



Roj: **SAP LU 508/2018 - ECLI: ES:APLU:2018:508**

Id Cendoj: **27028370012018100319**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2018**

Nº de Recurso: **698/2017**

Nº de Resolución: **388/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LUGO00388/2018**

N10250

PLAZA AVILÉS S/N

Tfno.: 982294855 Fax: 982294834

MP

**N.I.G.** 27028 42 1 2016 0004151

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000698 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de LUGO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000726 /2016

Recurrente: Adrian

Procurador: JOSE ANGEL PARDO PAZ

Abogado: MARCELINO TAMARGO MENENDEZ

Recurrido: Noemi

Procurador: MARIA IRENE CABRERA RODRIGUEZ

Abogado: PEDRO FCO. BLAZQUEZ FRAGOSO

**SENTENCIA nº 388/2018**

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

DON JOSÉ ANTONIO VARELA AGRELO

DOÑA MARIA ZULEMA GENTO CASTRO

DON DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO

En LUGO, a veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los **Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000726/2016**, procedentes del **XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de LUGO**, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000698/2017**, en los que aparece como parte apelante, **Adrian**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE ANGEL PARDO PAZ, asistido por el Abogado D. MARCELINO TAMARGO MENENDEZ, y como parte apelada, **Noemi**, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARIA IRENE CABRERA RODRIGUEZ, asistido por el Abogado D.



PEDRO FCO. BLAZQUEZ FRAGOSO, sobre declaración de nulidad de testamento y otros extremos, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Por el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de LUGO, se dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 2017, en el procedimiento RECURSO DE APELACION (LECN) 0000698/2017 del que dimana este recurso.

**SEGUNDO.**- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: Se desestima de forma íntegra la demanda presentada por don Adrian contra doña Noemi a quien absuelvo de las pretensiones formuladas por la parte actora.== Se condena a la demandante al pago de las **costas** causadas. Que ha sido recurrido por Adrian .

**TERCERO.**- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 21 de noviembre de 2018, a las 10,30 horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

**PRIMERO.**- Interpone recurso de apelación el actor frente a la sentencia que desestimó su demanda. Alega error en la valoración de la prueba y vulneración de los artículos 319, 326 y 376 LEC en relación con la cuantificación de la masa hereditaria. También señala que la sentencia omite incluir en la valoración que realiza de la masa hereditaria la donación hecha a la demandada por su padre en el año 2008 y ello a pesar de que se trata de un bien colacionable, debiendo también ser traídas a colación las transferencias periódicas a su hija. Alega también vulneración de los artículos 217.7, 281.1, 282 y 283 LEC en relación con los artículos 328, 435 y 436 del mismo cuerpo legal, 248.2 LOPJ y 24.1 CE, haciendo referencia a la prueba que le fue denegada en primera instancia. Solicita, en definitiva, la revocación de la sentencia y la estimación de las pretensiones formuladas en su escrito de demanda, con imposición de costas.

**SEGUNDO.**- Pues bien, un análisis de todo lo actuado lleva a la Sala a desestimar el recurso de apelación y a confirmar la sentencia de instancia.

En la demanda se solicitaba, en primer lugar, la declaración de nulidad de pleno derecho de las cláusulas tercera y cuarta del testamento otorgado el 27 de noviembre de 2015 por Don Hernan , cláusula tercera en la que lega a su hijo, ahora apelante, la cuota legitimaria de la Ley de Derecho Civil de Galicia, quedando pagado de sus derechos como legitimario y heredero con la donación que por importe de 236.000 euros le fue efectuada, documentada a medio de escritura pública de 9 de octubre de 2008, imputándose de dicha donación 18.000 euros a la mejora del hijo donatario, de modo que, según indica la citada cláusula tercera, nada correspondería heredar al referido hijo, debiéndose dar por enteramente pagado con dicha donación. Y en cuanto a la cláusula cuarta del testamento la misma indica que el causante instituyó única y universal heredera a su hija Doña Noemi , ahora demandada apelada.

Y si bien en el recurso de apelación se solicita la estimación de las pretensiones de la demanda, sin embargo, salvo error por nuestra parte, nada se señala en el mismo sobre dicha pretensión de nulidad de las cláusulas testamentarias, nulidad que en cualquier caso no podría prosperar pues, compartiendo los argumentos al respecto contenidos en el escrito de contestación a la demanda, la omisión o referencia en el testamento a las donaciones que eventualmente pudiese haber hecho el testador a su hija no provoca la nulidad de las disposiciones testamentarias, siendo de recordar que el artículo 245 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia ya señala que, salvo disposición en contrario del causante (que no es el caso), se imputará al pago de la legítima de los descendientes las donaciones y mejoras, resultando, además, que en la escritura de donación de 9 de octubre de 2008 el actor adquirió el compromiso de colacionar el importe. Tampoco se justifica la pretensión de nulidad de la cláusula cuarta, pues el actor sí fue nombrado en el testamento y le asiste el derecho a reclamar su legítima (octava parte al ser dos hermanos, conforme al artículo 243 de la Ley 2/2006), pero trayendo a colación la donación percibida, debiendo recordarse también que el apartado 1 del artículo 249 de la Ley Gallega dispone que el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor. Y ante la referencia en la demanda a que el causante con el testamento procedía en la práctica a desheredar al actor, indicar tan solo que en el testamento no se deshereda al mismo sino que se le lega la cuota legitimaria que ya había recibido a través de



