



Roj: **SAP O 3025/2017 - ECLI: ES:APO:2017:3025**

Id Cendoj: **33044370062017100360**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **17/11/2017**

Nº de Recurso: **372/2017**

Nº de Resolución: **372/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JAIME RIAZA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

SENTENCIA: 00372/2017

N10250

C/ CONCEPCION ARENAL. 3 4 PLANTA

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

N.I.G. 33044 42 1 2015 0012550

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000372 /2017

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.2 de OVIEDO

Procedimiento de origen: DIVISION **HERENCIA** 0001189 /2015

Recurrente: Antonieta

Procurador: MARIA DOLORES SANCHEZ MENENDEZ

Abogado: JESUS SEOANE RODRIGUEZ

Recurrido: Jaime

Procurador: ANTONIO SASTRE QUIROS

Abogado: FRANCISCO ALONSO DIAZ

RECURSO DE APELACION (LECN) 372/17

En OVIEDO, a diecisiete de Noviembre de dos mil diecisiete. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D^a María Elena Rodríguez Vígil Rubio Presidente, D. Jaime Rianza García y D^a. Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

SENTENCIA N°372/17

En el Rollo de apelación núm.372/17, dimanante de los autos de juicio civil división de **herencia**, que con el número 1189/15, se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N°2 de Oviedo, siendo apelante DOÑA Antonieta, demandada en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Sánchez Menéndez y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Seoane Rodríguez; y como parte apelada **DON Jaime**, demandante en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Sastre Quirós y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Alonso Díaz; **ha sido Ponente el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado don Jaime Rianza García.**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. N°2 de Oviedo, dictó sentencia en fecha 12-06-17 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que desestimando la impugnación formalizada por la representación de Doña Antonieta frente al cuaderno particional de 20 de febrero de 2017, se aprueban las operaciones divisorias contenidas en el mismo.

Se impone a Doña Antonieta el abono de las costas devengadas por la oposición."

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 14-11-17.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la oposición de la viuda a las operaciones divisorias realizadas por el contador razonando que la donación hecha por el testador a favor de aquella debía computarse íntegramente para el cálculo de la legítima, por más que el donante hubiera manifestado que hacía esa liberalidad para remunerar los servicios prestados por la donataria, y había partido de la valoración facilitada por una de las partes para no incrementar los gastos de la partición, sin que tampoco se hubiera ofrecido otra alternativa en el curso del proceso; rechazó también que pudiera descontarse la carga tributaria asociada a la donación como gasto de la partición, y por último que los honorarios del contador debieran repartirse en proporción a la respectiva cuota de cada heredero pues formaban parte de las costas procesales y seguían la suerte de dicho pronunciamiento.

Interpone recurso la opositora insistiendo en la excepción de caducidad de la acción por transcurso de más de cinco años contados desde la muerte del testador, sin que, a su juicio, sirva de excusa que previamente hubiera tenido que impugnarse la desheredación pues el demandante hubiera podido acumular ambas pretensiones en un mismo proceso; en segundo lugar reproduce el alegato de que el piso NUM000 - NUM001 del nº NUM002 de la CALLE000 de esta ciudad de Oviedo no podía ser incluido en el inventario de la **herencia** al pertenecer a la heredera por título de donación remuneratoria, que no podía ser declarada inoficiosa, ni sujeta a colación, al menos en la parte que respondiera a la remuneración por los servicios prestados; en tercer lugar critica que la sentencia no hubiera dilucidado el valor de los servicios prestados al donante como presupuesto previo de la declaración de inoficiosidad, sin posible equiparación con el valor declarado del inmueble al tiempo de la donación; invoca también incongruencia por haber obviado la sentencia el valor en que el promovente cifraba el valor de los servicios prestados, el del inmueble donado y en consecuencia el perjuicio causado por la donación; considera vulnerado el artículo 1.045 del Cc . conforme al cual la valoración de los bienes habrá de calcularse por el que tuvieran al tiempo de la partición, que era sensiblemente inferior al manejado por el contador y además constaba en autos por haber sido aportado de adverso; y por último cita como infringido el artículo 1.064 del Cc . pues los gastos de la partición deben repartirse entre los herederos en proporción a su cuota.

