



Roj: **SAP GR 1749/2016 - ECLI: ES:APGR:2016:1749**

Id Cendoj: **18087370032016100254**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **3**

Fecha: **25/10/2016**

Nº de Recurso: **411/2016**

Nº de Resolución: **263/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ENRIQUE PABLO PINAZO TOBES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN TERCERA

RECURSO DE APELACIÓN Nº 411/2016

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 18 DE GRANADA

ASUNTO: JUICIO ORDINARIO Nº 284/2015

PONENTE SR. ENRIQUE PINAZO TOBES.-

S E N T E N C I A Nº 263

ILTMOS/A. SRES/A.

PRESIDENTE

D. JOSÉ LUIS LÓPEZ FUENTES

MAGISTRADO/A

D. ENRIQUE PINAZO TOBES

Dª ANGÉLICA AGUADO MAESTRO

Granada a 25 de octubre de 2016.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial ha visto el recurso de apelación nº **411/2016**, en los autos de juicio ordinario nº 284/2015, del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Granada, seguidos en virtud de demanda de don Hernan y Manuel , representados por la procuradora doña Olga Ávila Prat y defendido por el letrado don Oriol Santancreu Esteban; contra don **Roque** , representado por el procurador don David Ángel Ruiz Lorenzo y defendido por la letrada doña Gemma Castro Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en fecha 6 de mayo de 2016 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " *Que, DESESTIMANDO la demanda interpuesta por D. Hernan y D. Manuel representados por el procurador Dña Olga María Ávila Prat y asistidos por el letrado D. Oriol Santancreu Esteban contra D. Roque , representado por el procurador Dña D. Dávid Ángel Ruiz Lorenzo y asistido del letrado Dña Gema Castro Rodríguez, debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de todos los pedimentos efectuados en la demanda, y con imposición de costas a la parte actora* ".

SEGUNDO : Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso. Una vez remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial, fueron turnadas a esta Sección Tercera el pasado día 19 de julio de 2016 y formado



rollo, por providencia de fecha 7 de septiembre de 2016 se señaló para votación y fallo el día 20 de octubre de 2016, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ENRIQUE PINAZO TOBES.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Ejercitan los demandantes, D. Hernan y D. Manuel , varias acciones contra su hermano D. Roque , indicando, con carácter principal, que el demandado dispuso de modo ilegítimo de 18.012,29 euros de la cuenta de su padre, fallecido el 10 de abril de 2014, en el periodo comprendido entre 21 de febrero de 2014 y 7 de mayo de 2014, solicitando por ello que se entregue a cada uno de los actores 6.004,09 euros, partiendo lógicamente de incluir todo el metálico citado en la cuenta del causante, siendo el montante señalado el único caudal relicto.

Los actores, subsidiariamente solicitaban que, en caso de estimarse la existencia de donación, respecto de la cantidad de 15.8000 euros, dispuesta en vida del causante semanas antes de su fallecimiento, debía colacionarse tal donación, y entregar el demandado a los actores 4.739,49 euros, teniendo en cuenta, para establecer esa suma, hecho octavo de la demanda, la cantidad dispuesta por el demandado tras el fallecimiento del padre.

El demandado, no alegó que existieran otros bienes del difunto distintos del metálico reflejado en la cuenta señalada en la demanda, fijando expresamente en 2.150 euros su importe, siendo por tanto fácilmente determinable el caudal relicto, que sin embargo considera la sentencia apelada que no puede fijarse. También en la contestación negó cualquier donación, que sin embargo realmente reconoció en interrogatorio y señalaron los testigos por él propuestos, llevándose a cabo las disposiciones del caudal de acuerdo con la voluntad del causante.

La sentencia recurrida, consideró acreditada la existencia de una donación remuneratoria, disponiendo por tanto el demandado de los fondos del causante para sí, por tal título, entendiéndose no colacionables los servicios remunerados, sin poder establecer el carácter inoficioso en el resto, al no acreditarse el caudal relicto, siendo las cantidades dispuestas tras el fallecimiento del causante un crédito de la herencia contra el demandado, que deberá repartirse en el procedimiento correspondiente, desestimando la demanda con imposición de costas a la parte actora.

La parte apelada, es decir D. Roque , no cuestiona que percibiera de la cuenta del causante, el importe del ingreso extraordinario de 15.000 euros mencionado en la demanda, y no se ha probado que con ello tratase de satisfacer ninguna necesidad excepcional del padre de los litigantes, sin existir título oneroso que justifique el desplazamiento patrimonial a favor del demandado, no alegado. D. Roque reconoció recibir tal importe a título gratuito, como realmente admitió, reiteramos, en interrogatorio, y corroboró la testifical practicada a instancias del demandado. Sin embargo, respecto de las cantidades dispuestas, lógicamente, no podemos incluir como donación las destinadas al sostenimiento del difunto, como son las retiradas de efectivo realizadas desde principios de 2013, que los propios actores no cuestionan que se dirigieran a satisfacer las necesidades del padre de los litigantes, que no desaparecieron después del 21 de febrero de 2014 hasta el 10 de abril de 2014, cuando en todo ese tiempo no estuvo ingresado en un centro hospitalario. En todo caso, respecto de las cantidades percibidas indebidamente por el demandado, tras el fallecimiento del causante, no existiendo más bienes en la herencia, sin discutirse la ilegitimidad de tales cobros, es incuestionable que el apelado debe entregar a cada uno de sus hermanos la tercera parte de tal importe, en atención a su participación en la sucesión.

SEGUNDO. - En consecuencia la sentencia debe ser revocada, recordando la STS de 4 de julio de 2005 que "basar la desestimación de la demanda en la validez de una donación remuneratoria excede del objeto del litigio, según quedó configurado en la demanda y contestación, y en algo totalmente ajeno a lo postulado por las partes". Es decir nuestro caso, cuando nunca alegó el demandado la existencia de donación remuneratoria. Además, STS 29 de noviembre de 2012 , no es cierto que tal tipo de donación no compute a efectos de la fijación de la legítima, y no cabe establecer de oficio, sin prueba, y sin alegación de parte, la índole de los servicios y atención remunerada, que no podemos en consecuencia equiparar sin más a una prestación laboral a tiempo completo.

La Resolución apelada olvida que, no existiendo haber partible, tras las disposiciones realizadas por el demandado en la cuenta del causante, siendo perfectamente determinable el caudal relicto, nada impedía el ejercicio de la acción por el cauce del juicio declarativo, máxime cuando realmente por el demandado se negaba la procedencia de la entrega de cualquier importe a sus hermanos y por tanto la propia división, sin que el proceso especial tenga por objeto dilucidar sobre la procedencia de la partición. La jurisprudencia desde



antiguo ha reconocido que el juicio declarativo resulta procedente incluso para realizar las operaciones de división de la herencia y desde luego para decidir sobre el patrimonio a dividir (entre otras STS 17 de julio de 1994 y 31 de octubre de 1996).

TERCERO.- No se ha probado la falta de capacidad del causante, cuando semanas antes de su fallecimiento puso a disposición del demandado y su esposa, autorizados a retirar fondos de la cuenta donde se efectuó el ingreso de 15.000 euros, tal importe, sin que nunca exigiera el padre de los litigantes al demandado o a sus esposa ninguna rendición de cuentas por las retiradas de efectivo que llevaron a cabo. Ninguna necesidad o atención propia se ha probado que tratase de cubrir o satisfacer el fallecido con la disposición extraordinaria antes mencionada, y ni siquiera se ha alegado o justificado otro interés que la realización, poco antes de la muerte del disponente, de un acto de liberalidad en favor de aquel de sus hijos del que recibía mayor atención. Por tanto, debemos dar por acreditada la donación de 15.000 euros, sin que deba incrementarse con otras cantidades, ya que las disposiciones realizadas desde abril de 2013, con cargo a la pensión del causante, lógicamente deben entenderse destinadas a su sostenimiento, no siendo lógico pensar, cuando desde 20 de febrero no estuvo ingresado permanentemente en el hospital, que su sostenimiento, como antes, no genero ningún gasto.

