



Roj: **SAP VA 1288/2019 - ECLI:ES:APVA:2019:1288**

Id Cendoj: **47186370032019100411**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **3**

Fecha: **17/10/2019**

Nº de Recurso: **173/2019**

Nº de Resolución: **402/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANGEL MUÑIZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**VALLADOLID**

**SENTENCIA: 00402/2019**

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

-

**Teléfono:** 983.413495 **Fax:** 983.459564

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MMA

**N.I.G.** 47186 42 1 2009 0002279

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000173 /2019**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de VALLADOLID

**Procedimiento de origen:** DIH DIVISION HERENCIA 0000254 /2009

Recurrente: Hortensia

Procurador: CARMEN ROSA LOPEZ DE QUINTANA SAEZ

Abogado:

Recurrido: Leonardo , Hipolito

Procurador: MARIA CARMEN DE BENITO GUTIERREZ, MARIA CARMEN DE BENITO GUTIERREZ

Abogado: ,

**SENTENCIA num. 402/2019**

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. ANTONIO ALONSO MARTIN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. ANGEL MUÑIZ DELGADO (PONENTE)

D. FRANCISCO JOSE PAÑEDA USUNARIZ

En VALLADOLID, a diecisiete de octubre de dos mil diecinueve



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de DIVISION HERENCIA 0000254 /2009, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000173 /2019, en los que aparece como parte apelante, Hortensia , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. CARMEN ROSA LOPEZ DE QUINTANA SAEZ, asistido por el Abogado D. MARIA ELENA CORTEJOSO RODRIGUEZ, y como parte apelada, Leonardo , Hipolito , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA CARMEN DE BENITO GUTIERREZ, asistido por el Abogado D. MARIA PILAR DEL POZO HERNANDO, sobre división de herencia, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. ANGEL MUÑIZ DELGADO.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 29 de noviembre de 2018, en el procedimiento DIVISION DE HERENCIA nº 254/2009 del que dimana este recurso. Se aceptan antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.** - La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

**FALLO:** "Estimando en parte la impugnación formulada por D<sup>a</sup> Hortensia se rectifica el cuaderno particional presentado por el contador partidor el 08/10/2018 en el sentido siguiente:

"Como quiera que el activo se integra por un bien inmueble (50%) y unas cantidades de dinero, estas cantidades de dinero se distribuirán entre los herederos en función de sus respectivas cuotas en la herencia, de tal forma que:

-la partida b) del activo se distribuirá entre cada heredero en función de su cuota.

-la cantidad reflejada en el apartado c) y d) serán aportadas por las personas indicadas por el contador y se distribuirán entre los herederos en proporción a sus respectivas cuotas.

-En relación a la mitad de la vivienda, la misma se atribuye en un 23,32% a cada uno de los hermanos D<sup>a</sup> Hortensia , D: Leonardo , D. Hipolito y D. Sebastián . El 6,66% restante correspondiente a D<sup>a</sup> Sacramento , al haber fallecido esta antes que el causante se adjudica a sus hijos D. Jose Augusto , D. Saturnino y D<sup>a</sup> Verónica , a razón de un 2,22% cada uno".

Cada parte correrá con sus costas."

Que ha sido recurrido por la parte demandada Hortensia , oponiéndose la parte contraria.

**TERCERO.** - Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 23 de septiembre de 2019, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Una de los coherederos recurre en apelación frente a la sentencia que resuelve la oposición al cuaderno particional elaborado por el contador-partidor en el presente procedimiento de división de herencia. Como primer motivo de impugnación denuncia que el juzgador de instancia ha ratificado la decisión del contador-partidor de no hacer aplicación de la cláusula testamentaria que reduce a la legítima estricta la cuota hereditaria de los promotores del presente procedimiento, ello por haber traído a la esposa del causante al presente procedimiento iniciado con la formación de inventario, conculcando así lo dispuesto en el art. 786 LEC.

La cláusula testamentaria en cuestión dispone que el testador lego a su viuda el usufructo vitalicio de todos sus bienes, relevándola de la obligación de inventario y fianza, ordenando a sus herederos que respeten dicho legado y para el caso de no hacerlo verán reducida a la legítima estricta su cuota hereditaria.

Ciertamente el art. 786 LEC establece que el contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante, pero seguidamente dispone que, si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos. En su consecuencia el contador-partidor a la hora de confeccionar el cuaderno particional deberá atenerse a las disposiciones contempladas en el testamento, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos, debiendo para ello realizar una interpretación de las mismas en relación con las circunstancias concurrentes en el caso concreto. El procedimiento de división de herencia en el que se inserta la misión del contador-partidor no puede ser considerado por tanto como un mero procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que no cabe



entrar a interpretar dichas disposiciones testamentarias ni a discutir la interpretación que de las mismas haya realizado el contador-partidor, tal y como se consigna en la sentencia impugnada, pues desde el momento en que surge la oposición a las operaciones particionales realizadas por parte de uno cualquiera de los herederos el procedimiento tiene carácter contencioso, por más que la sentencia que resuelva dicha oposición no tenga eficacia de cosa juzgada, conforme dispone el art. 787.5 LEC.

Sentado lo anterior y en orden a este tipo de disposiciones testamentarias como la que analizamos, el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de julio de 2018 sienta que "La validez de la denominada cautela socini en el marco de las disposiciones testamentarias ha sido declarada por la doctrina jurisprudencial de esta sala, particularmente en las SSTS 835/2013, de 17 de enero de 2014 y 254/2014, de 3 de septiembre. Con base en esta jurisprudencia, esta sala, en la sentencia 717/2014, de 21 de abril de 2015, ha declarado que: "[...] lo relevante a los efectos de la aplicación testamentaria de la cautela socini es tener en cuenta que el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la cautela socini. En efecto, desde la validez conceptual de la figura, se debe indicar que solo aquéllos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción".

En un supuesto muy próximo al aquí enjuiciado, esta sala en su sentencia 254/2014, de 3 de septiembre, ha declarado lo siguiente: "[...] también interesa puntualizar que el objeto de la aplicación de la cautela socini, esto es, el recurso a la intervención judicial en el presente caso, no queda referenciado en la propia acción de petición o entrega del legado de cantidad que dio curso a la demanda ejercitada, pues en su correcto entendimiento la petición del legado y su ejercicio justificado constituye una facultad inherente a la posición jurídica del legatario que el testador no puede abrogar o limitar ya que, en su caso, articula el derecho del legatario a obtener, conforme a la disposición testamentaria, el pago de su legado. Como tampoco lo sería, por extensión, respecto del derecho del legatario de cantidad de anotar preventivamente su legado en el Registro de la Propiedad ( artículo 48 LH). Por el contrario, tal y como alega la parte recurrente, la aplicación de la cautela socini en el presente caso no guarda relación con el carácter justificado o no del ejercicio de la acción de petición del legado, sino que trae causa de la previa intervención judicial provocada por la legataria en su demanda de remoción o separación del cargo del albacea, de 8 de mayo de 2009, contrariando de esta forma lo dispuesto por el testador (cláusula sexta del testamento)."

Partiendo de dicha doctrina jurisprudencial, el hecho de que dos de los coherederos hayan promovido el presente procedimiento de división de la herencia de su difunto padre entendemos no basta por sí solo para activar la sanción de ver reducida su porción hereditaria a la legítima estricta que el causante introdujo en su testamento. Dicha previsión la introdujo el testador para el caso de que alguno de sus herederos no respetase el legado que efectuó a favor de su esposa, consistente en el usufructo vitalicio de todos los bienes de la herencia, con relevación de las obligaciones inventario y fianza. Pues bien, los dos coherederos promotores del presente procedimiento de división de herencia en absoluto consta hayan desconocido o discutido, ni en el plano jurídico ni en el fáctico, dicho legado establecido en favor de su madre, sin que exista indicio alguno de que esta hubiere sido despojada o inquietada por ellos en el uso y disfrute de todos los bienes de la herencia de su difunto esposo, habiendo continuado residiendo en la vivienda propiedad de ambos, etc..., sin que aquellos hayan cuestionado en el presente procedimiento ni en otro dicho usufructo vitalicio ni la hayan requerido para formar inventario de los bienes o prestar fianza. El conflicto hereditario que nos ocupa no se ha suscitado entre los promotores del presente procedimiento y su ya difunta madre, sino entre aquellos y su hermana coheredera hoy apelante. La mejor prueba de ello es que la madre en su testamento instituyó herederos universales a todos sus hijos (una de ellas ya fallecida y en representación de la misma a sus hijos) menos a la hoy apelante, a la que legó la legítima estricta. Ratificamos por tanto el cuaderno particional en cuanto distribuye la herencia sin aplicación de la cláusula en cuestión, desestimando este primer motivo del recurso.

**SEGUNDO.** - Cuestiona así mismo la apelante la decisión del juzgador de no actualizar una partida del activo del inventario constituida por una donación colacionable, señalada con la letra d). Se trata de la suma de 1.273,44



euros, mitad de la que en su día fue donada por el causante y su esposa a una de sus hijas, ya fallecida a fecha de hoy y que se halla representada por sus tres hijos.

El Tribunal Supremo en relación a las sumas dinerarias donadas por el causante a uno de los herederos y sujetas a colación, señala en su sentencia de 20 de junio de 2005: "El referido artículo 1045 en su redacción anterior decía "No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiera hecho entonces su justiprecio". En la redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, que es la aplicable al caso de autos, se precisa que el valor de las cosas donadas es el que corresponde "al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios", adoptándose de este modo el sistema de colación "ad valorem", por lo que el valor de los bienes que hubieran 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

El artículo 1045 no contempla el caso concreto de donaciones consistentes en sumas de dinero, por lo que no precisa si la colación ha de efectuarse por el valor nominal, o, por el contrario, atendiendo al valor real, es decir la cantidad recibida pero actualizada

Resulta determinante el hecho que se presenta notorio que el donatario ha incorporado a su patrimonio una cantidad de dinero cuyo valor al tiempo de la donación no es el mismo que el que pudiera tener al fallecer el causante y sobre todo en el momento de la evaluación de sus bienes, ya que los coherederos resultarían perjudicados si se tuviera en cuenta el valor nominal y no el valor real, lo que no se acomoda a la equidad ni a la voluntad de la testadora que instituyó a sus cinco hijos (litigantes en este pleito), como herederos por partes iguales, como tampoco a la legalidad sucesoria desde el momento que los artículos 1047 y 1048 del Código Civil contemplan los medios e instrumentos para que los herederos reciban cuotas equivalentes

Si bien algunos preceptos del Código Civil están presididos por el criterio nominalista -artículos 1170 y 1753-, la respuesta casacional que procede en el supuesto presente es la de atender al valor real, ya que así resulta del cambio legislativo que se operó en el artículo 1045 por la reforma de 1981, que deja la determinación del valor de las donaciones recibidas para el momento en que se evalúen los bienes que integran la herencia del causante-donante, por lo que procede es la actualización monetaria del valor efectivo de las sumas donadas, o, en otras palabras, ha de atenderse en el momento de la colación al valor real, que no es otro que las cantidades que igualen el poder adquisitivo que tenían las sumas entregadas cuando se hizo la donación, pues este es el criterio general del artículo 1045".

En aplicación de dicho criterio habrá de actualizarse a la fecha del avalúo de los bienes que integran el activo hereditario dicha donación dineraria, acogiendo este motivo del recurso. No indica la parte apelante el índice o parámetro que habrá de servir de base a dicha actualización, más en evitación de ulteriores conflictos que dilaten aún más este ya prolongadísimo procedimiento, consideramos que para ello habrá de estarse a la evolución experimentada por el IPC desde el momento de la donación hasta el del avalúo, igualando así el poder adquisitivo que la suma representaba en uno y otro momento.

**TERCERO.** - Seguidamente se interesa así mismo la actualización de la donación colacionable señalada en el cuaderno particional con la letra c), consistente en un vehículo que el causante y su esposa donaron en su día a su hija hoy apelante y que ha sido valorado por perito judicial en el año 2015 en 3.040 euros.

En relación al momento de valoración de bienes no dinerarios en su día donados por el causante y que hayan de colacionarse, el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de febrero de 2006 sienta que " 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 avalúo 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)".

Entendemos por tanto que la valoración del vehículo donado a la apelante realizada por el perito judicial ha de ser mantenida y no actualizada. Es cierto que se realizó en 2015, más el hecho de que en la actualidad el procedimiento no haya concluido no es imputable al resto de los coherederos. Se ha debido por una parte al fallecimiento de la madre de los hoy litigantes, que provocó la suspensión del curso de los autos, nuevos emplazamientos, etc..., y por otra parte a la impugnación del cuaderno particional. La literalidad del art. 1045 CC es clara y hace referencia a que debe traerse a colación el valor de las cosas donadas al tiempo que se evalúen los bienes hereditarios. Por otra parte, el tiempo que ha transcurrido hasta el momento desde que se realizó dicha evaluación por el perito judicial, la donataria del vehículo hoy apelante ha seguido disfrutando del mismo. No resultaría equitativo por otra parte actualizar a fecha de hoy solo el valor de dicho bien manteniendo el del resto que integran el activo hereditario a la fecha de su evaluación por los peritos judiciales. Ratificamos en estos extremos el criterio del juzgador de instancia.

Por otra parte, la sentencia impugnada modifica el cuaderno particional y obliga a la hoy apelante a aportar al activo hereditario en metálico el valor del vehículo colacionable, distribuyéndose luego entre todos los coherederos, ella incluida, en función de sus respectivas cuotas. El activo hereditario solo se integra por la mitad de una vivienda, la mitad del saldo de una c/c ganancial que asciende solamente a 189,13 euros y los 1.273 euros en metálico que han de colacionar otros herederos, los hijos de la difunta hermana de la hoy apelante que no han impugnado dicha decisión, y la mitad del valor del vehículo que ha de colacionar la apelante, sin que existan otros bienes muebles, valores o metálico en la herencia con los que satisfacer al resto de coherederos la parte que les corresponda para compensar el valor del vehículo a colacionar. Conforme a lo dispuesto en los arts. 1045, 1047 y 1048 CC, no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo de la evaluación de los bienes hereditarios, tomando el donatario de menos en la masa hereditaria el importe de dicha evaluación, sin que pueda ser obligado a incorporar a la masa de su patrimonio el valor de lo donado, mas ello siempre que existan otros bienes en el activo hereditario que permitan compensar con ellos al resto de coherederos. El metálico que va a integrar la masa hereditaria es en total como decimos los 189,13 euros de la mitad del saldo de la cuenta bancaria ganancial, por lo que el dinero que en definitiva existe para repartir no alcanza para compensar al resto de coherederos en el valor del vehículo donado, no constando en el inventario, como decimos, ningún otro tipo de valores o bienes muebles con los que compensar al resto de coherederos y sin que la donataria hoy apelante ofrezca reducir la cuota del dominio del inmueble que le corresponde en proporción a la suma que le corresponde colacionar. Ratificamos por tanto este pronunciamiento de la sentencia apelada, que a la vista de tal situación sigue el mismo criterio en relación a la colación que deben efectuar los tres hijos de la coheredera difunta respecto de la mitad de la suma que por la sociedad de gananciales del causante le fue en su día donada a su madre.

**CUARTO.** - Respecto de la partida del activo hereditario señalada con la letra b), consiste en la mitad del saldo en efectivo de una cuenta corriente bancaria de carácter ganancial, que en el momento del fallecimiento del causante ascendía a 189,13 euros. Interesa la apelante su actualización al momento de practicarse liquidación con apoyo en el art. 847 CC. Dicho precepto contempla el caso de que el testador, el contador partidor expresamente autorizado por aquello el contador partidor dativo adjudiquen todos o parte de los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria a los demás legitimarios, supuesto que no es el que aquí nos ocupa. Al margen de ello, el saldo que existía en dicha cuenta corriente de carácter ganancial al tiempo de fallecer el causante no se pone de manifiesto haya producido intereses o rendimientos de ningún tipo que haya de computarse en el activo hereditario, por lo que entendemos no procede su actualización, rechazando en este extremo el recurso.

**QUINTO.** - Se interesa así mismo por la coheredera apelante que se acuerde la venta en pública subasta de la vivienda integrada en el activo hereditario, al amparo de lo dispuesto en el art. 1062 CC. No consideramos factible acceder a dicho pedimento en el presente procedimiento de división de la herencia paterna. De una parte, porque la facultad que el citado precepto confiere a cualquiera de los herederos para solicitar la venta en pública subasta de una cosa integrante del activo hereditario que sea indivisible o desmerezca mucho por su división, está prevista para el supuesto de que en el cuaderno particional se haya adjudicado ese bien indivisible por entero a uno de los coherederos abonando al resto de ellos el exceso dinero. No es este el caso que nos ocupa, pues dicha vivienda ha sido adjudicada por el juzgador en su sentencia, modificando el criterio del contador partidor en este extremo, en proindiviso y atribuyendo a cada coheredero la cuota proporcional de su dominio que le corresponde. Por otra parte, no es el 100% de la propiedad de dicho inmueble el que se integra el caudal hereditario paterno que aquí se divide, sino tan solo el 50% del mismo al tener carácter ganancial dicho inmueble, hallándose en tramitación otro procedimiento de división relativo a la herencia materna a cuyas resultas quedará definitivamente fijada la cuota de propiedad exacta que corresponde a cada coheredero. A



partir de entonces estará legitimado cualquiera de ellos, sino no alcanzan un acuerdo, para solicitar su venta en pública subasta.

**SEXTO.** -Conforme a lo dispuesto en los arts. 394 y 398 LEC, al estimarse en parte el recurso no se hace expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

#### FALLO

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Hortensia frente a la sentencia dictada en fecha 29 de noviembre de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Valladolid en los autos de división de herencia de los que dimana el presente Rollo de Sala, resolución que se revoca en el único sentido de que la partida del activo hereditario señalada en el cuaderno particional con la letra d), por importe de 1.273,44 euros a colacionar por los herederos de la ya difunta hija del causante Doña Sacramento deberá ser actualizada conforme a la evolución experimentada por el IPC desde la fecha de su donación hasta la fecha del avalúo de los bienes hereditarios, confirmándola en cuanto al resto de sus pronunciamientos sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Al estimarse el recurso procede la devolución del depósito constituido al amparo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009.

Frente a la presente resolución no cabe recurso.

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