



Roj: **SAP H 97/2017 - ECLI:ES:APH:2017:97**

Id Cendoj: **21041370022017100073**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Huelva**

Sección: **2**

Fecha: **13/02/2017**

Nº de Recurso: **454/2016**

Nº de Resolución: **82/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO BELLIDO SORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP H 97/2017,**
STS 3531/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA

Sección Segunda, Civil

Recurso de Apelacion Civil núm. 454/2016

Proc. Origen: Juicio Ordinario núm. 1167/2015

Juzgado de origen: Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva

Apelantes: D^a Leocadia y D. Simón

Apelados: D^a Angelina y D^a Benita

SENTENCIA NÚM. 82

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE:

D. FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS

MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO BELLIDO SORIA

D. ANDRÉS BODEGA DE VAL.

En Huelva, a .- trece de febrero de dos mil diecisiete

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, compuesta por los Magistrados indicados y bajo la ponencia del Ilmo. Sr. D. FRANCISCO BELLIDO SORIA ha visto en grado de apelación el juicio ordinario 1.167/15, del Juzgado de Primera Instancia nº. 1 de Huelva, en virtud de recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, interpuesto por D^a Leocadia , representado por el Procurador sr. Portilla Ciriquian y asistida por el Letrado sr. Morón Pendás Iván M^a., recurre también D. Simón , bajo misma representación que el anterior, asistido del Letrado Sr. Morón Pendás, Nicolás M^a; siendo parte apelada D^a Angelina y D^a Benita , representadas por el Procurador sr. García Oliveira, asistidas por el Letrado sr. López García de la Serrana.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

SEGUNDO Por el Juzgado de Primera Instancia indicado, con fecha dieciséis de marzo de dos mil dieciséis se dictó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "Que en la demanda interpuesta por el Procurador



de los Tribunales don Rafael García Oliveira en nombre y representación de Angelina y Benita , contra Leocadia y Simón

1º.- a).- Que las fincas siguientes son colacionables conforme a lo dispuesto en el artículo 1035 del Código Civil en la herencia de doña Angelina .

1.- Parcela NUM000 , del polígono NUM001 , situada al norte de la autovía A-49 limitando por el este con el término municipal de Gibraleón, por el norte con el monte público Campo común de Arriba, propiedad del Ayuntamiento de Cartaya y por el Oeste con las fincas agrícolas. Su superficie catastral es de 313.301 m² (31.3301 ha) dedicadas al cultivo de cítricos en regadío con distintas variedades de naranjas y mandarinas. Asimismo esta parcela alberga balsa de almacenamiento de agua para riego, instalaciones de bombeo y construcciones destinada a almacenes de la actividad y uso residencial.

2.- Parcela NUM002 , de polígono NUM001 , situada entre la Autovía A-49 (N) y la carretera Nacional N-431, igualmente por el este con el término municipal de Gibraleón y por el Oeste con polígono agroindustrial y hotelería (motel Ferreira). Su superficie catastral es de 62.757 m² (6.2757 ha) dedicadas a cultivo de cítricos de regadío con distintas variedades de naranjas y mandarinas.

b).- Que su hijo y heredero don Simón , debe traer a la masa hereditaria 1.261.585, 60 euros, valor de los bienes a la fecha de fallecimiento.

2º.- Sin expresa condena en costas."

TERCERO. Contra la anterior se interpuso recurso de apelación, por los demandados, que fueron admitidos en ambos efectos, y dado traslado a las parte contraria, fueron remitidos los autos a esta Audiencia, para su resolución previa deliberación y votación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . RECURSO DE DOÑA Leocadia .- Se sustenta en los siguientes alegatos: 1º. Falta de legitimación pasiva en la recurrente por carecer de la cualidad de heredera forzosa de D^a Angelina , no siendo parte en la relación jurídica subyacente. La FINCA000 fue adquirida por su marido D. Simón por compraventa para su sociedad ganancial en escritura pública de 28/12/1967, que consta inscrita en el Registro de la Propiedad de Huelva, por lo que discutiéndose si la mentada finca ha de ser colacionada en la herencia de la finada que se ha mencionado, es por lo que carece de legitimación para soportar la acción ejercitada.

La sentencia la atribuye porque caso de estimarse la demanda afectaría al patrimonio de la sociedad ganancial, del que la finca a colacionar forma parte, lo que en este caso no debe tenerse en cuenta puesto que la recurrente no tiene carácter de heredera y la colación no tiene que ver con la existencia física de los bienes, sino con su valor, por lo que estar el bien inscrito a su favor no es suficiente para atribuir la legitimación, solo puede ser parte pasiva su marido y heredero de la finada de cuya sucesión se trata.

La finca se dice en la sentencia que es ganancial, como por otra parte se viene defendiendo por la recurrente, ya que de haberse donado a D. Simón por su madre nunca hubiera formado parte de la sociedad ganancial, sino que sería privativa, cuando además la donación de que se habla en la demanda se hace exclusivamente a D. Simón , por lo que la intervención de la recurrente en el procedimiento no deriva de su condición de donataria, sino de titular de la sociedad ganancial de la que forma parte el bien en cuestión, reconociendo la juzgadora el carácter oneroso de la adquisición, cuestión esta incompatible con la colación que requiere una adquisición a título lucrativo.

2º Error en la apreciación de la prueba y en la determinación del objeto de la donación. La juzgadora hace una interpretación alejada de los hechos acontecidos, así como fuera de la lógica en relación con la documental y testifical propuesta en la persona del sr. Vicente . Además de la sentencia resulta que la juzgadora confunde donación del precio de la finca y la donación de la finca en sí misma. No obstante entiende la recurrente que no existe donación del precio de la compraventa, sino un préstamo oportunamente devuelto por D. Simón como acreditan los documentos aportados con la contestación a la demanda. Incluso estimando que se hubiera producido a efectos dialécticos la donación del dinero para la compra, sería donación el dinero no la finca adquirida con él. La adquisición tuvo lugar por escritura de diciembre de 1967, por lo que no hubo negocio traslativo en el documento de 30/12/2002, como desacertadamente sostiene la actora, pues como dice la juzgadora la compra se materializó con el dinero donado por la finada.

La adquisición de D. Simón para su sociedad ganancial se reafirma con los actos de dominio realizados desde aquel momento que acreditan la titularidad del matrimonio, así la aportación de la misma a una sociedad de cría caballar, concertación de un préstamo con garantía hipotecaria y la salida de la finca de comunidad de bienes de los hermanos Angelina Simón , actos dispositivos que acreditan la titularidad referida, al margen



de si se adquirió con dinero prestado o donado, no existiendo duda en cualquier caso que la adquisición no se hizo a título lucrativo y por lo tanto su valor no puede estar sujeto a colación. Además el reconocimiento en la sentencia de que la escritura de compraventa es eficaz, se precisa que para la colación de la finca se hubiera impugnado la compraventa y eso no se ha hecho.

3º. Errónea aplicación del art. 739 CC , en relación con los efectos revocatorios del testamento anterior, por el posterior perfecto, errónea identificación del objeto (pretendidamente) donado y erróneo entendimiento de la naturaleza y formación del testamento notarial abierto ex art. 695 y concordantes del CC .

Como dice la sentencia la interpretación testamentaria debe indagar la última voluntad real del testador, que se expresa en su testamento, por eso el testamento es esencialmente revocable por otro posterior, por lo tanto si se quiere hacer valer estipulaciones contenidas testamentos sucesivos, debe el interesado en ello desarrollar la actividad probatoria necesaria con dicha finalidad.

En este caso se pretende sostener la colación por la voluntad de la testadora expresada en el testamento de 2002, a pesar de que diga que no se dijera nada de la colación en el de enero de 2003, que parece mantener una voluntad contraria a la colación, que retoma su fuerza al no haberse abonado a la testadora D. Simón la cantidad a que se comprometió, ya que de ser así no podría hablarse de transmisión gratuita, y se situaría la cuestión en torno a la figura de un contrato de préstamo, más que un acto de liberalidad. Además de haber querido dejar clara la intención de colacionar lo hubiera dicho en otro testamento posterior, nada impedía hacerlo, como tampoco lo realizó en el último que otorgó. Tampoco puede el testador en el testamento incluir bienes que no le pertenecen, ni acordar una colación que no puede realizarse, es más la eficacia de la cláusula segunda del testamento de 2002 en que se sujeta, la colación de la FINCA000 , se encuentra supeditada a los requisitos del art. 1.035 CC , que el segundo testamento anuló al anterior y que la donación fuese inoficiosa por lesionar la cuota hereditaria de los demás herederos.

4º. Inaplicación del art. 1045.2 CC y 818 del mismo texto legal . Caso de tener que colacionar la finca deberá hacerse al valor de la misma al tiempo de la apertura de la sucesión pero partiendo de las características que tenía al ser adquirida, no ahora que ha sido mejorada y puesta en cultivo con un préstamo, por lo que no puede tenerse en cuenta el informe pericial aportado, sino realizar la valoración en sus justos términos conforme al art. 1045 CC . Según se ha dicho antes no se refiere la sentencia a la cuantificación de las legítimas de los demás herederos concurrentes a la sucesión, elemento sin el cual no puede hablarse de la obligación de colacionar, lo que correspondía acreditar a la actora, que no ha instado los medios probatorios necesarios para ello.

RECURSO DE DON Simón .- El recurso se sustenta en los mismos alegatos que el de la codemandada: 1º. Falta de legitimación pasiva en la recurrente por carecer de la cualidad de heredera forzosa de Dª María Inés , no siendo parte en la relación jurídica subyacente. Reconocimiento por la sentencia recurrida del carácter oneroso de la adquisición de la FINCA000 por D. Simón para su sociedad ganancial. Exclusión de la posibilidad de colación.

2º. Error en la apreciación de la prueba y en la determinación del objeto de la donación.

3º. Errónea aplicación del art. 739 CC , en relación con los efectos revocatorios del testamento anterior, por el posterior perfecto, errónea identificación del objeto (pretendidamente) donado y erróneo entendimiento de la naturaleza y formación del testamento notarial abierto ex art. 695 y concordantes del CC .

4º. Inaplicación del art. 1045.2 CC y 818 del mismo texto legal .

También reproduce además de los alegatos las argumentaciones de los mismos

La parte apelada se opone al recurso alegando: 1º. En cuanto al a falta de legitimación pasiva de la sra. Leocadia . La sentencia acoge la demanda y siendo un bien de naturaleza ganancial inscrito en el Registro, debe dirigirse la demanda contra el cónyuge aunque no sea heredero como mantiene la resolución recurrida, así lo entiende también el TS, al estimar que se trata de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario proyectado sobre la sociedad de gananciales, cuando se ejercitan acciones reales o limitativas del dominio de los bienes gananciales, considerando necesario que el tercero que se crea asistido de las mismas dirija el procedimiento contra los esposos integrantes de la sociedad conyugal.

2º. Plantea el recurrente, error en la apreciación de la prueba y en la determinación del objeto de la donación. Se dice en la contestación a la demanda que D. Simón devolvió a su madre las cantidades prestadas para la compra de la FINCA000 , pero insiste la parte apelada que lo se trae a colación es el valor de la finca comprada para la sociedad ganancial con dinero de Dª María Inés , sin que la parte recurrente haya planteado en que se equivoca la juzgadora, que ha hecho una apreciación de la prueba documental de manera ponderada y correcta.



3º. Alega la parte recurrente ahora, pues antes no lo planteó, la necesidad de previa impugnación de la compraventa celebrada por los demandados, para que impugnada la misma se pudiera colacionar la finca en el haber hereditario, obviando que lo que se trae a colación es el valor de la finca. En este sentido es claro el art. 1035 CC, no se trata con esta acción de proteger las legítimas, sino de que el heredero traiga a la herencia el valor de lo que recibió anticipadamente por título gratuito, ya que en ningún caso se ha cuestionado que la finca aparezca en el Registro de la Propiedad como de los demandados, se cuestiona con qué dinero se compro dicha finca.

4º. Cuestiona la parte recurrente el testamento de 2002, donde se reconoce expresamente la colación de la finca, en contradicción con lo que viene expresando la misma. Se expone que la cantidad de dinero que quedaba pendiente de abono por la compra de La FINCA000, fue una condonación de la causante a D. Simón, extremo que no ha quedado reflejado en ningún documento, lo que lleva a concluir que porqué se ha de admitir esto y no como hace la juzgadora que admite la no revocación de la estipulación de la colación en el testamento anterior, aplicando la doctrina del TS y el contenido del art. 675 CC, entendiéndose que la intención de la testadora fue mantener aquella estipulación, siempre que se despliegue actividad probatoria suficiente sobre dicha compatibilidad testamentaria, lo que se ha realizado en este caso como razona la juzgadora en la sentencia. Aduce también la otra parte que no se trata de una donación sino de un préstamo que admite no se devolvió, entendiéndose la testadora dispone de un bien que no le pertenece, entonces no se entiende la redacción del documento nº X de la demanda, por lo que mantener esa postura de no colacionar la finca iría en contra de la voluntad de la testadora.

5º. Se plantea como último punto el valor habrá de traerse a colación exponiendo que se deberá tener en cuenta la inversión y gasto realizado por el donatario desde la fecha de la donación. Esta cuestión no se fue planteada, ni se aportó valoración alguna, no efectuó reconvencción, ni impugnó la cuantía del proceso, que se hace ya inamovible.

6º. El recurso debe desestimarse confirmando la sentencia dictada en primera instancia.

SEGUNDO .- Comenzaremos resolviendo la alegada falta de legitimación pasiva de la sra. Leocadia, esposa del heredero D. Simón, que tienen inscrita como ganancial la finca cuyo valor se pretende colacionar.

La demandada es la esposa del heredero forzoso de la herencia en la que se pretende colacionar el valor de una finca que se dice donada por la causante a su hijo.

La sentencia entiende que la sra. Leocadia está legitimada para actuar en el procedimiento en tanto que la finca sobre la que recaería la colación está inscrita como ganancial en el Registro de la Propiedad y podría afectarle la sentencia que se dictase, ya que de acordarse la colación se afectaría al patrimonio de la sociedad ganancial, así lo mantiene la parte actora, sin embargo la parte recurrente mantiene que la sra. Leocadia no es heredera forzosa y por lo tanto la acción no le afecta dado que lo que se colaciona, esto es, lo que se trae a partición hereditaria no es la finca sino su valor por lo que no resulta afectada por la acción que se ejercita que solamente debe tener como partes a los que son herederos llamados a la herencia de la fallecida.

El TS viene manteniendo en torno a la legitimación para actuar en un determinado proceso que es la planteada aquí por la demandada (por todas sentencia de 13 julio 2012, con cita de la sentencia 713/2007, de 27 junio), así declara que "... la legitimación "ad causam" «consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar y exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido, según las SSTS 31-3-97 y 28-12-01»; de modo que, por su propia naturaleza y efectos, su falta puede ser apreciada de oficio (SSTS, 30 abril 2012, 13 diciembre 2006, 7 y 20 julio 2004, 20 octubre 2003, 16 mayo 2003, 10 octubre 2002 y 4 julio 2001) en cualquier momento del proceso ".

A la vista de la acción ejercitada y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes antes expuestas, resulta de la documentación pública aportada a las actuaciones que la finca en cuestión denominada FINCA000, se compra por D. Simón para su sociedad ganancial a dos personas que nada tienen que ver con la familia de uno y otro, se trata de terceros vendedores, lo que tiene lugar el 28/12/1967, figurando inscrita la finca a nombre de ambos y con carácter ganancial.

Los bienes colacionables son los donados o adquiridos a título gratuito por el heredero con anticipación a la apertura de la herencia y su fundamento está en no establecer diferencias entre los herederos forzosos del causante, por lo que los obligados a colacionar son los herederos y no terceras personas que no tienen tal carácter y lo que debe colacionarse no es lo donado sino su valor al momento de la apertura de la sucesión.

Teniendo en cuenta lo expuesto, entendemos que los sujetos de la colación tanto en su aspecto pasivo como en el activo, solo se refiere a los herederos forzosos lo que se apoya en la literalidad del art. 1035, que desde



este punto de vista no ofrece duda, por lo tanto hemos de concluir que la demandada, esposa del heredero forzoso, también demandado, no tiene legitimación pasiva para soportar la acción ejercitada que solamente tiene lugar entre los herederos, lo que deja fuera a cualquier tercero ajeno a la herencia, lo que en este caso concurre también respeto de la sra. Leocadia aunque sea la esposa del codemandado y que el bien objeto de la acción que se ejercita esté inscrito como ganancial, cuando además en caso de que prospere la acción lo que debe colacionarse, como se ha dicho, no es el bien concreto, sino su valor como expresa el art. 1045 del mismo texto legal, que al formar parte de la herencia no tiene carácter ganancial sino privativo, a lo que hay que añadir que ni siquiera se pide condena alguna contra ella en el suplico de la demanda.

En consecuencia este motivo del recurso debe ser estimado.

TERCERO .- En cuanto al fondo del asunto se realiza por los apelantes un alegato relativo a haber incurrido la juzgadora en error al apreciar la prueba y en la determinación del objeto de la donación, pues confunde donación del precio de la finca y la donación de la finca en sí misma. Los recurrentes entienden que no existe donación del precio de la compraventa, sino un préstamo oportunamente devuelto por D. Simón como acreditan los documentos aportados con la contestación a la demanda. Mantienen también que incluso si se hubiera producido a efectos dialécticos la donación del dinero para la compra, sería donación el dinero no la finca adquirida con él. La adquisición se hizo por D. Simón para su sociedad ganancial lo que se reafirma con los actos de dominio realizados desde aquel momento que acreditan la titularidad del matrimonio, no existiendo duda en cualquier caso que la adquisición no se hizo a título lucrativo y por lo tanto su valor no puede estar sujeto a colación.

Y otro alegato relativo a la errónea aplicación del art. 739 CC , en relación con los efectos revocatorios del testamento anterior, por el posterior perfecto, errónea identificación del objeto (pretendidamente) donado y erróneo entendimiento de la naturaleza y formación del testamento notarial abierto ex art. 695 y concordantes del CC ., entendiendo los recurrentes como dice la sentencia que la interpretación testamentaria debe indagar la última voluntad real del testador, que se expresa en su testamento, por eso el testamento es esencialmente revocable por otro posterior, por lo tanto si se quiere hacer valer estipulaciones contenidas en testamentos sucesivos, debe el interesado en ello desarrollar la actividad probatoria necesaria con dicha finalidad.

También se sostiene en el recurso que los razonamientos que hace la juzgadora para mantener la colación argumentando sobre el contenido de los testamentos y en el hecho de no haberse abonado a la testadora por D. Simón la cantidad a que se comprometió, no llevarían a concluir precisamente que estamos ante una transmisión gratuita, sino más bien en torno a la figura de un contrato de préstamo, alejado por tanto de un acto de liberalidad.

