



Roj: **SAP M 4669/2019 - ECLI: ES:APM:2019:4669**

Id Cendoj: **28079370142019100085**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **11/03/2019**

Nº de Recurso: **548/2018**

Nº de Resolución: **110/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PABLO QUECEDO ARACIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 6 - 28035

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

**N.I.G.:** 28.049.00.2-2016/0005213

**Recurso de Apelación 548/2018**

**O. Judicial Origen:** Juzgado Mixto nº 05 de Coslada

Autos de Procedimiento Ordinario 761/2016

**APELANTE:** Dña. Bibiana

PROCURADOR Dña. ISABEL MARTIN ANTON

**APELADO:** GRUPO TRANSAHER SL

PROCURADOR D. IGNACIO REQUEJO GARCIA DE MATEO

**SENTENCIA**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D. PABLO QUECEDO ARACIL

D. JUAN UCEDA OJEDA

D. JOSE IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a once de marzo de dos mil diecinueve.

Siendo Magistrado Ponente D. PABLO QUECEDO ARACIL

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles sobre procedimiento Ordinario 761/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia Nº 5 de Coslada, en los que aparece como parte apelante Dña. Bibiana representada por la Procuradora Dña. ISABEL MARTÍN ANTÓN y defendida por el Letrado D. PABLO MIGUEL GARRIDO PEREZ y como parte apelada GRUPO TRANSAHER, SL. representado por el Procurador D. IGNACIO REQUEJO GARCÍA DE MATEO y defendida por el Letrado D. MIGUEL ANGEL RUBIO SANCHEZ, todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 7/05/2018 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Coslada se dictó Sentencia de fecha 7/05/2018 cuyo fallo es del tenor siguiente:

"Que, estimando la demanda interpuesta por GRUPO TRANSAHER S. L., representado por el Procurador de los Tribunales Eusebio Ruiz Esteban, frente a Bibiana , representada por la Procuradora de los Tribunales Isabel Martín Antón, debo declarar y declaro resuelto el contrato de préstamo de fecha 30 de mayo de 2017, celebrado entre GRUPO TRANSAHER S. L. y Everardo ; e igualmente, debo condenar y condeno a la demandada a pagar a la actora la cantidad de doscientos ochenta y cinco mil doscientos diecisiete euros (285.217,00 €), más el interés legal del dinero aplicado a dicha cantidad, a contar desde la fecha de interposición de la demanda, e incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución; con imposición de las costas causadas en esta primera instancia a la parte demandada".

**SEGUNDO.-** Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada Dña. Bibiana , al que se opuso la parte apelada GRUPO TRANSAHER, SL y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC , se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 27 de febrero de 2019.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- El debate.**

TRANSAHER S.L. insto demanda de resolución por incumplimiento del contrato de préstamo de 30-5-2007 por 245.000€, al Euribor más 0,2 puntos, con vencimiento a 31-12-2012, reclamando además otros 40.217,26€ en concepto de intereses vencidos.

El prestatario era D. Everardo , fallecido en 21-4-2016, siendo demandada su heredera Dª Bibiana , por aceptación tácita de la herencia.

Dª Bibiana se opuso alegando, en primer lugar, falta de legitimación pasiva ya que nunca aceptó la herencia antes de la solicitud de concurso voluntario de la herencia yacente presentada en 7-12-2016, con formación de inventario a los efectos de aceptación beneficiada

A la interposición de la demanda aún no se había producido más que la delación hereditaria en su favor, por lo que carecería de la condición de heredera abintestato del deudor causante, y de legitimación pasiva.

Alega que desde que se produjo la delación por Acta de Notoriedad de 30-8-2016 que declaraba "notorio" que Doña Bibiana es la única heredera abintestato de D. Everardo , sólo ha realizado actos para conservar, defender y administrar el caudal relicto, que no pueden interpretarse como actos de administración o disposición a título de heredera.

También opone que la aceptación de la herencia fue a beneficio de inventario.

Por ultimo manifiesta que el contrato es nulo con nulidad absoluta, ya que obedece a la existencia de un negocio fiduciario entre el difunto Sr. Everardo y el Sr. Octavio para que el primero pudiera seguir controlando el Grupo empresarial TRANSAHER., La razón de ser del préstamo era la necesidad de hacer frente al pago de deudas sociales, generadas con organismos públicos que el causante Sr. Everardo asumió personalmente, pero que, en realidad, se correspondían con deudas de la empresa o grupo societario que actuaba bajo la misma marca comercial de TRANSAHER.

### **SEGUNDO.- Recurso del demandado.**

PRIMERA.- ERRÓNEA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, ESPECIALMENTE DE LA DOCUMENTAL, EN TORNO A LA ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA. INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 217 LEC . INFRACCIÓN DEL DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE. INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 222.4º LEC .

Primeramente, advertir que el hecho controvertido debía ser analizado temporalmente entre la fecha de la defunción del Sr. Everardo (21 de abril de 2.016) y la fecha en la cual nuestra mandante presentó la declaración voluntaria de concurso de la herencia (7 de diciembre de 2.016), momento en el cual reconocemos que aceptó tácitamente la herencia, pero con el efecto específico previsto por el artículo 3.4º de la Ley Concursal , esto



es, a beneficio de inventario. Por consiguiente, todo hecho o acto desarrollado por la Sra. Bibiana posterior al día 7 de diciembre de 2.016, no debe ser considerado a los efectos de resolver el hecho controvertido fijado por las partes en el presente procedimiento, toda vez que lo determinante es si, antes de esa segunda fecha, la Sra. Bibiana realizó un acto concluyente que la Ley considerara como acto que no podía hacer más que en concepto de recibir la herencia y hacerla suya.

El juzgador a quo trata de resolver el primer hecho controvertido en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia, y para ello parte de una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil, número 20/2017, de 20 de abril. En dicha sentencia, según contrasta el juzgador a quo, el TSJ de Cataluña entendió que se había producido la aceptación tácita de la herencia por haber practicado las herederas un acto dispositivo de venta de unas acciones que conformaban el caudal relicto del difunto. Si bien nadie duda que un acto dispositivo de venta de activos por quien se ha constituido heredero (producido, pues, el *ius delationis*) es constitutivo de un acto propio equiparable a haber mostrado la voluntad de aceptar, previa o coetáneamente, la herencia, hemos de recalcar que en el presente supuesto no se acreditó, en ningún momento, que Da. Bibiana realizara ningún acto de marcado carácter dispositivo sobre los activos de la herencia, luego no comprendemos la similitud de ese supuesto al presente, hasta el punto que sirva de pretexto al juzgador a quo para sustentar su decisión.

Al parecer del juzgador a quo, el hecho inequívoco llevado a cabo por nuestra mandante y que le otorgaría tal marcado efecto jurídico vendría constituido por su comparecencia e intervención en el procedimiento ejecutivo 352/2012, seguido ante el juzgado de Primera Instancia 88 de Madrid. Sin embargo, extraña sobremanera a esta parte que el juzgador a Quo considere probada la aceptación tácita de la herencia por la intervención de nuestra mandante en ese procedimiento ejecutivo, cuando los únicos documentos que constan en estos autos, relativos a la intervención de Da. Bibiana en ese procedimiento ejecutivo son todos ellos fechados en el año 2.017; esto es ya producida la aceptación tácita de la herencia por haber solicitado la declaración en concurso de la misma en diciembre de 2.016, y con el efecto de ser heredera a beneficio de inventario ex artículo 3.40 de la Ley Concursal. Documentos que, por otra parte, la actora presentó de forma totalmente extemporánea a resultas de lo deducido en la audiencia previa celebrada el día 11 de octubre de 2.017, en escrito del día 16 del mismo mes y por conducto de un plazo - que la Ley procesal no prevé- de dos audiencias concedido por el juzgador a quo discrecional mente.

Es decir, que los documentos a los que el juzgador a quo refiere la condición de actos dispositivos que inferirían la innegable voluntad de la Sra. Bibiana en aceptar la herencia, son escritos procesales POSTERIORES a la fijación de la litispendencia del presente procedimiento, y posteriores al momento en que esta parte siempre ha reconocido que se produjo la aceptación: con la presentación de la solicitud de concurso voluntario de la herencia.

Quizá por ello, y siendo el juzgador a quo consciente que toda intervención de la Sra. Bibiana en el procedimiento ejecutivo 352/2012 con fecha posterior al momento de interposición de la solicitud del concurso de la herencia en nada resuelve el hecho controvertido, hace una encomiable labor interpretativa de uno de esos documentos, concretamente el de fecha 4 de abril de 2.017, para a través de él abrir una ventana temporal e interpretar la voluntad de nuestra mandante en un escrito de personación fechado el día 28 de julio de 2.016, escrito procesal que no consta en autos, manifestando que de su contenido se infiere la voluntad de Da. Bibiana en "continuar ejerciendo la acción ejecutiva". A partir de aquí, el juzgador a quo se centra en la consecuencia que debe darse a esa voluntad de nuestra mandante, expresada en un escrito procesal de 28 de julio de 2.016, de continuar ejerciendo la acción ejecutiva con la finalidad que el procedimiento no se llevara a archivo en aplicación de lo previsto por el artículo 16, párrafo final, LEC, y resuelve que dicha pretendida intervención "no puede calificarse como un acto de mera conservación, defensa o administración de los bienes relictos, sino como un verdadero acto de disposición a título de heredera de tales bienes..."

Asimismo, el juzgador a quo defiende que esa intervención "no puede considerarse de mera defensa de los intereses patrimoniales de la herencia yacente, sino como un verdadero acto de disposición de quien solo puede efectuarlo en su condición de heredero, en tanto que se trata de un acto de riguroso dominio, pues no viene constituido por una mera actuación defensiva o de conservación, sino de ejercicio de un derecho plenamente dominical (solo el titular legitimado activamente puede efectuarlo) para obtener mediante el auxilio judicial el incremento patrimonial derivado de lo acordado en el fallo de la resolución que se pretende ejecutar y, además, motivado por una finalidad (que se examinará posteriormente) que revela aún más el carácter plenamente dominical de dicho acto."

Para, finalmente, concluir que " Conforme explica la Sentencia del TSJ de Cataluña antes citada, la pretensión de la demandada de querer continuar con el despacho de ejecución iniciada por quien fuera su causante supone una aceptación tácita de su herencia, por cuanto tal decisión revela actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptarla, mencionando expresamente dicha Sentencia dentro' de los actos a los que cabe atribuir tal cualidad



*"la demanda relativa a bienes de la herencia, siempre que no se trate de interdictos posesorios en defensa de sus derechos."*

Pues bien, no podemos estar más en desacuerdo con el juzgador a quo en todas y cada una de sus afirmaciones, puesto que la intervención de D<sup>a</sup>. Bibiana por medio de escrito de personación del 28 de julio de 2.016 en el procedimiento ejecutivo 352/2012, ya iniciado años atrás por el causante, fue única y exclusivamente en su condición de sucesora procesal del causante con el objetivo de conservar activo un procedimiento judicial ejecutivo evitando así su archivo, pretendiendo la defensa del activo que debía ser restituido a la masa hereditaria, nunca en su condición de heredera ejerciendo un derecho propio.

