



Roj: **SAP O 1482/2013 - ECLI: ES:APO:2013:1482**

Id Cendoj: **33024370072013100212**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **06/05/2013**

Nº de Recurso: **412/2012**

Nº de Resolución: **207/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7**

**GIJON**

**SENTENCIA: 00207/2013**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE**

**GIJON**

**Sección 007**

-

Domicilio : PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

Telf : 985176944-45

Fax : 985176940

Modelo : SEN000

N.I.G.: 33024 42 1 2011 0007143

**ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000412 /2012**

Juzgado procedencia : JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de GIJON

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000917 /2011

RECURRENTE : Lucía

Procurador/a : GONZALO ROCES MONTERO

Letrado/a : MARCELINO ABRAIRA PIÑERO

RECURRIDO/A : Doroteo , Pilar , Feliciano

Procurador/a : MARIA CONSOLACION GONZALEZ PRADA

Letrado/a : NURIA MADERA CIMADEVILLA

**SENTENCIA Núm. 207/2013.**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

DON RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE

DOÑA MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA

En Gijón, a seis de Mayo de dos mil trece.



VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en GIJÓN, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 917/2011, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 10 de GIJÓN, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) nº **412/2012**, en los que aparece como parte apelante, DOÑA Lucía , representada por el Procurador de los tribunales, Sr. GONZALO ROCES MONTERO, asistido por el Letrado D. MARCELINO ABRAIRA PIÑERO, y como parte apelada, DON Doroteo , DOÑA Pilar y DON Feliciano , representados por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARÍA CONSOLACION GONZÁLEZ PRADA, asistida por la Letrada DOÑA NURIA MADERA CIMADEVILLA.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 16 de Marzo de 2012 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO.- Desestimo íntegramente la demanda deducida a instancias de doña Lucía contra don Doroteo , doña Pilar y don Feliciano , y, en consecuencia, les absuelvo de cuantas pretensiones se contienen en ella. Con imposición de costas a la demandante".

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de DOÑA Lucía se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 30 de Abril de 2013.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado **DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA**.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia que desestima la demanda se alza el recurso en el que invirtiendo los motivos del recurso se aduce e insiste en primer lugar en la nulidad de la escritura de adjudicación de los bienes del causante, entre la comunidad hereditaria formada por éste y sus hijos (del primer matrimonio), casado en segundas nupcias con de la aquí actora, del único inmueble que constituía el acervo ganancial del cuius y su primera esposa, por falta de precio, invocando la doctrina relativa a que una compraventa simulada no es válida como donación, para seguir esgrimiendo como segundo motivo el artículo 1320 CC , por cuanto a este acto dispositivo no dio su consentimiento la demandante, que en ese momento (año 2003) ya había contraído matrimonio con el finado, quien compareció con sus hijos a efectuar la adjudicación, e hizo constar en la escritura que era viudo.

**SEGUNDO.-** En cuanto a la simulación de la escritura, sin perjuicio de reproducir las alegaciones de la sentencia sobre el precio, carece de fundamento la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia de 4 de mayo de 2009 sobre la nulidad de la donación encubierta en un contrato de compraventa, ya que no nos encontramos ante este negocio jurídico sino ante una adjudicación hereditaria, careciendo de sentido el ejercicio de la acción por simulación dirigida a impedir que determinados bienes salgan de la masa hereditaria mediante un negocio de apariencia onerosa, bien concertado en vida del causante con alguno de aquellos, bien con terceros que invocan a su favor el artículo 34 de la LH , ya que nos hallamos en este caso dentro de la propia adjudicación llevada a cabo de los bienes que integran la herencia por los coherederos, en la que hubo en primer término una transmisión onerosa cierta a favor del causante, como es la constitución a su favor de un usufructo vitalicio sobre la totalidad del inmueble, y en segundo lugar el hecho de que se procediese al pago del resto de la compensación que habrían de abonar los hijos al fallecido para compensar el exceso en la adjudicación, y la correcta valoración del bien que integra la herencia y la de las distintas porciones en que se reparte, no generan la nulidad por simulación de la escritura de liquidación, sino que dan lugar a otras acciones que asisten a los coherederos, como son la rescisión de las operaciones particionales por lesión ( art. 1074 CC ) o el derecho a reclamar la compensación no entregada al causante, acciones de índole distinta a la ahora instada, lo que obliga a rechazar el motivo.

**TERCERO.-** En cuanto a la aplicación del artículo 1320 CC , se discrepa de la sentencia de instancia al considerar ésta que no es susceptible de tutela el supuesto enjuiciado, porque dada la comunidad postganancial existente debido al fallecimiento de la primera esposa, no se lleva a cabo en la adjudicación un acto dispositivo sobre un bien sobre el que el causante tuviese un derecho concreto materializado en una porción definida, ya que el precepto obliga al consentimiento del otro cónyuge para "disponer de los derechos sobre la vivienda conyugal", siendo así que al realizar el acto dispositivo durante la vigencia del segundo matrimonio, poseía el causante un derecho de contenido patrimonial sobre la vivienda que compartía con su segunda mujer, máxime cuando a la fecha del otorgamiento de la escritura, era dicho inmueble (vivienda familiar que ocupaban el finado y la demandante) el único bien de la sociedad de gananciales constituida con



su primera esposa y pendiente de liquidar, de modo que ambas partes de consuno cuantifican el derecho que ostentaba el causante en tal fecha sobre la vivienda en las 3/6 partes de propiedad y 1/6 de usufructo. Ahora bien esta Sala, teniendo en cuenta que como dice entre otras la sentencia del TS de 10 de julio de 2005, la finalidad del precepto en cuestión no es otra que proteger la situación posesoria sobre la vivienda familiar, tanto si es privativa del que dispone, como ganancial, a tenor de la opinión doctrinal que la sentencia de instancia cita y esta Sala comparte, no encaja la disposición efectuada por el causante en la escritura de adjudicación, con la finalidad de la norma, ya que con ella se mantiene en vida del esposo de la demandante, -a favor de aquel-, el pleno uso sobre la totalidad del inmueble, haciendo inmune su derecho, y por tanto el de su consorte, a los resultados de una hipotética acción divisoria que cualquiera de los herederos podía haber instado sobre dicho inmueble, en la que cabría llegar a la venta en pública subasta del piso, lo que se evita mediante la adjudicación del usufructo vitalicio de la vivienda a favor del causante, que permitió a la actora su pleno uso y disfrute en unión de su cónyuge, sin que el fallecimiento, años después del otorgamiento, del usufructuario (que bien pudiera estar vivo en la actualidad) puede retrospectivamente utilizarse para analizar lo ocurrido e impugnarlo con apoyo en el precepto en cuestión. Finalmente y a mayor abundamiento, también ha de tenerse en cuenta el transcurso del plazo de caducidad ( sentencia del TS de 4 de octubre de 2006 ) de la acción de anulabilidad prevista en el artículo 1301 CC in fine desde que hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato. Los hijos del fallecido señalan que la esposa de su padre tuvo conocimiento del otorgamiento de la escritura después de instrumentarla, en el año 2003, ya que era aquella quien gestionaba el patrimonio del fallecido y que ello dio lugar a un conflicto grave en las relaciones familiares, versión que se acomoda al resultado de la prueba, ya que como los propios testigos aportados por la apelante, -narra incluso en el informe de detectives-, de toda la gestión patrimonial y administración del fallecido se encargaba exclusivamente la demandante, quien controlaba las cuentas y documentos de aquel, y hacía los pagos de la comunidad, IBI y demás y la documental ad vera que desde el 2005 al menos (folio 221) se le comunica el cambio de titularidad del inmueble conforme a la escritura de adjudicación, que pasa de estar registrado a nombre de su esposo, a estar inscrito a nombre de sus tres hijos; nudo propietarios desde el otorgamiento de la escritura, lo que se añade al argumento principal anterior, a los efectos de desestimar el recurso y confirmar la apelada en virtud de sus propios fundamentos, parcialmente acogidos y los que esta Sala añade.

**CUARTO.-** Desestimado el recurso las costas de la apelación se imponen al recurrente ( artículo 398 Ley de Enjuiciamiento Civil ), sin que exista ningún motivo para evitar la imposición de las de primera instancia, conforme al artículo 394 Ley de Enjuiciamiento Civil .

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente

## FALLO

Se DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación de DOÑA Lucía contra la Sentencia de fecha 16 de Marzo de 2012, dictada en los autos de Procedimiento Ordinario nº 917/2011 que se siguen en el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Gijón, que debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS en todos sus pronunciamientos, con imposición a la apelante de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia se ha hecho pública en el día de la fecha. En Gijón, a catorce de Mayo de dos mil trece.