Seguidamente procederemos a resolver ambos alegatos por estar íntimamente unidos, lo que hace necesario que con carácter previo nos refiramos a la regulación que sobre la colación mantiene el art. 1035 del CC , cuando expresa que el heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.

La finalidad de la colación no es otra que la igualdad entre los llamados a la herencia de manera igualitaria, en definitiva entre los que son herederos forzosos y que puede hacerse en los casos que contempla el precepto citado, aun después de haberse realizado la partición, ya que puede ser objeto de complemento cuando se advierta que bienes de la causante hayan sido omitidos de la herencia, al entenderse que en caso de donación a un heredero en vida de la causante este ha recibido un anticipo de su futura cuota hereditaria (SSTS de 22/01/63 y 17/03/89), se trata de una obligación del heredero donatario que consiste en restituir a la masa el equivalente de los bienes donados, tratándose en este caso y habiéndose verificado la aceptación y adjudicación de la herencia de la testadora de una operación eminentemente particional, que debe darse solamente en los herederos forzosos.

Dicho esto tenemos que determinar si la FINCA000 cuya colación se pide (formada por varias parcelas según la escritura de compraventa aportada y las inscripciones registrales, tres en total, refiriendo la demanda dos), fue objeto de donación, o por el contrario se trató de una transmisión onerosa, o incluso de entrega de dinero a préstamo.

La finca mencionada consta como adquirida a los vendedores D. Valeriano y D^a Salvadora por el demandado D. Simón para su sociedad ganancial, según escritura pública de compraventa otorgada en Sevilla el 28/12/1967, constando inscrita en el Registro de la Propiedad de Huelva, según puede comprobarse con la certificación aportada expedida por el Registrador.



Se mantiene en la sentencia y en la demanda que la misma se adquirió con dinero entregado por la causante (madre de D. Simón), lo que parece se corrobora con el documento nº 13 presentado por la parte actora, cuando mantiene que la finca se adquirió en vida de su padre, se vendió y luego se volvió a recomprar por el mismo precio habiendo entregado el dinero la madre, esto es, la causante, así lo dice el propio demandado en el mentado escrito, aludiendo al precio de doce millones quinientas mil pesetas. Se hace constar en el referido documento que D. Simón pagó la transformación en riego de la finca FINCA000 y que la sembró de naranjos con un crédito que solicitó y le fue concedido por el Banco de Crédito Agrícola, abonándolo con su mujer por valor de veintiocho millones de pesetas (capital e intereses). En el citado documento se expresa también por acuerdo del demandado y su hermano Amadeo que Simón pague dieciocho millones a la Comunidad de Bienes para que la FINCA000 salga de la comunidad y la explote él (el documento está dirigido a su hermana D^a. Benita).

Dicha finca se explotaba junto con otras de la familia por la Comunidad de Bienes Hermanos Angelina Simón , de la que formaban parte la madre y los cinco hermanos, como se ha acreditado también documentalmente (doc. 11 de la demanda)

En el documento nº 10 de la demanda, se observa la correlación que tiene con el nº 13 citado, en el mismo se hace mención al acuerdo recogido en este y que se comunica a los demás hermanos que no intervinieron en el mismo, existiendo una llamativa diferencia, pues mientras en este último la cantidad de dieciocho millones de pesetas, se debe abonar a los hermanos Angelina Simón para sacar la finca de la comunidad, en el otro la cantidad se debe abonar a la madre, luego causante, D^a. María Inés , lo que se firma por esta y los hermanos el 30 de diciembre de 2002. En tales documentos se refiere también que las acciones de Joaquín López Gómez SA, que están a nombre de Amadeo y Simón , consideran todos los presentes que igual que las tierras son de todos los hermanos, por lo que en el momento de su venta se repartirá lo obtenido por igual entre todos.

Es sintomático que en los documentos citados (10 y 13), se dice que se abona la cantidad expresada, primero a la comunidad de bienes de los hermanos y la madre, y luego en el otro documento solamente a esta, quedando claro que ello se hace para sacar la finca de la comunidad de bienes para su explotación, según se dice, quedando para Simón , sin embargo no dice en propiedad cuando podrían haberlo hecho constar así.

Como decimos la FINCA000 se separa del resto en el sentido expuesto, lo que no deja de ser lógico, si pensamos que a todos consta que se hizo una cuantiosa inversión por parte de Simón y su esposa para dotarla de energía eléctrica, plantarla de naranjos y ponerla en riego, con un préstamo del Banco de Crédito Agrícola que según el documento nº 13 ascendió en total a veintiocho millones de pesetas por principal e intereses (consta copia de la concesión del préstamo por parte del referido Banco al folio 230 por un capital de 19.490.000 pts, el 19 de abril de 1988, así como su inscripción en el Registro de la Propiedad al tener carácter hipotecario, según puede verse en la certificación registral unida a las actuaciones a los folios 217 y ss).

Lo cierto es que se reconoce por el demandado documentalmente que la FINCA000 se adquirió recomprada con dinero aportado por la causante, que sin embargo ingresó en el patrimonio de D. Simón y que él y su esposa realizaron en ella años después con dinero puesto por ellos, unas mejoras de importancia que supusieron la transformación total de la finca cambiando su cultivo y aprovechamientos, de labor seco y pastos fundamentalmente, a ser de riego sembrada de naranjos, formando parte de la Comunidad de Bienes citada de la que formaban parte, como se ha dicho, la madre y los hermanos, al igual que todas las demás fincas de la familia.

Así las cosas ocurre que en 2002, otorga la sra. María Inés el primero de los testamentos que se han unido a las actuaciones, en que hace constar la testadora que la mencionada FINCA000 , junto con otra de la Avda. de Italia (Garaje Joaquín López), deben ser colacionadas, lo que unido al contenido de los documentos 10 y 13 que se han mencionado, nos llevan a concluir que la citada finca la recibió D. Simón por donación, ya que de otra manera no habría posibilidad de colacionarla, sin que la firma del documento de 30/12/2002, ya referido y el cambio del testamento anterior por el otorgamiento en enero de 2003, en el que ya no se reflejan las fincas a colacionar, FINCA000 ni el garaje porque al parecer este se vendió y se repartió el precio entre los hermanos, haga cambiar dicha percepción, pues como veremos para la colación de lo donado no hace falta que se recoja de manera expresa en el testamento.

Además la cantidad que D. Simón se comprometió a entregar primero a la Comunidad de Bienes y luego en definitiva a su madre, por sacar la finca de la comunidad no consta se haya abonado a pesar de los documentos presentados por parte de Simón en su contestación a la demanda (folios 231 y 232), al parecer escritos de puño y letra de la testadora. El primero no tiene fecha y se refiere a que la voluntad de la madre es tratar por igual a sus hijos, lo que parece se deduce también del contenido de sus testamentos, y refiere querer entregar a cada hijo siete millones por haberlos entregado anteriormente a una hija (Angelina), porque lo necesitaba. En el segundo que tiene fecha de 01/10/2003, posterior al segundo de los testamentos, se dice que se entregan



seis millones por D. Simón a su madre y habla de siete millones que tiene que entregar Angelina y que son de Simón, en referencia a su parte de FINCA000, pero esta segunda cantidad está en contradicción con el documento sin fecha antes citado, no siendo lógico que la cantidad que entregó la madre a su hija por necesidad de esta, sea ahora de D. Simón, por tanto entendemos que no se devolvió la cantidad acordada por la liberación de la FINCA000 de la Comunidad de Bienes, pues incluso se reconoce por D. Simón que al menos una parte no se pagó y que fue condonada por la madre, lo que también está falto de prueba.

Entendemos que no ha quedado probado que la cantidad de dieciocho millones que debía pagar D. Simón a su madre sea el pago de la finca, pues no tiene correlación con su precio real, sino por sacarla de la comunidad de bienes, ni ese dinero puede tener el carácter de un préstamo o devolución de dinero prestado que se debía devolver a la madre en relación al precio pagado de la finca, por cuanto que no concurren en este caso los requisitos que para dicho contrato recoge el Código en los arts. 1.740 y ss, ya que claramente no se trata de un comodato, y en cuanto al simple préstamo no parece que la madre le prestase ese dinero cuando adquirió la finca, ni posteriormente para devolver otro tanto de la misma especie y calidad, pues no coincide con la cantidad que se entregó para la compra, ni puede presumirse que el resto se deba a intereses, pues nada consta acreditado que se pactara en este sentido, cuando es preceptivo para el pago de cualquier interés de un préstamo que se haga constar de manera expresa, ni resulta de la literalidad de los documentos 10 y 13 tantas veces citados.

Lo expuesto no contraviene lo dispuesto en el art.739 párrafo primero del CC, al disponer que el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en este su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.

En efecto, debemos entender que la testadora expresa en el testamento su voluntad unilateral para cuando se produzca su muerte, entendiéndose que el testamento otorgado en 2002, quedó revocado por el posterior de enero de 2003 que entendemos perfecto, sin que se recoja en él, que quiso dejar subsistente el primero, y si en este segundo nada dijo de colacionar, ello no es obstáculo para que la colación de los bienes entregados a uno de los herederos se produzca, solamente habría lugar a que no se produzca la colación cuanto expresamente se quisiera hacer uso por la testadora de lo dispuesto en el art. 1.036, o que el donatario repudie la herencia, salvo que la donación sea inoficiosa, por lo tanto la colación puede tener lugar aunque no se recoja en el testamento, cuando la voluntad de la causante sea tratar por igual a los herederos, así debe traerse a la herencia para colacionar lo recibido por donación cuando no se excluya su aplicación, y ello por mor de lo dispuesto en los artículos referidos a la legítima y en especial a lo dispuesto en el art. 818 del mismo Código.

En definitiva y por lo antes razonado procede colacionar la mencionada finca al haber sido donada por la causante a su hijo D. Simón.

CUARTO.- Procede abordar ahora el último de los alegatos del recurso referido a la inaplicación del art. 1045.2 CC y 818 del mismo texto legal, en sentido de que caso de tener que colacionar la FINCA000 deberá hacerse al valor de la misma al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, pero partiendo de las características que tenía al ser adquirida, no ahora que ha sido mejorada y puesta en cultivo con un préstamo, por lo que no puede tenerse en cuenta el informe pericial aportado, sino realizar la valoración en sus justos términos conforme al art. 1045 CC. Según se ha dicho antes no se refiere la sentencia a la cuantificación de las legítimas de los demás herederos concurrentes a la sucesión, elemento sin el cual no puede hablarse de la obligación de colacionar, lo que correspondía acreditar a la actora, que no ha instado los medios probatorios necesarios para ello.

En definitiva entendemos por lo expresado por la madre en los testamentos que otorgó, como en los documentos antes citados, que su voluntad era igualar a todos los hijos a la hora de su muerte, que al momento de colacionar lo que debía colacionarse no era el dinero entregado o su valor, sino el de las fincas en las que se empleó, como recoge la doctrina del TS más constante, contenida en las sentencias de 04/12/2003 y 22/02/2006, que recoge luego la de 10/12/2009, pues la que se cita por los apelantes es una sola.

Aquella doctrina que citamos y recogiendo la exposición de la sentencia de 2006 se expresa como sigue: "*El segundo párrafo del artículo 818 del Código Civil establece que "al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables" y la expresión "colacionables" no cabe interpretarla en un sentido rigurosamente técnico, y, en esta hermenéutica, deben incluirse en el cálculo cualquier clase de donaciones, salvo aquellas que se consideren no computables, respecto a las cuales, para fijar el importe de la legítima, el artículo 818, reformado por la Ley de 13 de mayo de 1981, ha suprimido el inciso final, relativo a que la donación debía computarse según el valor que tuviese en el tiempo en que se hubiese hecho, y ante el silencio legal, la doctrina científica mayoritaria mantiene que la estimación pecuniaria se hará según el estado físico que mantuviere el bien al tiempo de la donación, pero teniendo en cuenta el correspondiente cuando se evalúen*



los bienes hereditarios, de manera que con ello se evita la inclusión en la valoración de las mejoras efectuadas por el donatario .

Por otra parte, la doctrina jurisprudencial, sobre la redacción actual del artículo 1045 del Código Civil , tras la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, ha declarado que se ha de atender al valor de lo donado al tiempo de su evaluación (STS de 28 de abril de 1988); la modificación del artículo 1045 consistió en referir el tiempo del evalúo al momento en que se tasen los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación (STS de 17 de marzo de 1989); el artículo 1045 establece como importancia constatable de la colación el sistema "ad valorem", es decir, que no han de traerse a colación las mismas cosas donadas, sino su valoración al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, lo cual es absolutamente lógico, ya que al tratarse de una prestación de valor, en principio, había que tener en cuenta el importe de la donación cuando se hizo, pero debidamente actualizado, por mor, esencialmente, al fenómeno económico de la inflación y el de la devaluación monetaria, y en este sentido se ha inclinado la doctrina científica moderna y la doctrina jurisprudencial (SSTS de 9 de julio de 1982 , 17 de marzo de 1987 y 22 de noviembre de 1991); además, el párrafo primero del artículo 1045, tanto desde el punto de vista finalista, como desde el conceptualista, permite una hermenéusis literal, que no admite duda, y ello desde el instante mismo de que es lógico y sobre todo justo que **la frase "al tiempo que se evalúen los bienes hereditarios" significa que, en circunstancias normales, los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición , pero si por cualquier evento dicha partición no ha podido ser hecha efectiva, la evaluación se deberá hacer en el instante de practicarla (STS 4 de diciembre de 2003); y el artículo 1045, en su actual redacción, adopta, frente al sistema anterior, el de colación "ad valorem", por lo que el valor de los bienes que hubieren sido objeto de donación se proyecta a tiempo posterior al de la propia donación, ya que tiene lugar en el momento de evaluar los dejados en herencia (STS de 20 de junio de 2005)."**

