

SAP de Álava de 19 de abril de 2004

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. Jesús María Medrano Durán, Presidente en funciones, D. Jaime Tapia Parreño, y D. Iñigo Elizburu Aguirre, Magistrados, ha dictado el día diecinueve de abril de dos mil cuatro.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N° 110/04

En el recurso de apelación civil rollo de Sala n° 98/04, procedente del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Vitoria, Procedimiento n° 702/03, promovidos por D^a María Esther, D.

Juan Francisco, y D. Germán, y D. Luis Pedro, D. Esteban, y D^a Diana, dirigidos por el Letrado D. Enrique Sáez de Ormijana y representados por el Procurador D. Jesús Arrieta Vierna, y como apelado adherido D. Carlos Alberto y OTROS dirigidos por el Letrado D. Jesús Samaniego Ruiz de Infante y representados por el Procurador D. Jesús Calva Barrasa.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Tapia Parreño.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la mencionada fecha se dictó por el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Vitoria Gasteiz, sentencia cuya parte dispositiva dice: "Que estimando parcialmente la propuesta de inventario presentada por el Procurador de los Tribunales don Jesús Arrieta Vierna en nombre y representación de demandantes doña María Esther r, don Juan Francisco o, don Germán n, don Luis Pedro o y doña Diana a y estimando parcialmente la oposición formulada por el Procurador de los Tribunales don Jesús Calvo Barrasa, en nombre y representación de don Carlos Alberto o, debo acordar y acuerdo incluir en el inventario de la herencia de don Rodolfo o y doña María Dolores s las partidas NUM000 0, NUM001 1 y NUM002 2 descritas en el folio 5 de las presentes actuaciones y excluir las 9 y 10, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas"

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, por la representación de D^a María Esther r, D. Juan Francisco o, y D. Germán n, y D. Luis Pedro o, D. Esteban n y D^a Diana a, recurso que se tuvo por interpuesto mediante providencia de fecha 12.2.04, dándose traslado a la demás parte personadas por diez días para alegaciones. Por la representación de D. Carlos Alberto o y otros, fue

presentado escrito de oposición al recurso de apelación e impugnación de la sentencia apelada, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, en fecha 1.04.04 se formó el rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 13.04.04

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de la resolución recurrida en cuanto contravengan los siguiente

PRIMERO.- Como pone de relieve la parte apelante principal, la cuestión litigiosa se centra en determinar si procede o no la inclusión en el inventario de bienes de la herencia de los causantes de los litigantes de aquellos bienes descritos en los números 9 y 10 del hecho sexto, y para ello resulta imprescindible catalogar jurídicamente el documento número 21 presentado con la demanda, que es efectivamente, como se señala al inicio del referido documento, una escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que comparecen en lo que aquí nos interesa D. Carlos Alberto o y sus padres En esta escritura, en aquello que es relevante para este pleito, en primer término, D. Germán n y trasmite, pura y simplemente y sin obligación de colacionar a su hijo D. Carlos Alberto o la mitad indivisa de unas fincas(las litigiosas), según aparece claramente en la cláusula segunda.

En la estipulación tercera, igualmente el Sr. Germán n a su hijo D. Carlos Alberto o, en concepto demejora (sic), y para después de los días del mejorante y su esposa (sic) la mitad indivisa de aquellas fincas, añadiéndose en la misma estipulación que es condición de la mejora que antecede (sic), la de convivencia del nuevo matrimonio en la casa y compañía de D. Rodolfo o y de su esposa, hasta el fallecimiento de ambos(sic). La sentencia combatida y el demandado- apelado han considerado que en dicho documento se establecía una donación modal, y frente a esa calificación se alzan los apelantes que consideran con carácter principal que estamos más bien ante una donación mortis causa, sometida a condición suspensiva.

SEGUNDO.- Pues bien esta Sala, analizado tal documento, reflejado esencialmente en el anterior fundamento de derecho, y en especial la estipulación tercera, estima, frente al criterio del Magistrado del Juzgado de Instancia, que efectivamente nos hallamos ante una donación mortis causa, sometida a condición suspensiva, cuyo cumplimiento, por lo demás, como indican los apelantes, se debe comprobar en el momento de producirse el fallecimiento y abrirse la sucesión

Aunque no es muy habitual en el Derecho común, a diferencia de los Derechos Forales, el otorgamiento de donaciones mortis causa, están plenamente aceptadas por el Código Civil, según el *art. 620 CC*, lo que ha confirmado en muchas ocasiones el Tribunal Supremo

La singularidad de las donaciones mortis causa, entre otras cosas (especialmente su libre revocabilidad), está en la permanencia en el donante del dominio y libre disposición de la cosa y la falta de intención de perderla en caso de vivir, produciendo efecto en consecuencia sólo post- mortem (STS de 24 de febrero de 1986, 13 de junio de 1994, 9 de junio de 1995 y 25 de julio de 1996, por no citar sino algunas de las más recientes)

Pues bien, en nuestro supuesto es claro que se trata de una donación mortis causa, produciendo sólo efectos después de la muerte, porque el donante no solamente indica que hace la donación en concepto de mejora, un concepto o término que, sin mayor explicación, nos remite a las sucesiones (a las que envía el *art. 620 CC*), sino principalmente porque el donante señala expresamente que dona a su hijo los citados inmuebles para después de los días del mejorante y su esposa (sic), es decir, no entrega la titularidad dominical y libre disposición; no tiene intención de perder la propiedad de esa mitad indivisa, y, además, expresa su voluntad de que tenga efectos una vez que se produzca la muerte del donante y su esposa, que también concurría a los capítulos.

En realidad, si estuviéramos ante una sucesión regida por un Derecho Foral (por ejemplo el vizcaíno o el derecho ayalés; legislaciones que regían y rigen en zonas próximas a aquélla donde vivían los causantes), nadie dudaría de que esas capitulaciones de autos recogen un verdadero pacto sucesorio (vid. por ejemplo *arts. 74 y 76 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco*), pero, como la sucesión contractual está básicamente proscrita por el *Código Civil (art. 1271 párrafo segundo CC)*, desde la perspectiva del Derecho civil común nada impide contemplar la existencia de una donación con eficacia cuando acabe la vida de los esposos, padres de D. Carlos Alberto o, que han comparecido conjuntamente en los capítulos con su hijo y la futura esposa de éste, queriendo constituir todos una comunidad de vida entre instituyente e instituidos, lo que se plasma en esa condición de convivencia común, una figura o institución muy habitual en los Derechos Forales (por ej. *art. 82 de la LDCFPV*), que en territorios donde regía el Derecho Común se solía ocultar, por su imposibilidad legal, a través de instrumentos permitidos por la legislación civil común, como las capitulaciones matrimoniales y las donaciones.

La donación cuestionada, a pesar de lo que indica la sentencia combatida y el apelado en su escrito de impugnación, no es una donación modal o con carga, en primer lugar, porque, a diferencia de lo que señala aquella resolución, en nuestro supuesto no se le impone al donatario una obligación de cuidar y asistir al donante, sino simplemente de convivencia, en la que no necesariamente debe estar incluida tal cuidado y asistencia. Como demuestra la experiencia y la práctica judicial, cuando el donatario quiere imponer tal carga así se suele establecer, mientras que en nuestro supuesto claramente no concurre tal obligación por parte del donatario.

Pero es que, además, la donación modal implica normalmente la entrega del derecho real de propiedad, y de ahí precisamente que se establezca legalmente una posibilidad de revocación, en el caso de incumplimiento del modo, mientras que en nuestro supuesto, como indicamos, la transmisión de bienes sólo tiene virtualidad cuando fallezcan el donante y su esposa, y basta la simple voluntad del donante para revocar tal donación, pudiéndose realizar incluso en un testamento posterior a la donación (STS de 17 de marzo de 1941 y 24 de febrero de 1982).

Por tanto, nos encontramos, como afirma el apelante en la alegación quinta, ante una donación mortis causa, sometida a una condición suspensiva, en la que la plena eficacia

de la transmisión patrimonial queda condicionada a que el donatario haya cumplido la condición impuesta, entendiéndose en este supuesto el término condición en los términos que prevé el *art.1114 CC*, esto es, que conviviera el matrimonio formado por D. Carlos Alberto o y su esposa con los padres de aquél y causantes.

TERCERO.- En consecuencia, no se hace preciso analizar los razonamientos contenidos en las alegaciones segunda, tercera y cuarta del escrito de formalización del recurso de apelación principal, aunque podemos señalar de manera resumida que serían asumibles los argumentos contenidos en tales alegaciones, especialmente en la tercera y en la cuarta, si se partiera, a modo de hipótesis, como hacen los recurrentes, de que la donación discutida era una donación modal, si bien se plantearía alguna seria duda con relación a la posibilidad de que los herederos (actores de este procedimiento) pudieran ejercitar la acción de revocabilidad, una vez que el donante no la ejercitó, puesto que tal falta de ejercicio podría dar a entender que no quisieron revocar la donación, en cuyo caso no sería transmisible a los herederos, como sostiene la sentencia apelada y mantiene el apelado, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Pero, como hemos sostenido en el fundamento anterior, estamos ante una donación mortis causa sometida a condición suspensiva, y se ha de comprobar el cumplimiento de tal condición, y, según señala la sentencia apelada en el párrafo tercero del fundamento jurídico segundo y se comprueba con la prueba practicada, el donatario no convivió en la casa y compañía de D. Rodolfo o y su madre hasta el fallecimiento de ambos.

El propio apelado en el escrito de impugnación del recurso de apelación principal reconoce que durante los años 1969 y 1970 tuvo alquilado un apartamento en Munguía, sin que se haya justificado la causa justificativa que alega, que, por lo demás, tampoco sería suficiente para considerar cumplida la condición, al no demostrar que el incumplimiento sólo era imputable a la persona que puso la condición. De igual manera también consta que el demandado no residió con su madre en su compañía en la casa común del causante y su esposa, como admite en cierta forma el propio D. Germán n en el escrito de impugnación del recurso.

Teniendo en cuenta que no se trataba de una donación modal, resulta indiferente o irrelevante que la madre o el padre de D. Germán n no ejercitaran la acción de revocabilidad, como indica la sentencia atacada y el apelado, que insiste reiteradamente en este punto, pues, reiteramos, la cuestión esencial consiste en determinar si se ha cumplido el acontecimiento que constituye la condición, puesto que sólo si ha tenido lugar se produce la adquisición del derecho (*art. 1114 CC*).

La motivación expuesta conlleva que se ha de estimar el recurso de apelación principal en su integridad, en la petición formulada en el suplico en primer término, revocando parcialmente la sentencia dictada en la instancia en tal sentido, es decir, integrando en el inventario de los fallecidos D. Rodolfo o y Dña. María Dolores s los bienes señalados con los números 9 y 10 en el hecho sexto de la demanda.

CUARTO.- Por el contrario, no podemos admitir el recurso de apelación planteado por el impugnante, que pretende la inclusión en el citado inventario de una suma de 92.846, 99 euros, siendo de confirmar este pronunciamiento de la sentencia impugnada.

Es cierto que un letrado de los actores remitió el fax de 6 de febrero de 2003, aportado en el juicio oral por el letrado del demandado, y que tal documento se puede aceptar

como auténtico, en el sentido de que se consignó aquella cifra monetaria como integrante de las cuentas.

Pero dicho fax se envía extrajudicialmente, y como pone de relieve el propio impugnante, tal cantidad se señala en el curso de unas negociaciones previas hasta este litigio, sin que necesariamente vincule a los actores en el caso de que se impetre una acción judicial para la fijación del inventario, pues no se deduce de manera indubitada que haya existido un reconocimiento de la existencia de tal suma dineraria en las cuentas bancarias, ni se puede considerar como un acto propio concluyente contra el cual no es válido actuar.

Por otro lado, frente a las declaraciones de los testigos, que, por lo demás, a pesar de lo que sostiene el impugnante, una vez visionado el CD, no tienen esa virtualidad que les concede, deben primar los certificados remitidos por la Caja Vital en los que aparece la suma que fijaron los demandantes y que se consigna en la sentencia recurrida.

Además, el Juzgador razonablemente ha considerado que no se ha acreditado que se detrajera cantidades de las cuentas y el impugnante no ha combatido eficazmente dicho pronunciamiento fáctico, puesto que no descubrimos ningún error en tal valoración de la prueba.

En fin, esta Sala no reconoce como cantidad a repartir la pretendida por el apelante consignada en el mencionado fax, por las razones expuestas, y no se debe esperar a ninguna labor investigadora del Contador o de los peritos. La LEC no aclarará exactamente cuando se debe solicitar a las Cajas la documentación, pero es diáfano que el momento procesal oportuno para fijar el inventario es éste, que resuelve la sentencia apelada, y, por ello, las partes litigantes deben aportar la prueba correspondiente o eventualmente solicitarla del Juzgado en orden a establecer tal inventario, sin que se pueda diferir a un momento procesal posterior, no pudiéndose alegar ninguna indefensión, puesto que la Ley Adjetiva es clara en tal sentido, y lo que está aún más diáfano es que no se contempla ninguna labor investigadora del Contador o de los peritos, que precisamente han de partir de los bienes fijados en el inventario acordado por las partes de común acuerdo o en su caso establecido judicialmente(por todos *art. 785.1 LEC* con relación al *art. 794.4 LEC*).

En base a las razones expuestas, se ha de rechazar esta impugnación, confirmándose en este pronunciamiento la sentencia apelada.

QUINTO.- No procede pronunciamiento sobre las costas del recurso de apelación principal, *ex. art. 398.2 LEC*, al haberse estimado íntegramente dicho recurso de apelación.

Las costas de la impugnación de la sentencia, por el contrario, se han de imponer a la parte impugnante, conforme al *artículo 398.1 con relación al artículo 394.1, ambos LEC*, al haberse desestimado íntegramente este recurso adhesivo.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Jesús Arrieta Vierna, en nombre y representación de Dña. María Esther r, D. Juan Francisco o y D. Germán n y de D. Luis Pedro o, Dña. Diana a, y desestimando íntegramente la impugnación formulada por el Procurador D. Jesús Calvo Barrasa, en nombre y representación de D. Carlos Alberto o, frente a la sentencia número 324/03, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Vitoria- Gasteiz, en los autos de división de la herencia número 702/ 03, el día 24 de diciembre de 2003, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido de incluir igualmente en el inventario de la herencia de D. Rodolfo o y Dña. María Dolores s las partidas 9 y 10 descritas en los folios 4 y 5 de las presentes actuaciones, sin especial pronunciamiento sobre las costas del recurso de apelación principal y con condena en las costas de la impugnación de la sentencia a la parte impugnante de la misma.

Frente a la presente resolución no cabe interponer recurso ordinario de clase alguna.

Con certificación de esta sentencia remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.