



Roj: **SAP O 3244/2009 - ECLI:ES:APO:2009:3244**

Id Cendoj: **33044370012009100456**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2009**

Nº de Recurso: **353/2009**

Nº de Resolución: **436/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GUILLERMO SACRISTAN REPRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 3244/2009,**  
**STS 7512/2012**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00436/2009

**SENTENCIA Nº 436/09**

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000353 /2009

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. José Ignacio Álvarez Sánchez

MAGISTRADOS

D. Guillermo Sacristán Represa

D. Javier Antón Guijarro

En Oviedo a, dieciocho de Diciembre de dos mil nueve.

VISTOS en grado de apelación por esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000251 /2008, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION de PRAVIA, Rollo 0000353 /2009 , entre partes, como Apelante D<sup>a</sup>. Virginia representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> MYRIAM C. SUAREZ GRANDA, y bajo la dirección letrada de D. RAQUEL GONZALEZ SUAREZ, y como Apelado/s D. Nicolas y D<sup>a</sup>. Adela .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia de Pravia dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 23-03-09 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Estimo parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. Ana Díez Tejada Álvarez en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Virginia contra D<sup>a</sup>. Adela y D. Nicolas , con las siguientes consecuencias:

1º Que la carga impuesta en el documento privado de fecha 21 de noviembre de 2000 ha sido satisfecha en la forma y plazos pactados mediante pagos sucesivos anuales a costa de la sociedad de gananciales integrada por D. Luis Pablo y D<sup>a</sup>. Virginia , existiendo un derecho de crédito de dicha sociedad de gananciales frente a D<sup>a</sup>. Adela y D. Nicolas por importe de 235.340,58 euros.



2º Que están en el haber privativo de la herencia del causante, como activo:

-Derecho de crédito frente a D<sup>a</sup>. Adela y D. Nicolas correspondiente al mobiliario e inversiones incluida la creación de una página web, adquiridos por el causante para el negocio de farmacia a costa de la sociedad de gananciales, por importe de 22.387,07 euros.

-Derecho de crédito frente a D<sup>a</sup>. Adela y D. Nicolas correspondiente a las existencias adquiridas para el negocio a costa de la sociedad de gananciales y que se encontraban en la farmacia al momento de su fallecimiento, por importe de 101.904,39 euros.

3º Que están en el pasivo del causante:

-La deuda para con la sociedad de gananciales por los gastos e inversiones efectuadas en el negocio de farmacia en concepto de nuevas instalaciones, tanto tecnológicas como de mobiliario y equipamiento cuyo importe asciende a 22.387,07 euros.

-La deuda para con la sociedad de gananciales por el valor de las existencias obrantes en la farmacia al momento del fallecimiento, que ascienden a a 101.904,39 euros.

4º Que el aumento de valor del fondo de comercio entendido como la diferencia entre el valor del fondo de comercio a que se refiere la escritura de donación-que actualizado asciende a 603.896,96 Euros-, y el valor final del mismo que asciende a 1.926.379,46 euros, tiene carácter privativo y ha generado un derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente a D<sup>a</sup>. Adela y D. Nicolas por importe del 25% de dicha diferencia.

En cuanto a las costas, cada parte satisfará las causadas a su instancia, y las comunes, si las hubiere, por mitad".

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandante D<sup>a</sup>. Virginia , que fue admitido en ambos efectos, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 10-12-09, quedando los autos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Don Guillermo Sacristán Represa.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que impugna la actora, D<sup>a</sup> Virginia , declara que la donación de los demandados a su hijo, D. Luis Pablo el 20 de noviembre del año 2000 fue pura y simple, y el contenido del documento privado de la misma fecha consistió en un negocio jurídico bilateral y oneroso sobre la obligación tácita de no revocar la dispensa de colación contenida también en la escritura pública anterior; al mismo tiempo, se declara el activo y pasivo de la herencia de D. Nicolas , rechazándose otros pronunciamientos que pretendía la demanda.

Son motivos del recurso de la actora el rechazo de los pronunciamientos relativos a la donación onerosa y la validez de su reversión, pretendiéndose la nulidad de la reversión total que los donantes llevaron a cabo en escritura pública fechada el 4-4- 2008, poco antes de presentarse la demanda; además impugna la declaración respecto al "aumento de valor del fondo de comercio, que ha generado un derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente a los demandados por importe del 25% de dicha diferencia", y pretende sea frente al negocio de farmacia en su conjunto, y del 100%.

SEGUNDO.- Base de la demanda, y en estos momentos del recurso, es la escritura pública de donación y el documento privado fechados ambos el 20 de noviembre de 2000,

En la escritura pública, los demandados, padres de D. Luis Pablo , le donan "pura y simplemente" -expresan en el segundo otorgamiento- el edificio, y la farmacia sita en el mismo, junto con mobiliario, mercaderías, existencia, clientela y demás elementos que integran el negocio o empresa; valoran en cien millones de pesetas dicho conjunto, 80 correspondientes al fondo de comercio, 10 millones al edificio y otros 10 al mobiliario, instalaciones y útiles farmacéuticos; y disponen que la donación se hace sin obligación por el donatario de colacionar en su caso y considerándose como mejora expresa a los efectos del artículo 825 del Código Civil , aceptándola, por último el donatario.

El documento privado dice que "en compensación a la dispensa de colación efectuada por los donantes en la escritura, Don Luis Pablo se obliga a abonar a los donantes 50 millones de pesetas, sin intereses; a abonar a su hermana María Sonia la cantidad pendiente de pago si sus padres fallecieran del cumplimiento total de



la obligación; y a colacionar la cantidad pendiente de pago más los intereses devengados desde el 31 de diciembre de 2010 para computarlo en su legítima hereditaria si incumpliere con sus padres o su hermana la obligación impuesta.

TERCERO.- Primer motivo del recurso se refiere a la naturaleza de la donación, que la parte apelante entiende fue onerosa o con cargas al integrar ambos documentos en uno solo.

Sin embargo, es lo cierto que, mientras en la escritura pública se recoge como dimensión de lo donado que lo es pura y simplemente, con expresión de que la intención es estrictamente la de mejorar al donatario, así como que le eximen de su obligación de colacionar, en el documento privado, compensan la dispensa de colación con su obligación de entregar a los donantes esos 50 millones de pesetas.

Pues bien, de acuerdo con la sentencia que cita la de instancia, parece que es criterio del Tribunal Supremo que cuando se trata de una donación onerosa o con cargas, éstas, es decir las "efectivas obligaciones para el donatario han de reflejarse convenientemente, pues se imponen y exigen necesaria precisión en la escritura pública, rigiendo normalmente la unidad de acto" ( S. de 17-7-1995 ). Debe señalarse que el motivo de esta donación, calificada como pura y simple, es mantener la unidad del negocio de farmacia destinándola al único de los hijos que tenía la titulación de farmacéutico con la compensación a la otra hija del cincuenta por ciento del valor dado al negocio en su conjunto, a través del dinero a entregar anualmente por el donatario. En cuanto a la sentencia que cita el recurso, también de la Sala Primera TS de 22-1-1991 , no dice lo pretendido en su recurso, sino lo contrario, y así puede leerse en su quinto fundamento: "no constando en autos que la donante impusiera al donatario carga alguna, cuyo valor hubiera de satisfacer éste y que hubiera de hacerse constar en la escritura a tenor del párrafo 1º del art. 633 citado, sin que en el documento notarial hayan de hacerse constar, como parece entender el recurrente, las demás cargas que pesasen sobre las fincas donadas, entre ellas, el arrendamiento a su favor". Lo que está expresando es exactamente lo mismo que la primera reseñada, es decir, que las cargas que hacen que la donación sea onerosa necesariamente han de constar en la escritura pública, no así cargas ajenas como la existencia de un arrendamiento.

Decae así el motivo primero del recurso, que se proyecta más allá, puesto que sobre varias de las afirmaciones recogidas en el escrito de interposición del recurso vuelve a manejarse que estamos en presencia de una donación modal u onerosa.

CUARTO.- Como segundo motivo del recuso se dice que la interpretación que se da en la sentencia de instancia al documento privado como negocio bilateral y oneroso con efectos "inter vivos y mortis causa", determina que se reconoce con ello un pacto sucesorio prohibido por la normativa española.

Los términos de dicho documento son claros en cuanto a que la dispensa de colación establecida en la escritura de donación se compensaba mediante la obligación del donatario de abonar el cincuenta por ciento del valor que se había dado al negocio objeto de la donación, como mecanismo en ese momento en defensa de los intereses de la legitimaria, hermana del donatario fallecido, frente a éste que era a través de aquella donación mejorado expresamente, salvándose con la expresa cita del art. 825 del mismo Código Civil . Ello era posible conforme al art. 1036 CC , que establece que el donante puede dispensar de colación al donatario, y en medida alguna ambas disposiciones suponían pacto sucesorio. Una vez producido el fallecimiento del donatario, y haber revertido la farmacia al patrimonio de los donantes queda sin contenido la dispensa de colación al extinguirse tal obligación, y la posibilidad de revocar la mejora producida a través de la reversión de la donación.

En este motivo, se continúa señalando que no procede la reversión de la donación una vez fallecido el donatario, en primer lugar por tratarse de una donación onerosa, y en segundo, porque solamente podría ser objeto de dicha reversión la mitad de lo donado en su día. No cabe estimar esta argumentación, en cuanto a la primera afirmación porque la donación fue pura y simple, como ya quedó antes expresado, pero es que además, el art. 812 CC no establece diferencia alguna entre donaciones puras y onerosas, fijando una reversión legal a favor de los donantes "en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión", concurriendo en el supuesto que se analiza todos y cada uno de los requisitos que el reseñado precepto establece.

QUINTO.- Naturalmente, es cierto que constante la sociedad de gananciales, se fue cumpliendo la obligación del abono del dinero establecido en compensación a la dispensa de colación, y acreditado quedó que en el momento del fallecimiento del donatario, se habían abonado determinadas cantidades; pues bien, al producirse la reversión y la extinción de la dispensa de colación, esas sumas se constituyen en crédito de la sociedad de gananciales frente a los donantes, del mismo modo que se establecen en la parte dispositiva otros derechos de crédito y deudas que se encuentran en el activo y en el pasivo de la herencia de D. Nicolas .



Sobre este aspecto, el motivo del recurso se centra en lo que se fija respecto al aumento de valor del fondo de comercio correspondiente al negocio de farmacia. La sentencia, en su apartado 4º dice así: "El aumento de valor del fondo de comercio, entendido como la diferencia entre el valor del fondo de comercio a que se refiere la escritura de donación -que actualizado asciende a 603.89696 €, y el valor final del mismo que asciende a 1.926.37946 €, tiene carácter privativo, y ha generado un derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente a Dª Adela y D. Nicolas , por importe del 25% de dicha diferencia". La pretensión consiste en que ese crédito se fije en el 100% de aquella diferencia, y que se declare que es frente a la sociedad de gananciales.

En la resolución se explica esta decisión en el hecho de que la dedicación de la actora al negocio de farmacia fue cierto, pero que ni fue completa ni se acreditó como decisiva, ni puede olvidarse en su cuantificación otros factores externos que contribuyeron a ese aumento de valor, y se enumeran: inversión de fondos privativos del cónyuge propietario, obra de la naturaleza y del tiempo y actividad de terceros.

Ciertamente, existe un criterio sobre esta cuestión, con apoyo en el art. 1359 CC , que sostiene que cualquiera que haya sido la razón de los incrementos de este valor -y acreditado quedó en el supuesto que se examina que en ella influyeron la propia actividad del titular de la farmacia y de la apelante, probado por declaraciones de testigos y admitido por la contra-parte, así como factores ajenos como fueron el aumento de población en el barrio y la apertura de un centro de salud próximo (informe pericial de la Auditor Censor Jurado de Cuentas Dª Reyes , en los folios 381 a 506)-, lo cierto y verdad es que del conjunto de aspectos que constituyen esta mejora económica debe beneficiarse la sociedad de gananciales.

Entre las sentencias del Tribunal Supremo que han tocado esta cuestión, y que citan ambas partes, son las de 30-1-2004, sobre un negocio de farmacia , y la de 23-10-2003 , sobre otro de fontanería. Ciertamente es que ambas consideran la existencia de elementos que pueden haber contribuido a este incremento en el valor del fondo de comercio no han de ser tenidos en cuenta, pero no lo es menos que tanto una como otra hacen referencia a litigios en materia de liquidación de gananciales en los que las partes son las interesadas; sin embargo, en esta ocasión una de ellas formó parte de la sociedad de gananciales, pero la otra es un tercero a la misma y, en consecuencia, ninguna consecuencia puede tener el trabajo del cónyuge fallecido en los resultados, siendo la comunidad, en este caso post-ganancial, la que ha de beneficiarse de las resultados de todos cuantos factores los hayan determinado. Dicho en otros términos, la aplicación del art. 1359 CC , párrafo 2º al supuesto que se analiza deberá ser en sus propios términos, es decir en el 100% de la diferencia de valoración de dicho fondo

El segundo aspecto del motivo, el que se refiere a frente a quién se ostenta este crédito, señala el recurso que habrá de ser frente a la herencia yacente, y no frente a los donantes. Sin embargo, producida la reversión de lo donado, el incremento del valor del fondo de comercio que constituye esa parte del crédito, se tendrá frente a quienes vuelven a hacerse con la titularidad de la misma, por lo que es correcto este último pronunciamiento que realiza la sentencia de instancia.

SEXTO.- La estimación parcial del recurso determina, de acuerdo con el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC ), no se haga declaración sobre costas.

VISTOS, con los citados, los restantes preceptos de aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias, dicta el siguiente

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

## FALLO

Con estimación parcial del recurso presentado contra la sentencia dictada en procedimiento ordinario nº 251/2008, del Juzgado de Primera Instancia de Pravia, por la representación de Dª Virginia , debemos, confirmando los restantes pronunciamientos, modificar tan solo la cuantía del crédito de la sociedad de gananciales frente a Dª Adela y D. Nicolas , constituido por la diferencia entre el valor del fondo de comercio del negocio de farmacia en su conjunto, a que se refiere la escritura de donación -que actualizado asciende a 603.896 96 €, y el valor final del mismo que asciende a 1.926.37946 €. No se hace declaración sobre las costas causadas en la alzada.

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