Pero es más, el Juzgador a quo yerra en la interpretación de la Jurisprudencia que menciona, así como en la interpretación de la Ley aplicable, que en el presente supuesto no es otra que la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

En primer lugar a nuestro entender, con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, se equivoca a la hora de equiparar la sucesión procesal de la sucesión material o aceptación de herencia. Uno y otro instituto son diferentes, y debe precisarse que el hecho de solicitar la sucesión procesal por un heredero en un procedimiento judicial iniciado -sea en fase declarativa ex art. 16 LEC , o ya sea en fase ejecutiva ex art. 540 LEC -, no tiene por qué ser interpretado en todo caso como acto concluyente de la voluntad de adir o aceptar la herencia, puesto que en muchos casos dicha intervención puede tener por objeto la protección, conservación y defensa de la masa hereditaria ante ataques que pueda sufrir de terceros. La Jurisprudencia en este sentido lo ha manifestado con rotundidad y de forma clara, y a modo de ejemplo nos informa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1<sup>a</sup>, de 12 de julio de 2006 .

Desde un plano estrictamente procesal, el artículo 16 LEC , relativo a la sucesión procesal por muerte y que sirvió de cauce a la actora para llamar al proceso a nuestra mandante, no requiere en ningún caso que se persone el heredero, ni que por la personación al llamado a suceder se le tenga por heredero. El juzgador a quo en este apartado confunde, insistimos, sucesión procesal con reunir la condición sustantiva de heredero por haber aceptado la herencia.

El artículo 16 LEC viene a configurar la vía procesal para continuar un procedimiento iniciado en el cual una de las partes, actora o demandada, ejecutante o ejecutada, ha fallecido, con el objetivo de evitar que el procedimiento quede yermo de parte ad eternum, a la espera de una eventual aceptación de la herencia por los llamados a suceder. Por ello, dispone claramente en su apartado primero que: comunicada la defunción de cualquier litigante por quien deba sucederle, el Secretario judicial acordará la suspensión del proceso y dará traslado a las demás partes. Acreditados la defunción y el título sucesorio y cumplidos los trámites pertinentes, el Secretario judicial tendrá, en su caso, por personado al sucesor en nombre del litigante difunto, teniéndolo el Tribunal en cuenta en la sentencia que dicte.

En ningún caso refiere el artículo 16 LEC al heredero, sino al sucesor pero a los solos efectos procesales o procedimentales. Así lo entiende nuestro Alto Tribunal, Sala de lo Civil, que en su Auto de 7 de noviembre de 2.006, citando el Auto del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 2.004 .

Este y no otro es el motivo por el cual el propio artículo 16 LEC , en sus apartados 20 y 30, se refiera en todo momento a la sucesión procesal por quien se encuentra facultado por la *ius delationis*

Se observa con absoluta claridad como la Ley Adjetiva se refiere al concepto de "sucesores", esto es, quien tiene derecho a suceder al causante, y no al concepto de heredero, que es un concepto de derecho material y que tan sólo incluye al sucesor que ha aceptado la herencia. Como informa la mejor doctrina procesalista, la sucesión procesal atiende al cambio en el proceso de una parte por otra, en la misma posición procesal, por haberse convertido la segunda en titular de la posición habilitante para formular la pretensión o para que frente a ella se formule. Así visto, la pretensión, entendida como petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de la vida se ejercita por quien se encuentra legitimado y ostenta, en cada momento, capacidad procesal.

En el supuesto específico de patrimonios autónomos devenirlos como tales por haber cesado la titularidad originaria con la muerte o fallecimiento, la Ley procesal llama a quien se haya legitimado para comparecer sucediendo procesalmente al anterior titular. Se dice, pues, que la Herencia Yacente como patrimonio autónomo tiene capacidad, pero la legitimación para comparecer y ser representada, esto es, para que una persona física intervenga en el proceso por sucesión procesal defendiendo activa o pasivamente la masa hereditaria, corresponderá "a quienes, conforme a la ley, las administren ( art. 7.50 LEC )". Por consiguiente, hemos de estar a la regulación propia de la sucesión por causa de muerte para determinar su Da. Bibiana compareció en el referido procedimiento ejecutivo instando un derecho propio, o por el contrario administrando un derecho de la herencia yacente, admitiendo en el segundo de los supuestos que su intervención se produjo



en el ámbito estricto de los actos de administración provisional que todo llamado a heredar puede desarrollar, sin temor a que su actuación implique aceptación tácita.

La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, dispone en su artículo 411-9 titulado de "Herencia yacente", prevé que : *los llamados solo pueden hacer actos de conservación, defensa y administración ordinaria de la herencia, incluidos la toma de posesión de los bienes y el ejercicio acciones posesorias. Si los llamados a la herencia son varios, están legitimados individualmente para hacer actos necesarios de conservación y defensa de los bienes, pero para los actos de administración ordinaria se aplica lo que el artículo 552-7 establece respecto a este tipo de actos.*

*Los actos a que se refiere el apartado 1 no implican por ellos mismos aceptación, salvo que con estos actos se tome el título o la calidad de heredero.*

Este precepto de la legislación foral propia de Cataluña, sustancialmente idéntico a su homónimo común, viene a informar que el llamado a heredar en este caso nuestra mandante por haberse instituido como tal en acta de requerimiento notarial de 13 de julio que iniciaba los trámites de declaración notarial de notoriedad de declaración de heredero ab intestato está facultado para realizar actos de conservación, defensa y La doctrina que ha analizado este precepto ha venido a afirmar que uno de los mayores problemas casuísticos que se suceden en la práctica en esta materia es el de determinar cuándo la actuación del llamado a heredar en el desarrollo de actos de mera conservación, defensa y administración del patrimonio hereditario, supera dicho límite y puede ser entendida su actuación como un supuesto de aceptación tácita de la herencia. Por ello, el artículo 461-5 del mismo cuerpo legal ofrece la solución, resolviendo negativamente la cuestión y limitando la aceptación tácita a aquellos actos que no se pueden realizar sino es a título de heredero. A modo de ejemplo, instar acciones ex novo declarativas y de condena intitulándose como heredero y sujeto activo de la relación jurídica, son supuestos sobre los que la Jurisprudencia se ha inclinado en no pocas ocasiones para considerar que el llamado a heredar con ese acto acepta tácitamente su condición de heredero.

Este precepto, en cambio, informa positivamente que el llamado a heredar está facultado (capacitado) para realizar actos de conservación, de defensa extrajudicial y judicial, y de administración ordinaria de la herencia, con inclusión expresa de la toma de posesión de bienes y ejercicio de acciones posesorias. Su realización no comporta per se aceptación, ni hace presumir su existencia. Para ello, insistimos, es necesario que el actuante asuma la cualidad de heredero, esto es, que actúe expresa o tácitamente como tal.

Así, el precepto otorga al llamado a heredar, a falta de persona específicamente designada por el testador, la facultad de administrar la herencia en periodo de yacencia. La jurisprudencia y la doctrina han desarrollado esta regla en términos de gran coherencia y estricta observancia. Así:

Respecto a actos posesorios, se han de entender admitidos en la medida en que lo exija la vigilancia, la conservación y la administración de los bienes y derechos de la herencia. Superará el límite aquel administrador de la herencia que sobrepase la mera posesión para vigilancia, conservación y administración, haciendo suyo los bienes y desarrollando actos dispositivos en concepto de propietario, tales como de venta, donación o transmisión por cualquier título.

Respecto a los actos de vigilancia, éstos no se agotan en su dimensión física, sino que alcanzan también la jurídica, razón por la cual el administrador podrá ejercitar acciones declarativas y reivindicatorias, ostentando para ello la legitimación suficiente para otorgar poderes notariales para pleitos. En este sentido, la personación de nuestra mandante en los dos procedimientos judiciales ejecutivos ya iniciados en vida del causante, uno en la posición de ejecutante y otro en la posición de ejecutada, se hicieron dentro del ámbito de la legitimación de ésta como administradora de la herencia yacente para vigilar su prosecución y solicitar aquellas actuaciones en beneficio de la conservación del patrimonio relicto. Nuestra mandante no ejerció una pretensión procesal nueva; ni continuó una pretensión procesal del difunto como si de un derecho sustantivo propio se tratara. Nuestra mandante simplemente quiso situarse en la posición procesal que ocupaba el causante para, sin ejercer nuevas pretensiones procesales, ejercitar los actos de vigilancia necesarios para proteger el caudal relicto. Personaciones que, por cierto, tuvieron diferente éxito, habida cuenta que uno de los Juzgados se le permitió la sucesión; el de Coslada, aquel en el cual el causante tenía la condición de ejecutado, mientras que en el otro donde el causante tenía la condición de ejecutante, en Madrid, se le negó.

Los actos de conservación se han de admitir en el sentido de que se pueden realizar todos aquellos actos que están destinados, no sólo a la conservación de los bienes actos de reparación sino también a preservar la integridad de las inversiones y derechos.

Los actos de administración son todos aquellos que responden a esta naturaleza, excluyéndose los de disposición, y los de administración ordinaria.



Atendiendo a los límites expuestos, es claro que de la documental obrante en autos no se desprende que nuestra mandante realizara en su personación en el procedimiento ejecutivo 352/2012 que se sigue ante el Juzgado de Primera Instancia 88 de Madrid, un acto concluyente de su voluntad de aceptar la herencia y ejercer un derecho propio, sino tan sólo un acto de vigilancia, conservación y administración del patrimonio relicto en su condición de administradora por la llamada a heredar que le fue ofrecida en acta notarial de requerimiento escasamente 10 días atrás, el 13 de julio.

Es más, si se observa la literalidad del escrito al que el juzgador a quo hace referencia, de su simple lectura se observa que en ningún caso la voluntad de la Sra. Bibiana fue la de comparecer en el procedimiento para ejercer un derecho propio, sino la de comparecer como sucesora procesal -por su condición de llamada a heredar y administradora de la herencia-con la única finalidad de informar al Juzgado del fallecimiento del ejecutante, y de la voluntad de situarse en la posición de éste sucediéndole por virtud de un título suficiente, cuál era el del acta de simple requerimiento que le otorgaba la facultad para administrar la herencia.

Y es más, parece ser que el juzgador a quo no tiene en cuenta que ni en ese escrito de 28 de julio de 2.016, ni en los posteriores, concretamente el de fecha 4 de abril de 2.017 del que se sirve para, según su leal saber y entender, tener por acreditada la voluntad de nuestra mandante en aceptar tácitamente la herencia, el Juzgado de Primera Instancia número 88 de los de Madrid no aceptó la sucesión, luego no tuvo a nuestra mandante como sucesora procesal por no haber acreditado suficientemente, a juicio de ese Juzgado, el título habilitante para ser considerada como heredera.

Párese atención en este detalle: Si realmente nuestra mandante se hubiera personado en el procedimiento ejecutivo de instancia (88 de Madrid) afirmando ser la heredera y ejercitando por sucesión procesal un derecho propio ¿no es más cierto que el Juzgado hubiera aceptado la sucesión? ¿No es más cierto que le hubiera otorgado la condición de heredera, permitiéndole posicionarse como ejecutante en sustitución del causante?

Tal es así, esto es la negativa del Juzgado de Primera Instancia 88 de Madrid en tener a Da. Bibiana como sucesora en condición de heredera, que no ha sido hasta recientemente que el Juzgado de Primera Instancia 88 de Madrid no ha alzado la suspensión del procedimiento ejecutivo, teniendo por sucedida a la Herencia Yacente en concurso, administrada no ya por nuestra mandante, sino por la Administración Concursal, tal y como se puede apreciar por el juzgador a quo de los documentos que se aportaron como cuestión previa el día de la vista oral, y que constan en los presente autos.

Por lo demás, el juzgador a quo hace una precisión en la sentencia que entendemos es totalmente desacertada, en tiempo y en materia. Concretamente, nos viene a decir en un párrafo aparte que "Abundando aún más en la clara voluntad de aceptación de la herencia que a tal intervención en el procedimiento ejecutivo debe conferírsele, en el mismo escrito antes mencionado se revela la que pudiera ser la verdadera intención de la demandada de personarse en tal procedimiento. En la página 3 del escrito se afirma que *"se dé, a nuestro humilde entender, por este ilustre Juzgado, debido y real cumplimiento a la Sentencia y se les obligue a los ejecutados a restituir el 60% del capital social de la sociedad matriz, que significa la mayoría de los derechos de voto en Junta General, y por lo tanto la toma de control del Grupo societario, originándose a partir de entonces y en términos nuevamente de solvencia un abanico de posibilidades quasi ilimitado"*.

Pues bien, sin perjuicio que esta parte no niega el contenido de este escrito, lo que si debemos denunciar enérgicamente es la interpretación que el juzgador a quo hace de él.

En primer lugar, porque el texto extraído del escrito es parcial y se saca absolutamente de contexto, habida cuenta que en ese escrito se explicaba al Juzgado, el día 4 de abril de 2.017 esto es ya aceptada la herencia a beneficio de inventario y su patrimonio intervenido procesalmente en un concurso de acreedores, que era necesario dar al procedimiento ejecutivo un rápido impulso por cuanto de su resolución dependía el futuro del concurso, y su conclusión satisfactoria.

En segundo lugar, porque la pretensión de tomar el control sobre las acciones, disponer de ellas y ejercer los derechos políticos inherentes a su titularidad, se efectuaba en un escrito procesal situado temporalmente en un momento en el que Da. Bibiana ya era, a todos los efectos, heredera a beneficio de inventario.

En tercer lugar, porque de ese escrito no se infiere, ni se acredita de ninguna de las maneras, que en fecha 28 de julio de 2.016 la voluntad de Bibiana a la hora de personarse en el procedimiento ejecutivo solicitando tenerla por sucesora procesal, fuera la de tomar posesión de las acciones y ejercer los derechos políticos inherentes a su titularidad. Ello es, sencillamente, una apreciación subjetiva que el juzgador a quo se saca de la chistera y que no obedece a la lectura racional del escrito, pues traslada la voluntad de la heredera en una fecha determinada, 4 de abril de 2017, a una fecha anterior -28 de julio de 2.016, sin que conste prueba sobre tal extremo.



Finalmente y en cuarto lugar, de la sencilla lectura del Hecho previo del tan referido escrito procesal de 4 de abril de 2.017, lo que se extrae es precisamente lo contrario, pues en sus cuatro apartados se está explicando detalladamente que en nuestro escrito de 28 de julio de 2.016: a) veníamos a comunicar el deceso del ejecutante; b) el título sucesorio suficiente para tener a Da. Bibiana como sucesora procesal para ocupar la posición procesal del causante y administrar los intereses de la herencia en el marco de esa actuación estrictamente procesal; c) la continuación de la ejecución ejecutiva en defensa de los intereses de la herencia.

En ningún caso, insistimos, por virtud de dicho escrito el juzgador a quo puede tener por acreditado que la solicitud de intervención en el procedimiento ejecutivo 352/2012 lo fue para ejercer un derecho propio. Toda la labor, encomiable, que desarrolla dialécticamente en la sentencia para sustentar su afirmación queda diluida cuando, a nuestro entender yerra gravemente al otorgar efectos retroactivos a una voluntad manifestada con posterioridad a la fijación de la litispendencia. Una voluntad de pretender una solución ágil al procedimiento ejecutivo que se informa en un escrito procesal de 4 de abril de 2.017, con unas circunstancias concretas, habiéndose producido la aceptación de la herencia meses antes por la interposición de la solicitud de concurso voluntario de la Herencia. En esa fecha, en ese escrito pero no antes, nuestra mandante era heredera, y faltaría más que no pudiera desear una rápida y satisfactoria ejecución para así hacer uso de sus derechos políticos en el Grupo Societario. Incomprensiblemente, al juzgador a quo parece ser que le moleste ese deseo.

En definitiva, el "acto de riguroso dominio" al que hace referencia el juzgador a quo, es un acto que se desarrolla en el marco de un escrito procesal de fecha 4 de abril de 2.017, posterior a la litispendencia del presente procedimiento, y cuando nuestra mandante ya había aceptado la herencia por haber presentado meses antes, diciembre de 2.016, la solicitud de concurso voluntario de la masa hereditaria.

Insistimos: con anterioridad, no hay prueba alguna que nuestra mandante efectuara ningún acto de riguroso dominio sobre los bienes de la herencia, ni de posesión en concepto de dueño, ni mucho menos de carácter dispositivo como venta o apropiación de bienes. Es más, debemos necesariamente denunciar que el juzgador a quo toma en consideración aquellos documentos que le sirven de soporte para interpretar su decisión, pero obvia otros también aportados por la actora, tales como los de solicitud de tasación de costas ante esta Ilma. Audiencia y el Tribunal Supremo, que se solicitaron por nuestra mandante con posterioridad también a la declaración en concurso de la herencia, y siendo los importes tasados entregados al caudal relicto administrado por la administración concursal Si realmente nuestra mandante hubiese querido adir la herencia, ¿no es más cierto que hubiera instado rápida y fugazmente esos expedientes de tasación de costas, nada más conocerse la eventual posibilidad de ser exigidas, con la finalidad de hacer suyas unas cantidades dinerarias que han sido decretadas por un importe total de más de 160.000,00 euros? Nada de eso hizo, sino que se limitó a personarse en los procedimientos iniciados para defender, conservar y administrar los bienes relictos, formular inventario y solicitar, al fin, el concurso de la herencia. Y una vez declarado el concurso, entonces sí, realizó actos que sólo podía hacer en concepto de heredera, pero porque en ese momento ya lo era, a beneficio de inventario por disposición legal expresa (3.4º Ley Concursal).

En el mismo orden de cuestiones, el juzgador a quo en la sentencia menciona otro escrito procesal por el cual, a su leal saber y entender, nuestra mandante habría mostrado su firme voluntad de adir la herencia desarrollando así actos que sólo podría desarrollar como heredera. Concretamente se hace referencia en la sentencia a un escrito procesal de personación en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Coslada, autos 523/2011.

Pues bien, en primer lugar entendemos con los debidos respetos que el juzgador a quo vuelve a confundirse a la hora de afirmar la supuesta contradicción de esta parte a la hora de aplicar preceptos del Código Civil Español en un lugar, y preceptos del Código Civil foral catalán en otro, puesto que tal contradicción no ha existido. En un escrito procesal se hacía referencia al Código Civil Español a los únicos y exclusivos efectos de justificar la condición de nuestra mandante como sucesora procesal, que no heredera; mientras que en el otro escrito, de contestación y oposición a la demanda, se hace referencia al Código de Sucesiones de Cataluña por ser la ley aplicable al hecho controvertido de si la herencia estaba yacente o no.

En segundo lugar, concretamente se refiere la sentencia al documento número 4 de nuestro escrito de contestación y oposición para, de su análisis, inferir la voluntad de nuestra mandante en adir la herencia. Nada más lejos de la realidad. Nuevamente el juzgador a quo saca absolutamente de contexto un párrafo del referido escrito, puesto que la referencia a "mi mandante" puede entenderse como se quiera, esto es como entiende el juzgador a quo, siempre que no se ponga en relación sistemática y comprensiva con la totalidad del escrito. Por ello, debemos denunciar que el juzgador a quo no realiza una labor interpretativa total e integradora de dicho escrito, sino que extrae de él como elemento abstracto un único párrafo donde, quizás no de la forma más clara y afortunada, se hace una referencia genérica a "mi mandante", pero que luego si se lee todo el escrito se ve con claridad que hace referencia a la herencia yacente. Nos explicamos:



El escrito comienza con un primer párrafo introductorio o de situación de la cuestión litigiosa, en el que se afirmaba que:

*Que habiendo sido informada esta parte del Auto de fecha 26 de septiembre de 2.016, por el cual se procede a levantar la suspensión del embargo de las 600 acciones de la sociedad ECOT EUROPEAN COORDINATED TRANSPORT, S.A., titularidad del difunto D. Everardo , una vez ha devenido firme la Sentencia del Procedimiento Civil Ordinario 13/2011 que se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia número 88 de los de Madrid, mediante el presente escrito formulo EXPRESA MANIFESTACIÓN DE BIENES DEL EJECUTADO, ASI COMO SUBSIDIARIAMENTE SOLICITUD DE REDUCCIÓN DEL EMBARGO acordado, con el objetivo de que se cumpla estrictamente el dictado de los artículos 584 y 592 de la Ley procesal civil , motivado en las siguientes[...]*

Se observa claramente que Da. Bibiana habla de unas acciones de la mercantil ECOT EUROPEAN COORDINATED TRANSPORT, S.A., "titularidad del difunto D. Everardo ", para formular "expresa manifestación de bienes del ejecutado ". Esto es, que en ese escrito de fecha 10 de octubre de 2.016 Da. Bibiana está informando al Juzgado de ejecución que las acciones de ECOT son titularidad del difunto, no de ella por haberlas heredado, y que con el objetivo de realizar actos de conservación y defensa formula manifestación de otros bienes del ejecutado, no de ella como heredera.

A partir de aquí, el escrito se centra en informar que el difunto, no ella como heredera, tiene otros bienes en su haber patrimonial que podrían ser dignos de embargo con preferencia a las acciones de ECOT embargadas, siempre en aras a mantener y conservar el principal activo de la herencia. En ningún momento la Sra. Bibiana informa de otros bienes que no sean los de su propia herencia, esto es bienes suyos y que por confusión podrían servir de embargo preferente a tenor del orden establecido en la Ley procesal.

Por ello, toda referencia que el escrito hace al término "mi mandante", lo hace en realidad al difunto y su haber hereditario, nunca en referencia a la Sra. Bibiana como heredera pura y simple. Por ello, es significativo que el petitum del escrito, apartado primero, se dijera lo siguiente:

*De conformidad con lo dispuesto por el artículo 592.2º LEC , en relación con los artículos 584 y 589 del mismo cuerpo legal procesal, Alzar el embargo sobre las 600 acciones de la mercantil ECOT EUROPEAN COORDINATED TRANSPORT, S.A., titularidad de la herencia yacente de D. Everardo , y en su sustitución acordar el embargo de los derechos de crédito que la citada herencia ostenta contra Da. Eloisa , Da. Emma y D. Aquilino :*

Se observa nítidamente como se está pidiendo al Juzgado que se alce el embargo sobre las 600 acciones de la mercantil ECOT... TITULARIDAD DE LA HERENCIA YACENTE DE D. Everardo . Francamente, no alcanzamos a comprender los motivos por los que el juzgador a quo hace uso de este escrito procesal para reafirmar su tesis, sin mencionar que el mismo en su parte inicial habla que la titularidad de los bienes es del difunto, y sobre todo que en su parte dispositiva taxativamente nos dice que esas acciones de ECOT son titularidad de la Herencia Yacente del difunto. La voluntad e intencionalidad de la Sra. Bibiana en este escrito era clara, nítida y transparente: defender los intereses de la herencia yacente ante un más que evidente expolio orquestado por los gestores sociales de la sociedad actora. De dicho escrito, insistimos, no se puede extraer de forma concluyente que la Sra. Bibiana se personara para ejercer un derecho propio, sino todo lo contrario.

Por todos estos motivos, el Juzgado de lo Mercantil 1 de Tarragona ya resolvió esta cuestión, afirmando que sobre la base de los mismos documentos no cabía entender que Da. Bibiana hubiese aceptado tácitamente la herencia. Concretamente el Ilustre Magistrado-Juez de lo mercantil en su Auto de fecha 27 de julio de 2.017, aportado por esta parte como Documento anexo Nº15 en sede de Audiencia Previa.

Con ello, a nuestro entender el juzgador a quo se aparta incomprensiblemente y sin justificación del deber que todo Juez tiene en respetar los pronunciamientos de otros Juzgados y Tribunales, quedando vinculado por sus decisiones tal y como informa de manera imperativa y general el artículo 222 LEC . Y es que si ésta concreta cuestión se enjuició en otro Juzgado respetando los principios de contradicción y defensa, hubo debate sobre ellas con razonable profundidad, y se cumplieron los requisitos procesales de competencia y adecuación de procedimiento, esas cuestiones prejudiciales deberán quedar definitivamente resueltas, con eficacia de cosa juzgada; porque no tiene ningún sentido (y sí muchos inconvenientes) que otro Juzgador se pronuncie sobre lo que ya fue suficientemente debatido y resuelto en otro litigio, aunque no fuera éste el objeto principal de la declaración judicial.

Desde un plano estrictamente de derecho sustantivo, la aceptación tácita de la herencia está regulada en el artículo 461-5 del Código de Sucesiones Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña , relativo a las sucesiones "CS", ley aplicable por ostentar el causante vecindad civil catalana. De los tres supuestos que prevé dicho precepto, a los efectos que aquí nos interesan debemos poner el foco en el primero de ellos, según el cual se entiende que la herencia se acepta tácitamente: Si el llamado hace cualquier acto que no puede hacer si no es a título de heredero.





A diferencia de la aceptación expresa, entendida ésta como la declaración de voluntad dirigida positivamente a la adquisición de la herencia explicitando la voluntad de asumir el título de heredero, la aceptación tácita resulta de una manera indirecta y se refiere al propio comportamiento del llamado a heredar producida, pues, la delación, pero sin que haya una declaración de voluntad dirigida a su aceptación.

En este sentido, cuando la Ley requiere de la realización por parte del llamado a heredar de cualquier acto que no podría hacer si no es a título de heredero, se está refiriendo a un hecho objetivo no se tiene en cuenta su voluntad, sino el hecho en sí objetivamente analizado cuyo contenido y ejercicio sólo puede hacer el causante, toda vez que si lo realizara un extraño constituiría una intromisión ilegítima en la esfera personal o patrimonial del causante. Ahora bien, de dichos actos deberán excluirse necesariamente aquellos que realice el llamado a heredar, y que por sí mismos constituyan tan sólo actos de mera conservación y defensa de la herencia, por cuanto dichos actos estarían amparados en el elenco de situaciones que protege el artículo 411-9 CS, relativos a la administración de la herencia yacente.

La jurisprudencia existente sobre esta cuestión es prolija, y por economía procesal nos remitimos a la que en su momento ya informamos en nuestros escritos de instancia, sirviendo como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14a, núm. 33/2007 de 25 de enero, que en su Fundamento de Derecho 5º

En el presente caso, los únicos actos objetivos desarrollados por la Sra. Bibiana una vez recibió la llamada a heredar por acta notarial esto es, producida la delación a su favor, son los que constan en autos y ya explicitados con profusión. De ellos, no se acredita un acto que objetivamente sea concluyente de afirmar que se sobrepasó la heredera en sus actos de conservación, vigilancia y administración de los bienes relictos, y así fue advertido correctamente por el Juzgado de lo Mercantil en su resolución.

Tampoco es un acto de aceptación tácita el hecho de solicitar la declaración de herederos ab intestato, pues por sí solo es un acto neutro, a no ser que vaya acompañado de otros actos concluyentes de marcado carácter dispositivo, y sobre los cuales no pueda colegirse que estamos ante actos de administración provisional, pues precisamente el artículo 411-9 CS la gestión inmediata por la persona que más directamente está en situación de poder administrarla, sin temor a que su actuación implique aceptación tácita. Los actos de los que puede inferirse una voluntad de aceptar siempre habrán de ser propios, inequívocos y concluyentes, de forma que no quepa la más mínima duda de que la parte actora los realiza asumiendo la condición de heredero por todas, STS de 20 de enero de 1998.

Por todo lo que antecede v a modo de conclusión en lo Que esta alegación respecta, entendemos que:

a) El juzgador a quo interpreta erróneamente el único escrito procesal válido que aporta la actora para pretender acreditar la aceptación tácita de la herencia por Da. Bibiana el de 10 de octubre presentado ante el Juzgado de Primera Instancia 6 de Coslada, sin que del mismo pueda inferirse de modo inequívoco y concluyente un acto propio encaminado a aceptar la herencia yacente. Un escrito procesal sobre el cual ya se había pronunciado previamente otro Juzgado, el mercantil en el marco del procedimiento concursal entendiendo que por sí mismo no reunía los requisitos jurisprudencialmente requeridos, con infracción a nuestro entender del artículo 222,4º LEC.

El Juzgador a quo interpreta erróneamente un escrito procesal de fecha 4 de abril de 2.017, fecha en que la Sra. Bibiana ya había aceptado a beneficio de inventario la herencia, dándole a los argumentos que allí se expresaban un valor retroactivo a otra fecha anterior que no puede cohonestar por no haber podido examinar dicho documento. Infringe en su decisión, pues, el principio de litispendencia previsto en el artículo 410 LEC, en relación a la quaestio facti y quaestio jure temporalmente fijadas con la contestación a la demanda.

En base a lo anterior, infringe la debida aplicación de los artículos 411-9 y 461-5 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

Finalmente, infringe el principio general de la carga de la prueba, toda vez que no constan en autos otros hechos probados que determinen por sí mismos la recta voluntad de la Sra. Bibiana en aceptar la herencia, y al respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara STS de 31 de mayo de 2.006: "la prueba de que se ha aceptado la herencia corresponde a quien funda la acción en tal hecho".

SEGUNDA.- INFRACCIÓN DEL DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE EN TORNO A LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA A BENEFICIO DE INVENTARIO. INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 461-14 . 461-15 V 461-17 DEL CODICIO DE SUCESIONES DE CATALUÑA, EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS DEL TÍTULO IV DE LA MISMA LEY QUE RECLUTAN LA SUCESIÓN INTESTADA, Y MÁS CONCRETAMENTE LA DELACIÓN EN FAVOR DE LA CONVIVIENTE EN PAREJA ESTABLE SUPERVIVIENTE. INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 3.4º DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL.



Contrariamente a lo que pudiera parecer, la resolución que esta Ilma. Sala adopte en relación a la revisión de la alegación anterior, esto es, en torno a su hubo o no aceptación tácita de la herencia, es independiente al resultado de la presente, pues como seguidamente veremos en todo caso la herencia fue aceptada a beneficio de inventario.

Así, hemos de partir de dos premisas o escenarios iniciales: el primero, que la anterior alegación prospere y que entendamos que la herencia permanecía yacente hasta el instante en que D<sup>a</sup>. Bibiana formuló el día 7 de diciembre solicitud de concurso voluntario de la Herencia, y ello con independencia de cuando se produjo la delación. El segundo, que la anterior alegación no prospere, pero que en méritos de ello la heredera gozara igualmente del beneficio de inventario a tenor de la fecha en que deba considerarse que se produjo la delación. Comencemos, pues, con el primero de los escenarios. En el supuesto escenario que prospere la anterior alegación y se entienda que la herencia permaneció yacente hasta la presentación en diciembre de 2.016 de la solicitud de declaración en concurso voluntario, es de aplicación por ser ley especial el artículo 3.4º de la Ley Concursal, y ello con independencia de lo que regule la Ley general foral. De esta opinión es el profesor ÁNGEL R0305, para quien el artículo 3.4º de la Ley Concursal introduce en el Derecho español un supuesto excepcional de aceptación a beneficio de inventario ministerio legis. Así, mientras que, según la regla general, la aceptación de la herencia a beneficio de inventario debe hacerse mediante declaración ante notario o por escrito ante cualquiera de los jueces que sean competentes para conocer del juicio de testamentaría o abintestato (art. 1011 CC), en este supuesto excepcional el beneficio de inventario se produce sin necesidad de esa declaración. Ciertamente, continúa el autor, la aceptación de la herencia es un acto enteramente voluntario y libre, pero la Ley considera que el heredero que solicita voluntaria y libremente la declaración judicial de concurso de la herencia acepta la herencia aunque a beneficio de inventario. Y lo que es más relevante: La Ley Concursal no exige un plazo explícito para ese beneficio, luego debe interpretarse que aunque el llamado a heredera presente la solicitud de la Herencia no aceptada más allá del plazo de seis meses, continuará beneficiándose del inventario.

Interpretación del profesor ROJO que concuerda con la remisión expresa a la Ley concursal que hace el Código de Sucesiones de Cataluña en su artículo 461-22, según el cual las disposiciones sobre responsabilidad del heredero por las deudas del causante, derivada de la aceptación de la herencia, se aplican sin perjuicio de lo establecido por la legislación concursal.

Por consiguiente, es irrelevante a estos efectos el momento en que se produjo la delación en favor de Da. Bibiana, puesto que si entendemos que no aceptó tácitamente la herencia con anterioridad a la presentación de la solicitud de concurso, la aplicación ministerio legis del artículo 3.40 de la Ley Concursal le otorga el beneficio de inventario.

Y otro tanto sucede con el segundo de los escenarios posibles, esto es, el que no prospere nuestra anterior alegación y se entienda que D<sup>a</sup>. Bibiana aceptó tácitamente la herencia por su personación en los procedimientos judiciales de Madrid y Coslada.

Sobre este particular, único que evalúa la sentencia por cuanto parte de la premisa que la herencia fue tácitamente aceptada, el juzgador a quo en el Fundamento Tercero de su sentencia llega a la conclusión que D<sup>a</sup>. Bibiana no puede beneficiarse de inventario de la herencia, porque "no cabría interpretar que el plazo de seis meses que el artículo 461-15 CS establece para que el heredero llamado a la herencia pueda tomar inventario, deba computarse desde la formalización del Acta de Notoriedad (30 de agosto de con el objetivo de fundamentar su afirmación, hace algo que a juicio de esta parte es sumamente arriesgado, por cuanto viene a atribuir a la demandada una consecuencia jurídica concreta y negativa, no beneficiarse de inventario, por el simple hecho de interpretar su silencio desde la muerte del causante (21 de abril de 2.016), hasta la solicitud de Acta de requerimiento notarial que dio inicio a la llamada intestada (13 de julio de 2.016). Y afirmamos que es sumamente arriesgado porque, además de inferir una consecuencia jurídica negativa y concreta a un silencio determinado, en ningún caso ha quedado probado que la Sra. Bibiana tuviera la firme convicción de ser la única con posibilidad de ser llamada a heredar desde el día en que falleció el causante. Ello simplemente es una apreciación del juzgador a quo que no se sustenta en prueba, declaración o afirmación alguna, y que ni tan siquiera se podría fundamentar en un mero indicio o presunción.

Pero es que además, de la prueba practicada y que consta en autos, documental y declaración de la propia Sra. Bibiana, el resultado es radicalmente opuesto. Nos explicamos:

El causante, D. Everardo, falleció sin testar el día 21 de abril de 2.016. El hecho que falleciera sin testar se conoció, como mínimo y según consta del Acta de simple requerimiento de 13 de julio de 2.016, el día 20 de mayo de 2.016, fecha en que el Ministerio de Justicia emitió el correspondiente certificado de últimas voluntades. Así se acredita fehacientemente del Acta de simple requerimiento de 13 de julio de 2.016, aportada por esta parte como Documento número Uno a nuestro escrito de solicitud de intervención necesaria. Por



consiguiente, la afirmación del juzgador a quo por la que, según él, no queda acreditado "circunstancia alguna que le hubiera impedido conocer, desde el mismo momento de la apertura de la sucesión, que ella sería la única heredera llamada", es sencillamente falso.

Una vez se tuvo conocimiento que el causante falleció sin testar, 20 de mayo, o en todo caso posterior, la Ley aplicable que es la foral del domicilio último del causante informa que la llamada (delación) legal se producirá por grados y órdenes (artículo 441-2 CS), siendo que la viuda o conviviente en unión estable de pareja superviviente es llamada en defecto del primer grado, correspondiente a los descendientes directos.

Ahora bien, obvia el juzgador a quo que a D<sup>a</sup>. Bibiana no le fue concedida la condición legal de pareja de hecho hasta que el día 13 de julio de 2.016 otorgó Acta de declaración de pareja de hecho "post mortem", tal y como se aprecia de la simple lectura, nuevamente, del Acta de simple requerimiento del mismo día 13 de julio de 2.016. Hasta ese día, pues, habían serias dudas de que la Ley pudiera llamarla como heredera, o que razonablemente pudiera pensar (por favor, que nos estamos refiriendo a una señora de 67 años de edad, lega en derecho) que era la única heredera por el simple hecho de haber convivido con el causante durante los últimos años de su vida.

Cuando la Ley llama al conviviente en unión estable de pareja superviviente, es necesario que su llamada o delación se produzca por expresa atribución en declaración de herederos ab intestato, que podrá hacerse por acta de notoriedad. Así lo expresa sencilla y llanamente el artículo 442-7 CS:

Artículo 442-7. Atribución expresa en la declaración de herederos.

Los derechos del cónyuge viudo o del conviviente en pareja estable superviviente en la sucesión intestada deben atribuirse expresamente en las declaraciones de heredero ab intestato, que pueden hacerse, en ambos casos, por acta notarial de notoriedad.

Pero es más, parece ser que al juzgador a quo no le interesaba el contenido del Acta notarial de notoriedad de declaración de herederos, puesto que en la sentencia no menciona, todo y que esta parte sí lo mencionaba en nuestro escrito de contestación, que la social actora Grupo Transaher, S.L., se personó ante el notario actuante y en fase de oposición, concretamente el día 8 de agosto, formuló expresa oposición a que Da. Bibiana fuera declarada heredera del causante. Nos encontrábamos, pues, ante UN EXPEDIENTE NOTARIAL DE DECLARACIÓN DE HEREDERO AB INTESTATO CON EXPRESA OPOSICIÓN de quien en el presente procedimiento actúa como actora. Una actora que el día 8 de agosto de 2.016, esto es 11 días después de recibir el escrito de personación de la Sra. Bibiana en el procedimiento de ejecutivo de Madrid, le niega la condición de heredera y solicita al Notario que no sea declarada como tal.

Luego, con todos esos antecedentes que se acaban de explicar, y que se obtienen de la simple lectura de un solo documento que consta en Autos -el expediente completo del Acta notarial de notoriedad de declaración de herederos de fecha 30 de agosto-; con las serias dudas que tenía la Sra. Bibiana de poder ser constituida heredera por cuanto ni tan siquiera tenía acreditada la condición de pareja de hecho del difunto; con el claro sentido interpretativo que nos muestra el artículo 442-7 CS; y acreditada la expresa oposición de la aquí actora en dicho expediente notarial por escrito presentado ante el Notario competente el día 8 de agosto,

¿Cómo es posible que el juzgador a quo nos diga en la sentencia que la Sra. Bibiana conocía su condición de heredera desde el mismo instante del fallecimiento del causante? De los hechos expuestos, se extrae claramente que el juzgador a quo yerra nuevamente en su decisión, pues legalmente la delación se produjo el día 30 de agosto de 2.016; y en todo caso la razonabilidad de poder ser instituida heredera se conoció el día 13 de julio de 2.016. Y en cualquiera de esos dos escenarios posibles el concurso de la herencia se solicitó dentro de los SEIS meses que prevé la Ley para, aun habiendo aceptado la herencia pura y simplemente, de forma tácita, beneficiarse del inventario tal y como prevé el artículo 461-14, según el cual:

*Artículo 461-14. Aceptación de la herencia a beneficio de inventario.*

*El heredero puede adquirir la herencia a beneficio de inventario, siempre y cuando tome inventario de las mismas antes o después de su aceptación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 461-15.*

*En relación con el artículo 461-17, apartado segundo:*

*Artículo 461-17. Aceptación pura y simple de la herencia. ....*

*La mera manifestación hecha por el heredero de aceptar la herencia de forma pura y simple no le priva de aprovechar los efectos del beneficio de inventario, si lo ha tomado en el tiempo y la forma establecidos y cumple las reglas de administración de la herencia inherentes a este beneficio.*

*Y finalmente en relación con el artículo 461-15, apartado primero:*



### Artículo 461-15. Toma de inventario.

1. El inventario debe tomarse en el plazo de seis meses a contar del momento en que el heredero conoce o puede razonablemente conocer la delación.

Por consiguiente y concluyendo, aun suponiendo el hecho, que esta parte niega, de haberse aceptado tácitamente la herencia, lo cierto es que producida la delación (30 de agosto de 2.016), o producida razonablemente la convicción del derecho a heredar (13 de julio de 2.016), la solicitud de la declaración en concurso de la herencia instada en fecha 7 de diciembre de 2.016 comporta que D<sup>a</sup>. Bibiana en todo caso goza del beneficio de inventario, con el efecto que venimos afirmando desde el inicio del presente procedimiento de tenerse que desestimar la demanda por falta de legitimación pasiva ad causam.

Y es que técnicamente no es suficiente la vocación, sino que resulta preceptivo que se realice el ofrecimiento legal para que se produzca la delación. Solo producido el ofrecimiento legal se constituye el derecho de configuración jurídica de aceptar o repudiar la herencia, el llamado *ius delationis*; *delata hereditas intelligitur quando quis posit adeundo consequi*, esto es, se entiende que hay delación cuando alguien puede hacerla suya aceptándola. En el supuesto de herencia intestada como es el presente, la delación se produce sólo, única y exclusivamente, cuando la ley llama por grados al que tiene mejor derecho de heredar, y en el caso de la pareja estable conviviente, cuando ésta condición o derecho se atribuye expresamente por acta notarial declarando notorio que se tiene ese derecho.

TERCERA.- ERRÓNEA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, DOCUMENTAL V TESTIFICAL. INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 222 LEC . INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 386 LEC .

Finalmente abordamos nuestra última alegación, relativa al fondo del asunto toda vez que versa sobre el hecho de si en el procedimiento quedó suficientemente acreditado por esta parte la verdadera naturaleza del documento bajo el cual la actora funda su pretensión procesal de condena a restituir más de 285.000 euros. Para ello permítannos de desglosar el ordinal en dos subapartados: el primer relativo a la errónea valoración de la documental; y el segundo relativo a la errónea valoración de la testifical.

3.1.-Errónea valoración de la prueba documental aportada a los autos, con especial incidencia de la infracción del artículo 222 LEC . Infracción del artículo 386 LEC .

Tal y como advertíamos en nuestro escrito de contestación, que a la luz de lo obtenido en la sentencia poco útil resultó, existían una serie de hechos base o probados que permitirían acreditar la simulación contractual del contrato de préstamo que se reclama en la presente Litis, y que sin embargo el juzgador a quo no tiene a bien considerar en la sentencia, puesto que ni se mencionan.

Unos hechos base que son, a nuestro humilde juicio, de necesaria observancia por cuanto provienen de tres sentencias firmes, una de ellas del mismísimo Tribunal Supremo, Sala Civil, ya mencionadas en el primer ordinal de este escrito y que dieron por acreditado que:

D. Everardo era el propietario mayoritario del Grupo de Sociedades, sin poseer formalmente el control efectivo pero sí ejerciéndolo en la sombra.

D. Everardo , a raíz de la crisis económica que sufrió su grupo empresarial a principios de los años 90 tomó la difícil situación de asumir personalmente las deudas con Hacienda Pública de determinadas sociedades mercantiles que conformaban el Grupo, había cuenta que quedaron de facto inactivas y neutralizadas, traspasándose sus activos a unas de nuevo cuño que continuaron operando en beneficio del Grupo.

El negocio fiduciario articulado con su persona de confianza, D. Octavio , incorporaba entre otras obligaciones a cargo del Grupo de Sociedades el de proveerle, llegado el momento, de los fondos necesarios para que él en su condición de deudor ante Hacienda por derivación de responsabilidad de deudas sociales pudiera efectuar su liquidación.

La liquidación de esas deudas llegó en los años 2.006 y 2.007, después de "estirar" los plazos y agotar todos los recursos. Entre tanto, el Grupo se encargó de facilitarle asistencia para poder garantizar ante Hacienda la prosecución de los recursos sin necesidad de satisfacer ningún importe, mediante consignación de avales bancarios.

A las deudas, que ya de por sí sumaban un importe relevante, se le adicionaron importantes cuantías en concepto de intereses, recargos y sanciones. Resultando de todo ello dos liquidaciones: La primera en el año 2.006, por importe de 185.355,00 Euros; y la segunda en el año 2.007, por importe de 245.000,00 euros. Casualmente coincidentes con la formalización de los dos últimos préstamos, de mayor cuantía.

Tanto la existencia de los avales bancarios, como la existencia de todos y cada uno de los expedientes administrativos y contenciosos que hubo de hacer frente el Sr. Everardo y el Grupo del que era propietario



mayoritario "en la sombra", se acreditó suficientemente por esta parte mediante expresa aportación de documental en nuestro escrito de contestación Documentos anexos 9, 9 bis, 10, 10 bis, 10 ter, 11 y 12.

7, En la concreta transferencia que sirvió de base para realizar el último de los préstamos por importe de 245.000,00 euros, la Directora financiera del Grupo Da. Casilda informaba por carta al Sr. Everardo que "le adjunto el préstamo de 30/05/2017 para que lo firme, corresponde al último pago pendiente con Hacienda que tal y como nos indicó el abogado había que pagarlo porque había agotado todas las vías posibles" -Documento del escrito de contestación número 13. Una carta elocuente y coincidente a todo lo hasta ahora explicado, pues nada más y nada menos que la actual Directora General del Grupo, en ese momento Directora Financiera, informaba al Sr. Everardo que debía firmar un documento que representaba formalmente un préstamo otorgado el 30/05/2007 (lo que es de suponer que el documento se había redactado con posterioridad a la efectiva transferencia de fondos), que se correspondía con el último pago pendiente con Hacienda Y que tal y como les había indicado el abogado había que pagarlo porque había agotado todas las vías posibles

Por todos esos hechos, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 88 de Madrid, procedimiento ordinario 13/2011, refiere en su Fundamento de Derecho Quinto, página 15 de la Sentencia Párese atención en la afirmación que realizaba la Sentencia: el destino económico del efectivo (préstamo de 30-05-2007), fue destinado a saldar las deudas con Hacienda de las sociedades que quedaron inactivas en virtud del pacto fiduciario. Un hecho probado que se refiere sin ningún género de duda en una Sentencia firme que, por efecto de su firmeza, debiera haber sido como mínimo considerada por el juzgador a quo a la hora de resolver este procedimiento, y que sin embargo de forma incomprensible ni tan siquiera menciona, como si esta parte no la hubiera aportado al proceso con el objetivo de acreditar la simulación contractual, el pago por tercero, y por consiguiente la inexigibilidad de la deuda.

9. De la misma forma, la Sentencia de esta Ilma. Audiencia, Sección 13ª, de 1 de julio de 2.013, F. J. 5º

Esto es, nos encontramos ante una afirmación inserta en una Sentencia judicial de esta Ilma. Audiencia, que opera como hecho base y que es absolutamente relevante para la resolución de esta Litis, habida cuenta que dice sin ambages que en el año 2.007, cuando se suscribió el préstamo objeto de la presente Litis, el supuesto prestatario tenía el poder efectivo en la gestión de la entidad prestamista y ahora actora procesal, y en la que nuevamente el juzgador a quo ni tan siquiera entra o menciona, como si no existiera ni le vinculara.

Pues bien, todo ese elenco de hechos probados no son ni tan siquiera mencionados por el juzgador a quo en el Fundamento de Derecho Cuarto, por el cual pretende resolver la cuestión. Antes al contrario, observamos con incredulidad como el juzgador a quo realiza el análisis del hecho controvertido un triple salto para ubicarse directamente en los indicios que le planteábamos en nuestro escrito de contestación. Pero lógicamente, dichos indicios no representan prueba de descargo sino se relacionan con unos hechos bases, admitidos o probados, de los que el Tribunal parta para presumir la certeza de otro hecho (el indiciario). Si no se parte del hecho base probado destino del dinerario para sufragar las deudas del Grupo con Hacienda y control efectivo del Sr. Everardo en el momento de realizarse la provisión de fondos en mayo de 2.007; si no se parte de la documental que acredita la deuda y la vinculación o conexión directa que ésta tenía con las sociedades que conformaban el Grupo cuyo control estaba en manos del Sr. Everardo ; y si no se parte del hecho base acreditado de existencia del negocio fiduciario, difícilmente el juzgador a quo puede obtener el enlace preciso y directo de los indicios puestos a su disposición con el fin de acreditar la simulación. Simulación que, por todos es sabido, no se puede acreditar más que en base a indicios, habida cuenta de la propia dificultad que presenta acreditar un hecho al que las partes implicadas precisamente quisieron darle otro ropaje jurídico.

Por ello, se equivoca el juzgador a quo cuando analiza los indicios puestos a su disposición sin realizar previamente el enlace lógico y directo con los hechos base, acreditados en el procedimiento, puesto que de haberse hecho correctamente, estamos convencidos que el resultado habría sido el contrario.

Pero es más, se equivoca a la hora de valorar la prueba en relación a dichos indicios, dado que:

Cuando refiere que no existe coincidencia entre las cantidades entregadas y las condenas judiciales, está dando a entender que desconoce por completo que a la condena judicial se le han de sumar intereses, recargos y sanciones. Si se realiza un sencillo sumatorio de las condenas acumuladas que dieron lugar a la entrega de la última de las transferencias por importe de 245.000,00 euros el 30 de mayo de 2.007, se ve Documentos de la contestación 10 y 10 bis que en concepto de principal alcanza la suma de 163.451,62 euros, pero que se trata de deudas que provenían de una resolución del año 2.000 y por expedientes de las sociedades inactivadas de los años 1992 y 1993. No hay que ser un avezado fiscalista para saber que las cifras en concepto de intereses, recargos y sanciones son suficientes para dar el resultado final de 245.000,00 euros.

En cuanto a la existencia del aval, sencillamente el juzgador a quo confunde la finalidad que perseguí dicho aval, puesto que no se constituyó para garantizar la deuda del Sr. Everardo por el segundo de los expedientes,



sino por el primero de ellos y en cuya virtud la sociedad actora le proveyó de fondos por valor de 185.355,00 euros en fecha 5 de junio de 2.006, generándose el cuarto documento de préstamo que no es objeto de la presente Uds. Claro que no coincide el importe del aval, por valor de 133.746,65 Euros con los 245.000,00, esencialmente porque se refieren a supuestos diferentes y por deudas diferentes. Con su aportación al presente procedimiento, queríamos sin éxito en instancia, evidentemente hacer ver al juzgador que había una conexión en todo el proceso de fiducia, una única causa y objetivo, articulado a lo largo de 10 años a través de una multitud de actos consecutivos. Pero es más, como puede decir en la sentencia que la Sra. Casilda desconocía la existencia de dicho aval dando conformidad a esa afirmación, para seguidamente decir que era la Directora financiera del Grupo...

¿Realmente es creíble la testifical de una Sra. que afirma ser la Directora financiera, y que a la vez afirma desconocer la existencia de un aval bancario a primer requerimiento? Para el Juez sentenciador, parece ser que sí.

Mayor preocupación nos presenta la afirmación del valor que se le da al documento número 13 de nuestro escrito de contestación, y que trata de una carta remitida por la Sra. Casilda (entonces Directora Financiera del Grupo). Independientemente del valor que se le da a dicho testigo, cuya vinculación y dependencia económica con la actora es evidente por la función que actualmente desarrolla como Directora General, percibiendo suponemos que un suculento salario, lo grave en este particular es que el juzgador a quo pasa de puntillas por dicho documento, y le da un valor residual cuando el mismo, de forma nítida y elocuente, dice que se le entrega ese dinero para que pague el último pago a hacienda, puesto "que tal y como nos indicó el abogado había que pagarlo porque había agotado todas las vías posibles". Es decir, que el juzgador a quo se aparta incomprensiblemente de tan reveladora manifestación, y se cree la declaración de un testigo que como mínimo debiera ser valorada de forma prudente atendiendo a su eventual tacha por la relación que presenta con la actora. En este contexto, no podemos más que preguntarnos: Si como afirma el juzgador a quo se trataba de una deuda personal del Sr. Everardo con Hacienda,

¿Cómo es posible que la Directora financiera estuviera en contacto directo con el abogado, supuestamente personal del Sr. Everardo y que le dirigía sus intereses personales en un asunto personal? ¿Qué relación tenía la Sra. Casilda con el abogado "personal" del Sr. Everardo? ¿Qué interés tenía la Sra. Casilda en conocer de ese abogado "personal" si se habían agotado o no todas las vías posibles?

d) Ahora sí, en relación directa con los indicios también nos ofrece un relato segado y equivocado, pues viene a efectuar un cálculo actuarial de la suma de los préstamos entregados en relación con la facturación anual del Grupo, desconociendo por completo el funcionamiento de las entidades mercantiles. Y es que el hecho que estemos ante un Grupo de Sociedades que factura en torno a los 60 millones de euros (facturación, que no beneficio), no es indicativo de nada, ni mucho menos de una supuesto normalidad en entregar más de Seiscientos mil euros en préstamos a un mero socio minoritario con un porcentaje del 6,405%.

Si realmente el juzgador a quo quisiera justificar bien ese argumento, debiera haber acudido a las CCAA de la sociedad actora, y ver como en ninguno de los últimos 15 años se ha entregado dinero en préstamo a ningún socio. Es más, habría advertido que es una sociedad que no presta dinero a nadie, ni tampoco lo solicita porque se mantiene con sus propios fondos. Pero claro, para ello hubiera sido necesario hacer prueba actuarial mediante informes de auditoría, por lo que imaginamos que la pareció más sencillo hacer un cálculo de diferencial entre importes entregados y facturación, que insistimos no se sostiene.

Entendemos que en este apartado el juzgador a quo infringe por lo demás el artículo 217 . 70 LEC , toda vez que acreditados los hechos base y realizado el enlace preciso y directo con los indicios planteados, lo normal y deseado hubiera sido que se desplazara la carga de la prueba de acreditar la "normalidad" de dichas operaciones crediticias en favor de un socio supuestamente minoritario hacia la social actora, quien disponía de todas las herramientas que la gestión social le ofrece para aportar un ramo de prueba enervador de lo que esta parte afirmaba. El Juzgador sin embargo se conforma con una declaración vaga y absolutamente imprecisa de un testigo que queda vinculada en su declaración por el artículo 377.2º LEC ., conforme a la cual la entrega de préstamos a socios minoritarios sería una actividad normal y reiterada en la política de la sociedad, pero que luego a preguntas del propio Juez no supo concretar quién, cuándo y por qué importes se habrían desarrollado esos actos tan habituales y normales.

Finalmente, no podemos dejar pasar una afirmación del juzgador a quo que entendemos debe haberse debido a un simple error, pero que en todo caso debe ser rectificada. Se afirma en la sentencia que "igualmente, la intervención de un solo representante de la parte prestamista no supone un indicio en contra de la validez de dicho acuerdo, máxime si en el propio escrito de contestación de la demanda se reconoce que el socio mayoritario del Grupo empresarial era el Sr. Octavio ".



Francamente, o como esperamos dicha afirmación es debida a un simple error, o de lo contrario estamos ante la constatación: a) que el juzgador no se leyó nuestro escrito de contestación; o b) que no ha logrado entender la controversia, ni se ha leído las sentencias firmes que reconocen la fiducia y la propiedad real del Grupo empresarial en el Sr. Everardo .

Lo que queríamos resaltar en nuestro escrito de contestación y así se hace, es que los firmantes del documento fueron los partícipes del negocio fiduciario: Sr. Octavio como fiduciario y administrador formal de la sociedad; y Sr. Everardo como fiduciante y administrador de hecho con poder efectivo y real de gestión de la sociedad. Es decir, todo lo contrario que se afirma en la sentencia.

### 3.2.- Errónea valoración de la prueba testifical.

Como corolario de todo lo que antecede llegamos al punto de la sentencia en la que esta parte, con todos los respetos, no logra comprender. El primer hecho que esta parte no entiende ya lo hemos manifestado, y se refiere al valor de veracidad total que el juzgador a quo otorga a la testifical de la Sra. Casilda , cuando insistimos se trata de una persona dependiente que se halla ligada a la social actora por un especial vínculo de interés: es su Directora General; y que el propio juzgador pudo constatar en sede de vista oral, a sus propias preguntas (min. 1.36.58 hasta 1.44.20),

Pero sin duda alguna la mayor preocupación que nos suscita la sentencia es la extraña desaparición que en la misma se ofrece a un testigo que intervino, que no se haya ligado por ningún tipo de vinculación con las partes, que tenía exacto conocimiento de todos los hechos, y que nos ofreció una valiosísima declaración. Nos referimos al testigo D. Claudio .

Sinceramente, a esta parte le parece inaceptable que en la sentencia se mencione como hecho negativo que un testigo anunciado en contestación finalmente no fuera llamado, Concretamente D. Cristobal , abogado en ejercicio y director de los procedimientos seguidos contra Hacienda Pública, para luego sencillamente obviar en absoluto la presencia del testigo D. Claudio . Literalmente obviarlo, puesto que no se menciona su participación o declaración, ni sus afirmaciones en una sola línea de la sentencia. Vamos, casi como si de un espectro se tratara.

Por ello, por la trascendencia de su testifical, no podemos más que solicitar de esta Ilma. Sala encarecidamente que revise su declaración testifical mediante el visionado del DVD de la vista que se llevó a cabo el día 16 de enero, y que concretamente comienza en el minuto 1.44.25. Así, coincidiendo en todos y cada uno de los extremos que se defendían por esta parte en nuestro escrito de contestación, el Sr. Claudio afirmó que:

Fue trabajador de la social actora por un periodo de 20 años, desde el año 1.888 hasta julio de 2.008. Esto es, estaba dentro de la empresa en el momento en que el Sr. Everardo suscribió el documento; era el Director comercial de Madrid.

En el año 1.996, una de las sociedades afectadas por los expedientes de hacienda (la de Barcelona) tenía una nave industrial Llicá de Vall, que se llevó a la sociedad Transaher Madrid, S.L., actualmente Grupo Transaher, S.L. Con ese movimiento, se descapitalizó la sociedad de Barcelona y dejó inactiva, siendo que su administrador Sr. Everardo quedó a expensas de una más que probable derivación de responsabilidad. Pero ésta era una cuestión valorada y aceptada por todas las partes que intervinieron de alguna u otra forma en la promoción y ejecución del negocio fiduciario.

Minuto 1.50.40 del DVD (aun no escuchándose bien), afirma que se tomó la decisión en conjunto de que el Sr. Everardo se quedara como administrador de las sociedades afectadas por los expedientes de Hacienda, se trasladaron los activos y fondo de comercio a otras sociedades constituidas al efecto, y se acordó que Hacienda se "entretuviera" con el Sr. Everardo el máximo tiempo posible, permitiendo así reflotar el Grupo y pagar una vez pasados los años, y agotados todos los recursos, inclusive judiciales, posibles.

Que llegado el momento en que hubiera que pagar inexorablemente las deudas, aunque formalmente las pagara el Sr. Everardo , el Grupo le proveería de los fondos necesarios, toda vez que siempre habían sido deudas del Grupo.

Que ni a él la sociedad le concedió ningún préstamo en 20 años de historia en el Grupo, ni mucho menos que era una práctica habitual prestar dinero a los socios.

Finalmente, que las sociedades afectadas por los expedientes con Hacienda, se

"dejaron en el aire", traspasándose el fondo de comercio, personal y activos a las nuevas. Según manifestó: era una continuidad clara, pero nadie la denunció. En conclusión, entendemos que en esta cuestión de fondo controvertida la sentencia se aparta por completo de la prueba practicada, de las resoluciones judiciales firmes que vinculaban su decisión, de los documentos que fehacientemente acreditaban la causa real de la



transferencia operada, de las testificales que fueron depuestas, así como también de los numerosos indicios existentes.

Indicios que sirven para, sobre los múltiples hechos base acreditados, asegurar que no pudo haber otro motivo razonable para la entrega de 245.000,00 al finado Sr. Everardo , más que comprendiendo que tal relevante suma dineraria no se entregó en concepto de préstamo fruto de una política empresarial habitual, sino en el marco de unos acuerdos que englobaban un negocio fiduciario complejo, por los cuales el Sr. Everardo actuó como favorecedor promoviendo con su conducta la continuidad de la empresa, su empresa.

Un negocio fiduciario por el cual el Sr, Everardo se comprometió, en aras a salvar su empresa, en convertirse formalmente frente a Hacienda Pública en deudor, pero solo formalmente, asumiendo el pago de las liquidaciones que se girarían en el futuro por deudas generadas en el marco del propia actividad del Grupo, respecto de algunas de la sociedades de éste que quedaron expresamente inactivas y vacías de todo activo (nave industrial en Barcelona, fondo de comercio en las sociedades de Barcelona, Zaragoza y Valencia, trabajadores, etc.). Un vaciado que tal y como explicó el testigo D. Claudio sirvió para "dejarlas en el aire" mientras el Grupo se aseguraba la continuidad, y con el firme compromiso por los partícipes del negocio que llegado el momento el propio Grupo respondería a dichas deudas porque eran sus deudas, del Grupo, facilitándole al Sr. Everardo los fondos necesarios para ello.

Por consiguiente, la reclamación que ahora efectúa la actora no puede prosperar. No puede prosperar porque sería tanto como permitir que prosperase una reclamación dolosamente articulada sobre un documento privado simulado, debiendo emerger en esta fase revisora la exceptio doli que ya se alegó en instancia; y no puede prosperar porque de permitir que prospere esta reclamación, se estará facilitando además un innegable enriquecimiento injusto de la social actora, quien en su día no respondió de las deudas a las que debía hacer frente por haberse adjudicado los activos de las sociedades responsables. Y cuando respondió -proveyendo al efecto de fondos al Sr. Everardo -, la relación de favor quedó extinguida, no pudiendo ahora reactivarla para exigir al favorecedor que pague una deuda propia.

En virtud de todo lo que antecede, la petición declarativa y de condena formulada por la actora deberá ser íntegramente desestimada, tanto por lo que respecta a la cuestión formal de legitimación pasiva, como por lo que respecta al fondo del asunto.

### **TERCERO.- Primer motivo del recurso. La aceptación de la herencia. Vocación y delación**

Como paso previo tenemos que recordar las etapas del trámite sucesorio desde la muerte del causante hasta la aceptación de la herencia sea expresa o tácita.

Como es sabido son la apertura de la sucesión desde el mismo momento de la muerte del causante, la vocación, la delación y la aceptación.

La STS 4-5-2005 las define del siguiente modo:

*En las fases del fenómeno sucesorio, tránsito del patrimonio del causante al heredero, se parte de la apertura de la sucesión, momento inicial producido por la muerte del causante, se sigue por la vocación a la herencia, como llamamiento abstracto y general a todos los posibles herederos, testados o intestados y se llega a la delación, ofrecimiento de la herencia al heredero, que da lugar a un derecho subjetivo, ius delationis, que facultan la adquisición por la aceptación. La vocación, pues, alcanza a toda persona que ha sido designada como heredero principal o subsidiariamente en el testamento o que puede ser heredero abintestato; es decir, todo sucesor eventual o posible, que se concretará cuando conste quién es o quiénes son los llamados que tienen el derecho (derecho subjetivo, ius delationis) a aceptar y con la aceptación, adquirir la herencia. Los posibles herederos, convocación, no tienen un derecho subjetivo, pero sí lo pueden tener; tienen una expectativa jurídica y, por ende, lo cual es importante, un interés legítimo.*

Ese criterio lo mantiene la STS 2-7-2014 que con cita de la anteriormente reproducida dice : *presupuesto ineludible es la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante, como expresa el artículo 657 del Código civil . A esta primera fase sigue la delación, como ofrecimiento concreto de la herencia que puede ser aceptada, que ha sido precedido - normalmente con simultaneidad- por la vocación, como llamamiento abstracto (así lo expresa la sentencia citada de 4 mayo 2005 ) y, con base en aquel ius delationis , el heredero adquiere la herencia por medio de la aceptación ( artículo 991 del Código civil ) que puede ser expresa o tácita (artículo 999) y esta última (artículo 1000) es la que denomina "actos de señor", (Partida 6ª.)*

Con arreglo a estas ideas, la apertura de la sucesión se produce con la muerte del causante D. Everardo en fecha 21-4-2016.

El causante murió abintestato, carecía de descendencia, y tenía vecindad civil catalana, por lo que Art. 9.1 y . 8, en relación con los Arts.13 , y 14 todos del C.C., es aplicable el libro IV del C.C . de Cataluña.





La vocación queda muy difuminada porque el Art.411-4 de Libro IV de C.C. de Cataluña, ordena que la delación se produzca desde el momento de la muerte del causante, o lo que es lo mismo el 21-4-2016 se había producido la delación en favor de la demandada, que como pareja de hecho estable del difunto es heredera en la sucesión intestada, ex Art.441-2 del Libro IV del C.C. de Cataluña.

La acreditación de ese título se hace en dos tramos. Uno, por el acta de notoriedad, escritura de 13-6-2016 al N° 1086 del protocolo del notario de El Vendrell D.Josep Maria Pages Vall, que probaba que la demandada era pareja de hecho estable del difunto. El otro, por declaración de herederos abintestato, instada por la actora el mismo día, y ante el mismo notario, al número siguiente de su protocolo, que terminó declarando heredera universal a la demandada en fecha 30-8- 2016

#### **CUARTO.- Primer motivo del recurso. La aceptación tácita de la herencia.**

Partiremos de que el sistema de aceptación tácita del C.C. y del Libro IV del C.C. de Cataluña tienen el mismo sentido al ser herederas del sistema sucesorio romano.

En el sistema del C.C. es luminosa la STS de 27-6-2000 que declara:

*El art. 999, párrafo tercero, del Código Civil dice que la aceptación tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. Este precepto procede sustancialmente del Derecho Romano (Instituta, libro 2º, tít. XIX, párrafo 7, "de heredum qualitate et differentia", con arreglo al que "obrar como heredero es obrar como dueño, porque los antiguos decían herederos significando dueños"), y de las Partidas (la ley 11, título VI, Partida Sexta, sobre "en que manera deue el heredero tomar la heredad", se refiere a que "se puede fazer por fecho: maguer non lo diga paladinamente", y se hace hincapié en la necesidad de la intención de ser heredero), y ha sido objeto de una profusa jurisprudencia ( Sentencias, entre otras, 21 abril 1881 , 8 julio 1903 , 17 febrero 1905 , 12 febrero 1916 , 6 julio 1920 , 23 abril 1928 , 13 marzo 1952 , 27 abril y 23 mayo 1955 , 31 diciembre 1956 , 8 mayo 1957 , 31 marzo y 4 julio 1959 , 16 junio 1961 , 21 marzo 1968 , 29 noviembre 1976 , 14 marzo 1978 , 12 mayo 1981 , 20 noviembre 1991 , 24 noviembre 1992 , 12 julio y 19 octubre 1996 , 9 mayo 1997 , y 20 enero 1998 ), y doctrina de la Dirección de los Registros (Resoluciones de 25 mayo 1895 , 21 mayo 1910 , 21 enero 1993 , 10 diciembre 1998 , y 25 febrero 1999 ). La postura mantenida por la doctrina recogida en las Sentencias de esta Sala y Resoluciones citadas es unánime en exigir actos claros y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia. Ha de tratarse de hechos que no tengan otra explicación, pues lo que importa es la significación del acto, en cuanto indica la intención de hacer propia la herencia y no de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para después aceptar. Son especialmente diáfanas en tal sentido las Sentencias de 15 junio 1982 , 24 noviembre 1992 y 12 julio 1996 .*

En este sentido, compartimos la doctrina de la sentencia N° 20/2017, de 20-4-2017 del T. S. J. de Cataluña, citada y reproducida en parte por el Juez de Instancia, y lo hacemos porque la secuencia de hechos en los que participa la demandada y el concepto en el que actúa así lo impone.

El primero, es un escrito de 28-6-2016, según figura en la antefirma, dirigido al Juzgado de 1ª Instancia N° 88 de los de esta Villa, autos de ejecución N°352/2011, f.491 Tomo I, en el que se informa al juzgado que el ejecutante ha muerto, que la demandada es su sucesora universal. En concreto dice *Atendiendo pues a las reglas generales conforme a las cuales el heredero sucede al difunto por el mero hecho de la muerte en todos sus derechos y obligaciones , art 661 del Código Civil Español, y los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, Art.657 del mismo cuerpo legal , en los caso de sucesión universal como el presente será la heredera la que ostente la condición de sucesora real para poder ocupar desde este instante la posición procesal del causante difunto.*

En el suplico terminaba pidiendo que se tuviera por comunicada la defunción del ejecutante, *Por personada esta procuradora en representación de Dª Bibiana .... Tenga a mi mandante por personada en el presente procedimiento como ejecutante* (negrita es nuestra) *en sustitución del difunto D. Everardo por virtud de la sucesión procesal ex Arts.16 y 540 L.E.C. y terminaba pidiendo medidas ejecutivas concretas de embargos etc.*

Es más en el contexto de ese escrito se revela algo fundamental; recobrar el control de un grupo empresarial, y parece que esa toma de control no es un acto meramente conservativo.

El segundo hecho decisivo se produce en los autos N°253/2011 del Juzgado de 1ª Instancia N° 6 de Coslada, f.273 a 275, Tomo I en los que consta la tramitación de la sucesión procesal del difunto en favor de la demandada y su personación en autos en concepto de heredera y sucesora procesal. El último de los hechos es la petición de fecha 6-12-2016 de concurso voluntario de la herencia yacente ante el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Tarragona, que fue declarado por auto de 15-2-2017 .

Los hechos expuesto son a nuestro entender suficientes como para estimar que hay aceptación tácita, pura y simple, de la herencia.



Sin la cualidad heredero no se podía actuar en juicio, ni pedir embargos, ni instar la declaración de concurso de la herencia yacente. Son actos que sin duda alguna entran en la categoría de los contemplados en el Art.999 C.C . cuando dice: *Tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero . O como dice el Art.451-5 del Libro IV del C.C . de Cataluña: a) Si el llamado hace cualquier acto que no puede hacer si no es a título de heredero.*

Nótese que no estamos ante acciones posesorias, del Art.411-9 del Libro IV del C.C . de Cataluña que las permite al proclamar que: *Cuando la herencia está yacente, los herederos llamados solo pueden hacer actos de conservación, defensa y administración ordinaria de la herencia, incluidos la toma de posesión de los bienes y el ejercicio de acciones posesorias... 2. Los actos a que se refiere el apartado 1 no implican por ellos mismos aceptación, salvo que con estos actos se tome el título o la calidad de heredero.*

Tampoco estamos ante gestión de negocios ajenos sin mandato, ni ante actuaciones puramente formales, ni de aseguramiento del caudal hereditario. Estamos ante la actuación del heredero, en concepto de tal, que invoca esa cualidad, prosiguiendo actuaciones procesales de su causante, sin restricción ni reserva alguna prohibida por el Art., Artículo 461-2. Del Libro IV del C.C . de Cataluña que ordena: *La aceptación y la repudiación de la herencia no pueden hacerse parcialmente, ni sometidas a plazo o condición. Las condiciones y restricciones a la aceptación y repudiación de la herencia se tienen por no formuladas , y sin manifestación de hacerlo a beneficio de inventario.*

Como conclusión, podemos sostener que con la personación de la recurrente en concepto de heredera en los autos Juzgado de 1ª Instancia N° 88 de los de esta Villa, autos de ejecución N°352/2011, en fecha 28-6-2016 se produjo la aceptación tácita.

Nótese que esa personación es posterior a la escritura de 13-6-16, por la que se acreditaba la condición de la recurrente como pareja de hecho del difunto y con derecho a heredar ex Art.441-2 del Libro IV C.C . de Cataluña, y anterior a la declaración formal de herederos de 30-8-2016.

Había gestionado como heredera aun antes de su declaración formal, y por esa razón el Juzgado de 1ª Instancia N° 88 no admitió su personación; no tenía título formal, pero había gestionado de forma clara y nítida como heredera

#### **QUINTO.- Primer motivo del recurso. La sucesión procesal**

Nos quedan algunas consideraciones sobre la sucesión procesal. Bajo esta rúbrica los Arts. 16 y 17 L.E.C . dan cobijo a dos instituciones completamente diferentes, cuya finalidad y efecto es regular el cambio de partes pendiente el proceso, con repercusión en la legitimación y en el curso del proceso.

En ambos casos, hay que tener presente que el Art.10 L.E.C . Unifica el concepto procesal de parte y la legitimación: *Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.*

*Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular.*

La sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso, Art.17 L.E.C ., parte de la transmisión a título singular del objeto litigioso por actos intervivos, en la que pueden disociarse la legitimación sobre la cuestión de fondo, de la legitimación procesal formal.

Esa ruptura de concepto de legitimación es la excepción del párrafo segundo del Art. 10 L.E.C . ya citado, y obedece razones de defensa de la parte ex Art.17.2 L.E.C ., o bien porque a pesar de la transmisión, las partes no solicitaron la sucesión. En estos dos últimos casos se perpetúa la legitimación ex Art.411 L.E.C ., pero este no es el supuesto que nos ocupa.

La sucesión procesal mortis causa del Art.16 C.C . es mucho más profunda, ya que parte de la extinción de la personalidad jurídica, Art. 6 L.E.C ., por lo que no puede sostenerse que suponga la ocupación de una posición procesal puramente formal.

Es la expresión procesal del concepto de sucesión universal del heredero, en todos y cada uno de los derechos y acciones del causante que no se extingan por su muerte, tanto procesal como sustantiva; los procesos pendientes forman parte del patrimonio del difunto.

Desaparecida la parte originaria, el único sustituto posible es el heredero que acepte la herencia en virtud del fenómeno de la sucesión universal, momento en que adquiere la condición de parte ex Art.10 L.E.C ., ocupando la misma e idéntica posición jurídica que su causante en el derecho discutido.

Es un ejemplo claro de la subrogación en el más amplio sentido del término, entendido como la entrada en una posición jurídica preexistente.



Obviamente el heredero puede no aceptar, en cuyo caso deja de ser sucesor y parte, y puede no comparecer declarándosele rebelde, desistido o renunciado.

Pues bien, a la vista de los hechos reseñados en los fundamentos anteriores no parece que pueda decirse que la demandada ocupase una posición puramente formal de defensa de la herencia yacente.

**SEXTO.- Segundo motivo del recurso. El beneficio de inventario.**

No compartimos la opinión del recurrente. Es cierto que el Art.461-14 del Libro IV del C.C. de Cataluña permite usar del beneficio de inventario antes o después de la aceptación, pero debe hacerlo, Art.461-15 1. *En el plazo de seis meses a contar del momento en que el heredero conoce o puede razonablemente conocer la delación.*

Pues bien teniendo en cuenta que la delación se produce, Art.411-4 del Libro IV del C.C. de Cataluña desde el momento de la muerte del causante, dicho esta que el día inicial es el 21-4-2016.

La demandada era pareja de hecho, conviviente con el difunto y por tanto estaba en disposición de conocer razonablemente la ausencia de descendientes, y su cualidad de heredera.

Es un hecho que pertenece al acervo cultural común la progresiva equiparación de las parejas de hecho a las de derecho, y aspecto tan importante como la inclusión de la pareja de hecho como heredera con exclusión de los colaterales, Art.442-9 del Libro IV del C.C. de Cataluña, no pasaría desapercibido para el común de los catalanes

El único problema sería la posible existencia de un testamento que pudiera alterar lo previsto en la sucesión intestada, obstáculo que desaparece en 20-5-2016, con el certificado de últimas voluntades en el que constaba que el difunto no había otorgado testamento.

Así las cosas, desde 20-5-2016 hasta la fecha de presentación en concurso de la herencia yacente en 7-12-2016 han pasado los seis meses legalmente exigibles, entendiéndose aceptada la herencia pura y simplemente.

**SEPTIMO.- Tercer motivo del recurso. El negocio fiduciario**

Como antecedente tenemos que referirnos la sentencia de esta Sección de 27-3-2012, en la que la sociedad actora reclamaba a su socio D. Everardo cuatro préstamos, para los que se fijó el interés del Euribor más 0,5 puntos. El primero de 16-12-2004 por 30.000€ y vencimiento el 16-12-2007. El segundo por 100.000€ de fecha 31-1-2005 también a tres años. El tercero por 60.000€ de 27 de marzo de 2006 con vencimiento el 31-1-2008. El cuarto de 185.355€ concertado el 5-6-2006 a devolver el 31-12-2008. Ninguno fue devuelto lo que motivo su reclamación, autos N° 671/2009 del Juzgado de 1ª Instancia N° 6 de los de Coslada, y que termino por sentencia firme de esta Sección de 27-3-2012.

De esta sentencia merece destacarse que la alegación principal de la demandada era el carácter simulado basado en un acuerdo verbal de fiducia que posibilitó que la mayoría formal de las acciones que tenía D. Everardo pasaran a manos de una persona de confianza, alegaciones que fueron desestimadas confirmándose la sentencia de instancia.

También merecen destacarse la sentencia de la Sección 13ª de esta Audiencia Provincial de 1-7-2013 confirmada por otra del T.S. de 10-6-2016, que admitieron la existencia de negocio fiduciario por la venta de unas acciones, formalizada en escritura pública de 10-6-2016.

De estos antecedentes podemos extraer varias conclusiones. La primera, que la declaración de negocio fiduciario de la compraventa de acciones no vincula en este proceso ya que las partes no son las mismas, ni el objeto es idéntico: aquí hablamos de préstamos, y allí se trataba de venta de acciones.

La segunda, que no es lógico que en la gestión de un grupo empresarial dedicado al transporte, se emplee constantemente el negocio fiduciario, desde el año 1996 hasta el año 2016.

La oscuridad e inseguridad propias de los negocios fiduciarios prolongada en el tiempo, es incompatible con la gestión ordenada de un grupo empresarial.

No nos convence la alegación de que el préstamo obedece a la necesidad de hacer frente al pago de deudas sociales con organismos públicos, asumidas personalmente por el difunto pero que, en realidad, se correspondían con deudas de la empresa o grupo societario que actuaba bajo la misma marca comercial TRANSAHER; era la necesidad de obtener efectivo con el que afrontar esa responsabilidad asumida por el causante como garante personal frente a la Hacienda de sociedades que el Grupo, que habían quedado inactivas y con traspaso de activos a otras nuevas y limpias.

La idea era proveer de fondos al prestatario para que hiciera frente a esas deudas.



Esa justificación no es comprensible. Para hacer frente a esas deudas no es necesario hacer préstamos con intereses al socio, basta con reintegrarle el importe abonado por cuenta de la empresa con sus intereses. La situación lógica es justamente la contraria; un crédito del socio contra la empresa.

Enfocado el problema desde otro punto de vista la solución es la misma.

La directora financiera en la época del préstamo que nos ocupa, reconoce la firma, habla de que el primer préstamo se redactó con auxilio de letrado, y luego se reprodujo el modelo en las demás ocasiones, nos dice que los préstamos a socio estaban todos contabilizados en sus cuentas auditadas, y nos habla de cuestiones personales del difunto con Hacienda, de relaciones personales del difunto con su primera esposa; había que aportar dinero para el divorcio, y se hablaba del deseo de esta de adoptar un niño. La lógica de las cosas nos lleva a préstamos para cuestiones personales al socio mayoritario

La declaración del testigo D. Claudio no nos convence. Amen de haber sido despedido de la empresa por absentismo laboral, su posición era la de Director Comercial, por tanto ajeno a las cuestiones financieras, y con otra particularidad. Su formación como sociólogo lo sitúa lejos de esas cuestiones. En conclusión desestimaremos el motivo.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. EL REY, y por la autoridad que el pueblo nos confiere

## FALLAMOS

**DESESTIMAMOS** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D<sup>a</sup> **Bibiana**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia N<sup>o</sup>5 de los de Coslada, en sus autos N<sup>o</sup>761/2016 de fecha siete de mayo de dos mil dieciocho.

**CONFIRMAMOS** dicha resolución, e **IMPONEMOS** las costas de esta alzada al recurrente

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid**, con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274**, que es la cuenta general o "buzón" del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: **" 2649-0000-00-0548-18 "** excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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