



Roj: **SAP PO 1244/2018 - ECLI: ES:APPO:2018:1244**

Id Cendoj: **36038370032018100264**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **3**

Fecha: **03/09/2018**

Nº de Recurso: **199/2017**

Nº de Resolución: **248/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO JUAN GUTIERREZ RODRIGUEZ-MOLDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00248/2018**

N10250

/ROSALÍA DE CASTRO NÚM. 5-2-IZQ. (PONTEVEDRA)

-

Tfno.: 986805127/28/29/30 Fax: 986805123

MC

**N.I.G.** 36038 42 1 2015 0001626

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000199 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de PONTEVEDRA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000316 /2015

Recurrente: Damaso

Procurador: SENEN SOTO SANTIAGO

Abogado: PILAR DE SAA MARTIN

Recurrido: Emma , Edmundo , Francisca , Eladio

Procurador: JOSE PORTELA LEIROS

Abogado: ANTONIO JOSE ALVAREZ ARANGO

**SENTENCIA Nº 248/2018**

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRISIMOS SRES

PRESIDENTE

D. ANTONIO JUAN GUTIERREZ R.- MOLDES.

MAGISTRADOS

**D. JAIME ESAÍN MANRESA**

**D. FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS.**

En PONTEVEDRA, a tres de septiembre de dos mil dieciocho



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000316 /2015, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido **el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 199 /2017**, en los que aparece como parte apelante, Damaso , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. SENEN SOTO SANTIAGO, asistido por el Abogado D. PILAR DE SAA MARTIN, y como parte apelada, Emma , Edmundo , Francisca , Eladio , representados por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE PORTELA LEIROS, asistido por el Abogado D. ANTONIO JOSE ALVAREZ ARANGO, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. ANTONIO JUAN GUTIERREZ R.- MOLDES.

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

**PRIMERO.**- Por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Pontevedra, se dictó sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Estimar parcialmente la demanda formulada por el Procurador Sr. Soto Santiago, actuando en nombre y representación de Damaso , frente a Emma , Eladio , Francisca y Edmundo , representados por el Procurador Sr. Portela Leirós, y acordar computar en el activo del inventario bienes hereditarios del cuaderno particional de la **herencia** de D<sup>a</sup> Leonor el valor actualizado de lo donado en escritura pública de 1 de agosto de 1988 (84.849,18 euros), desestimando el resto de las pretensiones formuladas, todo ello sin hacer pronunciamiento en materia de costas. Estimar parcialmente la demanda reconvenicional formulada por el procurador Sr. Portela Leirós, actuando en nombre y representación de Emma , Eladio , Francisca y Edmundo , frente a Damaso , representado por el Procurador Sr. Soto Santiago, y declarar válido el apartado IV.5 de la Base Segunda del cuaderno particional de la **herencia** de D<sup>a</sup> Leonor y acordar computar en el activo del inventario de bienes hereditarios del cuaderno particional de la **herencia** de D<sup>a</sup> Leonor el valor actualizado de lo donado en escritura pública de 1 de agosto de 1988 (84.849,18 euros), desestimando el resto de las pretensiones formuladas, todo ello sin hacer pronunciamiento en materia de costas."

**SEGUNDO.**- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante reconvenido el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo.

**TERCERO.**- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

No se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en lo que se oponga a lo siguiente.

**PRIMERO.**- Se enfrentan en este juicio los hijos de D<sup>a</sup> Leonor por diversas cuestiones relativas a su **herencia** y a las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, partición y adjudicación de sus bienes, practicadas mediante documento de fecha 24 de diciembre de 2014.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda de D. Damaso acordando la computación en el activo del valor actualizado de lo donado por escritura de 1 de agosto de 1988, pero con desestimación del resto de las pretensiones. Estima también parcialmente la demanda reconvenicional en relación a la validez del legado que se incluye en el inventario como deuda de D. Damaso , pero sin imponerle condena de pago, por no proceder mientras no se modifique el cuaderno particional.

Sólo el demandante promueve recurso de apelación para reiterar con carácter genérico la estimación íntegra de sus pretensiones. Si bien ha de tenerse en cuenta en relación a sus alegaciones que ya ha sido estimada la inclusión en el inventario de la donación de 1988 para el cómputo en el activo de su valor actualizado.

**SEGUNDO.**- El recurso se centra de esta forma en la validez y eficacia del legado de la testadora a su hijo D. Damaso en pago a su legítima. Es un legado de perdón o liberación, previsto por el art. 870 y ss CC, por el que se le condona la deuda de trece millones de pesetas derivada del impago de todos los talones que no hizo efectivos.

El **testamento** se otorga el 4 de febrero de 2013 y ha de ponerse en relación con la donación otorgada el 1 de agosto de 1988 relativa a una tercera parte indivisa de una embarcación. Esta es la donación que ha de computarse en el inventario, ya con conformidad de las dos partes, pero sin colación de la misma por haberlo dispuesto así de forma expresa la donante en la propia escritura, como también acuerda la sentencia apelada.

Vinculado a esta misma donación se encuentra el documento privado que las mismas partes firman al día siguiente, 2 de agosto de 1988. También se titula donación del mismo tercio de la embarcación, pero incluye otro acuerdo oneroso por el que D. Damaso se obliga a entregar a su madre la cantidad de trece millones de pesetas.

Ambos contratos son válidos y compatibles, por lo que es cierta la donación y también es real la deuda.