una donación en 2008 que debe colacionarse, siendo las causas de desheredación las previstas en el artículo 263 de la Ley Gallega.

Por tanto y pese a que en el recurso no parece que se reitere la petición de nulidad de las indicadas cláusulas testamentarias, pues nada se argumenta al respecto, decir que, aun de entenderse así, en ningún caso procedería declarar la nulidad pretendida por el actor, la cual tan solo podría ser acordada, en su caso, por eventuales vicios en la voluntad o defectos de forma en el otorgamiento del testamento, circunstancias que en absoluto constan.

Analizando ya propiamente los motivos referidos en el recurso, en cuanto los preceptos legales que se indican infringidos por la denegación de prueba en primera instancia, indicar tan solo que la misma fue acordada por esta Sala, por lo que ninguna indefensión se ha generado al apelante.

Se señala en el recurso infracción de los artículos 209 y 218 LEC en relación con el deber de exhaustividad y congruencia de la sentencia, lo que la Sala no aprecia en atención a la postura mantenida por la jurisprudencia en orden a las exigencias de motivación y de congruencia de las resoluciones judiciales.

La STS de 8 de julio de 2009 (recurso 13/2004) indica que "El deber de motivar la sentencia comporta la obligación de dar los argumentos correspondientes al fallo, es decir, la explicación jurídica de la resolución acordada, sin necesidad ni de una especial extensión, ni de dar respuestas a cada una de las razones que en apoyo de sus pretensiones da la parte ( SSTC 187/2000, de 10 de julio y 214/2000, de 18 de septiembre, y SSTS 2 de noviembre de 2001, 1 de febrero de 2002, 8 de julio de 2002, 17 de febrero de 2005, 27 de septiembre de 2005, 19 de abril de 2006, RC n.º 2974/1999, 31 de enero de 2007, RC n.º 937/2000).....". "El hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte actora carece de trascendencia en relación con el cumplimiento de este requisito de la sentencia, pues es suficiente para una debida argumentación que el tribunal razone sobre aquellos elementos relevantes a partir de los cuales obtiene sus conclusiones sin necesidad de que se refiera de manera exhaustiva a todos los medios de prueba obrantes en los autos".

La sentencia objeto del presente recurso de apelación exterioriza con suficiencia tanto la motivación fáctica como jurídica del conjunto de las consideraciones que justifican el fallo, habiendo dado respuesta suficiente a los pedimentos de las partes, siendo cosa distinta que la parte recurrente muestre su disconformidad con las conclusiones alcanzadas por la resolución impugnada tras la valoración de la prueba, lo que no cabe confundir con falta de exhaustividad o motivación de la misma.

Tampoco aprecia la Sala falta de congruencia en la sentencia, la cual se ha atendido a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le sometieron. No se han alterado los términos del debate ni se ha generado indefensión. Además se ha declarado por la jurisprudencia que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito ( SSTS de 18 de marzo de 2010, RC n.º 1816/2008, con cita de las de 7 de febrero de 2006 y 20 de mayo 2009, entre muchas más).

Sentado lo expuesto, se alega también en el recurso error en la valoración de la prueba en relación con la cuantificación de la masa hereditaria, pues el préstamo de fecha 23 de julio de 2010 realizado por el padre a su hijo no fue por importe de 236.000 euros sino de 248.900 euros, de modo que existiendo otros dos préstamos por importe de 60.000 y 85.000 euros, el activo de la masa hereditaria en relación con los créditos a favor de la misma asciende a la cantidad de 393.900 euros. El motivo no puede ser acogido, en primer lugar, puesto que el apelante debiera haber hecho uso en su momento de las previsiones contenidas en los artículos 214 y 215 LEC referentes a la aclaración, corrección, subsanación y complemento de las resoluciones judiciales, como así exige el artículo 459 LEC que señala que "En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello".