SEGUNDO.- Ciertamente el artículo 1969 del Cc . indica que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, salvo disposición especial que otra cosa determine, y por tanto es obvio que en este caso el plazo debe contarse desde que adquirió firmeza la sentencia que declaró que el demandante había sido desheredado sin justa causa porque, contrariamente a lo que se ahora dice, el ahora apelado no podía acumular dicha pretensión y la divisoria del caudal común en un mismo proceso; esto último es así porque el artículo 72 de la LEC exige para ello que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo y en el caso que nos ocupa la impugnación del **testamento** debía hacerse por medio del juicio declarativo ordinario regulado en el artículo 399 y ss. de la LEC , mientras que la impugnación de la donación inoficiosa tiene su sede natural en este proceso de división de **herencia**; de todo ello resulta que al tiempo de interposición de la presente demanda no habían transcurrido los cinco años del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la donación inoficiosa.

TERCERO.- La regulación del Código Civil sobre las donaciones remuneratorias es confusa porque el artículo 622 propugna un régimen dual aplicando a la parte remuneratoria las reglas de las obligaciones y contratos y las de la donación a la parte puramente liberal, pero esa distinción obvia que el artículo 619 define como remuneratoria la donación que se hace a una persona por sus méritos o servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deuda exigible; la contradicción que implica aplicar las reglas de las obligaciones y contratos a una recompensa que por definición es inexigible y por tanto hecha por pura liberalidad ha sido enjuiciada en la sentencia del Pleno del TS de 16 de enero de 2013 en la que reitera la doctrina impartida en



la de 11 de enero de 2007 concluyendo que "la donación remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el animus donandi del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico, de modo que "en el terreno de la aplicación del derecho, no es posible la conjugación de los artículos 619 y 622, en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria con una donación modal. Es en ésta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria."

En consecuencia la sentencia de instancia acierta cuando afirma que la donación debe ser computada íntegramente, excluyendo cualquier deducción por unos hipotéticos cuidados prestados en el marco de una relación more uxorio iniciada tras la separación matrimonial del donante, según expresa la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Ferrol en el juicio ordinario 479/12.

Ello es así porque a la donación remuneratoria es de aplicación la prohibición contenida en el artículo 636 del Cc . conforme al cual, nadie puede dar ni recibir por donación más de lo que pueda dar o recibir por **testamento**, de manera que cuando el donante tenga herederos forzosos, la donación no podrá exceder de la parte de que el testador pueda disponer libremente.

En consecuencia la sentencia aplica correctamente el artículo 818 del Cc . cuando dice que para fijar la legítima se atenderá el valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de deudas y cargas, sin incluir entre ellas las impuestas en el **testamento**, y añade a continuación que al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables.

A este último respecto constatamos que el hipotético valor de los cuidados prestados al testador no es ninguno de los dispendios eximidos de colación según lo dispuesto en los artículos 1.041 a 1.044 del Cc ., de modo que la donación e institución de la demandada como única heredera del causante debían ser reducidos en tanto no respetasen la legítima de las dos terceras partes de la **herencia** que el artículo 808 del código reserva a los hijos y descendientes porque la parte de la coheredera justamente desheredada acrece al demandante por mor de lo dispuesto en el artículo 982 del Cc. en relación con el 756 y 854 de ese mismo texto legal .

Como quiera que el causante asignó todos sus bienes a la demandante, por vía de donación de la nuda propiedad de la vivienda familiar primero y de la institución como única heredera después, la sentencia acierta al computar el valor de lo donado en vida y de lo relicto para después de su muerte para determinar en qué medida deben ser reducidas ambas disposiciones.

Para acabar con este capítulo añadiremos que los cálculos efectuados en el apartado sexto de la demanda para dilucidar que la donación era inoficiosa no suscitan duda de congruencia en la sentencia de instancia pues el suplico de aquel escrito se ciñe a la petición de división judicial de la **herencia**, que habrá de tomar en consideración el valor íntegro del inmueble donado por las razones que acabamos de exponer.

CUARTO.- En lo que sí lleva razón el recurso es cuando invoca que la redacción actual del artículo 1045 del Código Civil , tras la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, obliga a atender al valor de lo donado al tiempo de su evaluación (STS de 28 de abril de 1988), en vez de situarlo en la fecha de la donación (STS de 17 de marzo de 1989); el artículo 1045 establece como importancia constatable de la colación el sistema "ad valorem", es decir, que no han de traerse a colación las mismas cosas donadas, sino su valoración al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, lo cual es absolutamente lógico, ya que al tratarse de una prestación de valor, en principio, había que tener en cuenta el importe de la donación cuando se hizo, pero debidamente actualizado, por mor, esencialmente, al fenómeno económico de la inflación y el de la devaluación monetaria, y en este sentido se ha inclinado la doctrina científica moderna y la doctrina jurisprudencial (SSTS de 9 de julio de 1982 , 17 de marzo de 1987 y 22 de noviembre de 1991); además, el párrafo primero del artículo 1045, tanto desde el punto de vista finalista, como desde el conceptualista, permite una hermenéusis literal, que no admite duda, y ello desde el instante mismo de que es lógico y sobre todo justo que la frase "al tiempo que se evalúen los bienes hereditarios" significa que, en circunstancias normales, los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier evento dicha partición no ha podido ser hecha efectiva, la evaluación se deberá hacer en el instante de practicarla (STS 4 de diciembre de 2003).

Es así que el cuaderno particional parte erróneamente de la valoración que el agente de la propiedad inmobiliaria hace de ambos inmuebles a fecha de 16 de agosto de 2006, esto es la de la donación del NUM000 - NUM001 del nº NUM002 de la CALLE000 de esta ciudad de Oviedo, máxime cuando el causante conservó el segundo inmueble hasta su muerte por lo que, en cuanto a este no debió albergar la más mínima duda sobre la fecha a la que debía datarse el avalúo.

En el supuesto revisado consta que los dos pisos habrían perdido valor como consecuencia de la caída experimentada por el mercado en los años siguientes, de manera que, a fecha de 9 de abril de 2015 el primero de los inmuebles fue tasado en 157.990 €, y el NUM003 , puerta NUM004 , del nº NUM005 de la CALLE001



de La Coruña en 120,520 ?.; la curiosa circunstancia de que la depreciación haya sido idéntica en uno y otro caso, no obstante ubicarse los inmuebles en dos poblaciones distintas y distantes, no excusaría la corrección aritmética de las operaciones particionales, incluso aunque solo fuera relevante a efectos fiscales, que no lo es porque también podría incidir en la compensación a metálico que podría acarrear la reducción, caso de que tuviera por objeto un bien indivisible; ello es así porque el artículo 821 del CC . dice que cuando el legado (en este caso la donación) consista en una finca que no admita cómoda división, quedará esta para el legatario (en este caso para la donataria) si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos, pero aquel y estos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.

Es decir el artículo 821 del Cc . es contrario a la constitución de comunidad sobre el bien objeto de legado o donación, pero lo cierto es que la apelante no ha cuestionado ese particular y el Tribunal no podría hacerlo de oficio sin incurrir en la proscrita "reformatio in peius" pues la reducción de la donación y la aplicación del valor actualizado acabaría proporcionándole una compensación a metálico inferior a la que resultaría del cuaderno impugnado.

QUINTO.- En el capítulo de gastos debe decirse que lo pagado por la demandada con motivo de la liquidación del impuesto de donaciones tendrá que hacerse valer ante la Administración tributaria al tiempo de la liquidación del impuesto de sucesiones, pero en modo alguno puede ser computado en esta partición.

Y por lo que se refiere a los gastos de la partición, en particular a los honorarios del contador, es jurisprudencia consolidada que los mismos deben entenderse realizados en interés común de todos los herederos (sentencia de 14 de mayo de 2002 , entre otras), pero ello no impide que cada heredero deba responder de los mismos en proporción a la cuota que tenga en la **herencia** (sentencia de 11 de enero de 1950 , 30 de enero de 1960 y 16 de abril de 1973); esto es así abstracción hecha de la cantidad que cada cual haya podido anticipar en el curso del proceso y en virtud de las reglas que disciplinan este último, de manera que en este punto se estima también el recurso.

SEXTO.- De conformidad con los artículos 394 y 398 de la L.E.C ., no se hará especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por **DÑA. Antonieta** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Oviedo en los autos de que este rollo dimana ordenamos que se incluyan los honorarios del partidador como gastos de la **herencia** a satisfacer por cada cual en proporción a su respectiva cuota hereditaria, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en ambas instancias.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

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

E/