Existe la deuda, en contra de lo argumentado por el recurso, por el contenido de ese documento privado que no ha sido impugnado, y que además se completa con la copia de los trece cheques de un millón de pesetas firmados por el actor, en coincidencia con la relación de pagos sucesivos que se detallan en el repetido documento privado. Aparte de las declaraciones siempre interesadas de los litigantes la realidad de esa deuda coincide con la cláusula testamentaria del legado por su importe.

Esta documentación prevalece como prueba frente a la negativa que sigue manteniendo sin fundamento el apelante al no reconocer la deuda.

**TERCERO.-** El argumento principal del recurso es el relativo a la subsistencia de la deuda conforme a los términos del art. 870 CC. Alega que la deuda se ha extinguido por prescripción, dado el tiempo transcurrido desde el contrato y desde el último pago acordado en noviembre de 1992.

Una primera lectura del primer párrafo del art. 870 CC vincula la subsistencia de la deuda a su pago o impago al tiempo de morir el testador. Es la forma más habitual de extinción de las obligaciones, con referencia expresa a que puede producirse respecto al total del crédito o deuda, pero también a una parte, como sucedería en este caso si se hubiera abonado alguno de los cheques. También es jurídicamente posible que la extinción de la obligación tenga lugar por el resto de las causas previstas por el art. 1156 CC.

Ninguna de estas formas de extinción es alegada por el apelante.

Según el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española subsistir es permanecer, durar o conservarse, mantener la vida, seguir viviendo, existir con todas las condiciones propias de su ser y de su naturaleza. Y siendo equiparable la subsistencia a la existencia, dispone el art. 1930 CC que "se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean".

La prescripción es un modo objetivo de extinción de acciones y derechos que se produce "por el mero lapso del tiempo fijado por la ley" ( art. 1961 CC). Y es evidente que cuando la causante otorga el **testamento**, y más al tiempo de su fallecimiento, ya habían transcurrido los quince años para extinguir por prescripción la posible reclamación de la deuda derivada del documento privado de 1988 ( art. 1964 CC). Es una extinción objetiva, con independencia de su constancia por la causante al otorgar **testamento** en el año 2013, pues no se puede condonar una deuda ya extinguida, en este caso por prescripción.

No consta por otro lado ninguna reclamación anterior que haya podido interrumpir esta prescripción, ni basta la supuesta voluntad de la testadora de reclamar aquella deuda (según alegan los demandados sin base probatoria) para excluir la prescripción.

Al no ser la deuda exigible, tampoco se puede considerar subsistente al tiempo de morir el testador, y en consecuencia el legado de perdón no surtirá efecto de acuerdo con el mismo art. 870 CC.

**CUARTO.-** Procede en consecuencia estimar el recurso para estimar la demanda en sus peticiones primera y segunda de declarar ineficaz el legado por prescripción de la obligación de pago de la deuda condonada y como consecuencia de excluir del inventario el apartado IV.5, de deuda de D. Damaso por importe de 78131'57 euros, y la adjudicación que se le hace en pago de su legítima (Tercera.1).

Con esta modificación y la ya acordada por el cómputo de la donación, se hace necesario rectificar el Cuaderno particional y las respectivas adjudicaciones a cada una de las partes, también efectuadas, sin que proceda fijar ahora la cantidad que haya de corresponder al actor en pago de su legítima, pues también ha de afectar al resto de los herederos.

En sentido opuesto y por los mismos razonamientos se desestiman las peticiones en sentido contrario de la demanda reconvencional.

**QUINTO.-** Con la estimación del recurso no se hace imposición expresa de las costas de esta instancia, de acuerdo con el art. 398 LEC.

Tampoco se imponen las costas de la demanda en primera instancia, por su estimación parcial ( art. 394 LEC). Y se imponen a la parte demandada las de su demanda reconvencional, por su desestimación.

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM. el Rey,



**FALLO:**

Estimamos el recurso de apelación formulado por la representación de D. Damaso , revocamos la sentencia apelada y con parcial estimación de la demanda interpuesta por esa misma representación declaramos:

A.-La ineficacia del legado dispuesto por el **testamento** de D<sup>a</sup> Leonor .

B.-La nulidad de las Bases Segunda IV.5 y Tercera.1 de las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, partición y adjudicación de los bienes de D<sup>a</sup> Leonor en lo que se refiere a la deuda de D. Damaso y a su adjudicación.

C.-La inclusión del valor actualizado de la donación realizada por escritura de 1 de agosto de 1988 en el activo del inventario de bienes del mismo cuaderno particional, por importe de 84.849'18€.

Desestimamos el resto de las peticiones, sin hacer imposición expresa de las costas de la demanda.

Desestimamos la demanda reconvencional promovida por la representación de D. Eladio , D<sup>a</sup> Emma , D. Edmundo y D<sup>a</sup> Francisca , con imposición a esta parte de las costas causadas.

Hágase devolución a la parte apelante del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que esta sentencia no es firme y contra la misma podrán las partes legitimadas optar por interponer el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal o el Recurso de Casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de 20 días, contados desde el día siguiente a su notificación, conforme disponen los Arts. 466 y ss y la Disposición Final 16<sup>a</sup> LEC/00.

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 Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Una vez firme, expídase testimonio que será remitido con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

Notifíquese asimismo esta resolución al/los apelado/s rebelde/s, según dispone el artículo 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos