



Roj: **SAP PO 559/2012 - ECLI:ES:APPO:2012:559**

Id Cendoj: **36057370062012100253**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **19/04/2012**

Nº de Recurso: **3463/2010**

Nº de Resolución: **307/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MAGDALENA FERNANDEZ SOTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA

N01250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36038 37 1 2010 0601026

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0003463 /2010

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001075 /2008

Apelante: Tamara , Carmela

Procurador: JOSE MARQUINA VAZQUEZ, JOSE MARQUINA VAZQUEZ

Abogado: NURIA CASAL DOMINGUEZ, NURIA CASAL DOMINGUEZ

Apelado: Saturnino , Maite

Procurador: M^a PAZ BARRERAS VAZQUEZ, MANUEL RODRIGUEZ NIETO

Abogado: JULIAN URBISTONDO ROMERO, MARIA CRISTINA HERRERO GARCIA

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados D. JAIME CARRERA IBARZABAL, Presidente; D^a MAGDALENA FERNANDEZ SOTO y D. MIGUEL MELERO TEJERINA, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 307

En Vigo, a Diecinueve de Abril de dos mil doce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, sede Vigo, los autos de JUICIO ORDINARIO 1075/08, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VIGO, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación 3463/2010, es parte **apelante** -ddo.-impugnado: D^a Tamara Y D^a Carmela , representadas por el procurador D. JOSE MARQUINA VAZQUEZ y asistidas del letrado D^a NURIA CASAL DOMINGUEZ; y, **apelado**- dte.-impugnante: D. Saturnino , representado por el procurador D^aPAZ BARRERAS VAZQUEZ y asistido del letrado D. JULIAN URBISTONDO ROMERO y apelado-ddo.: D^a Maite , representada por el procurador D. MANUEL RODRIGUEZ NIETO y asistido del letrado D^a CRISTINA HERRERO GARCIA.



Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a MAGDALENA FERNANDEZ SOTO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 13 de Vigo, con fecha 2 de Junio de 2010, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Se estima parcialmente la demanda presentada por la Procuradora D^a Paz Barreras Vazquez en nombre y representación de D. Saturnino contra D^a Tamara , D^a Carmela representados por el Procurador D. José Marquina Vazquez; y contra D^a Maite representada por el Procurador D. Manuel Rodríguez Nieto.

Se estima parcialmente la demanda presentada por el Procurador D. Manuel Rodriguez Nieto en nombre y representación de D^a Maite contra D^a Tamara y D^a Carmela ; y contra D. Saturnino .

Se declara que la cuota hereditaria correspondiente a D. Saturnino debe ser completada en la suma de 17.770,51 euros, y D^a Maite en la suma de 273.770,51 euros con los intereses legales correspondientes desde la fecha de la presente resolución. Condenando a las demandadas, conforme a las disposiciones testamentarias, al abono de estas cantidades.

No ha lugar a imposición de costas debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por el Procurador D. JOSE MARQUINA VAZQUEZ, en nombre y representación de D^a Tamara Y D^a Carmela , se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las presentes actuaciones a la Audiencia Provincial de Pontevedra, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección Sexta, sede Vigo, señalándose para la deliberación del presente recurso el día 19 de Abril de 2012.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-El litigio de que aquí se trata se inició por demanda promovida por Don Saturnino , frente a sus hermanas Doña Tamara , Doña Carmela y Doña Maite , ejercitando la acción de rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte que se produce con las adjudicaciones realizadas en el cuaderno, añadiendo que para el caso de que opten por la indemnización lo hagan en la cantidad de 179.637,55 euros y, subsidiariamente, la acción de complemento en lo que resulte acreditado como perjuicio, ambas en relación con la herencia de su causante Don Leon , fallecido el 30 de abril 2007, quien otorgó testamento abierto ante el notario de Vigo Don José Manuel Piñeiro Prieto el 3 de agosto de 2006. En dicho testamento, según se hace constar en la indicada demanda, lega a Doña Maite lo que le correspondía por legítima que sería abonada en metálico por sus herederos. Instituye herederas a Doña Carmela y Doña Tamara . Y, en cuanto al actor, Don Saturnino , confirma en su testamento la mitad de la donación que el causante y su difunta esposa (Doña Maite) realizaron en escritura publica el 19 de diciembre de 1989, de forma que con la parte que le correspondía al causante en los bienes donados en su día, así como con otras presuntas donaciones en especie y metálico, se había de tener por pagado de cuantos derechos le correspondían en la herencia, de no cubrirse sería completada en metálico por sus herederas.

Se alega que, sin intentar partición de mutuo acuerdo, los contadores-partidores, actuaron y elaboraron el cuaderno particional de 30 de julio 2007, protocolizado notarialmente el 7 de agosto 2007, sobre el cual y como base de las acciones ejercitadas se argumenta lo siguiente:

1) No se han considerado en la partición los valores correctos de alguno de los bienes inmuebles, así se alude a la infravaloración del inmueble de la CALLE001 . En el cuaderno de la causante Doña Maite (esposa del aquí causante) se valoraba el inmueble en 3.612.500 euros y el ahora accionante lo hacía en 4.533.000 euros, mientras que en el cuaderno de Don Leon se valoran las 4/6 partes en 4.136.802 euros, lo que significa que la totalidad del inmueble valdría 6.267.881 euros.

2) No se ha incluido el dinero existente. En el año 2004 se le adjudica a Don Leon en el cuaderno particional de la que fue su esposa Doña Maite el metálico de 1.281.747 euros, sin embargo en el 2007 el metálico que tiene disponible para testar es de 86.563,35 euros, ante lo anterior el demandante refiere la imposibilidad de que su padre gastase la diferencia de tal numerario en tres años.



3) No se han colacionado bienes donados por el causante, en concreto, donaciones de las que esta parte no ha tenido conocimiento hasta ahora. Así, no se traen a colación las siguientes donaciones y liberalidades hechas a las demandadas: a) dinero depositado en Suiza; b) transferencia de 1.000.000 \$ que el causante y su esposa transfirieron en noviembre de 1994 a las sociedades de sus hermanas (Doña Carmela y Doña Tamara), denominadas Cartiz, Ltd y Atar, Ltd a través de una sociedad de los causantes Karella Limitad, domiciliada en Islas Channel; y, c) donación fraudulenta de dos casas en Puerta de Hierro a través de dos compraventa ficticias que se produjeron a favor de las sociedades conyugales de Doña Tamara y Doña Carmela el 5 de abril 1978 por un precio confesado de 2.016.000 pesetas

4) Bienes colacionables a favor de Don Saturnino : a) el 24% de las casas CALLE002 , NUM000 y CALLE003 , NUM001 , donación que no consta en el testamento de Don Leon y a la que no se alude en el cuaderno de su mujer Doña Maite y que, en todo caso, nunca tuvo lugar, b) La mitad de la donación realizada en 1989 de 22.500.000 pesetas, equivale en el cuaderno a 256.000 euros (esta donación se reconoce) y, c) la presunta cesión a título gratuito de una participación el piso NUM002 NUM003 duplex de la casa núm. NUM004 PLAZA000 , sobre la que se alega que tal donación no ha sido realizada por el causante.

Se destaca también en la demanda que en la actualidad y en base al ejercicio de las mismas acciones que el presente se sigue un procedimiento judicial ante el Juzgado de 1ª Instancia núm.13 de Vigo, en el que fueron acumulados los procedimientos Ordinarios núm. 354/06 y 914/06 , si bien en relación con el cuaderno particional de la mujer de Don Leon , Doña Mariola .

La codemandada, Doña Maite , en el término de emplazamiento, presentó escrito en el que solicitó se la tuviera por allanada a la demanda de Don Saturnino , sin perjuicio, según hizo constar, de la interposición en su nombre de la pertinente demanda en relación con el cuaderno particional de su padre, Don Leon .

La representación de las codemandadas, Dona Carmela y Doña Tamara , se opuso a la demanda, invocando la excepción de falta de legitimación activa de Don Saturnino para promover la acción de rescisión de la partición, ya que el nombrado no es heredero de su fallecido padre, únicamente legitimario, por lo que no tiene derecho a intervenir en la partición al no formar parte de la comunidad hereditaria, de ahí que solo tenga la acción del art. 247 de la Ley 2/2006 . Por otro lado, niega que la legitima del demandante haya sido incorrectamente calculada, el único inmueble que quedaba a la muerte del causante es el sito en la CALLE001 , NUM004 , que ha sido correctamente valorado, asimismo, se ha incluido en el inventario todo el metálico del fallecido causante y no han existido donaciones colacionables a favor de sus representadas, ya que en las ventas de los pisos de Puerta de Hierro, que de contrario se califican como ficticias, ni siquiera intervino el causante.

A la demanda inicial se acumuló la interpuesta por la representación de Doña Maite , quien, en ejercicio de la acción de complemento de la legitima, impugnó dos donaciones que a su favor se computan en el cuaderno particional del causante: a) el 15,926% de las casas números NUM000 de la CALLE002 y NUM001 de la CALLE003 , cuya mitad, por ser ganancial, se dice fue cedida a título gratuito el 3 de octubre 1975 y, b) la participación del causante en el piso NUM005 NUM006 de la casa, NUM004 de la PLAZA000 , cedido a título gratuito el 23 de marzo 1994, como accionista de la mercantil Joaquín Dávila y Cia, S.A. dentro del proceso de saneamiento de dicha entidad. Invoca la demandante, que ninguna alusión se hace a tales donaciones en los testamentos de su causante, tampoco en el cuaderno particional de su madre, además la cesión del primer inmueble no es cierta y, el segundo, es decir, el piso de la PLAZA000 era propiedad de la entidad Saturnino y Compañía, S.A. no de su causante. Lo que le lleva a solicitar que se ordene la adición o complemento de su legitima en la suma de 153.728 euros o, en su caso, la que el Juzgado determine con los intereses correspondientes desde el fallecimiento del causante o la fecha que se determine por el Juzgado.

La representación de Don Saturnino se allanó a la demanda anterior, en todo aquello que no contradiga los términos de su demanda. Mientras que la representación de Doña Tamara y Doña Carmela se opuso a la indicada demanda de Doña Maite , solicitando su desestimación. Esta última representación invocó como cuestión previa lo que considera consecuencias que acarrea el allanamiento de Doña Maite a la demandada de Don Saturnino . Estima que Don Saturnino acepta y admite las donaciones realizadas a su favor por el causante que enumeró en el hecho tercero de su demanda, a saber: a) participación en las casas de la CALLE002 y CALLE003 , b) donación de 45.000.000 pesetas en escritura pública realizada en el año 1989, c) cesión de los derechos del piso NUM002 duplex sito en el núm. NUM004 de la PLAZA000 , por cuanto en el hecho séptimo de su demanda, al proceder a computar el haber partible, únicamente hace referencia al metálico que viene dado por la diferencia entre lo adjudicado al causante Don Leon en el cuaderno particional de su madre y lo que considera gastó, los 500.000 \$ y los dos pisos de Puerta de Hierro, es decir aquellas donaciones no las menciona en éste hecho ni en el octavo, donde fija la cuantía, es decir, prescinde y omite argumentar sobre la indebida colación de las casas sitas en la CALLE002 , CALLE003 y PLAZA000 , exclusión que tampoco solicita en el suplico. Conclusión, la demandante no puede promover demanda impugnando las donaciones colacionables referidas en la base V, apartado 2 a) y b) del cuaderno cuando se allanó a las



pretensiones de Don Saturnino . En cuanto a lo demás, la representación de las ya citadas hermanas defiende que Doña Maite únicamente es legitimaria, no heredera, de ahí que no tenga derecho a intervenir en la partición del causante, para argumentar posteriormente en orden a la procedibilidad de las colaciones impugnadas.

La sentencia resuelve las controversias planteadas en la forma que vamos a exponer a continuación. El allanamiento de la representación de Doña Maite lo ciñe exclusivamente a la pretensión de modificar el cuaderno particional del causante, sin que ello implique admisión de hechos. Estima la alegación de la falta de legitimación activa de los demandantes para intervenir en la partición y para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión, de manera que únicamente tienen acción para que se complete su legítima. En cuanto al fondo, a los efectos del art. 244 Ley 2/2006 , la juzgadora, de acuerdo con las pretensiones deducidas en las demandas acumuladas, delimita y analiza los bienes que considera colacionables o no colacionables y las razones de ello. Así, en cuanto al 1.000.000 \$ que se dicen donados por el causante y esposa en noviembre de 1994, la juzgadora, remitiéndose al procedimiento 354/06, considera que existen indicios suficientes para considerar que se ha realizado tal donación a sociedades pertenecientes a Doña Tamara y a Doña Carmela , declarando la mitad de tal suma colacionable. Rechaza la condición de colacionables de los inmuebles de Puerta de Hierro, por cuanto no se acredita que su adquisición se haya realizado con dinero entregado por el causante. También rechaza que se traiga a la masa hereditaria la suma de 834.576 euros que se corresponden con la diferencia entre la suma en metálico que se adjudica al causante en el cuaderno de su esposa premuerta y la que tiene a su disposición a la fecha de su fallecimiento. Computa como bien colacionable los inmuebles sitios en el piso NUM002 NUM003 duplex y NUM005 NUM006 de la PLAZA000 de Vigo y, en consecuencia, ordena que se computen en la masa hereditaria. Entiende que no existe prueba bastante para considerar que han existido dos donaciones, en los porcentajes que se establecen en el cuaderno, respecto a los inmuebles núm. NUM000 de la CALLE002 y núm. NUM001 de la CALLE003 . Por último, estima que el inmueble de la CALLE001 , no ha sido infravalorado, de ahí que mantenga su valoración en la suma de 4.136.802 euros. Lo anterior lleva a estimar parcialmente ambas demandas y a resolver en el sentido de que la cuota hereditaria de Don Saturnino debe ser completada en la suma de 17.770,51 euros y la de Doña Maite en 273.770 euros.

Recurren en apelación la representación de Doña Carmela y Doña Tamara e impugna la sentencia la representación de Don Saturnino .

Recurso interpuesto por la representación de Doña Carmela y Doña Tamara .

SEGUNDO.- La referida parte comienza su discurso impugnatorio alegando que la juzgadora se pronuncia sobre las consecuencias del allanamiento de Doña Maite de forma simplista, no profundizando en sus consecuencias legales y, por lo tanto, sobre el hecho de que acepta y admite las donaciones realizadas a su favor por el causante referidas en el hecho tercero de la demanda de Don Saturnino , casas de la CALLE002 y CALLE003 y donación del piso de la PLAZA000 , las cuales, por lo demás, no se mencionan en el hecho séptimo de la demanda, ni se solicita su exclusión del inventario en el suplico.

Como ya hemos puesto de manifiesto la codemandada, Doña Maite , en el término de emplazamiento, presentó escrito en el que solicitó se la tuviera por allanada a la demanda de Don Saturnino , sin perjuicio, de la interposición en su nombre de la pertinente demanda en relación con el cuaderno particional de su padre, Sr. Saturnino , demanda que, como también hemos expuesto, precisamente tuvo por objeto impugnar dos donaciones que a su favor se computan en el cuaderno particional del causante, a saber, el porcentaje que en el cuaderno se le atribuyó respecto a las casas números NUM000 de la CALLE002 y NUM001 de la CALLE003 , y la referida al piso NUM005 NUM006 de la casa núm. NUM004 de la PLAZA000 .

Así las cosas, no hay duda que el allanamiento fue parcial y se produjo, únicamente, respecto a la pretensión de que se modificara el cuaderno particional y no respecto a unos hechos que sirvieron para fundamentar la pretensión deducida en su demanda. Como bien expresa la juzgadora, el allanamiento no supone el reconocimiento o admisión de hechos sino conformidad con la pretensión deducida, por lo tanto en modo alguno puede entenderse que la representación de Doña Maite admitiera como donaciones colacionables realizadas por el causante las afectantes a los inmuebles sitios en la CALLE002 y CALLE003 , como tampoco la referida al piso de la PLAZA000 y, menos, cuando en el propio escrito de allanamiento salva aquello que sería objeto de interposición en la correspondiente demanda. En consecuencia, no sólo no hubo un allanamiento total a la demanda, sino que no lo hubo expresamente respecto aquellos hechos que iban a fundar la pretensión complementaria en relación al cuaderno particional de su padre y menos en perjuicio del demandante, ya que el allanamiento afecta sólo a la allanada.

Por otro lado, el dato de que el alegato rechazando las donaciones relacionadas en los apartados a) y c) del hecho tercero, no se reproduzca en el hecho séptimo ni en el hecho octavo, ni se solicite de forma concreta su exclusión en el suplico, en modo alguno supone infracción del art. 426 LEC . El referido no sólo fue un hecho más delimitado en el escrito de demanda jurídicamente relevante para fundar la pretensión de complemento



deducida de modo subsidiario en el suplico, donde se solicitaba se ordenase la adición o complemento del cuaderno particional en lo que resulte acreditado como perjuicio, sino que, con otros y a salvo la donación reconocida de los 45.000.000 pesetas, fue reiterado como hecho controvertido en la Audiencia Previa: "ambas partes demandantes no reconocen como colacionables sus porcentajes en la casa de la CALLE002 / CALLE003 y sus pisos en la PLAZA000 ", sin que la representación de las ahora apelantes discutiera en tal acto la fijación de los referidos objetos como hechos controvertidos.

Se desestima el motivo.

TERCERO.- En el siguiente motivo se combate lo argumentado y decidido en el fundamento quinto de la sentencia que declara como donación colacionable en la herencia del causante la mitad de la suma (1.000.000 \$) que se estima donada por el causante y esposa en noviembre de 1994 a las apelantes, suma que se considera transferida, a través de una sociedad de los causantes Karelia Limitad, a unas sociedades denominadas Cartiz, Ltd y Atar, Ltd., que la juzgadora estima pertenecientes a las nombradas. Sobre la cuestión se alega, en síntesis, que no existen pruebas que demuestren la realidad de la indicada transferencia, de hecho la prueba testifical propuesta a instancia del demandante tuvo un resultado adverso, como se reconoce en la sentencia dictada en primera instancia en la procedimiento Ordinario 354/06, tampoco existe prueba indiciaria de que las sociedades Cartiz Ltd. y Atar Ltd., pertenezcan a Doña Carmela y Doña Tamara .

La decisión estimatoria del motivo se alcanza si hacemos referencia al instituto de la cosa juzgada en su efecto positivo, vinculante o prejudicial, en la medida en que, sustanciado con respecto al mismo objeto el procedimiento 354/06 al que se acumuló el núm. 914/06, ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 13 de Vigo, en fecha 26 de mayo 2011 se dictó sentencia en grado de apelación que, por alcanzar firmeza, fue incorporada de oficio a los presentes autos.

La STS de 24 de febrero 2001 ha declarado que existe un sólido cuerpo jurisprudencial conforme al cual la cosa juzgada material presupone la firmeza de la sentencia que resuelve el fondo de la controversia y produce dos clases de efectos: uno negativo o preclusivo que impide plantear un nuevo proceso sobre un asunto ya resuelto, y otro positivo (vinculante o prejudicial) que opera en el sentido de no poder decidirse en proceso ulterior un tema o punto litigioso de manera distinta o contraria a como ya ha sido resuelto por sentencia firme en pleito precedente. La cosa juzgada puede contemplarse desde una distinta vertiente: una negativa, plasmada en el principio jurídico non bis in idem, que no permite que una contienda judicial, ya dilucidada por sentencia firme, pueda volver de nuevo a plantearse; y otra vertiente positiva, que es la derivada de la obligación que tiene el juzgador de seguir absolutamente lo declarado en otro proceso anterior, cuando versen ambos sobre la misma controversia judicial. Por todo lo cual, aparte de los elementos subjetivos y objetivos, que deben ser los mismos en ambos procesos sucesivos, para que se dé la figura de la cosa juzgada material es preciso, no sólo, que las pretensiones que se ejerciten en los mismos tengan el mismo petitum y causa petendi, si no que el fondo de la cuestión controvertida haya quedado resuelta para proyectar su doble efecto sobre el proceso futuro. En conclusión, como viene declarando reiteradamente la jurisprudencia actúa (STS de 16 de junio de 1994, 20 de septiembre de 1996, 20 de noviembre de 2000, 28 de octubre de 2005 y 17 julio 2007, etc.) "el efecto positivo de la cosa juzgada se manifiesta en el sentido de no poder decidir en proceso posterior un concreto tema, cuestión o punto litigioso de manera contraria o distinta a como quedó resuelto o decidido en pleito contradictorio precedente"

Pues bien, ocurre que la sentencia firme dictada en el Rollo de apelación núm. 3503/09, vincula necesariamente al Tribunal que conoce del presente Juicio Ordinario mediante el efecto positivo de la cosa juzgada, las partes son las mismas, el objeto también es el mismo, esto es la realidad o no de una donación de la mitad (por ser ganancial) de 1.000.000 \$ del causante a sus hijas, como lo es la causa de pedir, en tanto que en uno y en otro procedimiento se pretendía por la representación de Don Saturnino la donación del indicado numerario como una donación colacionable y ello aun cuando en aquel procedimiento la controversia se hubiese entablado respecto al cuaderno particional de Doña Mariola, esposa del aquí causante y madre que fue de los litigantes. Ocurre, además, que en este juicio y en lo que aquí interesa no se han practicado pruebas nuevas ni distintas de las que lo fueron en aquel y, sobre todo, no se ha practicado ni una sola prueba que desvirtuara la hermenéutica apreciativa que permitió llegar a la decisión entonces adoptada; por tanto, modificar ahora el criterio entonces adoptado no sólo atentaría contra las más elementales normas sobre la seguridad jurídica, sino que ese cambio aparece de todo punto carente de la más mínima justificación. En consecuencia, esta Sala no puede sino remitirse y reiterar los argumentos fácticos y jurídicos que se expusieron en nuestra sentencia de fecha 26 de mayo 20121, los cuales permanecen invariables.

Es más, el juicio valorativo que hicimos en la indicada resolución y con ocasión de resolver la acción de complemento que se dedujo en relación al cuaderno particional de la esposa del aquí causante, da cumplida respuesta a los alegatos impugnatorios que se efectúan en el presente. En efecto, decíamos en la sentencia dictada en el rollo de apelación 3503/09 lo siguiente " Como prueba de que la causante y esposo constituyeron



la sociedad Karelia, Ltd., que de una cuenta de tal sociedad transfirieron 1.000.000 \$ a las entidades Cartiz Ltd y Atar Ltd, y que estas dos últimas sociedades pertenecen a Doña Tamara y a Doña Carmela, se presentan los documentos obrantes a los folios 79 y sig., documentos que la juzgadora considera bastantes para acreditar, fundamentalmente, la transferencia del numerario indicado y que, sin embargo, la adversa, impugna y no reconoce por tratarse de simples fotocopias, carentes, en su mayoría, de requisitos tan básicos como la fecha y con una añadiduras manuscritas estampando el nombre de la sociedad Karelia.

La valoración realizada en la sentencia no puede ser compartida por este Tribunal, las deficiencias de que adolecen los documentos les privan de la necesaria validez y eficacia para acreditar la transmisión pretendida por el demandante, ahora apelado.

En relación a las fotocopias, formato documental en el que el actor fundó su derecho, venia sosteniendo la jurisprudencia que esas reproducciones de documentos cuando se niegue su contenido precisan de la cumplida adveración, pero ello sin perjuicio de que su contenido, sino ha sido demostrada su falsedad, pueda ser tenido por acreditado por el Tribunal con una valoración conjunta de la prueba, doctrina jurisprudencial que ha sido recogida en el art. 334.1 LEC, a cuyo tenor "si la parte a quien perjudique el documento presentado por copia reprográfica impugnare la exactitud de la reproducción, se cotejará con el original, si fuera posible y, no siéndolo así, se determinará su valor probatorio según las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta el resultado de las demás pruebas", de manera que la ley ha venido a reconocer de manera expresa el valor probatorio de las copias (fotocopias), tanto de documentos públicos como privados, siempre que la parte a quien perjudique no las haya impugnado. Si las hubiera impugnado, como es el caso, y no hubiera podido cotejarse con su original podrán ser valoradas con arreglo a la sana crítica, teniendo en cuenta el resultado de de otros medios de prueba con los que guarden perfecto enlace y conexión (STS 21 de septiembre 2000 y 22 de enero 2001).

Las fotocopias presentadas (f. 79, 82, 85, 95 y 98) no han sido autenticadas, salvo una, todas carecen de fecha, lo que resulta inusual en documentos de ese tipo, dos de ellas contienen manuscrito el nombre de Karelia, es decir que ya a simple vista parece que existió, sino manipulación, al menos añadidura manuscrita al formato original mecanografiado. La firma atribuida a la causante que aparece al pie de las mismas ha sido objeto de un examen pericial confeccionado por el perito Don Eduardo, que concluye afirmando que las mismas han sido realizadas por Doña Mariola. Pues bien, tal conclusión en modo alguno puede aceptarse, pues, ni siquiera contiene la lógica salvedad, recogida por la calígrafo Sra. Guillerma con ocasión de otra pericial unida a la causa, de que no se puede descartar que se haya podido realizar falsificación por calco, sistemas de digitalización, firma en blanco o similares ya que no se aportaron los documentos originales, es decir, que el perito mencionado ni siquiera salva una posible manipulación mediante repetición xerocopiada de la firma de la causante, lo que, de entrada, le priva de credibilidad, dada la facilidad mecánica de superponer, componiendo, un terminado texto y sus correspondientes firmas, fotocopiando después el resultado, sin que sea fácilmente apreciable el fraude.

Rechazada la prueba caligráfica el contenido de los documentos a que nos hemos referido tampoco puede considerarse acreditado por la restante prueba practicada. En efecto, las que aparecen como firmantes del documento obrante al folio 101, Doña Vanesa y Doña Covadonga, no han ratificado la realidad de la transferencia, sorprende que apareciendo el actor, Don Saturnino, desde el 24 de octubre 1994, como apoderado de la sociedad Karelia, Ltd, es decir, con anterioridad a la realización de la supuesta transferencia (noviembre 1994) no aporte a la causa documentos originales o, al menos, designación de los archivos de las entidades en las que pudiesen dar cumplida razón de la misma. Ocurre, además, que la supuesta transferencia, aun en el caso de que se hubiese probado su realidad, no ha sido realizada por la causante sino por una mercantil a otras mercantiles, de ahí que sean trasladables a esta situación las objeciones que en orden a la colación no realizada por la causante invoco el adverso respecto al bien inmueble que a título gratuito le transmitió la entidad Dávila y Compañía, S.A.

Sentado lo anterior, o lo que es lo mismo, no acreditado el desplazamiento patrimonial pretendido, poco o ningún interés tiene identificar las personas físicas que componen las sociedades supuestamente beneficiarias, extremo, que, por lo demás, aun cuando se considera acreditado en la sentencia en la que se afirman que pertenecen a Doña Tamara y a Doña Carmela, la Sala tampoco comparte, al apoyarse en indicios demasiado endebles y en testificales que por su interés en el pleito no pueden considerarse objetivas e imparciales, sobre todo si se tiene en cuenta que estamos ante un dato que bien pudo acreditarse con otros medios más fiables.

En consecuencia, consideramos que... correspondía al demandante, Don Saturnino, haber acreditado de forma consistente la donación real y efectiva del numerario a que hizo referencia en el alegato quinto de su demanda, y ello por razón de la carga de la prueba recogida en el art. 217 LEC, no ha sido así y el recurso debe de prosperar en el sentido de que no procede declarar como colacionable en la herencia de Doña Mariola la suma de 500.000 \$."



Expuesto lo que antecede, se impone la estimación del motivo y, en consecuencia no se estima colacionable en la herencia de Don Leon la suma de 500.000 \$.

CUARTO.- En el siguiente motivo se reprocha a la juzgadora que considere no acreditada la cesión a título gratuito de la participación del 24% en las casas CALLE002 , NUM000 y CALLE003 , NUM001 a Don Saturnino y del 15,926% en las mismos inmuebles a la también demandante Doña Maite . Cesiones, cuyo equivalente en metálico fue objeto de colación en la partición hereditaria aquí cuestionada y que la juzgadora considera deben retraerse del cuaderno.

Se alega en el motivo que la juzgadora no ha valorado correctamente la prueba ya que no estamos ante una donación de inmuebles, sino de metálico, como resulta de la valoración que el propio causante realizó en los documentos aportados, que entregó a los contadores-partidores después del fallecimiento de su esposa y de haber otorgado testamento, contadores- partidores que gozaron de la confianza del causante y que, legalmente, gozan de las más amplias facultades para interpretar el testamento, contar y partir.

Consideramos que la prueba se ha valorado correctamente. Los alegatos que se vierten en el recurso ni siquiera son coherentes con lo plasmado en el cuaderno particional. En efecto, no resulta coherente que la representación de las apelantes niegue ahora que no se trata de un donación de inmuebles, sino de metálico, cuando resulta que en el propio cuaderno los contadores han procedido a colacionar el equivalente en dinero de una cesión a título gratuito respecto de unos determinados porcentajes en los inmuebles y nunca antes del escrito de apelación hubo por su parte referencia alguna a entrega de dinero. En todo caso, ninguna prueba existe de esa supuesta entrega de dinero. Tampoco de que el porcentaje se incorporase al patrimonio de Don Saturnino y de Doña Maite , no olvidemos que el padre nunca modificó su titularidad sobre el inmueble, apareciendo en el Registro de la Propiedad con su esposa primero como comprador y posteriormente como vendedor.

Partiendo de lo anterior convenimos con la juzgadora que unas simples notas mecanografiadas con la firma de Don Leon , en modo alguno son prueba suficiente para entender que se ha producido una cesión a título gratuito de inmuebles, pues para ello sería necesario que se hubiesen cumplido todas las formalidades establecidas por la ley con carácter imperativo para la figura jurídica de que se trata, donación de inmuebles, la cual exige una escritura pública en la que conste el animus donandi, así como, bien en la misma o bien en otra separada, la aceptación del donatario en vida del donante, de conformidad con los arts. 618 , 630 y 633 CC .

Por otro lado, es altamente significativo que habiendo declarado el contador-partidor en el acto del juicio que fue el ahora causante quien le proporcionó la relación de bienes que habrían de conformar el cuaderno particional de su esposa, no se hubiere hecho constar en éste ni porcentaje alguno en los inmuebles ni equivalente dinerario, a pesar de su innegable carácter ganancial., en consecuencia los alegatos en orden a la confianza y facultades de los contadores-partidores no merecen respuesta alguna.

Por ello, no puede considerarse como colacionable el equivalente en dinero de unos porcentajes sobre un inmueble que no resulta acreditado hayan sido donados.

Se rechaza el motivo.

QUINTO.- Por último, añadir que no entraremos en el denunciado error material y aritmético que se imputa a la sentencia en orden a la fijación cuantitativa de la legítima, por cuanto consideramos que el activo hereditario requiere de adiciones y sustracciones de acuerdo con el valor de los bienes que judicialmente se consideren o no colacionables conforme a lo resuelto judicialmente, lo que hace conveniente una rectificación por los contadores-partidores del cuaderno particional

SEXTO.- La estimación parcial del recurso interpuesto por las representación de Doña Tamara y Doña Carmela en el sentido de que no existe el presupuesto de hecho para colacionar en la herencia del causante, Don Leon , la suma de 500.000 \$, que se invocaron en la demanda de Don Saturnino como supuestamente donados a las mencionadas, hace que, de acuerdo con los art. 394 y 398 LEC , no se haga expresa imposición de las costas procesales que el recurso de apelación hubiere devengado en esta instancia..

Impugnación a la sentencia formulada por la procuradora Doña Paz Barreras Vázquez, en nombre y representación de Don Saturnino .

SEPTIMO.- En el primer motivo impugnatorio considera esta parte que la naturaleza que el art. 249 Ley 2/2006 atribuye al legitimario para reclamar sus bienes (que puede ser una acción real o personal) no tiene que ver con la impugnación (rescisión solicitada) del cuaderno, hasta el punto que el no posibilitar la acción de rescisión sería atentar contra el principio de igualdad, añade a lo anterior que estima la aplicación supletoria del art. 1074 CC .



La posición jurídica del legitimario con respecto a la herencia viene perfectamente delimitada en la citado artículo de la Ley de Derecho Civil de Galicia por dos notas que la caracterizan: no tiene acción real para reclamar la legitima y será considerado a todos los efectos como un acreedor, lo anterior no deja lugar a dudas en cuanto a la naturaleza y contenido del derecho del legitimario: es un acreedor que tiene para reclamar la legitima un mero derecho personal, es decir, un crédito contra el heredero, lo que se traduce como legitima pars valoris y no, como defiende el impugnante, pars bonorum, de manera que el derecho del legitimario se reduce a un valor patrimonial del que responde el heredero con cargo a la herencia, de lo anterior no resulta difícil deducir que en la legitima que regula la LDCG en ningún caso el legitimario tiene derecho a intervenir en la partición ni oponerse a que se realice sin antes pagarle su legitima.

No obstante lo anterior, además de los derechos que le corresponden como acreedor de la herencia, tiene otras facultades en defensa de su derecho, cuales son: a) la de exigir la formación de inventario en justa compensación al hecho de que no tiene facultad para intervenir en la partición de la herencia, b) pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad, c) a que se cumpla el plazo referido en el art. 250 LDCG y, d) que, de acuerdo con el art. 251 LDCG, a la reducción de las disposiciones inoficiosas, es decir a recuperar los bienes que el causante haya transmitido a título gratuito a terceros en perjuicio de su legitima por exceder su valor contable de la parte estimada de libre disposición, acción a la que ha de sumarse la de suplemento/complemento de su legitima.

En este punto entendemos que el modo de operar la reducción de disposiciones inoficiosas, no es sino la acción de rescisión de la disposición que perjudica la legitima, que de admitirse produciría la ineficacia parcial sobrevinida de dicha disposición, acción que con la de complemento tienen un régimen específico en la LDCG, sin que sea preciso acudir de modo subsidiario al art. 1074 CC, además de lo anterior debe concluirse que el actor, ahora impugnante, no ofrece en su recurso dato o valoración alguna del que puede deducirse una lesión en más de la cuarta parte.

OCTAVO.- Vuelve a sostener el apelante que bajo la forma de una compraventa ficticia se donaron el 5 de abril 1978 dos pisos en Puerta de Hierro a favor de las sociedades conyugales de Doña Tamara y Doña Carmela y por un precio confesado de 2.016.000 pesetas, de ahí que interese su colación en la partición del causante. La pretensión revocatoria se apoya en la imposibilidad, por las profesiones de los maridos de las nombradas, que éstos pudieran hacer frente al desembolso necesario para adquirir tales pisos, por ello y porque las nombradas hermanas no trabajaban fuera de casa, entiende el impugnante que el dinero tuvo que ser producto de una donación por parte de los padres de las demandadas.

Como evidencian los alegatos del impugnante, meramente especulativos, no existe prueba alguna acreditativa de que las hermanas Doña Carmela y Doña Tamara recibieran la suma que se dice en concepto de donación para la compra de los pisos de Puerta de Hierro, sin que tampoco el hecho de que los pisos fuesen iguales y estuviesen juntos represente indicio alguno de lo pretendido.

En cuanto a la cuestión del metálico, reitera el impúgnate lo siguiente, el hecho de que en el año 2.004 se le adjudicara a Don Leon la suma de 1.281.747 euros y en el momento de su fallecimiento conste la suma de 86.563 euros, es indicativo de que no se ha incluido en el cuaderno particional todo el existente.

Con respecto a este motivo la invocación del impugnante tampoco traspasa las meras especulaciones, hasta el punto que ni siquiera combate los correctos argumentos probatorios que vierte la juzgadora en el fundamento jurídico sexto, limitándose a mostrar su incredulidad respecto a que un señor de 92 años gastase en tres años, según sus cuentas, cerca de 800.000 euros.

La herencia es el conjunto de bienes que forman el patrimonio del causante y se transmiten a su muerte, siendo obvio que no forman parte de la herencia bienes que salieron del patrimonio del difunto antes de su muerte. Pues bien, en el caso habría que haber probado salidas fraudulentas de dinero del patrimonio del causante, no existiendo ningún indicio de ello, al contrario, las declaraciones del empleado del Banco Santander, Don Germán, de la empleada doméstica Sra. Noemi y, fundamentalmente, las declaraciones patrimoniales correspondientes a la renta del 2005 y 2006, son expresivas de que el numerario que se dice por el impugnante no existía en el patrimonio del causante al momento de su muerte.

NOVENO.- Por último y respecto a la presunta cesión a título gratuito de una participación el piso NUM002 NUM003 duplex de la casa núm. NUM004 PLAZA000, se insiste que tal donación no ha sido realizada por el causante, se trató de una transmisión realizada por una sociedad mercantil, con el acuerdo de la Junta y el Consejo e incluso con la expresa conformidad de Doña Carmela y Doña Tamara, en consecuencia, no puede computarse como colacionable a los efectos de fijar la legitima de su representado.

Sobre la cuestión, como ya hemos expuesto en el fundamento tercero, es de aplicación el efecto positivo de la cosa juzgada que, como también hemos argumentado, se manifiesta en el sentido de no poder decidir en



proceso posterior un concreto tema, cuestión o punto litigioso de manera contraria o distinta a como quedó resuelto o decidido en pleito contradictorio precedente.

Ocurre que tal cuestión ya fue decidida por sentencia firme dictada en fecha 26 de mayo 2001 por esta Sala, en el Rollo de Apelación núm. 3503/09 , en consecuencia a ella nos remitimos, en cuanto que concurren las tres identidades y la apreciación valorativa se habría de realizar sobre idénticos elementos probatorios.

En aquel pleito, al igual que en el presente, consideraba el también apelante que respecto al piso NUM002 NUM003 , duplex, de la PLAZA000 , núm. NUM004 , no estábamos ante una donación colacionable, sino ante una compensación hecha por la sociedad en base a los servicios prestados a la misma, recibiendo la cuestión en la sentencia de 26 de mayo 2001 , la respuesta que transcribimos. " *Para resolver la cuestión debemos partir de una serie de hechos que están documentalmente acreditados y, en todo caso, ni los cuestionan las partes: a) En fecha 3 de noviembre de 1993 figuraban como accionistas de la entidad Joaquín Dávila y Compañía, S.A. las siguientes personas Don Leon , Don Saturnino , Don Juan Ramón , Don Casiano , Don Héctor (a la sazón esposo de Doña Carmela) y Doña Tamara ; b) En esa misma fecha se celebró Junta General Extraordinaria, de carácter universal, en la que, literalmente, se adoptó el siguiente acuerdo "tercero: tras un cambio de impresiones en el que se destacan los servicios prestados a la sociedad durante muchos años por los Sres. Consejeros Don Leon , Don Saturnino , Don Casiano y Don Juan Ramón , y en compensación a sus desvelos y esfuerzos a favor de la sociedad, la Junta General acuerda por unanimidad transmitir a título gratuito a don Leon y a Don Saturnino o personas que estos designen los pisos NUM005 NUM006 , NUM002 NUM003 y NUM002 NUM006 situados en el inmueble de la PLAZA000 , NUM004 de Vigo, asimismo se acordó por unanimidad transmitir a título gratuito a Don Juan Ramón o a la persona o personas que éste designe, el piso NUM007 NUM003 del mismo inmueble, apoderándose a este último para que en nombre de la sociedad realice cuantos actos sean necesarios para la celebración y ejecución de la transmisión de los pisos NUM005 NUM006 , NUM002 NUM006 y NUM002 NUM003 , y a Don Saturnino para la ejecución de la transmisión del piso NUM007 NUM003 "; c) El 4 de noviembre del mismo año Don Leon , Don Saturnino y Don Juan Ramón otorgaron un contrato denominado de promesa de donación de fincas, en el que actuando los dos primeros en su propio nombre y en nombre y representación del grupo familiar Saturnino Maite Carmela Tamara Leon y el segundo y tercer nombrados en su propio nombre y en representación de la mercantil Joaquín Dávila y Compañía, S.A., expusieron el acuerdo adoptado en la Junta General de 3 noviembre 1993 y en base a ella estipularon el compromiso de donación acordada, la elevación a público del mismo y la forma de atender por los donatarios las cargas y gastos del inmueble y de la transmisión acordada; d) El 25 de marzo de 1994 tuvo lugar una reunión del Consejo de Administración en la que, con referencia a la Junta de 3 de noviembre 1993, se concretó la atribución de los pisos, correspondiendo a Don Saturnino el NUM002 NUM003 ; e) En esa misma fecha y en ejecución de los acuerdos señalados se otorga la escritura pública de donación ante el notario de Vigo Don José María Rueda, en la que la entidad propietaria Joaquín Dávila y Compañía, S.A., debidamente representada por Don Juan Ramón , formaliza la donación a favor de Don Saturnino y esposa, en base a lo acordado en la Junta General ya referida.*

En esencia, se argumentó en el sentencia apelada, que, aún cuando en la escritura pública de donación aparezca como donante la sociedad anónima, ello es algo puramente formal, por cuanto el negocio jurídico no fue una donación sino una entrega o recuperación de capital a favor de la familia Saturnino Maite Carmela Tamara Leon , en concreto, en lo que aquí atañe, a Don Saturnino y al esposo de su hermana Doña Maite , como lo prueban los documentos de renuncia de las otras dos hermanas, que nada percibieron.

La Sala no comparte la anterior conclusión. Los acuerdos sociales tienen naturaleza negocial, en el sentido de ser expresivos de una voluntad productora de efectos jurídicos, por otro lado, nada impide que una sociedad lleve a cabo actos que signifiquen transmisión o enajenación a título lucrativo para alcanzar determinados fines estratégicos o el cumplimiento de fines éticos, culturales, altruistas. Pues bien, es incuestionable que el acuerdo societario fue unánime, que los accionistas -entre ellos las ahora discordantes-, no sólo actuaron como tal en junta general universal y sino también como sujetos titulares de derechos propios y capaces para obligarse, y en esas condiciones acordaron la transmisión a título gratuito de los inmuebles propiedad de la sociedad a favor de unos determinados accionistas, entre el que se encontraba Don Saturnino , expresado las razones de ello, con lo que la realidad es que tanto la sociedad como la totalidad de los socios aceptaron la transmisión a título gratuito, la ratificaron un año más tarde y las instrumentalizaron en escritura pública. En esta situación no es posible que quien asiste como accionista a una junta universal, acepta el orden del día, vota los acuerdos, los acepta y otorga los correspondientes apoderamientos para permitir la materialización de las transmisiones acordadas, no acepte las consecuencias que de ello se derivan, cuando ni siquiera procedió a impugnar lo acordado en su momento.

Por otro lado, nos encontramos que las ahora promotoras de la demanda acumulada no incluyeron el piso de Don Saturnino como colacionable en el cuaderno particional, a pesar de que pudieron hacerlo, pues está acreditado que requirieron notarialmente a los contadores-partidores para realizar la partición hereditaria de su causante



e incluso Doña Tamara intervino en la protocolización del cuaderno particional, ahora cuestionado. Como argumenta el apelante, a estos datos y a los anteriores le es aplicable la doctrina de los actos propios, pues revelan una inequívoca voluntad de que el inmueble NUM002 NUM003 nunca se consideró por las hermanas de Don Saturnino como un anticipo de la herencia sino como una compensación de la sociedad a este socio en meritos de sus servicios, ya que, aparte de que no tiene ninguna explicación que Doña Tamara y el esposo de Doña Carmela asumieran en dos ocasiones y en el intervalo de un año unos acuerdos societarios que le eran perjudiciales, tampoco tiene sentido que conociendo la transmisión del piso por parte de la sociedad y a favor de su hermano, de considerarla efectivamente colacionable, no la incluyeran en el cuaderno particional cuya confección auspiciaron.

Asimismo hemos de considerar que, de acuerdo con el art. 1035 CC, los bienes respecto a los que se pretende la colación han de recibirse del causante y, en el caso, Don Saturnino ninguna donación recibió de su madre, sino que el inmueble discutido provenía de una entidad mercantil, que es la que aparecía como verdadera titular del mismo. No es aceptable que quienes utilizan la forma societaria para realizar determinados actos, pretendan hacer ver ahora un supuesto perjuicio hereditario, cuando ellos son los que han generado esa situación que ahora parece les resulta perjudicial.

Aun cuando lo anterior resulta suficiente para estimar el motivo, apuntar que, con respecto a los documentos obrantes al T. III, folios 243, 244, consideramos que no cabe referir el contenido de los mismos a una renuncia sobre derecho hereditarios futuros, en tanto que se trata de una renuncia sobre bienes y derechos sociales, en concreto sobre los tres inmuebles cuya propiedad se reconoce a la entidad Joaquín Dávila y Compañía, S.A., es decir a bienes cuya propiedad no pertenecía a la causante.

Lo expuesto nos lleva a estimar este motivo impugnatorio y con él parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Saturnino, con la consecuencia de que el inmueble de que se trata, sito en la PLAZA000, no puede considerarse colacionable.

DECIMO.- La estimación parcial de la impugnación conlleva que no se haga expresa declaración respecto a las costas procesales que se hubieran devengado en esta instancia (art. 398 LEC).

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador Don José Marquina Vázquez, en nombre y representación de Doña Carmela y Doña Tamara, frente a la sentencia dictada en fecha 2 de junio de 2010 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 13 de Vigo, en Procedimiento Ordinario núm. 1075/08-48/09, la cual se revoca en el sentido de que no procede declarar como donación colacionable en la herencia del causante, Don Leon, la suma de 500.000 \$. Por otro lado, se estima parcialmente la impugnación a la sentencia de referencia deducida por la procuradora Doña Paz Barreras Vázquez, en nombre y representación de Don Saturnino, la cual también se revoca en el extremo de que no procede colacionar en la herencia del causante, Don Leon, la participación del nombrado Don Saturnino en el piso NUM002 NUM003 del inmueble señalado con el núm. NUM004 de la PLAZA000 de Vigo, en todo lo demás se mantiene la sentencia apelada/impugnada, con las consecuencias que ambas resoluciones, nos referimos a la de instancia y a la de esta alzada, tienen en la fijación del haber hereditario del causante y, por ende, en la cuantificación de las legítimas, debiendo en consecuencia, proceder a rehacer el cuaderno particional de fecha 30 de Julio de 2007 de acuerdo con las bases y directrices que se han dejado expuestas.

No se hace expresa declaración respecto a las costas procesales que se hubieren devengado en esta instancia.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO, en la cuenta de este expediente 09150000123463/10.

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