El donante no podía disponer por vía de donación más de lo que podía disponer por testamento, que era un tercio de sus bienes (*art. 654 CC*). Sus hijos tienen derecho a la legítima larga, o dos tercios de la herencia (*art. 808 CC*). El artículo 819, precepto inmediatamente anterior al 820, preceptúa que las donaciones hechas a legitimarios, que no tengan el concepto de mejora, se imputarán a su legítima, y las hechas en favor de extraños, a la parte libre de la que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. Termina el 819 con la siguiente regla: "En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes". Esta regla ha de aplicarse tanto a la donación en favor de legitimarios como de extraños, por lo que si la efectuada a los primeros excede de su cuota legitimaria, en el exceso deben ser tratados como extraños, en otras palabras, que el mismo ha de imputarse a la parte de libre disposición, y es el exceso sobre ésta el que será objeto de reducción (STS 29 de mayo de 2006).

Siendo todos los interesados en la partición promovida herederos forzosos y preexistiendo donaciones -lo que constituye los requisitos de la colación- habrán de traerse a ésta, no las cosas donadas sino su valor (en el momento de efectuarse el avalúo de los bienes hereditarios), siendo del cargo del donatario el aumento o la pérdida o deterioro de la cosa, y ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.045 del CC, para formar, de manera ideal, la masa partible, percibiendo cada uno de ella su cuota, imputando, primero, el valor de lo donado en la cuenta colacionante y, segundo, compensando a los demás en la forma determinada en el art. 1.047 y ss. del CC (STS 2 de julio de 2007).

El artículo 654 dispone que las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso, lo cual implica, en principio, que tal exceso deba integrarse en el caudal hereditario para ser repartido entre todos los herederos forzosos (STS de 2 de octubre de 2014), sin que la finalidad perseguida por la norma, en orden a la salvaguarda de las cuotas hereditarias referidas de la sucesión, pueda obstaculizarse por no existir patrimonio hereditario con el que poder igualar al resto de los coherederos (STS 19 de febrero de 2015).

Por tanto, aplicando esta doctrina al caso, sin hacer cálculos duplicados, siendo la retirada de efectivo después del fallecimiento realmente de 2.170 euros, dejando al margen otros cargos legítimos por deudas de la herencia, tenemos, en primer lugar, un caudal relicto de 17.170 euros (15.000 + 2170), ya que, como hemos explicado, no debe estimarse como donación las cantidades que, como en meses anteriores, después de 21 de febrero de 2014, procedentes de la pensión del causante se destinaron lógicamente a la atención de sus necesidades de subsistencia, que no desaparecieron hasta su muerte, como realmente admiten los actores, que no ponen en duda tales actos de disposición.

Por tanto, imputando al tercio de libre disposición, en favor del demandado, 5.723,33 euros, siendo 11.466 euros el importe de la legítima, correspondiendo, tras dividirla entre los tres hermanos, al donatario, 3.815,55 euros, debe restituir a la herencia 5.461,12 euros, por lo recibido en exceso por la donación, más 2.170 euros que se atribuyó indebidamente tras retirarlos de la cuenta del finado.

Por tanto, debe entregar a los actores, 7.631,12 euros, es decir 3.815,56 euros a cada uno, importe de su respectiva legítima, debiendo en consecuencia estimarse parcialmente la demanda y el recurso de apelación.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 394 y 398.2 LEC, no procede imponer las costas de la demanda y del recurso, estimados parcialmente.

FALLAMOS



Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Hernan y D. Manuel , frente a la sentencia de 6 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 18 de los de Granada , en los autos 284/15 de que dimana este rollo, con devolución del depósito constituido para recurrir, revocando dicha resolución, dejándola sin efecto, acordando en su lugar la estimación parcial de la demanda interpuesta por los recurrentes antes citados, contra D. Roque , condenando en definitiva a pagar, a cada uno de los actores 3.815,56 euros, que es la cantidad que por su condición de legitimarios deben recibir los demandantes de la herencia de Elias , en poder actualmente del demandado, que deberá compensar en tal importe a los actores; y todo ello sin que proceda imponer las costas devengadas en ambas instancias.

Contra esta resolución cabe recurso de casación, de justificar interés casacional y, en este caso, también extraordinario por infracción procesal, a interponer en el plazo de VEINTE DÍAS a contar desde el siguiente a su notificación, a resolver por la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados y la Ilma. Sra. Magistrada que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su firma, de lo que yo el Secretario certifico.