



Roj: **SAP A 2249/2015 - ECLI:ES:APA:2015:2249**

Id Cendoj: **03014370062015100168**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **6**

Fecha: **15/09/2015**

Nº de Recurso: **329/2015**

Nº de Resolución: **168/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ENCARNACION CATURLA JUAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo de apelación nº 329/15

Juzgado de Primera Instancia nº 2 Villajoyosa

Autos nº 896/12

SENTENCIA Nº 168/2015

Ilmos Srs.

Don José María Rives Seva.

Doña María Dolores López Garre.

Doña Encarnación Caturla Juan.

En la Ciudad de Alicante quince de septiembre del año dos mil quince.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad de Alicante, integrada por los Ilmos. Srs. expresados al margen ha visto, en grado de apelación, Rollo de la Sala nº 329/2015 los autos de juicio ordinario nº 896/2012 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº Dos de la ciudad de Villajoyosa en virtud del recurso de apelación entablado por la parte actora, D. Germán , que ha intervenido en esta alzada en su condición de recurrente, representado por el Procurador Señor Diaz Siles y defendido por el Letrado Señor Balongo Farach y siendo apelado la parte demandada, Doña Mariola , representada por la procuradora Señora Fuentes Tomas y defendida por el Letrado Señor Sánchez Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHOS.

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia Nº Dos de la Ciudad de Villajoyosa y en los autos de Juicio ordinario nº 896/2012 en fecha 03 de diciembre de 2014 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "*FALLO.- Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por Don Germán frente a Doña Mariola , con expresa condena en costas. Estimo parcialmente la demanda reconvenzional interpuesta por Doña Mariola frente a Don Germán , condenando a Don Germán y Doña Mariola a otorgar, ante Notario, la escritura de aceptación y adjudicación, tanto de la herencia de Don Pio , como de Doña Encarnacion , sin especial pronunciamiento sobre costas.*".

Segundo.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación en tiempo y forma por la representación de la parte demandante siendo tramitado conforme a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con traslado del mismo a la parte demandada por término de diez días, remitiéndose las actuaciones seguidamente a esta Ilmta. Audiencia Provincial, Sección Sexta, donde se formó el correspondiente rollo de apelación nº 329/2015.

Tercero.- En la sustanciación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, señalándose para votación y fallo el día 15 de septiembre de 2015 y siendo ponente la Ilmta. Sra. Doña Encarnación Caturla Juan.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Funda la parte actora todo su recurso, bien en el error en la valoración de la prueba, bien en la indebida aplicación de las disposiciones legales que cita y de la jurisprudencia. Interesando en definitiva se estime su demanda y se desestime la reconvención planteada por la demandada. Recurso al que se opone la parte demandada, interesando la confirmación de la sentencia de instancia; reiterando que la reconvención giraba, por una parte en la necesidad de proceder a la previa liquidación de la sociedad de gananciales, que por imperativo legal opera desde el fallecimiento del padre; y la nulidad del testamento de la madre, que se considera válido pues en el mismo no se dispone de bienes del cónyuge premuerto. Considerando por último que de la prueba practicada no ha quedado acreditado que el patrimonio cuya colación reclama, fuese donado o entregado a la demandada.

En cuanto al primer motivo de apelación, alega la parte apelante que ambos litigantes están interesando en cuanto a la primera pretensión, lo mismo; esto es, que previamente a adjudicar la herencia de la madre de ambos, hay que pasar por la adjudicación de la herencia del padre, fallecido con anterioridad; y ello, previa liquidación de la sociedad de gananciales, cuya solicitud expresa no era necesaria, por ser de previsión legal.

Este motivo de recurso debe ser desestimado. Como acertadamente concluye el juzgador de instancia, la liquidación de gananciales no se produce por el mero hecho del fallecimiento, lo que se produce ex lege, es la disolución de los gananciales. De tal forma que tras el fallecimiento del causante, surge una nueva situación jurídica, en el que el patrimonio del causante se integra dentro de la herencia yacente, debiendo procederse previamente a su liquidación.

La jurisprudencia viene entendiendo que la sociedad de gananciales se configura inicialmente como un patrimonio colectivo sin personalidad en el que marido y mujer, al modo de la comunidad germánica o en mano común, son titulares indistintamente de un patrimonio sin que ninguno de ellos tenga un derecho actual sobre bienes o cuotas determinadas, comunidad que se transforma al tiempo de su disolución, naciendo la que se conoce como comunidad postmatrimonial, que perdura hasta el momento de la liquidación y que se acomoda en mayor medida al estatuto de la comunidad ordinaria, en el sentido de que el cónyuge superviviente y los herederos del difunto son titulares de una cuota independiente, homogénea y alienable. Ahora bien, esas cuotas habrán de referirse a un conjunto patrimonial en liquidación entendido en su unidad global, es decir, como una cuota abstracta sobre la masa ganancial y no sobre cada uno de los bienes que la integran, pues la atribución a uno u otro cónyuge de bienes concretos o de cuotas en pro indiviso sobre ellos solo tendrá lugar como consecuencia de la última fase de la liquidación, la adjudicación de los bienes, que no puede venir predeterminada por las obligaciones personales que pueda haber contraído unilateralmente uno de los miembros de la comunidad, ya que solo en ese último momento se conocerán cuales son los bienes o la parte de ellos que habrán de corresponder a cada uno, integrando o materializando aquella cuota abstracta.

Señalando igualmente la STS de 28 de mayo de 2004 que *"El concepto de partición de la herencia, sinónimo a división de la misma, es el acto -negocial o judicial- que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia.*

Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno (artículo 1068 del Código civil EDL1889/1). Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, éstos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios.

Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos.

La sentencia de 25 de mayo de 1992 EDJ1992/5242 dice explícitamente que: "en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria" y la de 6 de octubre de 1997 EDJ1997/6599, en el mismo sentido, dice: "todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición".

Y como recoge la STS de 18 de julio de 2012 que cita la sentencia de instancia, *"Serán dichas cuotas las que formarán parte del patrimonio relicto, a pesar de que no se haya procedido a la disolución de los gananciales. Esta regla general, sin embargo, no es imperativa, de modo que la no liquidación previa de los gananciales, no comporta la nulidad de la partición realizada, cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el objeto de la partición, es decir, el caudal relicto".*



Entendiendo el juzgador de instancia que así sucede en el presente caso. De ahí que desestime la primera de las pretensiones de la demanda del actor, que en definitiva solo pretendía la condena a otorgar escritura pública de aceptación y adjudicación de la herencia del padre; y sin embargo estimase, tras la denegación de las restantes pretensiones de éste, la demanda de reconvenición, en que se interesaba la condena a otorgar escritura de aceptación y adjudicación de la herencia en los términos que constan en los testamentos de fecha 18 de abril de 1975 y de 17 de julio de 2002, otorgados por ambos causantes.

Así mismo, la STS de 18 de octubre de 2012 , al señalar : *"El primero es la pretensión de que no cabía hacer la partición conjunta de padre y madre, a la muerte de ambos, sino que se había de liquidar previamente la sociedad de gananciales. Ya esta Sala se ha pronunciado al respecto en la sentencias de 28 de mayo de 2004 y 19 de enero de 2012 , en el sentido de que es válida y no contravienen norma alguna, el que se haga la partición conjunta de los patrimonios hereditarios del padre y de la madre cuando fallece el último de ellos. Así, la segunda de las citadas sentencias dice: " Ya se ha dicho que sí cabe y que es frecuente en la realidad social, evitando así que tenga que practicarse la de uno y, después, la del otro o bien, lo que puede ser peor, practicar la del primero que fallece con todos los inconvenientes (que pueden ser graves) para el supérstite (pago de impuestos, atribución de la legítima, etc.). Procesalmente, nada se opone a la acumulación de acciones, como ha sido dicho al resolver y rechazar el motivo segundo del recurso por infracción procesal. Materialmente, sólo podría impugnarse si se alegara y probara violación de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima o vulneración del principio de equidad en la correcta formación de lotes o, incluso, adjudicación indeferenciada de bienes sin concretar los tercios de libre disposición y mejora, como es el caso que contempla la sentencia de 14 de diciembre de 2005 ."*

Doctrina que en definitiva mantienen la sentencia de instancia y que comparte esta Sala.

Segundo.- En segundo lugar alega la parte apelante que nunca interesó la nulidad "parcial" del testamento de su madre, por no reunir este las formalidades legales; sino por ser imposible su cumplimiento, por cuanto que los legados lo eran de la totalidad de los inmuebles, cuando ya ostentaban una parte de la propiedad de los mismos, en virtud de la herencia del padre. Parte consecuentemente el apelante de que los legados contenidos en la disposición testamentaria de la madre, recaían sobre la totalidad de los inmuebles, de los que la madre no podía disponer por no ostentar la plena titularidad de los mismos. Funda por tanto el apelante que su pretensión deriva de que nos encontramos ante un legado de cosa ajena. De ahí que interese la estimación de su pretensión consistente en la nulidad del testamento en cuanto a los legados efectuados y la íntegra desestimación de la demanda de reconvenición.

Al entender de esta Sala, este segundo motivo de apelación tampoco puede merecer favorable acogida. Por una parte, por cuanto que como acertadamente concluye en juzgador de instancia concurren en el presente caso todos los requisitos formales para la validez del testamento (art. 687 del CC). Cuestión distinta es si los legados que contiene la disposición testamentaria de la madre causante, son o no válidos.

En el presente caso debemos de partir de que los bienes sobre los que recae el legado, siguen figurando como bienes gananciales de ambos causantes. Señala el art. 864 del CC que *"Cuando el testador, heredero o legatario tuviesen sólo una parte o un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero."* Y como ya recogía la STS de 2 de marzo de 1973 , el legado de cosa ganancial era valido si en la liquidación de la sociedad de gananciales se adjudica al testador.

Dicha disposición se encuentra en relación con el art. 1379 del CC , conforme al cual *"Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales."* , y el art. 1380 del CC , que dispone: *"La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento."* . Consecuentemente, este precepto, como ha declarado la doctrina científica y así lo recoge la STS de 28 de septiembre de 1998 , permite a que cualquiera de los cónyuges pueda disponer por testamento de un bien ganancial, pese a que antes de la partición de la sociedad de gananciales, ninguno de los cónyuges tiene poder de disposición exclusivo sobre cualquiera de los bienes que forma su activo, ni a ninguno le pertenece. De tal forma, que habiendo hecho la causante uso de la facultad establecida en dichos preceptos, de aplicación analógica; lo que termine siéndole adjudicado en la sociedad de gananciales, constituirá su caudal relicto sometido a su voluntad testamentaria, en cuanto respete los derechos de los legitimarios. Solución que viene señalada por las STS que seguidamente se citan, que resultan plenamente de aplicación al presente caso y que determinan la desestimación del motivo de apelación que se alega.

Así, la STS de 11 de mayo de 2000 señala que *"SEGUNDO.- Hay que partir de unos hechos indiscutidos y de unas consideraciones jurídicas discutidas. La finca objeto del legado , cuya nulidad se pretende y es el tema del presente recurso de casación, formaba parte de la comunidad de gananciales, era una cosa ganancial . Tal comunidad quedó disuelta ipso iure, tal como prevé el artículo 1392.1º en relación con el 85 del Código civil ,*



por la muerte de la esposa en 1984. Por lo cual, cuando el esposo, cónyuge viudo, otorga testamento en 1985 y ordena el legado de aquella finca, ya no existe la comunidad de gananciales y la finca ya no es cosa ganancial.

La situación que se da respecto al momento de ordenar el legado es de una comunidad postganancial, comunidad que existe desde que se disuelve la ganancial pero no se liquida y es una comunidad de tipo romano, pro indiviso, regida por los artículos 392 y ss. del Código civil, pero no recae la comunidad sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la misma: así lo expresa la sentencia de 23 de diciembre de 1993: "...comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial... cotitularidad ordinaria... cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el totum ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes..." y, a su vez, se refieren a esta comunidad postganancial las de 23 de diciembre de 1992, 28 de septiembre de 1993, 14 de marzo de 1994, 26 de abril de 1997 y 28 de septiembre de 1998.

Concretando el supuesto: aplicando las normas de la comunidad romana, no cabe disposición de la cosa común sino con la unanimidad de todos los comuneros (sentencias de 19 de diciembre de 1985, 28 de mayo de 1986, 25 de junio de 1990, 23 de octubre de 1990, 30 de junio de 1993). Teniendo en cuenta que en esta comunidad no la hay de cosas concretas, sino de todo el conjunto patrimonial, aquella regla no tiene sencilla aplicación, especialmente si la disposición es, como en este caso, mortis causa: si la cosa concreta fuera común, un legado de la misma por un comunero sería legado en parte de cosa propia (del testador, cónyuge viudo) y en parte de cosa propia del obligado a entregar el legado (del heredero, de su madre, cónyuge premuerto). Pero no es así: el legado recae sobre una cosa que forma parte de un patrimonio que fue ganancial (no liquidada la comunidad) y que ahora es una comunidad romana (no dividida).

De lo que se deduce que, tal como han afirmado las sentencias de instancia, no se trata de un legado de cosa ajena. Tampoco, como sí han afirmado tales sentencias, un legado de cosa ganancial. Es un legado de cosa perteneciente a la comunidad postganancial, el cual está fuera de toda normativa legal: ni es ganancial, ni es cosa ajena, ni es cosa común; es cosa integrante de una comunidad que recae sobre todo un patrimonio y que no se conoce, hasta su división, si la cosa legada se adjudicará al testador o no.

Siendo una cuestión no regulada, es decir, una relación jurídica sobre la que el ordenamiento no ha dictado norma, se da el caso de laguna de la ley, que debe resolverse aplicando la analogía, tal como prevé el artículo 4.1 del Código civil y la norma que deberá aplicarse es la del artículo 1380 del Código civil que contempla la validez del legado de cosa ganancial y su efectividad. En efecto entre el supuesto regulado - legado de cosa ganancial - y el no regulado - legado de cosa de comunidad postganancial - se dan los presupuestos para la aplicación de la norma por analogía que exigió la jurisprudencia (sentencias de 12 de junio de 1990, 4 de junio de 1993, 11 de mayo de 1995): en primer lugar: el supuesto específico no regulado, como es el caso de legado de cosa de comunidad postganancial y, en segundo lugar, identidad de razón: si el legado es de cosa de la comunidad ganancial, los esposos comuneros carecen de poder de disposición exclusivo sobre la misma (como destaca la sentencia de 28 de septiembre de 1998), al igual que si es de comunidad postganancial, y en uno y en otro caso, la cosa puede ser adjudicada al que dispuso de la misma, al hacer la liquidación de los gananciales, en la primera, o la división de la comunidad, en la segunda.

TERCERO.- Partiendo de las consideraciones anteriores, procede el análisis del motivo único del recurso de casación formulado por la parte demandante en la instancia, el heredero, D. Emiliano, al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción, por aplicación indebida, del artículo 1380 del Código civil. En el desarrollo del motivo, mantiene el recurrente que no se debe aplicar dicha norma, como han hecho las sentencias de instancia, sino la norma que establece la nulidad del legado de cosa ajena creyendo que era propia, artículo 862 del Código civil y, asimismo, que habiendo quedado disuelta y no liquidada la comunidad de gananciales, falta la atribución concreta de la titularidad de la finca objeto del legado.

En este motivo del recurso, la parte recurrente acierta en la incorrecta aplicación del artículo 1380 del Código civil por las sentencias de instancia, ya que no se trata de un legado de cosa ganancial que contempla dicha norma. Pero tampoco es, como afirma, un legado de cosa ajena ya que la finca formaba parte de la comunidad postganancial integrada por el testador, su padre, y el propio heredero. Es, como se ha dicho en el fundamento jurídico anterior, un legado de cosa de una comunidad ordinaria, pro indiviso, subsiguiente a la disolución de la comunidad de gananciales y anterior a su liquidación, llamada comunidad postganancial que, carente tal legado de normativa, se procede a la aplicación analógica del mismo artículo 1380 del Código civil: ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet.

Lo cual lleva consigo la validez del legado, es decir, la desestimación del único motivo del recurso de casación que se había interpuesto contra la sentencia que denegaba el pedimento de declaración de nulidad del legado. Por lo que debe declararse no haber lugar a dicho recurso, con condena en las costas causadas en el mismo a la parte recurrente, como dispone el artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."



En similar sentido, la STS de 28 de mayo de 2004 , indica: "TERCERO.- En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 1379, en relación con los artículos 813 y 817 del Código Civil, afirmándose que la sentencia que se recurre lesiona el principio de intangibilidad de las legítimas, que ha de considerarse fundamental en el ámbito sucesorio.

Ha de ser descartada ante todo, que haya sido infringido el artículo 1379 del Código Civil , pues de acuerdo con lo expuesto en el anterior apartado los legados instituidos por la causante de los litigantes no se ajustaron a los límites a que se refiere dicho precepto.

Realmente, ni siquiera puede decirse que fuera jurídicamente correcta la frase utilizada por la testadora al manifestar que adoptaba su determinación a sabiendas del carácter ganancial de los bienes que legaba. En efecto, en el momento en que dicha señora otorga su testamento, ya había fallecido su esposo, por lo que se había extinguido la sociedad conyugal a la que aludía pasando los bienes que anteriormente se hallaron integrados en la misma a formar parte de la comunidad postganancial, pendiente de división que la había sustituido.

A falta de norma expresa que regule esta nueva situación, esta Sala ha entendido que debía aplicarse a la misma por analogía el artículo 1380 del Código Civil (sentencias de 11 de mayo de 2000 y 26 de abril de 1997)) y esto es lo que en definitiva ha realizado la Audiencia Provincial."

Y mas recientemente la STS de 19 de enero de 2012 , con referencia a las anteriores, señala "CUARTO .- El motivo primero del recurso de casación se ha formulado al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 864 y 1380 del Código civil . El primero de éstos dispone:

Cuando el testador, heredero o legatario tuviesen sólo una parte o un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero.

Y el segundo dice:

La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.

Ninguno de tales artículos ha sido infringido y el motivo se desestima. En el desarrollo del motivo se insiste nuevamente, como en el motivo segundo del recurso por infracción procesal, en que no cabe en un proceso único la división de los patrimonios hereditarios del padre y de la madre. Ya se ha dicho que sí cabe y que es frecuente en la realidad social, evitando así que tenga que practicarse la de uno y, después, la del otro o bien, lo que puede ser peor, practicar la del primero que fallece con todos los inconvenientes (que pueden ser graves) para el supérstite (pago de impuestos, atribución de la legítima, etc.). Procesalmente, nada se opone a la acumulación de acciones, como ha sido dicho al resolver y rechazar el motivo segundo del recurso por infracción procesal. Materialmente, sólo podría impugnarse si se alegara y probara violación de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima o vulneración del principio de equidad en la correcta formación de lotes o, incluso, adjudicación indeferenciada de bienes sin concretar los tercios de libre disposición y mejora, como es el caso que contempla la sentencia de 14 de diciembre de 2005 .

En el caso presente, se han inventariado los bienes de la madre, doña Guillerma , fallecida antes que el marido, los cuales son simplemente la mitad indivisa de las fincas urbanas y rústicas que se relacionan en el inventario de él, D. Segismundo . Lo cual implica una determinación y, ciertamente, liquidación de la comunidad de gananciales y se procede a la partición, en un correcto cuaderno particional, de los patrimonios que, salvo los legados, son de los dos causantes, en un 50% cada uno.

La sentencia de 28 de mayo de 2004 abona esta doctrina, que ahora se reitera, de que cabe la partición de los bienes de ambos cónyuges causantes, habiendo fallecido uno de ellos en un tiempo anterior, y siempre -como en toda partición- de que se satisfagan correctamente las legítimas, se respete la voluntad del testador y se cumpla el principio de igualdad. Lo cual, por cierto, no se alega en este motivo. Dicha sentencia dice así:

"Realmente, ni siquiera puede decirse que fuera jurídicamente correcta la frase utilizada por la testadora al manifestar que adoptaba su determinación a sabiendas del carácter ganancial de los bienes que legaba. En efecto, en el momento en que dicha señora otorga su testamento, ya había fallecido su esposo, por lo que se había extinguido la sociedad conyugal a la que aludía pasando los bienes que anteriormente se hallaron integrados en la misma a formar parte de la comunidad postganancial, pendiente de división que la había sustituido".

Por ello, en el caso presente no se ha infringido el artículo 864 del Código civil ya que no se ha aplicado ni tenía que aplicarse, ya que el objeto de la partición no comprendía cosa alguna parcialmente ajena (eran bienes de uno y otro de los causantes). Tampoco se ha infringido el artículo 1380 del Código civil ya que no se disponían de bienes gananciales en el testamento del padre; sí en el de la madre que instituyó herederos a sus hijos; y precisamente en virtud de ambas disposiciones se practicó la partición de una y de otro. En el del padre, que es



el que ha sido más objeto de discusión, no había ya comunidad de gananciales, sino la comunidad postganancial de tipo romano, pro indiviso a que se han referido las sentencias de 25 de febrero de 1997, 7 de noviembre de 1997, 19 de junio de 1998, 31 de diciembre de 1998, 11 de mayo de 2000, 23 de enero de 2003, 13 de diciembre de 2006. La misma sentencia, antes referida, de 28 de mayo de 2004 añade:

"A falta de norma expresa que regule esta nueva situación, esta Sala ha entendido que debía aplicarse a la misma por analogía el artículo 1380 del Código Civil (sentencias de 11 de mayo de 2000 y 26 de abril de 1997)".

El motivo, por todo ello, se desestima. Tanto más cuanto el recurrente no impugna la relación de bienes incluidos y excluidos por las sentencias de instancia, ni expone en qué ha sido perjudicado al practicarse la partición de ambos patrimonios hereditarios que, habiendo sido gananciales, forman un todo en el momento de producirse la sucesión mortis causa y la partición y adjudicación de los mismos."

Tercero.- Por último interesa el apelante sean estimadas sus pretensiones en cuanto a la petición dineraria contenida en el apartado d) del suplico de la demanda, por entender que resulta de aplicación el art. 405.2 de la LEC, y resultando de la prueba practicada que fueron adquiridas las plazas de garaje, con dinero procedente de las cuentas de su madre; por lo que solicita se condene a la demandada a reintegrar al patrimonio hereditario de la madre la cantidad de 23.933'96 € y los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de interposición de la demanda hasta su completo reintegro a la masa hereditaria.

Pretende el apelante que tales importes fueron donados por la causante a la demandada y pretende su colación. Sin embargo, la carga de la prueba de la realidad de la citada donación, incumbe al que la alega; sin que ninguna de las pruebas practicadas permita alcanzar, ni tan siquiera por vía indiciaria que fue la demandada la beneficiaria de los importes reintegrados por la causante en vida. Encontrándonos ante meras suposiciones o conjeturas, al desconocerse el destino de aquellas sumas de dinero dispuestos por la causante. La carga de la prueba de la certeza de los hechos de los que se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, corresponde al actor (art. 217 LEC). Y aun cuando la jurisprudencia hace referencia a la facilidad probatoria; lo cierto es que en el presente caso el inmueble (plaza de parking nº NUM000) que se dice por el actor, adquirido con el citado dinero, figura a nombre del Sr. Alexis (esposo de la demandada) y no de ésta. Manifestando el testigo Sr. Ezequias , como representante legal de la mercantil Construcciones Palacio Espasa S.L., desconocer quien pago la plaza de parking; que solo sabe que se efectuaron los ingresos para el pago de la plaza por transferencia, en fechas 27 y 29 de septiembre de 1999 y 27 de abril de 2000. Fechas estas que ni siquiera coinciden con los extractos de cuenta aportados con la demanda (doc. nº 8), como acreditativos de que el pago se efectuó por la causante. Así mismo el testigo citado alegó que si bien el contrato se hizo a nombre de la "abuela", el mismo no se llegó a firmar. Que la última factura se efectuó a nombre del esposo de la demandada y que comunicó al Ayuntamiento a quien correspondían las plazas. Figurando en el Ayuntamiento la plaza en cuestión, a nombre del esposo de la demandada, como concesionario del parking (folio 142 vuelto).

Sin que la sentencia de instancia haya infringido el art. 405.2 de la LEC que dispone: *"En la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales."* , en la medida que la demandada negó expresamente los hechos alegados por el actor (hecho tercero de la contestación a la demanda). Este precepto tiene objeto fijar los hechos sometidos a controversia, de forma que los hechos queden fijados, determinados o exonerados de la necesidad de prueba. Lo que no ocurre en el presente caso, en que como hemos dicho, los mismos fueron negados.

Por lo que también este último motivo de apelación debe ser desestimado.

Cuarto.- Las costas procesales de esta alzada debe soportarlas la parte apelante por disposición del artículo 398, en relación con el artículo 394, de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS:

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandante, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número de, de fecha, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, imponiendo expresamente las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.



Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Contra la presente resolución, cabe, en su caso, recurso en los supuestos y términos previstos en los Capítulos IV y V del Título IV del Libro II y Disposición Final 16ª de la LEC 1/2000 .

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la

LOPJ 6/1985, según redacción dada por la LO 1/2009, para interponer contra la presente resolución recurso extraordinario por infracción procesal (concepto 04) y/o de casación (concepto 06), artículos 471 y 481 de la LEC , deberá consignarse en la "*Cuenta de Depósitos y consignaciones*" de este Tribunal nº 0264, al tiempo de su preparación, la cantidad de 50 euros por cada recurso, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite; y ello sin perjuicio del pago de la tasa por actos procesales, cuando proceda.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo Sr. Ponente, estando la Sala reunida en Audiencia Pública, doy fé.