



Roj: **SAP S 934/2002 - ECLI:ES:APS:2002:934**

Id Cendoj: **39075370012002100319**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **03/05/2002**

Nº de Recurso: **379/2000**

Nº de Resolución: **221/2002**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARCIAL HELGUERA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA

Sección Primera

RAP 379/00

**SENTENCIA 221/02**

Ilmo. Sr. Presidente

D. Javier de la Hoz de la Escalera

Ilmos Srs. Magistrados

Don Marcial Helguera Martínez.

Doña María Rivas Díaz de Antoñana

En la Ciudad de Santander, a tres de Mayo de dos mil dos.

Vistos en trámite de apelación ante esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria los presentes Autos de juicio de Menor Cuantía, núm. 663/98, Rollo de Sala núm. 379/00 procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Santander, seguidos a instancia de don Fernando contra doña Frida y doña Sandra .

En esta segunda instancia ha sido parte apelante doña Frida , representada por el Procurador Sr. Vega Hazas y defendida por el Letrado Sr. Monteoliva Robles; y apelada don Fernando , representado por el Procurador Sr. Menéndez Criado y defendido por el Letrado Sr. Rodríguez Merino; y doña Sandra , en rebeldía.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado don Marcial Helguera Martínez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha dieciséis de Febrero de dos mil Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Fallo: Que estimando parcialmente la demanda formulada por don Fernando , representado por el procurador don Enrique Menéndez Criado, contra doña Frida , representada por el procurador don Carlos de la Vega Hazas y contra doña Sandra , incomparecida en la litis declaro a) que se deben incluir en el inventario de las operaciones particionales de don Ildefonso , como activo los depósitos gananciales números 1, 2, 3 y 4; el mueble Ganancial nº 6; los valores gananciales números 9, a) b) c) d) y e).

Se excluye el ajuar doméstico número 5. Como pasivo y deudas se incluyen los conceptos referidos en los apartados a) b) c) d) f) j) K) 1) 11) m) del considerando cuarto de la presente resolución y se ha de excluir los referidos en los apartados e) g) h) i) del citado Fundamento de Derecho. Se excluyen, del inventario, en concepto de donación, los bienes que se describen en el Fundamento de Derecho 5º de esta resolución.



b) Se considera inadecuado el presente procedimiento para conocer sobre el resto de las peticiones contenidas en el suplico.

c) No se hace especial declaración de condena en costas."

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia, la representación de la parte codemandada interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado; fueron emplazadas las partes y una vez personadas ante esta Audiencia las indicadas se sustanció el recurso por sus trámites y se ha celebrado la Vista del recurso, quedando visto para sentencia.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales a excepción del plazo de resolución del recurso debido al número de asuntos pendientes que pesan sobre esta Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO: No podemos estimar la excepción dilatoria relativa al modo de proponer la demanda, a que se refiere el apelante en su primer motivo. Es verdad que la redacción de la demanda en su conjunto probablemente pudiera haber sido más precisa e incluso evitar aparentes contradicciones. Y así, mientras en el hecho segundo se manifiesta que con carácter previo a proseguir la testamentaría precisan determinar el inventario, y con dicha finalidad acuden al juicio declarativo instado, después parece que amplían el objeto del procedimiento como se deriva esencialmente del suplico de aquel escrito.

Y por ello, estimamos que, siendo discutible, el Juzgado circunscribe el objeto litigioso al inventario, inclusión y exclusión de bienes, derechos y obligaciones. Pero en cualquier caso la solución no sería la absolucón en la instancia, a lo que conduce la pretensión de la apelante y demandada. Con lo que la excepción estuvo bien desestimada. Cuestión distinta precisamente es si en el procedimiento se pudiera o no haber discutido todas las cuestiones a que se refiere el suplico. Pero sobre este punto la parte actora, a quien perjudica la decisión del Juzgado, no ha hecho motivo específico de su adhesión a la decisión del mismo, con lo que mantenemos la sentencia

SEGUNDO: Examinamos las impugnaciones sobre el fondo a que se refiere el recurso.

Para ello seguimos el orden aceptado por todas las partes.

En primer lugar la recurrente afirma que no se debe incluir en el inventario la deuda derivada de un préstamo (cuatro millones de ptas.) y sus intereses (cuatro millones), a que se refieren las letras c) y d). La Sala desestima este motivo. El instrumento probatorio del art. 1214 C.Civil ha de aplicarse con la flexibilidad que se derivan de las circunstancias concurrentes en el caso, y en especial la relación padre e hijo. Entendemos que el reintegro de cuatro millones de ptas el 20.9.88 ofrece fuerza probatoria al documento que se dice de préstamo del 14.9.88, precisamente del padre (pese a ser cuenta indistinta, pero, sin duda propiedad del padre) a su hijo lldfonso , a su vez, con apoyo en la pericial caligráfica. En definitiva, en esa relación padre-hijo entendemos se quiere dejar expresa constancia escrita de que no hay voluntad de liberalidad sino de causa onerosa. Esta conclusión es esencial; sin perjuicio de que en el contexto familiar, y también probablemente por la marcha de los negocios del hijo, el padre no tuviera prisa por hacer efectiva la devolución de principal más intereses.

No está conforme la recurrente en la inclusión como deuda la cantidad de 2.500.000 ptas., a que se refiere la letra f). Tampoco en este punto entendemos le asista la razón a la recurrente; porque, -folios 27 y 28 (docs. 5 y 6), folio 818, folio 366-, se aprecia que esa cantidad sale de la cuenta del padre para servir de pago a la compra de acciones relativas a la creación de la sociedad por el hijo con otros dos socios el 11.4.90. Por consiguiente se aprecia perfecta correspondencia, sin que lo evidente obligue a más amplios razonamientos.

Impugna también la inclusión como deuda de un millón de ptas. -letra j- de 14.9.92. Pero de igual manera los documentos a los folios 34, 37, 163 y 164, 818 y 810, señalan el camino seguido desde la cuenta del padre a la del hijo en esa fecha.

De igual manera se apela la inclusión como deuda de un millón de pesetas extraídas de la caja de Loterías - letra k-. En este caso no aparece documento bancario, porque la salida no se produce desde entidad financiera. Sin embargo, y en la medida en que hemos tenido en cuenta como veraz el testimonio de la empleada en el resto de los casos en cuanto sus afirmaciones venían apuntaladas por otros elementos probatorios, estima la Sala que no hay razón para no tener en cuenta su testimonio avalado por su apunte (folio 34 y 818).



En cuanto a la deuda de la letra 1.225.000 ptas.- comprobamos que, según los folios 38, 39 y 226, se llega a la conclusión de que el 28.1.94 se produce transferencia del padre al hijo, desde la sucursal de Duque de la Victoria, con destino a su hijo, y para regularizar las cuotas de préstamo hipotecario.

También se impugna la partida de 7.950.000 ptas. A tales efectos observamos los folios 46, y 47 en relación con folios 738 a 742. De los mismos se infiere que esas cantidades tienen como destinataria UNIGILSA, y no el hijo, pese a que se firme por él los documentos pero no como tal persona física, porque se insiste que la titular es dicha sociedad. Amén de que eran dos los hijos socios de la misma. En definitiva esta Sala no puede dar por probado que esa cantidad fuese prestada al hijo, hoy fallecido, pues al ser la destinataria UNIGILSA ésta, en principio será la deudora, y no el hijo.

Estimamos el recurso en este punto, excluyendo esa cantidad como pasivo de la sociedad de gananciales.

Por último, pretende la recurrente que no se excluya del inventario los bienes donados por el padre al hijo premuerto. En este punto también hemos de mantener el criterio del Juzgado, pues si bien la doctrina se halla dividida entre la tesis de la recurrente y la de la sentencia, y el Tribunal Supremo apenas ha tenido ocasión de examinar el tema concreto que nos ocupa, esta Sala ha de inclinarse por la opinión mayoritaria, según la cual, en estos casos, y en interpretación del art. 812 C.Civil, hemos de operar sobre dos sucesiones diferentes: la sucesión hereditaria común o general en que se incluyen todos los bienes, derechos y obligaciones de los que se excluyen los bienes objeto de donación, y otra sucesión, la especial, relativa precisamente a éstos, pero que no ha de ser tenida en cuenta ni a efectos de legítima ni de libre disposición. En definitiva revierte ex lege y ex tunc al padre, como afirma la sentencia, sin que, en contra de lo que mantiene el recurrente, se haya de incorporar a la sucesión general con la incidencia sobre el pasivo, y, en definitiva, sobre posibles acreedores.

SEGUNDO: Examinamos ahora la adhesión del padre.

Letra e). Insiste éste en que esos 9 millones de ptas. fueron entregados a su hijo, hoy fallecido. La flexibilidad que venimos manteniendo en materia probatoria no permite sin embargo en este caso tener por probada la tesis del actor. Pues la única prueba, constituida al folio 170, no permite la certeza de que fuera su hijo fallecido el destinatario cuando, como hemos constatado ya, el padre tenía además otro hijo en Santander, y alguna sociedad de los hijos, que se alzan como hecho introductor de duda en el ánimo de la Sala.

Letra g). Se refiere a un cheque por importe de seis millones de ptas cobrados el 28.2.92. El recurrente dice en la vista que o fueron cobrados por el hijo fallecido o por el vendedor del terreno de Boo de Piélagos. Y para ello cita los folios 162 y 225. La Sala ha examinado también los documentos 7,8,9 de la demanda, pero queda con la duda. Pues en definitiva nos encontramos con un cheque al portador, que, por su naturaleza no permite conocer el cobrador, y tampoco cita el recurrente más pruebas adicionales que, al menos por vía indirecta, permitiera a la Sala elaborar el juicio lógico de inferencia que nos permitiera que fue precisamente su hijo y no otra persona quien hizo efectivo dicho documento mercantil.

Letra h) e i) Se trata de tres millones más dos millones de ptas pretendidamente cobrados por el hijo el 14.9.92. Vemos el folio 242, y el folio 8 citado por el recurrente. Pues bien, en el primero de los folios se nos dice que no es posible facilitar la información sobre la extracción de esa cantidad. A1 folio 8 se encuentra la demanda. No obstante la Sala ha examinado la agenda de la empleada -ya citada antes en nuestra sentencia- al folio 34 y también la testifical a los folios 818 en relación con el 127 y 34, y entiende que dicha prueba es suficiente para que podamos afirmar que esos cinco millones fueron entregados por el padre al hijo, y por consiguiente se han de incluir como deuda ganancial.

TERCERO: Por cuanto antecede, es visto que el recurso como la adhesión son en parte estimados, sin imposición de las costas de esta alzada ( art. 896LEC.).

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de su Majestad El Rey,

## FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Frida y también en parte la adhesión de Fernando contra la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Santander, la que debemos revocar y revocamos en parte. En su consecuencia se incluyen en el pasivo de la sociedad de gananciales las partidas a que alude el Cuarto F. de Derecho de la sentencia apelada, pero añadiendo también como pasivo cinco millones de ptas. (tres más dos, letras h e i) y excluyendo del pasivo los 7.950.000 ptas. (letra 11). No se imponen las de esta alzada.

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