido por el Letrado D. FRANCISCO ANDRES GAMBARTE CAO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 1 de Julio de 2015 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO.- Que estimando la demanda formulada por D. Benigno , contra Dña. Laura , Dña. María y D. Alvaro , debo de:

Declarar que el caudal hereditario de Andrea , madre del demandante, fallecida el 9/1/2014, asciende a la suma del valor 39.109,61 ? repartido íntegramente por la causante en legados en su testamento, siendo la cuota de la legítima que le corresponde al actor como legitimario y heredero único de la causante según testamento otorgado por la causante ante el notario MIGUEL ÁNGEL BAÑEGIL el día 4/2/2010, de 26.073,07 ?, teniendo el actor derecho a dicha legítima y a que se reduzcan proporcionalmente los legados ordenados en el testamento a favor de los demandados para que no se vea perjudicada la legítima del actor. Condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a sus efectos.

Con expresa condena en costas a los demandados".

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de DOÑA Laura , DOÑA María Y DON Alvaro , se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 25 de Noviembre de 2015.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado **PABLO MARTÍNEZ HOMBRE GUILLÉN**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de primera instancia objeto de apelación por los demandados estimó la demanda interpuesta por la representación de don Benigno frente a doña Laura , doña María y don Alvaro , en la que con fundamento en lo dispuesto en el art. 820 del Código Civil se pretendía la reducción de los legados ordenados en el testamento de la madre del actor, doña Andrea , en la medida en que, pese a ser el único hijo de la causante e instituido heredero en el remanente de los bienes, la testadora habría legado a dichos demandados la totalidad de los bienes existentes a su muerte, en perjuicio de sus derechos como legitimario; en concreto: las joyas a sus dos sobrinas doña Laura y doña María , y a todos ellos, por partes iguales, el metálico existente en entidades bancarias, cuentas corrientes, libretas de ahorro a plazo fijo o cualquier depósito.

Frente a dicha pretensión los demandados, sin negar los hechos de la demanda, sostuvieron que para determinar el valor de la legítima del actor debía computarse una donación que la madre del apelado le había hecho en vida; en concreto alegaron que doña Andrea era propietaria de una vivienda en Valencia, donde residía junto con su marido y uno de sus hijos, y que tras el fallecimiento de ambos, decidió vender lo que constituía su vivienda habitual para trasladarse a vivir a Asturias donde residía su otro hijo, a cuyos efectos habría otorgado escritura de compraventa de fecha 13 de abril de 2004 por cuya virtud vendió la vivienda de Valencia por un precio de 150.253 euros; sin embargo, ulteriormente tanto la causante como el actor habría otorgado el día 18 de mayo de 2004 escritura de compraventa de una vivienda sita en Gijón, por cuya virtud el actor, junto con su esposa, habrían adquirido su nuda propiedad por precio de 80.776,03 euros, mientras que doña Andrea , habría adquirido el usufructo abonando por el la cantidad de 15.385,91 euros; lo que los demandados sostuvieron es que el dinero para adquirir la nuda propiedad fue donado por doña Andrea a su hijo, y que por ello la citada cantidad debería ser tenida en cuenta para el computo de la legítima, lo que conduciría a la improcedencia de la reducción de los legados pretendida.

**SEGUNDO .-** La sentencia de primera instancia desestimó dicho motivo de oposición sin valorar si efectivamente se habría producido la indicada donación argumentando que con arreglo al art. 1.035 del Código Civil , al ser el apelado el único heredero forzoso que concurría a la herencia de su madre no estaría obligado a colacionar aquello que hubiese percibido por donación o título gratuito por ella, por lo que a juicio del Juzgador de la instancia resultaría estéril la discusión sobre la realidad de dicha donación. El primer motivo del recurso de apelación tiene a combatir este razonamiento y el motivo debe ser acogido, por cuanto tanto el Juzgador de la instancia, como la parte apelada en su escrito de oposición al recurso confunden propiamente las operaciones



de computación y de colación, entendida ésta en sentido estricto, y es que como ya declaró el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de marzo de 1989, para determinar el importe de las legítimas ha de tenerse en cuenta no sólo el valor neto de los bienes que quedaron a la muerte del testador, sino también las transmisiones intervivos a título gratuito, cuyo valor contable representaría el activo de la herencia, y del que no pueden excluirse ninguna de las donaciones efectuadas, ya lo hayan sido a legitimarios o a tercero, según determina el párrafo segundo del art. 818 del Código Civil), entendiéndose el término "colacionables" que utiliza dicho precepto respecto de las donaciones en sentido impropio, que no se corresponde con el puramente técnico del art. 1.035 del Código Civil y que más bien significa "computable". Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2008, el cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el relictum con el donatum; así lo dicen expresamente las sentencias de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005 y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990, 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997 y el art. 818 del Código civil; la atribución es el pago de la legítima, por cualquier título; como herencia, como legado o como donación (arts. 815 y 819 del Código civil); la imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las sentencias citadas, de 31 de abril de 1990 y 28 de septiembre de 2005 y el artículo 819 del Código Civil, que se refiere a la imputación de las donaciones. Distinto de todo ello es la colación. Este es un tema de cálculo de legítima, cuando hay varios legitimarios y es, sencillamente, como la define la sentencia de 17 de diciembre de 1992, la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado; o, más precisamente, la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurren en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de éste, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición, como dice el artículo 1035 del Código civil. El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código civil. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación.

**TERCERO** .-El anterior razonamiento obliga a examinar la realidad o no de la donación afirmada por la parte apelante cuya prueba es ciertamente carga procesal que a ellos incumbe (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y para lo cual se justifica documentalmente por los mismos los dos compraventas, tanto la vendida por la causante, como la adquirida en Gijón por ella y el apelado; a los fines de acreditar que el metálico para la adquisición de la nuda propiedad de esta última le fue entregado por su madre, los demandados propusieron como prueba, al amparo del art. 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se requiriera el actor para que aportase en documento acreditativo de la cuenta bancaria desde la que abonó la cantidad de 80.776,03 euros como precio de la nuda propiedad; la finalidad de dicha prueba, expresamente manifestada, era la de, una vez identificada la misma, dirigir oficio a la entidad bancaria para que especificase si la misma tenía antes del 13 de abril de 2004 un saldo superior de 80.000 euros, y en caso, negativo, para conocer si entre dicha fecha y el día 18 de mayo de 2004 se había producido una entrada de dinero con expresión de la fecha concreta; sin embargo, dicha prueba no pudo practicarse por cuanto la parte presentó un escrito tras el acto de audiencia previa indicando que el pago se había realizado en efectivo de suerte que 39.138,96 euros habrían procedido de la herencia de su padre; 16.637,07 euros con dinero propiedad del demandado depositado en su domicilio y el resto, 25.000 euros, mediante un préstamo realizado por el padre de su esposa.

A juicio de la Sala este conjunto probatorio es suficiente para considerar la existencia de la liberalidad afirmada por los demandados.

La tesis que mantiene la parte apelante resulta más coherente y más acorde con la realidad que la afirmada por el apelado. Si la causante era propietaria de una vivienda en Valencia, y decide venderla, y al poco tiempo compra una vivienda en Gijón, donde traslada su residencia, parece lógico concluir que aquella venta se haga con esta finalidad y que los fondos que se obtienen con aquella operación se destinen para procurarse esta nueva vivienda. Lo que no parece que tenga sentido es que, teniendo la madre fondos propios, en principio suficientes, dicha necesidad fuera costeada por su hijo, quien según se afirma, y no se cuestiona, ya tenía una vivienda propia en Gijón, y mucho menos tiene sentido que ello se haga teniendo que pedir un préstamo como afirma a su suegro, cuando teóricamente su madre disponía de dinero suficiente y era quien principalmente estaba interesada en la operación. Es mucho más razonable pensar que lo que simplemente se pretendió era atribuir al apelado la propiedad de la nueva vivienda, en previsión de los efectos de la futura sucesión tras el fallecimiento de su madre, pese a que fuera ésta quien realmente abonó el precio en cuestión.

Si bien es cierto que, como se ha indicado, la prueba de la realidad de la donación incumbe a quien la afirma, no es menos cierto que, el art. 217 en su nº 7 dispone que "Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio"; si se tiene en cuenta las dificultades de prueba que implica



el pacto alcanzado entre madre e hijo, la necesidad de acudir a medios indirectos a modo de presunciones, y la importancia en este sentido que tiene a estos efectos determinar con qué medios y como pagó el demandado el precio por la nuda propiedad adquirida, se comprenderá que es la parte apelada a quien por su facilidad probatoria correspondería acreditar el origen de los fondos con los adquirió la nuda propiedad.

Pues bien, nada de ello se prueba. No sirve para ello la aportación de las declaraciones fiscales de los ejercicios 2013 y 2014 que solo acreditan que efectivamente el apelado tendría una capacidad económica media (la declaración del ejercicio 2014 sumados los ingresos por trabajo netos a importe de la devolución y deducidas las cantidades retenidas, arrojarían unos ingresos mensuales medios de unos 2.500 euros mensuales), pues sin necesidad de entrar a determinar si tal capacidad es suficiente para afrontar la adquisición de una segunda vivienda, pese a tratarse de un grupo familiar formado por los cónyuges y dos hijos, lo cierto es que la fuerza de aquella presunción exigiría una prueba más contundente y directa, pues no parece descabellado concluir que el apelante tenía a su favor medios documentales más que suficientes para justificar el pago que dice haber efectuado a los vendedores, y en este sentido, no puede dejar de valorarse, tal como autoriza el art. 329 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la actitud del apelado al haber impedido la práctica de la prueba que precisamente estaba destinada a estos fines, so pretexto de que el pago de los más de 80.000 euros se realizó en efectivo, lo que no tiene ninguna justificación ni razón de ser. En este sentido, no existe ninguna razón alegada que explique por qué compradores y vendedores prescindieron de los usuales mecanismos de pago, utilizando los servicios de las entidades bancarias, y acudieran al pago en efectivo, con el riesgo que ello implica; no parece plausible, ni existe el más mínimo indicio acreditado que haga pesar otra cosa, que el actor tuviera normalmente en su domicilio dinero en efectivo so pretexto de pagar ciertas obras que le permitiese así abonar la cantidad de 16.637,07 euros, máxime cuando el propio apelado en su interrogatorio indica que en dicha época no estaba llevando a cabo ninguna obra en su vivienda; tampoco existe la mínima prueba del préstamo que dice haber recibido de su suegro, también sospechosamente en efectivo, y para cuyo pago dice concertó un préstamo hipotecario después sobre la vivienda en cuestión, sin que exista razón para ello, pues como ya se ha indicado si su madre disponía de numerario suficiente ello no era preciso, y sin que tampoco exista prueba de su devolución so pretexto de que ésta también se hizo en efectivo.

Finalmente, el apelante afirma que 39.138,96 euros del precio habrían procedido de la herencia de su padre, a cuyos efectos debe indicarse que, efectivamente pocos días antes al de la venta de la vivienda de Valencia, en concreto el día 5 de abril de 2004, doña Andrea y su hijo otorgaron escritura pública de manifestación y adjudicación de las herencias del padre y hermano del demandante; como quiera que los únicos bienes los constituían la vivienda y el ajuar doméstico, a la madre del apelando se le adjudicó aquella, y a su hijo el ajuar valorado en 4.878,20 euros, con obligación de la madre de pagarle el exceso, para completar su hijuela valorada en 39.138,96 euros; y según diligencia extendida el 8 de junio de 2004 constaría abonado dicho exceso por importe de 34.27,76 euros. Una vez más el actor incurre en ciertas contradicciones, pues afirma que su madre le pagó no esta última cantidad, sino la que correspondía al total de su hijuela so pretexto de que el ajuar se lo quedó su madre, lo que no resulta probado máxime cuando dicho ajuar no se computa ahora para determinar el valor de la herencia, y una vez más afirma que su madre le dio los 39.138,96 euros en efectivo el mismo día de la compraventa de la vivienda de Gijón para pagar los vendedores lo que, si añadimos a lo anteriormente expuesto, que parece inconcebible que la madre efectuase dicho pago en efectivo, por innecesario, máxime cuando estamos hablando de una persona que en aquel tiempo contaba con setenta y cinco años de edad, impide considerar como cierta la versión del apelado.

Es cierto que, dicho antecedente permite apreciar que, cuando menos, el actor disponía de de 34.27,76 euros para hacer frente a parte del precio de la nuda propiedad; ahora bien, lo único que consta por la indicada diligencia notarial es que la causante abonó esta suma al apelado, mas, en la medida en que la forma que se dice en que se realizó el pago de esta deuda por su madre, esto es en metálico el mismo día la compraventa resulta increíble, y como quiera que no ha dado una explicación satisfactoria en cuanto a la forma del pago del resto del precio, que todo indica fue satisfecho por su madre, estando en su mano la prueba documental precisa que permitiría determinar si efectivamente dicha cantidad que se dice efectivamente abonada lo fue, en qué momento y cómo, y en su caso, si realmente se destinó al pago de parte del precio, habrá que concluir que la totalidad del precio por la nuda propiedad fue satisfecho con dinero de doña Andrea, lo que determina la estimación del recurso y desestimación de la demanda.

**CUARTO** .- Lo expuesto determina que las costas causadas en primera instancia sean impuestas a la parte demandante, sin expresa declaración en cuanto a las causadas por el presente recurso ( arts. 394 nº 1 y 398 nº 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) beneficiario definitivo.

## FALLO



**LA SALA ACUERDA** : Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Laura , doña María y don Alvaro contra la sentencia de fecha u **no** de julio de 2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Gijón en autos de juicio ordinario nº 241/2015, la cual se revoca en su totalidad, y en su lugar se desestima la demanda interpuesta por la representación de don Benigno contra dichos apelantes, absolviéndoles de las pretensiones contra ellos deducidas en la demanda, imponiendo a dicho demandante las costas causadas en primera instancia y sin expresa declaración en cuanto a las ocasionadas por la presente apelación.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