En todo caso y con independencia de lo expuesto, esto es, aun entrando en el análisis del motivo, tampoco procedería su acogimiento pues estaríamos en presencia de un simple error de cálculo o aritmético en la resolución apelada, sin infracción de normas o garantías procesales, error que incluso, aun de ser apreciado, carecería de trascendencia o relevancia práctica a los efectos de las pretensiones del apelante, cuya desestimación procedería en cualquier caso, como así argumentaremos.

Se alega también en el recurso error en la valoración de la prueba. Se indica por el apelante que la sentencia ha omitido bienes colacionables, pues la demandada recibió, al menos, en la misma fecha que su hermano, una transferencia de su padre en concepto de donación para adquirir una vivienda, como así corroboró la testigo Doña Azucena , por lo que, según señala, debe añadirse la transferencia realizada por el finado a Doña



Noemi en el año 2008 por un importe de 236.000 euros. Indica también el apelante que además el padre de los litigantes realizó hasta su fallecimiento transferencias mensuales a Doña Noemi, que deben ser también traídas a colación.

Pues bien, la Sala, una vez analizado todo lo actuado, incluida la prueba acordada en esta segunda instancia, no aprecia en la valoración probatoria de la sentencia ningún error, insuficiencia, incongruencia o contradicción.

Respecto de dicha valoración de la prueba recuerda, por ejemplo, la SAP de Cáceres nº 27, de 15 de enero de 2018, que "debe ser respetada la valoración probatoria de los órganos judiciales en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica. Por tanto, debe respetarse el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o valoración en conciencia de las pruebas practicadas, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, como tiene declarando el Tribunal Constitucional (sentencia 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994), salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, porque prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente".

Como decíamos, no apreciamos ningún error en la valoración de la prueba.

Respecto de la donación que se dice por el apelante efectuada a la hija en la misma fecha que su hermano, lo cierto es que la misma, pese al testimonio de Doña Azucena, madre de los litigantes, no la entendemos acreditada, y no aparece justificada su realidad por ningún otro medio probatorio ni tampoco por la prueba documental practicada en esta segunda instancia, y ello pese al relevante importe económico que habría tenido tal donación, y pese a que la efectuada al actor fue documentada en escritura pública.

En cuanto al testimonio de Doña Azucena, recordar que el artículo 376 LEC dispone que "Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado".

Y como ya decíamos, la prueba practicada no permite tener por acreditada la realidad de la donación que se dice efectuada a la hija, estimando la Sala al respecto insuficiente el indicado testimonio de Doña Azucena, cuya relación con la demandada no parece ser buena, como así se desprende de su interrogatorio en la vista, llevando además la testigo mucho tiempo separada del difunto padre de los litigantes (manifestó en la vista que desde 1.984).

Por tanto no podemos tener por acreditada la donación que mantiene el apelante realizada a Doña Noemi en 2008, y la prueba practicada en esta segunda instancia tampoco ha permitido acreditar su existencia.

Se indica también en el recurso que además el padre de los litigantes realizó hasta su fallecimiento transferencias mensuales a Doña Noemi.

La prueba documental practicada en esta segunda instancia puso de manifiesto las transferencias que el progenitor de los litigantes vino realizando a su hija Doña Noemi desde enero de 2007 en una cuenta titularidad de la misma, cantidades que el apelante cuantifica en 163.554 euros y la apelada en 143.695 euros. Decir tan solo sobre esta diferencia de cuantías que por el recurrente se incluyen en su cálculo algunas cantidades posteriores al fallecimiento del causante (acaecido el 5 de marzo de 2016) que en buena lógica no cabría computar.

Y valorando la prueba practicada, incluida la acordada en esta alzada, consideramos que se está en el caso de confirmar la sentencia de instancia, pues lo ejercitado en la demanda con carácter subsidiario es una acción de complemento de legítima, que tampoco podría ser acogida, en primer lugar, porque aun de existir hipotéticamente lesión de la legítima (que no la hay conforme diremos), no habría transcurrido al tiempo de la demanda el plazo de un año previsto en el artículo 250 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, que concede al heredero para su pago el plazo de un año desde que el legitimario reclame la legítima o su complemento, plazo que no se computa desde el fallecimiento del causante sino desde la reclamación del legitimario.

Y en segundo lugar, y aun prescindiendo del motivo de desestimación de la acción expuesto en el anterior párrafo, en ningún caso procedería el acogimiento de la acción de complemento ejercitada, pues ha de partirse del contenido del artículo 243 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, que dispone que "Constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que,



determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes", de modo que parece claro que existiendo en este caso dos hijos, a cada uno de ellos por legítima le corresponderá la mitad de dicha cuarta parte, esto es, una octava parte del valor del haber hereditario. Y teniendo en cuenta que al apelante se le lega la legítima y mejora por el valor de 236.000 euros recibidos anticipadamente por donación a colacionar, y teniendo también en cuenta que para poder hablar de lesión de la legítima el caudal habría de superar de forma líquida la cantidad de 1.888.000 euros, parece claro, a la vista de los datos que arroja el resultado probatorio, que en absoluto podría entenderse vulnerada la legítima del actor al no superarse en ningún caso aquella cantidad.