A la vista de lo expuesto entendemos, como se referido más arriba, que la voluntad de la testadora era igualar a todos sus hijos, como resulta de los documentos manuscritos por ella, como de los testamentos unidos a los autos, por lo tanto y conforme al art. 818 CC , deben colacionarse como dice el TS todos bienes donados que no estén excluidos por la voluntad expresa de la juzgadora para formar el caudal relicto y habiéndose entregado el dinero no para comprar fincas, sino para una en concreto " FINCA000 ", es por lo que entendemos que debe traerse a colación la finca y no el dinero, aunque no por el valor que aparece en el informe pericial aportado y que recoge la sentencia, sino por el valor que tendría la finca que se donó al momento de abrirse la sucesión como se solicita en la demanda y se recoge en la sentencia, aspecto este no contradicho en el recurso, es decir, con las características que tenía en aquel momento, ya que la finca en la actualidad está plantada de naranjos con todas las instalaciones de riego necesarias a consecuencia del desembolsos que hicieron D. Simón y su esposa en una cantidad muy superior a lo que costó en su momento, como se ha acreditado con la documentación bancaria y privada que hemos mencionado más arriba, habiendo sido valorada en el estado actual que no responde a las características de la finca donada en su momento.

La valoración que debe hacerse contemplará la extensión de las fincas de 37'6058 hectáreas (suma de las dos fincas registrales que la componen nº NUM003 y NUM004 que se pide en la demanda), que son las que mencionan en el escrito iniciador del proceso con la descripción y aprovechamientos que tenían al producirse la donación, que según la descripción que obra en la escritura y en el Registro de la Propiedad se trata de tierras de secano calma y montuosa con higueras y algunos pinos, conteniendo dentro de su perímetro dos pequeñas casas para servicio de labranza y habitación y dos pozos de agua potable.

QUINTO .- Por lo tanto los recursos de apelación interpuestos por los demandados deben ser estimados en parte, lo que supone la revocación parcial de la sentencia recurrida, en el sentido de estimar parcialmente la demanda, acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva de D^a. Leocadia , a quien se absuelve de los pedimentos de la demanda, manteniendo la parte dispositiva de la sentencia recurrida en el demás, salvo en cuanto al valor de las fincas a colacionar que será el que corresponda al momento de la apertura de la sucesión con las características que tenían al momento de producirse la donación y que se describe en la escritura de adquisición de las mismas, así como la construcción existente en ellas.

Las costas de la primera instancia no se imponen a ninguna de las partes, al haberse estimado en parte la demanda y en cuanto a la absolución de la sra. Leocadia , es de tener en cuenta que su traída la proceso podría presentar dudas de hecho y de derecho que no aconsejan la condena en costas.

Las costas de la apelación no se imponen a ninguna de las partes al haberse estimado en parte los recursos interpuestos (arts. 394.1 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Se acuerda la devolución de los depósitos efectuados para recurrir al haberse estimado en parte los recursos interpuestos como permite para estos casos la DA 15^a de la LOPJ .

FALLO



En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO

ESTIMAR EN PARTE los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de DON Simón y DOÑA Leocadia , contra la sentencia dictada el día dieciséis de marzo de dos mil dieciséis en el asunto a que se refiere el rollo de Sala arriba citado, por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huelva y **REVOCARLA PARCIALMENTE en el sentido de** estimar parcialmente la demanda, acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva de D^a. Leocadia , a quien se absuelve de los pedimentos de la demanda, manteniendo la parte dispositiva de la sentencia recurrida, salvo en cuanto al valor de las fincas a colacionar que será el que corresponda actualizado al momento de la apertura de la sucesión con las características que tenían al momento de producirse aquella, partiendo de que la valoración debe hacerse contemplando la extensión de las fincas de 37'6058 hectáreas (suma de las dos fincas registrales que la componen nº NUM003 y NUM004), con la descripción y aprovechamientos que tenían al adquirirse, que según la descripción que obra en la escritura y en el Registro de la Propiedad se trata de tierras de secano calma y montuosa con higueras y algunos pinos, conteniendo dentro de su perímetro dos pequeñas casas para servicio de labranza y habitación y dos pozos de agua potable.

Las costas de ambas instancias no se imponen a ninguna de las partes.

Se acuerda la devolución de los depósitos efectuados para recurrir.

Notifíquese a las partes con indicación de la necesidad de constitución de depósito en caso de recurrir la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 15^a de la L.O.P.J . De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta de la L.E.C ., contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo que debe interponerse en el plazo de veinte días ante esta Audiencia si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse conjuntamente con el recurso de casación recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal.

Remítanse las actuaciones originales al Juzgado de su procedencia, con certificación de la presente y despacho para su cumplimiento y efectos oportunos.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: La de la anterior sentencia que lo ha sido en el día de su fecha por el Magistrado Ponente, estando celebrando la Sala audiencia pública, doy fe.

"