



Roj: **SAP SS 407/2018 - ECLI:ES:APSS:2018:407**

Id Cendoj: **20069370032018100111**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **3**

Fecha: **13/03/2018**

Nº de Recurso: **3202/2017**

Nº de Resolución: **32/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN TERCERA
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA**

SAN MARTIN 41-2ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000713

Fax / Faxes: 943-000701

NIG P.V. / IZO EAE: 20.04.2-15/000894

NIG CGPJ / IZO BJKN :20030.42.1-2015/0000894

Recurso de apelación 3202/2017

O.Judicial origen / Jatorriko Epategia : UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Eibar / Eibarko Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 2 zk.ko ZULUP

Autos de División herencia 229/2015(e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Rosana y Carmela

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA JESUS RONDA GARCIA y MARIA JESUS RONDA GARCIA

Abogado/a / Abokatua: MARIA JOSE RUIZ DEL MORAL y MARIA JOSE RUIZ DEL MORAL

Recurrido/a / Errekurritua : Pascual

Procurador/a / Prokuradorea:

Abogado/a / Abokatua:

SENTENCIA N° 32/2018

ILMOS/AS. SRES/AS.

Dª. JUANA MARÍA UNANUE ARRATIBEL

D. LUIS BLÁNQUEZ PÉREZ

D. MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a trece de marzo de dos mil dieciocho.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Tercera, constituida por los/as Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 229/15 del Upad de Primera Instancia nº 2 de Eibar, a instancia de Rosana y Carmela, apelantes, representados por la Procuradora Sra. Maria Jesus Ronda y defendidos por la Letrado Sra. Maria Jose Ruiz del Moral, contra Pascual, apelada, representada por el Procurador Sr. Miguel Angel Oteiza Iso; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 21 de marzo de 2017.



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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

Por el Upad de Primera Instancia número 2 de Eibar se dictó sentencia con fecha 21 de marzo de 2017, que contiene el siguiente FALLO:

" Se **APRUEBA EL INVENTARIO DE BIENES** de la herencia de los causantes D. Pascual y Dña. Verónica con el **contenido expuesto en el fundamento de derecho CUARTO de esta resolución** .

Lo resuelto en esta sentencia deja a salvo los derechos que terceros interesados puedan tener sobre los bienes de la herencia (Art. 794.4 párrafo segundo de la LEC).

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Visto el estado actual del procedimiento, *dése al mismo el impulso procesal* que corresponda a los efectos de la designación de contador-partidor y la subsiguiente prosecución del proceso de división de herencia (Art. 179.1, 783 y 784 de la LEC). "

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fue admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictándose resolución señalando el día 25 de septiembre de 2017 para la deliberación y votación.

TERCERO.-

En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

VISTO.-

Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a .MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los hechos probados y fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que se opongan a los que se dirán.

PRIMERO.- El objeto del presente procedimiento lo constituye la sentencia dictada por el Juzgado de instancia, por la que se aprueban los inventarios de las herencias de D^a Verónica y D. Pascual, dentro del procedimiento de división de herencia instado por la parte promovente apelante, D^a Rosana y D^a Carmela, hijas de los causantes, frente a su hermano D. Pascual, hijo asimismo de los causantes.

La Sentencia apelada aprueba el siguiente inventario del haber hereditario de D^a Verónica y D. Pascual:

Haber hereditario de D^a Verónica:

A) ACTIVO: 50% de los bienes de carácter mueble e inmueble recogidos en el fundamento de derecho único del decreto de 4 de mayo de 2016 que aprueba la

liquidación del régimen de sociedad de gananciales del matrimonio.

B) PASIVO: no existe.

Haber hereditario de D. Pascual:

A) ACTIVO:

1º) 50% de los bienes de carácter mueble e inmueble recogidos en el fundamento de derecho único del decreto de 4 de mayo de 2016 que aprueba la liquidación del régimen de sociedad de gananciales del matrimonio.

2º) Saldo en la cuenta bancaria de titularidad del causante abierta en el BBVA con núm. NUM000 : 2.379, 49 euros que figuraban a fecha del fallecimiento del causante.

B) PASIVO: gastos de entierro y funeral: 1.840, 43 euros.

El Decreto 4 de mayo de 2016, rectificado por Decreto de 19 de mayo de 2016, al que se remite la Sentencia aprobó el siguiente inventario de la sociedad de gananciales constituida entre D^a Verónica y D. Pascual



(régimen económico matrimonial que rigió entre los mismos hasta su disolución por fallecimiento de D^a Verónica el 27-1-09):

ACTIVO

De carácter INMUEBLE :

-Vivienda NUM001 del NUM002 piso alto de la casa señalada con el nº NUM003 de la C/ DIRECCION000 de Eibar.

- Una octava parte indivisa que se concreta en el departamento número cuatro del local único en el desvan, destinado a departamento , de la casa señalada con el nº 13 de la C/ Tiburcio Anitua de Eibar.

- Vivienda primera, letra NUM004 , integrada en el bloque NUM005 , portal NUM006 , que forma parte de la urbanización conocida por " PARQUE000 " hoy CALLE000 nº NUM007 de Granada.

- Número UNO: Plaza de aparcamiento número NUM008 , sita en el local en planta NUM009 , de la casa nº NUM007 de la CALLE000 , conocida por Urbanización " PARQUE000 "de Granada.

MUEBLES :

- Saldo en la cuenta NUM010 , de la entidad Caja General de Ahorros de Granada, 447,94 Euros.

- Saldo en la libreta de ahorro NUM000 de la entidad de BBVA, 3.843,04 Euros.

- Saldo en el depósito a plazo NUM011 de la entidad de BBVA, 12.000,00 Euros.

- Vehículo Audi A4, matrícula-CRT , con fecha de matriculación 16 de agosto de 2001 y nº de bastidor NUM012 .

.-Instalaciones y mobiliario que pueda haber en las viviendas.

En el recurso de apelación presentado por la parte promovente del procedimiento, son objeto de impugnación los pronunciamientos de la Sentencia relativos a la exclusión ó no inclusión en los inventarios de las siguientes partidas, cuya inclusión solicita en el suplico.

.- Respecto al inventario del haber hereditario de D^a Verónica .

La no inclusión en el activo en concepto aportaciones a la masa del 50 % de las rentas obtenidas por el alquiler de los inmuebles vivienda NUM002 NUM001 del nº NUM003 de la calle DIRECCION000 de Eibar y plaza de garaje nº NUM008 sita en la planta NUM013 del nº NUM007 de la CALLE000 de Granada. Rentas ingresadas en la cuenta abierta para la gestión de la comunidad hereditarias, 12.278,25 euros. Y del 50 % de los ingresos por conceptos varios depositados igualmente en la citada cuenta por 422,29 euros.

La no inclusión en el pasivo en concepto de gastos de la comunidad hereditaria, impensas útiles y necesarias, del 50 % de los gastos de conservación, mantenimiento e impuestos de los inmuebles del activo y del vehículo, sufragados desde la misma cuenta antes mencionada, 7.510,94 euros.

.- Respecto al inventario del haber hereditario de D. Pascual .

La no inclusión en el activo de los siguientes conceptos:

.- Derecho de crédito frente a la herencia de D^a Verónica por el valor del legado del pleno dominio del tercio de libre disposición.

.-En concepto aportaciones a la masa del 50 % de las rentas obtenidas por el alquiler de los inmuebles vivienda NUM002 NUM001 del nº NUM003 de la calle DIRECCION000 de Eibar y plaza de garaje nº NUM008 sita en la planta NUM013 del nº NUM007 de la CALLE000 de Granada. Rentas ingresadas en la cuenta abierta para la gestión de la comunidad hereditarias, 12.278,25 euros. Y del 50 % de los ingresos por conceptos varios depositados igualmente en la citada cuenta por 422,29 euros. Y además la prestación de jubilación devengada hasta el fallecimiento pero ingresada después por el INSS, 896,35 euros.

La no inclusión en el pasivo de los conceptos siguientes:

.- Deudas del causante.

. Frente al "BBVA S.A." 5.762,37 euros.

. Cargos en la cuenta del "BBVA S.A." por la propia entidad, 601,59 euros.

. Frente a "Unoe Bank S.A.", 356,23 euros.

. Crédito frente a sus tres hijos, equivalente a la cuota que ostenta en la herencia de D^a Verónica respecto a los saldos en las cuentas bancarias que tenía a su fallecimiento y que contablemente es de dos tercios.

.- Bajas de la herencia, el gasto por lápida, 582,56 euros.

.-Gastos de la comunidad hereditaria, impensas útiles y necesarias, del 50 % de los gastos de conservación, mantenimiento e impuestos de los inmuebles del activo y del vehículo, sufragados desde la misma cuenta antes mencionada, 7.510,94 euros.

El recurso se fundamenta en la incorrecta apreciación de la prueba e infracción de derecho, sobre la base de las siguientes alegaciones:

1º.- Incorrecta apreciación de la prueba.

Se alega que en este caso, la prueba practicada ha estado constituida mayoritariamente por los documentos aportados por las demandantes y también por su testimonio. Y que de ello objetivamente se desprende:

Doña Verónica y don Pascual , contrajeron matrimonio el 17 de octubre de 1953 y tuvieron tres hijos, don Pascual , doña Rosana y doña Carmela .

Doña Verónica falleció el 27 de enero de 2009 habiendo otorgado testamento abierto en Eibar el 4 de mayo de 1987, ante el notario don Manuel López Pardiñas, en el que dispuso:

"SEGUNDA,- Lega a su nombrado esposo, a su elección, o el usufructo universal y vitalicio de su herencia, relevado de inventario y fianza o el tercio libre, en pleno dominio, y la cuota legal usufructuaria, facultándole en ambos casos para tomar por sí posesión del legado.

TERCERA.- Instituye y nombra por sus únicos y universales herederos con igualdad, a sus tres nombrados hijos, a los que sustituye por sus respectivos descendientes para todos los supuestos legales salvo el de renuncia ...".

Aproximadamente cinco meses después de ese fallecimiento, don Pascual quiso que sus hijos renunciasen a su favor a la herencia de su madre y con tal fin les convocó en la notaría de Eibar. Como el hijo, que no tenía, ni tiene, relación con la familia desde hace años, comunicó que no pensaba acudir, las demandantes y su padre contrataron a la Letrada que asume en los autos su dirección letrada para intentar consensuar un reparto, no sin antes haber sido informado por una de las notarios de la plaza, de que no podía exigir a la descendencia que renunciase a sus derechos y de que de la herencia de su esposa obtendría la mayor parte si elegía el tercio de libre disposición y el usufructo de mejora, lo cual hizo de manera inmediata.

Tras meses de infructuosas negociaciones con la letrado que designó el Sr. Segismundo , doña Maria Luisa Soroa Paguey, al límite de cumplirse el plazo de un año del fallecimiento, los cuatro acordaron liquidar, vía instancia ante el Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Gipuzkoa el impuesto de sucesiones, respetando, como no podía ser de otra manera, la elección paterna, firmando un documento el mismo día de la presentación del inventario y después de haberlo hecho, en el que pactaron que los valores asignados a las titularidades no serían vinculantes el día que lograsen hacer la partición.

En el escrito que presentó el Sr. Segismundo en la Diputación Foral de Gipuzkoa, relacionó los bienes, todos de carácter ganancial, quedados al fallecimiento de su esposa, asignándoles un valor total de 322.790,98? (306.5006 de inmuebles y 16.290,986 de saldos en cuentas) constituyendo la mitad, 161.395,496 la masa hereditaria de la causante.

En el impreso de autoliquidación se cuantificó la porción hereditaria individual del viudo en 60.254,326. Esto es, 53.798,496 por el tercio de libre disposición y 6.455,836 por el usufructo sobre el tercio de mejora (12% en atención a su edad el 27 de enero de 2009); y la de cada uno de sus tres hijos en 33.713,726.

A partir de ese momento actuó con entera libertad y sin contar para nada con sus hijos, a excepción de para suscribir el arrendamiento el 1 de mayo de 2011 con don Blas , de la vivienda sita en el NUM002 NUM001 ., de la casa señalada con el n° NUM003 , de la C/ DIRECCION000 , de Eibar, porque él estaba ya instalado en el piso de Granada con su nueva esposa doña Rosaura , con la que había contraído nupcias por la iglesia en Chipiona el 16 de enero anterior. En la estipulación cuarta del contrato se dispuso que la merced arrendaticia por importe de 450 euros mensuales sería ingresada en la cuenta bancada NUM000 del "BBVA S.A." y así se mantuvo hasta su fallecimiento, del mismo modo que desde el 27 de enero de 2009 él en exclusiva hizo frente a la totalidad de los gastos que los bienes ocasionaron. Murió en Granada el 5 de diciembre de 2012 y su viuda el 31 de enero de 2014.

La disposición testamentaria que dejó la había otorgado en Eibar el 11 de marzo de 2010, ante el notario don Emilio Germán Carballo, en los siguientes términos:

"PRIMERA.- Lega a su hijo don Pascual lo que por legítima estricta le corresponda.



SEGUNDA.- Instituye y nombra por sus únicas y universales herederas por partes iguales a sus dos nombradas hijas doña Rosana y doña Carmela .

TERCERA.- Tanto el legatario como las instituidas herederas serán sustituidos vulgarmente para los casos de premoriencia e incapacidad por sus respectivos descendientes,..--

Tras el óbito, sus hijas, el hijo se mantuvo absolutamente al margen, constataron que de los saldos en cuentas que la sociedad legal de gananciales tenía cuando murió la madre sólo quedaban 2.379,496; que debía al BBVA según el certificado emitido el 8 de enero de 2013 un total de 5.895,396 por haber dispuesto de esa cantidad a través de la tarjeta "a tu ritmo BBVA" y de la tarjeta "quincena", a "Unoe Bank S.A." por un contrato firmado el 25 de enero de 2012 la cantidad de 356,236, y a "Gas Natural Penosa S.A." 2.462,216 porque por lo visto financió en junio de 2010 la instalación de la caldera y la calefacción en la vivienda de Granada; que el "BBVA, S.A./-, mientras no se canceló la deuda, fue cargando en la cuenta NUM000 bajo los conceptos: "recibo men-tarjeta", "recobro deuda tar.ct"; "intereses y comisión", "reg. retenciones", "impuestos-tribut", hasta un total de 601,596; que el entierro y la lápida del nicho costaron 2.422,996; y que el INSS ingresó tras el fallecimiento, pero por prestación de jubilación devengada, lógicamente, antes 896,356.

Ante esta situación, y para gestionar todo lo relativo a la administración de los bienes dejados por sus progenitores, decidieron abrir una cuenta en "Caja Laboral Popular, Sociedad Cooperativa de Crédito" nº NUM014 , y en ella domiciliaron el importe de la renta de la vivienda alquilada y la totalidad de los gastos por suministros, seguros, impuestos y cuotas de comunidad de los bienes y aportaron cada una 4.300€ para hacer frente al total debido por don Pascual . El hermano no aportó nada.

Así, pagaron al "BBVA, S.A." 5.762,376 porque los cargos antes mencionados redujeron el débito; a "Unoe Bank S.A." 356,236; a "Gas Natural Fenosa S.A." 2.462,216; a "Emucesa" 1.840,436 y por la lápida del nicho 582,566.

En agosto de 2014 el vehículo que la sociedad de gananciales tenía y que quedó inmovilizado en Granada el 5 de diciembre de 2012, fue vendido en la primera ocasión que se presentó porque solo producía gastos y su precio, 4.000 euros, fue ingresado en la cuenta de la comunidad hereditaria el 12 de septiembre de 2014 por "Piedad " en cuanto a 2.000 euros y por " Juan Enrique " en cuanto al resto.

En esa cuenta también entró la renta de 50 euros al mes, las siete veces que alguien les solicitó utilizar la plaza de garaje de Granada, figurando los ingresos a nombre de " Abelardo " y " Apolonio " .

Las Sras. Rosana Carmela , cuando la cuenta tuvo saldo suficiente recuperaron lo que habían puesto. Cada una retiró 2000 euros el 13 de enero de 2015, y el 20, otros 2.300 euros, si bien dos meses después y coincidiendo con un siniestro que hubo en la vivienda alquilada, y la necesidad de repararla y limpiarla tras la marcha del inquilino, tuvieron que volver a poner 1.000 euros cada una, que retiraron en mayo, porque el 1 de abril de 2015 volvieron a arrendarla, siendo el arrendatario don Cristobal .

Desde que la cuenta se abrió en diciembre de 2012 y hasta el 19 de enero de 2017, día del juicio, entraron, salvo error u omisión, 24.556,50 euros por rentas; 4.000€ por la venta del vehículo-CRT ; 844,59 euros por varios ingresos, uno de 216,11 euros verificado el 11 de marzo de 2013 por el ocupante del piso de Eibar en pago del agua, otro por 113,59 euros el 30 de octubre de 2013 como indemnización de "Mapfre Familiar" por un siniestro de hogar, otro de 409,89 euros el 9 de marzo de 2015 como indemnización de "Ocaso S.A." por otro siniestro, y otro de 105 euros el 8 de enero de 2016 por devolución de la empresa que lleva la administración de los inmuebles en Granada. Y salieron, también salvo error u omisión, 15.021,88 euros por gastos de comunidad, suministros, impuestos, seguros y de conservación y mantenimiento de los bienes integrantes de la comunidad hereditaria.

Los gastos de conservación y mantenimiento fueron los de sustitución de un colchón el 26/03/2013, de un somier con patas el 07/05/2013, del portero automático de la vivienda de Granada el 16/06/2014, de una lavadora el 23/06/2014, de un frigorífico el 19/07/2014, de una cerradura de la puerta del baño el 18/11/2014, de bombillas y una lámpara el 30/03/2015, y de copia de llaves el 13/04/2015, así como los trabajos de limpieza el 28/04/2015 y el 25/04/2016, y reparaciones de fontanería el 24/04/2013 y el 08/04/2015, de electricidad el 23/04/2015, de persianas y ventanas el 25/02/2013 y el 25/05/2015, y de la instalación de gas el 28/07/2015.

Esto es, la titularidad de la cuenta NUM014 es de doña Rosana y doña Carmela , pero el dinero que en ella ha entrado y salido pertenece íntegramente a la comunidad hereditaria de sus progenitores.

Y se concluye que de la resolución recurrida se desprende, tras lo relatado, una valoración de la prueba incurrida en error patente, de modo que no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 de la C.C .



2º.- Infracción por aplicación indebida y/o por inaplicación de los arts. 659 , 874 , 877 , 881 , 885 , 1063 , 902 y 903 CC .

Tras citar lo dispuesto en el art. 659 CC y argumentar sobre el objeto del inventario, se alega:

- El Sr. Pascual a la fecha de su muerte no tenía os saldos en cuentas corrientes que le fueron adjudicados en la liquidación de la sociedad conyugal, luego no pueden formar parte de su activo. Sólo puede inventariarse el dinero que tenía.

Por otro lado, su esposa le dejó un legado de los regulados en el artículo 874 del Código Civil , difiriendo la elección a él. Esa elección, como declaración unilateral de voluntad, y lo ha dicho el T.S. por ejemplo en la Sentencia de 20 de mayo de 2010 , no exige formalidad alguna, pudiendo hacerse expresa o tácitamente, ni tampoco precisa aceptación por el obligado a la entrega. Eso sí, una vez hecha tal y como previene el artículo 877 del Código Civil , es irrevocable.

De este modo, la cuestión no era si había aceptado o no la herencia, que sí lo hizo, sino la decisión adoptada sobre la forma de disponer sobre la alternativa planteada en el testamento por doña Verónica , ya que el legatario deviene titular del legado "ipso iure", artículo 881 del Código Civil , en el momento de la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante sin necesidad de aceptación alguna.

El Sr. Pascual , en cuanto supo con cuál de las dos alternativas le tocaría más en la herencia de sus esposa y que era con el pleno dominio del tercio de libre disposición y la cuota legitimaria, la eligió y así lo comunicó a sus hijas en julio de 2009 y en cuantas propuestas en vía amistosa transmitió a su hijo a través de su entonces letrado, y sobre todo y de forma indubitada en la liquidación del impuesto de sucesiones que presentó ante la Diputación Foral de Gipuzkoa en enero de 2010. Si hubiese elegido el usufructo hubiese cuantificado su porción individual en en 19.367,45? y la de cada uno de sus hijos en 47.342,67?. Por eso, bajo ningún concepto puede suplirse esa elección expresa por una tácita posterior respecto al usufructo basada en actos de administración, disposición o pago de gastos e impuestos.

Ello sin olvidar que el legado, artículo 885 del CC , debe ser entregado por los herederos al legatario. No pudiendo éste ocupar por su propia autoridad la cosa legada.

Así, en el activo debe incluirse el derecho por legado a la tercera parte en la herencia de su primera esposa y considerar extinguido por la muerte el usufructo del tercio de mejora.

En este sentido ya tuvo ocasión de pronunciarse la sección 3a de la A.P. de Gipuzkoa el 13 de octubre de 2014, en el recurso 3219/2014 .

- Es pacífico, aunque el juzgador de instancia no lo entienda así, que a la muerte de todo causante se produce una comunidad hereditaria entre sus herederos, en la cual cada uno de ellos ostenta una cuota abstracta sobre los bienes y derechos que constituyen el caudal relicto considerado éste como un conjunto de bienes.

La comunidad hereditaria se configura, en consecuencia, como una comunidad especial sobre el conjunto de bienes y derechos concurrentes sobre cada bien integrante de la masa hereditaria. Solo a partir del momento en que se efectúa la partición esa titularidad abstracta se individualiza en bienes determinados, es decir, en aquéllos que son objeto de adjudicación a cada uno de los coherederos.

De este modo, en un proceso de división de herencia resultan de aplicación los preceptos específicos relativos a las operaciones particionales y no a las reglas de la comunidad ordinaria. Y se debe partir de lo establecido en el art. 1063 en cuanto norma especial que regula los frutos y gastos generados por los bienes integrantes de la herencia indivisa que pertenece a la comunidad hereditaria. Se cita la STS de 25 de julio de 2002 .

De forma que si un inmueble integrado en la comunidad hereditaria se encuentra arrendado a un tercero y éste paga una renta, la devengada entre la fecha de la muerte del causante y la de la partición debe integrar el haber partible como una aportación a la masa, de la misma manera que todos los gastos necesarios e impuestos generados en igual periodo por los bienes de la herencia deben reducirla.

En vida de don Pascual y se ve en los movimientos de la cuenta NUM000 del "BBVA, S.A." don Blas mensualmente ingresó en ella el importe de la renta, y tras su fallecimiento lo hizo en la que aperturaron las demandantes para gestionar todo lo relacionado con la comunidad hereditaria, del mismo modo que lo viene haciendo su sustituto don Cristobal , y también lo han hecho los que han disfrutado de la plaza de garaje de Granada.

Así, desde el 5 de diciembre de 2012 al 19 de enero de 2017, la comunidad hereditaria ingresó por rentas 24.556,50 euros; por conceptos varios 845,84 euros; y en impensas útiles y necesarias gastó 15.021,88 euros.



En ese sentido ya se pronunció el mismo Juzgado de la Instancia e instrucción nº 2 de Eibar, en el procedimiento de división de herencia 25/2011 por Sentencias de 20 de octubre de 2011 y 18 de junio de 2013 . Y la Sección 2a de la A.P. de Gipuzkoa en el Recurso de Apelación 2023/2014 el 15 de julio de 2014 .

Ahora bien, es correcta la Sentencia que se impugna cuando dice que las rentas son los frutos de un bien de doña Verónica y de don Pascual , al igual que lo son las impensas. Por ello, y en buena lógica, en el inventario de la primera se debió incluir el 50%, tanto de las rentas como de los ingresos por conceptos varios y detrarse el 50% de lo gastado. Y como por error no se hizo, la parte apelante confía en que la Sala pueda subsanarlo con base en el principio "iura novit curia".

.-A las recurrentes les hubiese encantado que el juzgador tuviese razón y su padre no hubiese dejado ninguna deuda a su fallecimiento, pero lamentablemente no fue así y en la documentación aportada al procedimiento se ve con claridad. Al igual que es indubitado que las generó antes de morir.

Tampoco ofrece duda, porque las cuentas así lo muestran, que el difunto utilizó sin conocimiento, ni consentimiento de sus hijos, de los 16.290,98? que la sociedad legal de gananciales tenía al fallecimiento de doña Verónica , 13.911,04?, generando una deuda para con su descendencia equivalente a la cuota que ostentan en la herencia de aquélla y que matemáticamente son 5.430,33 euros. Es decir, $16.290,98? : 2 : 3 \times 2$.

El juzgador, con corrección, ha entendido que los gastos que implican el sufragio y el funeral de una persona son a cuenta de la propia masa hereditaria. Sin embargo, no ha descontado el total de lo gastado por ese concepto ya que ha omitido lo que costó ponerle una lápida al nicho, 582,566 y que fue pagada el día 31 de mayo de 2013.

La representación procesal de D. Pascual , formula oposición al recurso de apelación, solicitando su desestimación con imposición de las costas a las recurrentes, alegando en cuanto a los motivos de recurso:

1º.- Sobre la alegada incorrecta apreciación de la prueba.

Se alega que se pretende por la contraría una revisión de la sentencia por incorrecta valoración de las pruebas, pero no se especifica en ningún momento, donde está el error de valoración del juzgador. No se especifica dónde está el manifiesto error en la apreciación del material probatorio.

La recurrente pretende introducir incluso hechos nuevos nunca antes alegados (como los relativos a comentarios de algún notario de Eibar, totalmente nuevo infundados) o las circunstancias del causante sobre el matrimonio con otra persona, o sobre cómo gestionaron las actoras tras el fallecimiento las cuentas abiertas o cuestiones nuevas sobre negociaciones entre abogados, asuntos nuevos nunca tratadas en el proceso.

El juzgador en un examen pormenorizado de toda la prueba practicada, adopta decisiones lógicas siguiendo criterios de sentido común que no son puestos en evidencia por la apelante.

Así el juez de instancia analiza sucesivamente y con detalle cada una de las 5 discrepancias surgidas ante el secretario judicial, y estudia la procedencia o no de incluir dichas partidas en el activo y pasivo del causante D. Pascual , y de forma ordenada:

1.-Respecto la inclusión en el activo de Pascual de su participación en la herencia de su esposa.

El juez de instancia da por acreditado (al fundamento jurídico segundo, punto2º) que el padre legatario aceptó el legado e hizo uso de él durante su vida. Usó todo lo dejado por su esposa, tanto las viviendas como el dinero existente. El juez entiende a la vista de las declaraciones testificales y de la prueba practicada, que los herederos consintieron el uso de los bienes por el padre, y que el padre disfrutó del derecho legado. Por ello concluye que dicho derecho ya se consumió al tiempo del fallecimiento.

En esa misma línea se expresa nuevamente el juez (al fundamento tercero in fine), al rechazar incluir en el pasivo de la herencia del padre 16.290 euro como crédito de los herederos, precisamente por haber dispuesto el padre en vida de los saldos bancarios de la madre. El juzgador ve esta disposición consentida por los hijos como uso por el padre del legado concedido. El juez entiende extinguido el derecho del padre una vez fallecido.

2.-Respecto de la inclusión de partidas de ingresos y gastos posteriores al fallecimiento del padre, al punto 4a del fundamento segundo de la sentencia así como al fundamento tercero, el juzgado es claro y razonado son ingresos y gastos que no pueden formar parte de las herencias, y lo que procede es rendir cuentas entre los herederos por el uso que hayan realizado de los activos tras la fecha del 5-12- 12. En ese sentido la libreta CLP NUM014 abierta por y a nombre de las actoras.

Se alega que pretende una revisión competa la recurrente de los límites del objeto del proceso, incurriendo ello en un vicio de congruencia. No se puede conceder más o distinto a lo tratado.

Tampoco se advierte la infracción de los artículos reseñados:



El art Artículo 659 señala: La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte.

Dicho artículo limita los derechos y obligaciones del causante una vez fallecido. Así pues no se entiende qué decisiones de los herederos en materia de inversiones o gastos en inmuebles de la herencia puedan ser obligaciones de los causantes como pretende las recurrentes.

El art.874 CC Artículo 875 se refiere al legado genérico. La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior.

En este caso el padre tomó en vida ya su legado, haciendo uso de todos los bienes, incluso con su nueva esposa, lo que hace más significativo dicho aprovechamiento. Igualmente hizo uso del dinero existente en cuentas. El juez en uso de su libre valoración de la prueba y analizando las declaraciones de los hijos valora que el padre con el consentimiento de los hijos eligieron consumir el legado en vida.

Artículo 877 Señala dicho precepto que Si el heredero o legatario no pudiese hacer la elección en el caso de haberle sido concedida, pasará su derecho a los herederos; pero, una vez hecha la elección, será irrevocable.

En este caso, y como expresa el juzgador, el legatario hizo uso del derecho y eligió un aprovechamiento que consumió en vida. No considerarlo así representaría un enriquecimiento del legatario algo que el legatario ya disfrutó, y reconocieron las actoras que así fue en vida.

El Artículo 881 dispone: El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos.

Lo que no impide dicho precepto es entender, como lo hace el juez, que cuando el heredero (padre de las recurrentes y esposo de la fallecida) se apropia del legado en efectivo y en uso, en vida, y lo consume, ese derecho ya se ha extinguido. Esto no infringe el precepto. Así lo previene el Artículo 882 cuando señala que "La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora." En nuestro caso, el uso de todo el patrimonio y el consumo de los activos mobiliarios es una forma de consumo.

La propia recurrente confirma esta actitud del padre, cuando afirma en sus testificales que el padre hacía y deshacía a su antojo. El propio testamentó le permitió o facultó sin limitaciones a tomar posesión del legado, cosa que hizo, y así lo reflejó el juez, haciendo uso de su libre valoración de la prueba.

SEGUNDO.- Delimitado que ha quedado en los términos expuestos el objeto de recurso, y de acuerdo con las reglas generales de los artículos 456 y 465.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , sólo cabe que la Sala resuelva sobre las concretas cuestiones planteadas por la parte apelante, que en realidad constituyen la práctica totalidad de aquellas sobre las que en la instancia se había suscitado discrepancia entre las partes, bastando para alcanzar tal conclusión el examen de lo actuado en el acto de formación de inventario de las herencias de los causantes ante la Letrada de la Administración de Justicia.

Como ha quedado dicho el recurso se fundamenta en el error en la valoración de la prueba documental y error en la aplicación del derecho, para interesar determinadas correcciones respecto a los inventarios aprobados en la resolución recurrida, a las que seguidamente nos vamos a referir, pero a tal fin conviene comenzar realizando las siguientes consideraciones.

El inventario consiste en la enumeración o relación, detallada y exacta, de los bienes de la herencias, descritos en forma que puedan ser debidamente identificados, sin que la inclusión de los bienes en un inventario prejuzgue ninguna cuestión relativa a la propiedad de los mismos (párrafo segundo del artículo 787.5 LEC).

En el inventario no sólo habrán de ser incluidos los derechos de propiedad sobre bienes y las titularidades activas de derechos que correspondan al causante, sino también los derechos, acciones, deudas y cargas de la herencia (art. 659 del C. C .).

En el inventario han de integrarse también los bienes respecto de los que haya disposición expresa del testador en forma de legado o de institución "ex re a certa", pues han de ser tenidos en cuenta en la liquidación de la comunidad hereditaria; así como los bienes colacionables que hayan sido objeto de donación, sin dispensa de colacionar, en vida del causante. (art. 1.035 y 1.045 del C. C .).

Una vez que se haya realizado el inventario de la masa hereditaria, ha de procederse a la atribución de un valor a cada uno de los elementos que la integran. Esta operación particional, denominada avalúo, consiste precisamente en la tasación del justiprecio -o valoración- de cada uno de los bienes que constan en el inventario .



En la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil las fases de inventario y avalúo aparecen claramente diferenciadas. De conformidad con la previsión del artículo 784.2 LEC es ya en fase de liquidación -y no de inventario- cuando ha de procederse a la designación del contador que practique las operaciones divisorias del caudal, así como el nombramiento de peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes. De igual manera, el artículo 785 LEC recoge cómo el contador, y los peritos en su caso designados para auxiliar al contador, procederán a practicar el inventario, cuando éste no hubiese sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario. Por su parte, el artículo 786.1 LEC establece que el contador ha de respetar las reglas establecidas por el testador a la hora de hacer el inventario, el avalúo, liquidación y división de los bienes. Por último, el artículo 786.2 LEC señala cómo el cuaderno o escrito que ha de presentar el contador expresará la relación de bienes que formen el caudal partible (inventario), el avalúo de los comprendidos en esa relación y la liquidación, división y adjudicación.

Parece entonces claro que se distinguen nítidamente dos momentos diferentes, constituidos por la realización del inventario y por el avalúo de los bienes, lo cual encuentra su razón de ser y su fundamento en el hecho de que el valor a tener en cuenta es el del momento de la liquidación, de manera que sólo es posible saberlo en ese momento, mientras que la fase de inventario puede tener lugar en un momento temporal muy anterior.

Dicho lo anterior, igualmente señalaremos que la prueba es la actividad de las partes encaminada a convencer al Juez de la veracidad de unos hechos o de unas afirmaciones que se alegan como existentes. Dentro del complejo proceso lógico o intelectual que constituye la valoración de la prueba, además del análisis de las pruebas aportadas o desenvueltas para establecer lo que en substancia expresa cada medio probatorio-o cabe inferir razonablemente de él-, el juzgador debe constatar cuál sea, de acuerdo con las prescripciones del ordenamiento, su concreta eficacia y trascendencia. Desde esta perspectiva, debe señalarse que la Ley no dispensa a todos los medios de prueba de idénticos vigor y eficiencia. Antes bien, asigna a unos un valor reglado o tasado como acontece con ciertos aspectos de los documentos imponiendo al Juzgador un determinado criterio de valoración, abstracción hecha por tanto de cuál pueda ser el grado de persuasión subjetiva ó convencimiento del juzgador (artículos 319 a 323 LEC y art. 316 por remisión al art. 319 LEC); en tanto que, para otros entre los que se encuentra la prueba personal confía al órgano jurisdiccional la formación discrecional -que no arbitraria- de su convencimiento (la estimación en conciencia no ha de hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio íntimo y personal del Juez, sino a una apreciación lógica de la prueba no exenta de pautas y directrices de rango objetivo).

Y a estos efectos, debe partirse de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el Juez ante el que se ha celebrado el juicio y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción, concentración y oralidad, pudiendo el Juzgador desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente su resultado. Y si tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000 de 7 de enero, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Instancia que el Tribunal de Apelación, por cuanto que, a través del soporte audiovisual se recogen y documentan las actuaciones practicadas en el acto del juicio, de forma que el Tribunal puede revisar si esas pruebas se han valorado correctamente, en cualquier caso, no debe olvidarse que es la actividad valorativa del órgano jurisdiccional la que se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes, por lo general y con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos.

Si bien igualmente ha de significarse sobre la revisión de la valoración probatoria en esta alzada que la STS de 23.12.2009 declara " La STS de 7 de julio de 2004 ha expresado la doctrina jurisprudencial consolidada siguiente: "Como dice la sentencia de esta Sala de 29 de julio de 2002, los Tribunales de alzada tienen competencia, no sólo para revocar, adicionar, suplir o enmendar las sentencias de los inferiores en grado, sino también para dictar, respecto a todas las cuestiones debatidas, el pronunciamiento que proceda, salvo en aquellos aspectos en los que por conformidad o allanamiento de las partes haya quedado firme y no es, consiguientemente, recurrido ya que en otro caso le es lícito al Tribunal de apelación, según nuestro ordenamiento procesal, valorar el material probatorio de distinto modo que el Juzgador de primer grado, pueda revisar íntegramente el proceso y llegar a conclusiones que pueden ser concordantes o discrepantes, total o parcialmente, con las mantenidas en primera instancia, pues su posición frente a los litigantes ha de ser la misma que ocupó el órgano inferior en el momento de decidir, dentro de los términos en que se desarrolla el debate".

En este mismo sentido la STS de 23-10-2012 razona: " La apelación permite al tribunal un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa con plenitud de cognición y libertad para la nueva valoración de la prueba y para la aplicación del Derecho -el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil indica que "(l)a apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada"-, por lo que nuestro sistema se adscribe al de aquellos que configuran el recurso como una segunda instancia con limitaciones en materia de prueba y aportación de hechos, de tal forma que, si bien no existe un novum iudicium



(nuevo juicio) se produce un nuevo, enjuiciamiento sobre el mismo objeto o revisio prioris instantiae (revisión de la anterior instancia), lo que, atribuye al Tribunal de apelación civil la fijación de los hechos y libre valoración de la prueba, sin que sea preciso para sentar conclusiones diferentes a las de la primera instancia que en esta se haya incurrido en error evidente o arbitrariedad".

Y de forma más reciente, la Sentencia del Tribunal Supremo 676/2016, de 16 de noviembre , declara:

"1.- Como dijimos en la sentencia núm. 269/2016, de 22 de abril, con cita de otras varias de este mismo Tribunal , el recurso de apelación supone una revisio prioris instantiae (revisión de la primera instancia) que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa, lo que faculta al tribunal de apelación para valorar los elementos fácticos y apreciar las cuestiones jurídicas según su propio criterio, aunque con los límites que impone la prohibición de la reforma peyorativa, esto es la modificación de la sentencia apelada en perjuicio del apelante, salvo que provenga de la estimación de la impugnación del inicialmente apelado, y el principio tantum devolutum quantum appellatum (se transfiere lo que se apela), conforme al cual el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso, como regula el art. 465.4 LEC . Ambos límites de conocimiento son manifestaciones en la segunda instancia del principio de congruencia de las sentencias, con dimensión constitucional por afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a no sufrir indefensión que se proyecta en el régimen de garantías legales de los recursos (sentencias de esta Sala 927/2006, de 26 de septiembre ; y 533/2009, de 30 de junio).

»2.- Como también hemos recordado en la sentencia núm. 746/2015, de 22 de diciembre, en nuestro sistema procesal el juicio de segunda instancia es pleno y en él la comprobación que la Audiencia Provincial hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido por el Juez de Primera Instancia es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del tribunal revisor en relación con los del Juez de Primera Instancia. En este sentido, ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 212/2000, de 18 de septiembre :

«(...) en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una revisio prioris instantiae, en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la reformatio in peius, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (tantum devolutum quantum appellatum)».

»3.- Estas facultades del tribunal de segunda instancia aparecen claramente recogidas en el art. 456.1 LEC , al decir:

«En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación».

Lo que nos permite afirmar que el tribunal de apelación no está en modo alguno sujeto a las apreciaciones del juez de primer grado, tanto fácticas como jurídicas.".

TERCERO.- Desde lo que antecede, tras la revisión de todo lo actuado en los presentes autos, cabe anticipar que de las distintas cuestiones impugnatorias suscitadas, entiende este Tribunal que asiste razón a la parte recurrente de las distintas pretensiones que interesa, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la revocación de la sentencia apelada en los términos que se razonan.

Entrando en el fondo del asunto, la primera cuestión que debemos analizar es si es adecuado incluir en el activo del inventario de herencia de D. Pascual su participación en una tercera parte en la herencia de quien fuera su esposa D^a Verónica , a lo que la parte ahora apelada en el acto de formación de inventario ante la Letrada de la Administración de Justicia se opuso alegando que D. Pascual hizo uso del usufructo vitalicio de los bienes.

Señalaremos que D^a Verónica en sus disposiciones de última voluntad, testamento abierto otorgado el 4 de mayo de 1987, dispuso:

"SEGUNDA,- Lega a su nombrado esposo, a su elección, o el usufructo universal y vitalicio de su herencia, relevado de inventario y fianza o el tercio libre, en pleno dominio, y la cuota legal usufructuaria, facultándole en ambos casos para tomar por sí posesión del legado".

El Juzgador de Instancia rechaza la inclusión de esta partida argumentando:



"El problema de esta cuestión gravita en torno no solo al hecho de que al fallecimiento de D. Pascual aún no se había liquidado la herencia de su esposa (de forma que nunca se le entregó ese legado) sino que incluso el legatario nunca exteriorizó formalmente su aceptación del legado dentro de las dos opciones que le concedía la causante, por mucho que en el juicio las actoras hayan insistido en que "al morir su madre, su padre elige la mayor parte, lo que le daba más dinero" (declara Dña. Carmela) y "en la liquidación del impuesto de fallecimiento de su madre, su padre puso la participación que más le interesaba, lo que era más" y que "supone que su padre gastó dieciséis mil euros de la cuenta, pensaba que era de él" (Dña. Rosana). Además, las demandantes han insistido en el juicio que tras morir su madre, su padre tomó posesión de su tercera parte, llegando incluso a "usar" todo lo dejado por su esposa, tanto las viviendas como el vehículo y las cuentas. Por ende, estimo que ciertamente el legatario aceptó y le fue entregado su legado, haciendo uso del mismo con evidente consentimiento de sus tres hijos, de forma que no cabe ahora incluir ahora dicho legado, pues a fecha del fallecimiento del causante D. Pascual (el 5/12/2012) ya no existía un "derecho al legado", pues que ya había dispuesto de él en forma un tanto indeterminada (habida cuenta la exigua prueba desarrollada por las partes al respecto). Admitir ahora que el activo de la herencia de D. Pascual incluiría también 1/3 de los bienes de la herencia de su esposa (es decir, su derecho de legado) sería contrario a Derecho, pues el Art. 881 del Código Civil prevé el supuesto de que se transmita el derecho de legado a los herederos cuando el legatario no lo hubiera aceptado, que no es el caso, puesto que aquí debemos entender que hubo una aceptación tácita por D. Pascual libremente consentida por todas las partes. Por tanto, no se puede incluir en el activo del inventario de la herencia de D. Pascual un derecho de crédito legatario cuando dicho derecho de crédito ya se realizó y disfrutó por el heredero, de modo que el crédito no existía al tiempo de la muerte del causante".

De la lectura de dichos razonamientos, no obstante la contradicción aparente existente entre algunos de ellos, se ha de concluir que el Juez de Instancia, acogiendo la posición de la parte ahora apelada, entiende que D. Pascual optó por el legado del usufructo universal vitalicio, que quedó extinguido por su fallecimiento. Lo cual infiere del resultado de la prueba personal consistente en el interrogatorio de las hermanas Segismundo en el acto de la vista, en el sentido que su padre hizo uso de todo lo dejado por su madre hasta el momento de su muerte.

Pues bien para dar respuesta a este motivo de recurso, diremos que el legatario adquiere su derecho desde la muerte del testador, sin perjuicio de la posibilidad repudiarlo. Es cierto que el Código Civil se refiere a la aceptación del legado, pero esto debe interpretarse como una renuncia a la facultad de repudiación. Así resulta de los artículos 881 , 882 , 889 y 890 del Código Civil .

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2000 : "no hay que olvidar que el legatario deviene titular ipso iure del legado en el momento de la muerte del causante (artículo 881 del Código civil) sin perjuicio de que puede renunciar al mismo, es decir, que en el legado no se sigue el sistema romano de adquisición de la herencia que exige aceptación, y si el legado es de cosa propia del testador (artículo 882 del Código civil) deviene propietario de la cosa legada desde la muerte del mismo, tal como han destacado las sentencias de 7 Jul. 1987 , 30 Nov. 1990 y 25 May. 1992 ".

Asimismo se dirá que en el presente caso la testadora causante D^a Verónica , facultando asimismo al legatario para tomar posesión por sí mismo del legado, como excepción a la entrega del legado que se dispone en el art. 885 CC .

Dicho lo anterior, nos encontramos ante un supuesto de legado alternativo (art. 874 CC), esto es, aquél cuyo objeto son varias cosas o derechos y sólo una de ellas es adquirida por el legatario, correspondiendo la elección al legatario por haberlo así dispuesto D^a Verónica .

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2010 , que analiza un legado alternativo idéntico al que nos ocupa, distinguiendo la aceptación del legado de la elección en el legado alternativo, la cual (la elección) correspondería al heredero, a menos que expresamente se hubiere conferido por el testador al legatario, como sucedía en el caso, rechazando que actos debidos o de conservación impliquen ni aceptación del legado ni elección del mismo. Argumenta la sentencia:

"La calificación jurídica de la disposición testamentaria relativa a la esposa del causante, hoy viuda, es clara y se ha apuntado ya: es un legado alternativo cuyo objeto son varias cosas o derechos y sólo una de ellas debe adquirir el legatario, tal como dispone el artículo 874 del Código civil en su remisión a la normativa de las obligaciones alternativas. La elección corresponde al obligado a entregar una de las cosas o derechos objetos del legado, a no ser que el testador haya dispuesto que sea el legatario, como es el caso presente ("... a su elección"). Dicha elección, como declaración unilateral de voluntad, no exige formalidad alguna ni precisa aceptación por el obligado a la entrega. Puede ser expresa o tácita. La expresa se produjo en el presente caso en documento privado del 3 de mayo de 2004, recogida en el cuaderno particional (base séptima). La tácita alegada por el hijo que ha formulado oposición al mismo, exige hechos concluyentes, facta concludentia,



que las sentencias de instancia han negado. En relación con el legado, ya que se ha planteado en casación, es preciso destacar que el legatario deviene titular del legado ipso iure en el momento de la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante, sin necesidad de una aceptación expresa o tácita, si bien puede renunciar al mismo. Por tanto, no cabe confundir la aceptación del legado por la legataria, con la elección que hizo respecto al legado alternativo. Es de destacar que esta sentencia considera que, aun siendo el legado alternativo, el legatario deviene titular del legado "ipso iure en el momento de la apertura de la sucesión", pareciendo reconocer un efecto directo a dicho legado alternativo. Ratifica esta sentencia la doctrina de que el legado se adquiere ipso iure, sin requerir previa aceptación del legatario.

De otro lado, pudiendo ser la elección en el legado alternativo expresa o tácita, para esta segunda exige actos concluyentes, confirmando la sentencia de casación la decisión de instancia sobre que dichos actos concluyentes no tuvieron lugar en el caso, recordando el Tribunal Supremo que "esta Sala califica igualmente como no elección de los actos de administración del patrimonio, los de disposición para la mínima subsistencia, los de pago de impuestos en cumplimiento de normas fiscales imperativas".

Desde las anteriores consideraciones y atendida la prueba practicada, la Sala no puede compartir la solución de la resolución de instancia por estimar que el dato del uso y disfrute por D. Pascual de la totalidad de los bienes que antes del fallecimiento de D^a Verónica tenían naturaleza ganancial y, por ende, también de los bienes del caudal hereditario de D^a Verónica, desde el año 2009 cuando fallece D^a Verónica y hasta el momento de su muerte el 5-12-2012, se revela insuficiente para considerar que aquél optara en su día por legado del usufructo universal vitalicio, por no tener un significado unívoco y que por el contrario se ha omitido la valoración de ciertos elementos de prueba que permiten inferir de forma natural que la opción ejercitada fue la del legado del tercio de libre disposición.

Así, el hecho de que al fallecimiento de D^a Verónica fuera su esposo quien quedare en posesión material, uso y disfrute, de la totalidad de los bienes, es una situación muy habitual en supuestos como el presente que los bienes del caudal hereditario son todos de carácter ganancial y se reducen prácticamente a la vivienda y el coche familiar, y cuentas bancarias cuyo saldo total no es muy importante (la segunda vivienda radica en Granada de donde era oriundo D. Pascual). Además dicha posesión exclusiva del caudal hereditario por quien hasta entonces ostentaba los poseía aunque con título diverso no es contradictoria con la situación de comunidad hereditaria cuando no concurre oposición por parte de los herederos, como es el caso.

Por lo que de ello no concluir sino continuidad de la situación inmediatamente precedente, si bien posesión exclusiva.

Por el contrario, se ha obviado por el Juez de instancia que con fecha 25-1-2010, esto es, antes de un año del fallecimiento de D^a Verónica, los hermanos Segismundo, partes en este proceso, y su difunto padre, alcanzan un acuerdo de valoración de los bienes del inventario de la herencia de su madre a efectos de liquidación del impuesto de sucesiones (folio 185), y proceden al pago del referido impuesto. Impuesto de sucesiones en el que la porción hereditaria individual de D. Pascual por "legado" se cuantificó en 60.254,32 euros y la de cada uno de sus tres hijos aquí en litigio por "herencia" en 33.713,72 euros (folios 45 a 48), siendo fácil concluir en atención a las disposiciones testamentarias y valoración de la masa hereditaria partible, que la cuantificación de la porción hereditaria de D. Pascual se corresponde con el tercio de libre disposición y el usufructo sobre el tercio de mejora.

Actos los señalados de valoración de los bienes de inventario y liquidación del impuesto de sucesiones en los términos precitados por parte de los aquí litigantes y su padre, que permiten inferir nos encontramos ante un supuesto de elección del legado del tercio de libre disposición en pleno dominio, sino formalmente expresa sí tácita, teniendo en este caso los referidos actos significación relevante como expresión de voluntad de los integrantes de la comunidad hereditaria en cuanto encuentran base en un previo acuerdo que se plasma por escrito, amén que en otro caso queda sin explicación bastante la razón de ser que el difunto padre de las partes en litigio asuma el pago del impuesto por importe mayor que el le correspondería de haber optado por el usufructo vitalicio. De hecho, la parte apelada ni en la instancia ni esta alzada ha ofrecido otra explicación que resulte lógica y racional y justifique la distribución de las porciones hereditarias a efectos impositivos.

Por tanto, ha de incluirse como partida del activo del inventario de D. Pascual el valor del legado del pleno dominio del tercio de libre disposición en la herencia de D^a Verónica.

CUARTO.- En cuanto a la partida referida a las rentas e ingresos varios que provienen de los bienes del caudal hereditario y gastos correspondientes a esos mismos bienes, generados en el período comprendido entre el fallecimiento del causante y la partición, la parte apelante aduce la existencia de un error en la aplicación del derecho, en concreto en torno a la interpretación del artículo 1.063 del Código Civil, entendiendo la apelante, con reseña de la STS de 25 de julio de 2002 que estima avala su postura, y en virtud del citado precepto, que deben incluirse en el inventario de bienes las expresadas partidas.



Al respecto comenzaremos por señalar como razonara este Tribunal en Sentencia de 16 de septiembre de 2016 (rollo de apelación 3018/16), lo siguiente:

"No es éste el trámite de entrar en el análisis sobre la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria ni, por lo tanto, sobre las diversas opiniones doctrinales existentes al respecto (teorías traslativa, declarativa, determinativa), no obstante se puede afirmar, compartiendo la posición mayoritaria y la seguida por la jurisprudencia, que a la muerte del causante se produce una suerte de comunidad hereditaria entre sus herederos, en la cual cada uno de ellos ostenta una cuota abstracta sobre los bienes y derechos que constituyen el caudal relicto del causante, considerado éste como un conjunto de bienes o universitas, sin que tal situación jurídica sea en modo alguno reconducible a un porcentaje determinado sobre cada uno de los concretos bienes que forman parte del mismo. La comunidad hereditaria se configura, pues como una comunidad especial sobre el conjunto de bienes y derechos concurrentes sobre cada bien integrante de la masa hereditaria.

Sólo a partir del momento en que se efectúa la partición de la herencia , esa titularidad abstracta se individualiza en bienes determinados, es decir en aquéllos que son objeto de adjudicación a cada uno de los coherederos, bien lo sea en régimen jurídico de propiedad exclusiva o copropiedad. En este sentido, es tajante el art. 1068 del CC , cuando norma que "la partición hereditaria legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados".

Por ello, en la presente litis , hallándonos ante un proceso de división de herencia resultan de aplicación los preceptos específicos atinentes a las operaciones particionales y no a las reglas de la comunidad ordinaria de bienes ó copropiedad (las SSTs de 20 de junio de 1992 y 4 de abril de 2000 recaen en supuestos de comunidad ordinaria ó copropiedad). Y más en concreto, se debe partir de lo establecido en el artículo 1063 CC en cuanto norma especial respecto al art. 395 del mismo Código , y que regula en lo que hace al caso tanto las rentas y frutos como los gastos generados por los bienes integrantes de la herencia indivisa que pertenece a la comunidad hereditaria".

Por su parte, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de julio de 2002 señala que "En cuanto a lo previsto en el artículo 1063 del Código Civil , como pone de relieve la generalidad de la doctrina, la expresión legal "deben abonarse recíprocamente en la partición" no es apropiada, pues se tratará, en su caso, de aportaciones a la masa todavía partible o de valores a deducir de la misma, pero no entre los coherederos. Es decir, la responsabilidad no es entre los coherederos, sino entre los herederos y la herencia. El precepto alude a toda clase de frutos del artículo 354, aunque algunos autores parecen limitar el alcance del artículo 1063 (dada la dicción legal) a los frutos civiles y naturales. Se hace referencia a los frutos percibidos, es decir, a los producidos y devengados desde el día en que se abrió la sucesión, tanto del caudal relicto por el causante, como de los bienes sujetos a colación, según se declara en el artículo 1049 del Código Civil ".

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2002 indica que "El artículo 1063 consigna la obligación recíproca en que están los herederos de abonarse en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, de manera que cualquiera que sea el título de posesión de los bienes de la herencia, los interesados están en la obligación ineludible de dar cuenta a los demás partícipes de los productos de dichos bienes (SSTs de 9 de junio de 1928 , 30 de octubre de 1976 y 30 de septiembre de 1994) ".

Y la Sentencia de 6 de noviembre de 2003 que "De acuerdo con el art. 1063 del Código Civil el ahora recurrente debió abonar en la partición los frutos y rentas que hubiera percibido de los bienes hereditarios; obligación que se extiende a los percibidos desde la apertura de la sucesión".

Premisas jurídicas las precitadas que conducen a discrepar de la argumentación en la que el Juzgador de Instancia asienta su decisión de rechazar la inclusión en el inventario de herencia del precio ó renta obtenidos o generados por el alquiler de la vivienda de la calle DIRECCION000 nº NUM003 de Eibar y el alquiler de la plaza de garaje nº NUM008 número NUM008 del nº NUM007 de la CALLE000 de Granada, y los gastos generados por los bienes que integran el activo. Y es que si hace invocación del art. 1063 CC considerando nos encontraríamos en el ámbito de su aplicación, de la lectura de la resolución recurrida se infiere que concluye que no procede su inclusión en el inventario por tratarse de rentas y gastos generados con posterioridad al fallecimiento de D. Pascual y que debe operar una rendición de cuentas entre los herederos previo a la partición hereditaria, dejando a salvo al Sr. Segismundo el derecho de crédito que pudiera tener frente a sus hermanas por las rentas y al heredero que haya sufragado los gastos que pueda reclamar su parte al resto de herederos.

Pues bien, aunque es cierto lo que el Juez mantiene acerca de las rentas y gastos cuya inclusión se postula son posteriores al fallecimiento de D. Pascual , también lo es que la herencia yacente primero y la no dividida después, como cualquier comunidad de bienes, puede sufrir modificaciones al alza o a la baja tanto desde el punto de vista del activo (por ejemplo, si los bienes producen frutos o rentas , o si sufren pérdidas) como del pasivo (si generan gastos), que no pueden ser desconocidas al llevar a cabo la partición, y esa es precisamente



la situación que se contempla en el art. 1063 CC y que de conformidad con la doctrina jurisprudencial que ha quedado expuesta, es el que habilita la inclusión en el inventario de los conceptos de que se trata, ya que la obligación de abono recíproco que en el mismo se establece supone una relación entre los herederos y la herencia, y no entre los coherederos, pues precisamente el contenido de ese deber contribuye a determinar lo que haya de partirse, que se verá aumentado, caso de frutos o rentas, o disminuido, por los gastos necesarios y útiles, o sustituido, en todo o en parte, por el importe del daño ocasionado.

No puede por tanto negarse la pretensión de la parte promovente ahora apelante, demorándola extramuros del presente proceso como si de una rendición de cuentas entre coherederos se tratase, y no de una de aportación de las rentas a la masa hereditaria y pago por ésta de las impensas útiles y necesarias.

En cuanto a los razonamientos realizados por el Juez de Instancia "ex abundatía" al respecto de las rentas, como lo revela la expresión "Pero es más", y que a continuación deja a salvo el derecho de crédito que pueda tener el Sr. Segismundo frente a sus hermanas por las rentas percibidas, si bien se trata de argumentos que no vinculan (SSTS., entre otras, 18 de julio de 2.002 ; 15 de octubre de 2.003 ; 4 de marzo de 2.005 ; 10 de marzo y 6 de abril de 2.006 ; 3 y 11 de mayo y 15 de junio de 2.007), por lo que en principio huelga cualquier consideración al respecto por esta Sala, se señalará que sorprenden unos tales razonamientos, si tenemos en cuenta que ha sido indiscutido el carácter ganancial de los bienes inmuebles, y disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento de D^a Verónica si no se liquida, como ha sido el caso, nace una comunidad postganancial sobre la antigua masa ganancial. Comunidad postganancial en la que cada comunero, entre ellos, el cónyuge supérstite, esto es, D. Pascual, ostenta una cuota abstracta sobre el "totum" ganancial, cuota por lo demás correctamente integrada en el activo de la herencia de D. Pascual, por lo que no cabe cuestionar que las rentas obtenidas del arriendo de los referidos bienes puedan formar parte del activo hereditario del mismo en atención bien al hecho que no fuera D. Pascual quien personalmente suscribiera los contratos de arrendamiento, bien a la titulación en los referidos contratos de la cualidad ó condición en que actuaba la Sra. Rosana.

En cuanto a los razonamientos de a mayor abundamiento al respecto de los gastos, si es cierto que los gastos cuya inclusión se postula como deudas de la masa han sido cubiertos con los rendimientos que suponen las rentas y, por ende, las promoventes del procedimiento no ostentan derecho de crédito alguno frente a la masa hereditaria, igualmente obvio es que siendo gastos imputables a los bienes integrantes de la comunidad hereditaria los mismos devalúan la masa hereditaria partible, y aunque en principio nada obstaría en su caso a una compensación de los dijéramos saldos de las partidas en liza hasta este momento, siendo que lo que se trata aquí no es la liquidación si no de la determinación de bienes y gastos en orden a computarlas en la cuenta de partición ello no sólo se revela inocuo, si no que incluso no se considera oportuno cuando hasta la partición y adjudicación de las herencias aquellos bienes pueden seguir produciendo rentas (de hecho en el acto de la vista se puso de manifiesto la vigencia del arrendamiento de la vivienda sita en Eibar) y seguirán produciendo gastos (sin duda los inherentes a la propiedad).

Por todo lo razonado, el inventario debe completarse incluyendo en el activo tanto el importe de las rentas y en el pasivo el de las impensas útiles y necesarias. Y si como se ha dicho más arriba no es preciso en esta fase determinar la cuantía de las partidas cuya inclusión o exclusión en el inventario se debate, pues ello puede determinarse con posterioridad en su avalúo, la no necesidad de que se pruebe el valor no implica que no se haga prueba de la realidad de los conceptos.

En el caso que nos ocupa, en orden a determinar si los inmuebles que integran el activo de las herencias de los padres de los litigantes, han tenido rentas y gastos y qué rentas y gastos, si la Ley de Enjuiciamiento Civil no exige una determinada cantidad o entidad probatoria, ó lo que es lo mismo, tasa o dosis de prueba necesaria (coeficiente de elasticidad de la prueba (SSTS 18-6-2013, del Pleno de 9-5-2013, de 26-4-2013, 5-4-2013 y 18-7-2012, entre otras), habiendo efectuado un detallado estudio de la documental aportada por la parte promovente ahora apelante (movimientos bancarios, contratos de arrendamiento, recibos bancarios, facturas), no puede exigirse a la indicada parte un mayor celo acreditativo, habiendo quedado acreditado de forma más suficiente, tal y como se mantiene en el escrito de recurso, que desde el fallecimiento de D. Pascual ocurrido el 5-12-2012 y hasta el 19-1-2017, fecha de celebración de la vista:

.- el total de las rentas por alquiler de la vivienda sita en la calle DIRECCION000 nº NUM003 de Eibar y la plaza de garaje sita en Granada, ascienden, s.e.u.o., a 24.556,50 euros.

.- la suma de 844,59 euros por diversos conceptos: 216,11 euros el 11 de marzo de 2013 por el arrendatario de la vivienda de en pago del agua; 113,59 euros el 30 de octubre de 2013 indemnización de "Mapfre Familiar"; 409,89 euros el 9 de marzo de 2015 indemnización de "Ocaso S.A."; y otro de 105 euros el 8 de enero de 2016.

Y desde el fallecimiento de D. Pascual y hasta el 19-1-2017, fecha de celebración de la vista, los gastos han supuesto, s.e.u.o, 15.021,88 euros, comprendiendo:

- .- gastos de comunidad de propietarios, IBI, seguros y gastos de suministro de los inmuebles
- .- impuesto de circulación del vehículo Audi A4

.-y los siguientes gastos: sustitución de un colchón y almohada, un somier con patas, instalación de un monitor vivienda de Granada, lavadora vivienda Granada, un frigorífico, una cerradura de la puerta del baño, bombillas y lámpara, copia de llaves, trabajos de limpieza, reparaciones de fontanería, de electricidad, de persianas y ventanas y de la instalación de gas. Gastos todos ellos cuya conceptualización como necesarios y útiles a efectos de su incardinación en el art. 1063 CC no ofrece duda. De hecho no ha sido argumento de la oposición en la instancia de la parte ahora apelada.

Para finalizar, si la parte promovente ahora apelante en su propuesta de inventario imputaba el 100 % de las partidas de que se trata a la masa hereditaria de D. Pascual , es claro y así lo advierte ya en el escrito de recurso dicha parte, que ello no es posible al no ajustarse al porcentaje de participación en la propiedad sobre los bienes que generan dichas rentas y gastos que ostentaban y se ha asignado al caudal hereditario de cada uno de los causantes. Por lo que deberá hacerse la indicación que habrán de incluirse en el activo y pasivo del inventario de D. Pascual y D^a Verónica respectivamente, la parte proporcional que corresponde a dicha participación, es decir, el 50 % tanto de las rentas como de los gastos.

Añadir, primero, que las alegaciones en tal sentido de la parte apelante no suponen pretensión novedosa alguna ya que la cuestión controvertida esencial entre las partes, tal y como quedó inicialmente definida en el acta de formación de inventario, ha venido constituida por la procedencia de incluir ó no en el inventario las rentas y frutos e impensas necesarias y útiles de los bienes integrantes del caudal relicto, y, segundo, si bien en directa conexión, que resuelta la citada controversia jurídica acogiendo la postura de la parte promovente apelante, la distribución ajustada a los porcentajes de partición en la propiedad es asimismo cuestión jurídica no quedando vinculado el Tribunal a la pretensión de la parte promovente.

QUINTO.- En cuanto a las cantidades de 128,05 euros y 768,30 euros en concepto de pensiones y que fueron ingresadas los días 21-12-2012 y 2-1-2013 en la cuenta bancaria de BBVA nº NUM000 (folio 151) , no en la cuenta aperturada en Caja Laboral por las hermanas Segismundo como se señala en la resolución recurrida, es claro integra parte de la herencia de D. Pascual en cuanto pensiones devengadas con anterioridad a su fallecimiento, aunque fueran hecho efectivas con posterioridad a su fallecimiento, y no derecho de crédito nacido con posterioridad como también se señala en la resolución recurrida, y por tanto dicha partida por un total de 896,35 euros se ha de computar en el activo de la masa hereditaria a los efectos de la partición.

SEXTO.- Pasando a resolver sobre la impugnación de los pronunciamientos de la resolución recurrida por las que se rechaza la inclusión en el pasivo de la herencia de D. Pascual de las deudas que éste mantenía con las entidades BBVA y Unoe Bank, la primera consideración que ha de hacerse es que la Sala no ha podido identificar en la resolución recurrida, más en concreto, en el Fundamento de Derecho Tercero donde se aborda la determinación del pasivo de la herencia de D. Pascual ningún pronunciamiento sobre las partidas cuya inclusión interesó la parte promovente del proceso.

Así en el citado Fundamento de Derecho Tercero, tras señalar que los bienes, derechos y obligaciones que forman parte del caudal hereditario son los existentes al tiempo de la apertura de la sucesión, momento que está marcado por el fallecimiento del causante (Art. 659 y 661 del Código Civil). se alude que se pretende por las demandantes incluir, como deudas del causante, una serie de gastos que han efectuado a través de la cuenta de CAJA RURAL (de las hijas) pero con dinero proveniente básicamente de las rentas de alquiler de los bienes hereditarios, y razonar que esos desembolsos no son en sentido estricto "deudas" del padre de las partes existentes al tiempo de su fallecimiento, sino gastos de origen diverso (escasa prueba se ha desarrollado al respecto) que, en todo caso, no está claro que fueran previos al fallecimiento de D. Pascual . Y concluir que, habrán de entenderse, en su caso, como impensas útiles y necesarias inherentes a la gestión de los bienes hereditarios a los efectos del art. 1063 del Código Civil .

Pero debe recordarse que las concretas partidas que nos ocupan son:

- .-deuda frente al "BBVA S.A." 5.762,37 euros.
- .-cargos en la cuenta del "BBVA S.A." por la propia entidad, 601,59 euros.
- .-deuda frente a "Unoe Bank S.A.", 356,23 euros.

Y a efectos probatorios la parte promovente aportó la siguiente documental:

- .- certificado de la entidad BBVA sobre las posiciones que D. Pascual mantenía con dicha entidad a fecha de su fallecimiento, del que resulta que era titular de dos tarjetas en la entidad BBVA, tarjeta a tu ritmo y tarjeta quincena, con un saldo dispuesto en aquella fecha de 2.895,39 euros y 3.000 euros respectivamente (folio 126).



.- los movimientos de la cuenta BBVA de la que resultan los cargos efectuados con posterioridad al fallecimiento (folio 151), resultando el importe de 601,58 euros de la suma de cargos por conceptos relativos a las tarjetas.

.- sendos recibos a nombre de D. Pascual de la entidad Unoe Bank SA en concepto de cuota por préstamo formalizado el 25-1-2012, cargándose en fecha 4-1-2013 en la cuenta de BBVA nº NUM000 , una cuota 189,23 euros y el 28-1-2013 una cuota por importe de 167 euros en la cuenta aperturada por las hermanas Segismundo en Caja Laboral nº NUM014 , (folios 137 y 138), lo que se constata en los movimientos de las citadas cuentas (la libreta está unida a autos tras el folio 144 y los movimientos de la cuenta BBVA al folio 151)

Esto es, a salvo la cuota del recibo de préstamo de Unoe Bank cargada el 28-1-2013 en la cuenta de Caja Laboral, ninguna de dichas partidas se han satisfecho con cargo a las rentas obtenidas de los bienes inmuebles, y son estrictamente deudas contraídas por el causante y existentes a la fecha de fallecimiento. Por lo que ninguno de los razonamientos de la resolución recurrida son predicables de estas partidas.

Dicho lo anterior, la inclusión en el pasivo de la herencia de D. Pascual de la deuda que a fecha de fallecimiento mantenía con BBVA por el saldo dispuesto de las tarjetas y que se certifica por la entidad bancaria (5.895,39 euros), es claro, y de hecho así fue asumido por la dirección letrada del Sr. Segismundo en fase de conclusiones o resumen de pruebas de la vista de juicio verbal.

No procede por el contrario la inclusión como deuda la partida de 601,59 euros antes citada, por cuanto siendo el total débito por disposiciones de tarjetas a fecha de fallecimiento 5.895,39 euros y respondiendo esta partida a cargos en la cuenta por cuotas de las tarjetas (de forma que se minoran el saldo dispuesto), se incurriría en duplicidad. Por lo que se computará la primera de ellas.

Y al igual que la deuda frente a BBVA por el saldo dispuesto por las tarjetas, ha de incluirse como deuda la suma de 356,23 euros frente a "Unoe Bank S.A.", en cuanto importe pendiente de amortizar de un préstamo suscrito el 25-1-2012 a fecha de fallecimiento del causante y, por ende, parte de su pasivo hereditario.

En este punto y en la misma línea expuesta más arriba al respecto de los gastos constitutivos de impensas útiles y necesarias, precisaremos que la circunstancia de que las precitadas deudas hayan sido satisfechas con posterioridad al fallecimiento de D. Segismundo y lo hayan sido con cargo a las rentas obtenidas de los alquileres de los inmuebles, lo que determina es la inexistencia de tercer acreedor por extinción de su derecho de crédito, y, por ende, que a efectos las ulteriores operaciones particionales no rija que primero es pagar las deudas y luego heredar, pero no sólo no es óbice al inventario de aquellas deudas en el pasivo, siendo que como ya se ha dicho con arreglo al art. 659 CC en relación al art. 794 LEC , en el inventario debe quedar determinados las obligaciones del fallecido que no se extingan por su muerte, entre las que se incluyen sin duda las deudas, si no que en este caso la extinción de dichas deudas por pago con las rentas de los alquileres hace más necesaria si cabe la individualización de las citadas partidas en activo y pasivo, sin recurrir a la aplicación de institutos como pudiera ser la compensación, por cuanto como ha quedado resuelto precedentemente las rentas son frutos a aportar a la masa hereditaria no sólo de D. Segismundo sino asimismo de D^a Verónica .

SÉPTIMO.- Solicita asimismo la parte recurrente la inclusión en el pasivo de la herencia de D. Pascual como derecho de crédito de sus hijos, los aquí litigantes, del equivalente a la cuota que ostentan en la herencia de su madre D^a Verónica respecto a los saldos en las cuentas bancarias que tenían a su fallecimiento y que contablemente es de dos tercios.

Partida que se fundamenta en el escrito del recurso alegando que el difunto D. Segismundo utilizó sin conocimiento ni consentimiento de sus hijos, 13.911,04 euros de los 16.290,98 euros que la sociedad legal de gananciales tenía al fallecimiento de D^a Verónica , generando una deuda para con su descendencia equivalente a la cuota que ostentan en la herencia de su madre y que matemáticamente son 5.430,33 euros. Es decir. 16.290,98 euros : 2: 3 x 2.

Se trata de la misma partida que en la propuesta de inventario realizada en el acto de formación de inventario celebrada ante la Letrada de la Administración de Justicia, se incluye como derecho de crédito de cada uno de los litigantes por importe de 1.810,11 euros respectivamente.

El Juzgador de Instancia rechaza dicha pretensión argumentando en el Fundamento de Derecho Tercero:

"En cuanto a la supuesta deuda del padre en la cantidad de 1.810, 11 euros por cada hijo: no se sabe muy bien de dónde provendría este cálculo, si bien en fase de conclusiones el letrado de las actoras apuntó que sería una desconocida deuda ante cada hijo por lo que les hubiera tocado por la herencia de su madre. Este razonamiento no puede ser admitido, pues no cabe incluir como deuda líquida un mero cálculo hipotético sobre lo que les habría correspondido a los hijos por la herencia de su madre.



Precisamente, en este procedimiento se fija el activo de la herencia de Dña. Verónica , debiendo ser liquidada posteriormente mediante un contador partidor, no admitiéndose entonces este pasivo por su falta de concreción y conexión con algún tipo de deuda que mantuviera el padre con sus hijos al tiempo de su fallecimiento".

Nuevamente la Sala ha de discreparse de la decisión de instancia por las siguientes razones.

En primer lugar, ha de significarse que la partida de que se trata está en correlación a la que la parte demandada en el acto de formación de inventario celebrada ante la Letrada de la Administración de Justicia, propuso se incluyera asimismo como pasivo de la herencia de D Pascual "deudas en favor del cónyuge premuerto por la disposición no autorizada de los 16.290 euros que es un crédito de los herederos de D^a Verónica ", habiendo alegado que respecto al saldo de la cuenta del BBVA no existen los activos que tendrían que preexistir hasta 16.920 euros. Alegaciones y pretensión de la parte demandada, a los que la parte promovente del proceso adujo en el mismo acto su oposición a la inclusión como pasivo del importe de 16.920 euros, porque el 50 % de esta cantidad pertenece a la herencia de la Sra. Verónica y el resto a Sr. Segismundo . Del 50 % de la herencia de la Sra. Verónica un tercio corresponde al Sr. Segismundo por testamento y el resto ya está introducido como pasivo en la minuta presentada.

Esto es, nos encontramos ante una partida sobre la que la controversia entre las partes procesales lo ha sido su valoración cuantitativa pero no el concepto, ya que ambas partes han sido contestes en que debe ser objeto de inclusión en el pasivo del haber hereditario de D. Pascual como deuda frente a los hijos ó lo que es lo mismo, un derecho de crédito de los hijos, por la disposición realizada por el causante del saldo de las cuentas bancarias de carácter ganancial (cuenta ó libreta BBVA nº NUM000 , depósito a plazo en la misma entidad BBVA nº NUM015 y cuenta en Caja de Ahorros de Granada nº NUM010) y que a fecha de fallecimiento de D^a Verónica sumaban y que a fecha de fallecimiento de D. Pascual se reducía a 2.379,49 euros en la cuenta del BBVA nº NUM000 .

Por lo que el Juez de Instancia se aparta del objeto de debate y, por ende, de decisión.

Es más, no puede pasarse inadvertido que encontrándonos ante un mismo concepto, resuelve la propuesta de la parte demandada como si de una partida distinta a la planteada por la parte promovente del procedimiento se tratara. Así, en el mismo Fundamento de Derecho Tercero de la resolución recurrida, pero de forma separada e individualizada respecto al razonamiento que ha quedado transcrito, argumenta:

"Finalmente, se rechaza incluir en el pasivo los 16.290 euros pretendidos por el demandado como supuesto crédito de los herederos, al haber dispuesto el causante de saldos que pertenecían a su esposa premuerta: caso de ser cierta esta disposición de efectivo, es indudable que se hizo con el conocimiento y consentimiento de sus hijos, quienes nunca optaron por liquidar la herencia de su madre y permitieron a su padre actuar como administrador único de pleno derecho de todos los bienes de la herencia (como han explicado las demandantes en el juicio). Además, el causante era legatario bien del usufructo de todos los bienes de su esposa bien del tercio de libre disposición, de forma que dentro del impreciso manejo que hizo de los bienes que eran gananciales, no cabe hablar de una disposición torticera o contraria a sus hijos de ninguna suma de dinero, debiendo entenderse que éstos consintieron tácitamente en todos sus actos, por lo que no cabe ahora, fallecido su padre, pretender que esa suma de dinero se invirtió en fines ajenos a la gestión y administración de los bienes y patrimonio del matrimonio".

Razonamientos uno y otro de los que se ha de inferir que el Juez "a quo" no ha entendido ó ha errado en lo que ha constituido el planteamiento de las partes.

Atendiendo al planteamiento de las partes, y lo anteriormente resuelto en cuanto a la elección por D. Pascual del legado del pleno dominio del tercio de libre disposición y que ostentaba el derecho de dominio de la mitad indivisa de los bienes pertenecientes a la comunidad post-ganancial, procede incluir en el pasivo un derecho de crédito de sus hijos equivalente a la cuota que ostentan en la herencia de D^a Verónica a calcular sobre 16.290,98 euros.

OCTAVO.- En cuanto a la procedencia de incluir en el pasivo de la herencia de D. Pascual los gastos de la lápida tal y como fuere solicitado por la parte ahora apelante en el acto de la vista alegándose mero error de la dirección letrada, no se precisa de mayor argumentación en cuanto queda englobado en el concepto de gastos de sepelio y funeral que ya se incluía en la propuesta de inventario presentada en el acto de formación de inventario celebrado ante el Letrado de la Administración de Justicia y que no fue discutido por el Sr. Segismundo , no formulando tampoco oposición propiamente en el acto de la vista ante las alegaciones de la adversa y reiterando en fase de conclusiones la procedencia de incluir como partida del pasivo los gastos de entierro y funeral.



Su concreta cuantificación asciende a 582,56 euros dada la correspondencia con el reintegro el 31-5-2013 de 582,56 euros de la cuenta de Caja Laboral y el recibo obrante al folio 303 de las actuaciones.

NOVENO.- Por todo lo precedentemente expuesto, y conforme a las conclusiones precedentemente enumeradas procede, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto, la revocación parcial de la Sentencia apelada en el sentido de:

A.- Incluir en el inventario de la herencia de D^a Verónica las siguientes partidas:

ACTIVO

-Aportaciones a la masa:

.-50 % de las rentas obtenidas por el alquiler de los inmuebles vivienda NUM002 NUM001 del n^o NUM003 de la calle DIRECCION000 de Eibar y plaza de garaje n^o NUM008 sita en la planta NUM013 del n^o NUM007 de la CALLE000 de Granada. Rentas que desde el fallecimiento de D Pascual y hasta el 19-1-2017, suponen, s.e.u.o., 12.278,25 euros.

.-50 % de los ingresos por los conceptos más arriba relacionados, 422,29 euros.

PASIVO

-Deudas de la masa:

.-50 % de los gastos de comunidad de propietarios, IBI, seguros y gastos de suministro de los inmuebles del activo, gastos de conservación y mantenimiento de los mismos bienes, e impuesto de circulación del vehículo Audi A4. Gastos que desde el fallecimiento de D. Pascual y hasta el 19-1-2017, suponen, s.e.u.o.,

7.510,94 euros.

B.- Incluir en el inventario de la herencia de D. Pascual .

ACTIVO

-Valor del legado del pleno dominio del tercio de libre disposición en la herencia de D^a Verónica .

-896,35 euros en concepto de prestación de jubilación devengada previamente al fallecimiento pero ingresada después por el INSS.

-Aportaciones a la masa:

.-50 % de las rentas obtenidas por el alquiler de los inmuebles vivienda NUM002 NUM001 del n^o NUM003 de la calle DIRECCION000 de Eibar y plaza de garaje n^o NUM008 sita en la planta NUM013 del n^o NUM007 de la CALLE000 de Granada. Rentas que desde el fallecimiento de D Pascual y hasta el 19-1-2017, suponen, s.e.u.o., 12.278,25 euros.

.-50 % de los ingresos por los conceptos más arriba relacionados, 422,29 euros.

PASIVO

.- Deudas del causante.

. Frente al "BBVA S.A." 5.895,39 euros .

. Frente a "Unoe Bank S.A.", 356,23 euros.

. Crédito frente a sus tres hijos, equivalente a la cuota que ostentan en la herencia de D^a Verónica a calcular sobre 16.290,98 euros.

.- Bajas de la herencia.

Adicionar al concepto de gastos de entierro y funeral, los gastos de lápida por importe de 582,56 euros.

DÉCIMO.- La estimación íntegra del recurso de apelación implica no procesa efectuar pronunciamiento alguno relativo a las costas ocasionadas en esta instancia (art. 398.2 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS



Estimar íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación de D^a Rosana D^a Carmela contra la Sentencia de fecha 21 de Marzo de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 2 de Eibar en procedimiento de formación de inventario de división de herencia 229/2015, y, en consecuencia, revocar parcialmente dicha resolución en el sentido de:

A.- INCLUIR en el INVENTARIO de la herencia de D^a Verónica las siguientes partidas:

ACTIVO

-Aportaciones a la masa:

.-50 % de las rentas obtenidas por el alquiler de los inmuebles vivienda NUM002 NUM001 del n^o NUM003 de la calle DIRECCION000 de Eibar y plaza de garaje n^o NUM008 sita en la planta NUM013 del n^o NUM007 de la CALLE000 de Granada. Rentas que desde el fallecimiento de D Pascual y hasta el 19-1-2017, suponen, s.e.u.o., 12.278,25 euros.

.-50 % de los ingresos por los conceptos más arriba relacionados, 422,29 euros.

PASIVO

-Deudas de la masa:

.-50 % de los gastos de comunidad de propietarios, IBI, seguros y gastos de suministro de los inmuebles del activo, gastos de conservación y mantenimiento de los mismos bienes, e impuesto de circulación del vehículo Audi A4. Gastos que desde el fallecimiento de D. Pascual y hasta el 19-1-2017, suponen, s.e.u.o.,

7.510,94 euros.

B.- INCLUIR en el INVENTARIO de la herencia de D. Pascual .

ACTIVO

-Valor del legado del pleno dominio del tercio de libre disposición en la herencia de D^a Verónica .

-896,35 euros en concepto de prestación de jubilación devengada previamente al fallecimiento pero ingresada después por el INSS.

-Aportaciones a la masa:

.-50 % de las rentas obtenidas por el alquiler de los inmuebles vivienda NUM002 NUM001 del n^o NUM003 de la calle DIRECCION000 de Eibar y plaza de garaje n^o NUM008 sita en la planta NUM013 del n^o NUM007 de la CALLE000 de Granada. Rentas que desde el fallecimiento de D Pascual y hasta el 19-1-2017, suponen, s.e.u.o., 12.278,25 euros.

.-50 % de los ingresos por los conceptos más arriba relacionados, 422,29 euros.

PASIVO

.- Deudas del causante.

. Frente al "BBVA S.A." 5.895,39 euros .

. Frente a "Unoe Bank S.A.", 356,23 euros.

. Crédito frente a sus tres hijos, equivalente a la cuota que ostentan en la herencia de D^a Verónica a calcular sobre 16.290,98 euros.

.- Bajas de la herencia.

Adicionar al concepto de gastos de entierro y funeral, los gastos de lápida por importe de 582,56 euros.

Sin pronunciamiento en cuanto a las costas procesales de esta alzada.

Devuélvase a Rosana y Carmela el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Dentro del plazo legal devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia junto al testimonio de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).



También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 1895 0000 00 3202 17. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Secretario Judicial, certifico.