Incluso admitiendo a efectos dialécticos como correcto el cálculo que efectúa el apelante, y computando incluso también los 163.554 euros que señala en su escrito presentado ante esta Sala tras la práctica de la prueba acordada en esta segunda instancia, no habría existido lesión de la legítima del demandante, por lo que procede desestimar su recurso.

La circunstancia expuesta de que aun en la mejor de las hipótesis para el actor, esto es, aun aceptando sus cálculos, no habría existido vulneración de su legítima, no significa que asumamos tales cálculos sino que ello hace innecesario el pormenorizado y efectivo análisis por la Sala de si los mismos son o no realmente correctos, en tanto en nada va a alterar el resultado del procedimiento, de modo que no vemos preciso analizar circunstancias tales como: la inclusión en el cálculo del haber hereditario de una vivienda que al parecer y según indica la apelada ya no formaría parte de la herencia al haber sido vendida; si procede o no incluir en el cálculo los préstamos concedidos al actor por el causante; la necesidad de actualizar el importe de la donación de 09/10/2008; si el abono de algunas cantidades a Doña Noemi tendrían la consideración de liberalidades de uso (no computables para la legítima de conformidad con el artículo 244.2ª LDCG), etc.

Por lo tanto, procede confirmar la sentencia de instancia en tanto la misma acertadamente desestimó las acciones ejercitadas en la demanda, no procediendo, por tanto, ni la declaración de nulidad de las cláusulas testamentarias, ni tampoco la acción de complemento de legítima en tanto ninguna vulneración a la misma se le ha irrogado al actor.

**TERCERO.** - En cuanto a las costas, las mismas han de imponerse a la parte apelante, al haber sido desestimado su recurso ( artículos 394.1 y 398.1 LEC).

Se señala por el actor en su recurso (en el apartado referente al "análisis de la sentencia") que se infringe el artículo 394 LEC al condenarle en costas cuando el caso presenta serias dudas de hecho y de derecho.

Sin embargo el motivo no puede prosperar.

Es conocido que la regla general en materia de condena en costas es la del vencimiento objetivo y que la excepción es la no imposición cuando se aprecien dudas de hecho o de derecho, es decir, circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición, tal como indica el artículo 394.1 LEC.

Señala la SAP de Asturias nº 561, de 5 de diciembre de 2017 (recurso 547/2017) lo siguiente: "Como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de diciembre de 2010, el inciso final del art. 394.1 de la LEC, supone transformar el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado configurado como una facultad del juez, discrecional aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes; y asimismo hemos precisado en numerosas ocasiones, así en nuestra Sentencia de 30 de noviembre de 2017, por citar una de las más recientes, no es suficiente para impedir la condena en costas que se invoque la mera existencia de dudas, sino que éstas han de ser "serias", objetivas y suponer un plus de incertidumbre al que normalmente se suscita en toda contienda judicial. Las invocadas han de ser por ello fundadas, razonables y basadas en una gran dificultad para determinar bien la realidad de los hechos o circunstancias que fundamentan la pretensión bien los efectos jurídicos de los invocados por ser las normas aplicables a los mismos susceptibles de varias interpretaciones o porque sobre ellos exista doctrina jurisprudencial contradictoria. En definitiva, de la propia regulación legal de la excepción a la aplicación del principio objetivo del vencimiento resulta que la exoneración de la condena en costas al litigante vencido en juicio, exige que en las cuestiones debatidas exista una real y seria complejidad objetiva, no siendo suficiente la que subjetivamente pueda invocar la parte".

En el caso presente no apreciamos que concurran dudas fácticas o jurídicas relevantes, salvo las lógicas derivadas de todo procedimiento judicial, que permitan hacer uso de la excepción que el artículo 394 LEC establece al principio general o criterio del vencimiento objetivo, dudas que tampoco se aprecian por la juzgadora en la sentencia de instancia, la cual, por tanto, la Sala confirma en su integridad, manteniendo la condena en costas, y con imposición también al apelante de las costas de esta alzada al haber sido desestimado su recurso ( artículos 394.1 y 398.1 LEC)

VISTOS los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,



## FALLAMOS

SE **DESESTIMA** el recurso de apelación planteado por el Procurador Don José Angel Pardo Paz, en nombre y representación de DON Adrian .

Se confirma la sentencia.

Se imponen las costas a la parte apelante.

Y sin efectuar una expresa imposición de las costas de la alzada.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J, si se hubiera constituido.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEMAS