

Roj: **STS 3274/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:3274**Id Cendoj: **28079110012011100323**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/05/2011**Nº de Recurso: **138/2008**Nº de Resolución: **355/2011**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 15743/2007,**
STS 3274/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Mayo de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 81 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente, el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de Dª Lourdes , Dª Soledad y Dª Bárbara ; siendo parte recurrida el Procurador D. Enrique Hernández Tabernilla en nombre y representación de D. Jose Carlos , Dª Guillerma y D. Adolfo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador D. Enrique Hernández Tabernilla, en nombre y representación de D. Jose Carlos , Dª Guillerma y D. Adolfo , interpuso demanda de juicio ordinario contra la herencia yacente o comunidad hereditaria de D. Eladio y sus instituidas herederas testamentarias Dª Lourdes , Dª Soledad y Dª Bárbara y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se acuerde lo siguiente: 1.- Respecto al Piso NUM000 , letra NUM001 con acceso por la CALLE000 nº NUM002 de Madrid, finca registral NUM003 de Registro de la Propiedad nº 6 (hoy núm. 28) de Madrid; a la plaza de garaje NUM004 y a los trasteros NUM005 y NUM006 de la planta de NUM005 sótano del edificio sito en Madrid, CALLE001 nº NUM007 , con vuelta a la de CALLE000 nº NUM008 y NUM002 : A) Que se declare y reconozca la propiedad de la dos terceras partes del citado Piso NUM000 , letra NUM001 , con acceso por CALLE000 nº NUM002 , escrituradas a favor de Eladio mediante escrituras públicas de 26 de diciembre de 1.975 y 23 de noviembre de 1.976; así como la citada plaza de garaje nº NUM004 y las dos terceras partes de los citados trasteros nº NUM005 y NUM006 , escriturados a favor de Eladio también mediante dichos documentos públicos, como propiedad, por mitad e iguales partes, del haber o patrimonio hereditario de los finados D. Jose Carlos y su esposa Dña. Eugenia , ordenando que su posesión quede en favor de las mismas, y condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y por las consecuencias inherentes a la misma, acordando cancelar, anular o modificar, como corresponda, las inscripciones registrales causadas con dichas escrituras públicas e, incluso, ordenar el otorgamiento de los documentos públicos que fueren necesarios o, en su caso, hacerlo el propio Juzgado, y ello, o bien declarando que las compraventas realizadas en las citadas escrituras públicas, constituyen una simulación relativa subjetiva, por ser el verdadero comprador D. Jose Carlos y no su hijo Eladio y, en consecuencia, declarando la validez del contrato disimulado, en el sentido de que el verdadero comprador lo fue D. Jose Carlos , quien adquirió bajo el régimen económico matrimonial de gananciales, o bien, declarando que dichas compraventas constituyeron parte de un negocio fiduciario y, en consecuencia, procede retomar o reconocer la propiedad al verdadero propietario; o con los fundamentos jurídicos y demás



cuestiones que en su caso procedan. B) Subsidiariamente, para el caso de no considerar como propiedad de las citadas herencias yacentes lo anteriormente solicitado, interesamos que se declare la nulidad relativa de las compraventas otorgadas mediante escrituras públicas de 26 de Diciembre de 1.975 y 23 de Noviembre de 1.976, por simular una compraventa a favor de D. Eladio , cuando en realidad se trató de una compraventa a favor de la sociedad de gananciales de D. Jose Carlos y su esposa, y una simultánea donación de éstos a su hijo común Eladio y, en consecuencia se declare nulo el contrato simulado, (la compraventa a favor del citado Eladio) y, a su vez, válidos los contratos disimulados y verdadera compraventa a favor de la sociedad de gananciales D Jose Carlos y su esposa y la simultánea donación de éstos a su hijo Eladio) Y así mismo, en tal caso, también solicitamos que se declaren el carácter colacionable de dichas donaciones "disimuladas", por mitad e iguales partes, en la herencia de dichos padres causantes, ordenando traer a sus herencias el valor de dichas propiedades al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, a fin de computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. 2.- Respecto al Piso NUM009 , letra NUM010 con acceso por la CALLE001 nº NUM007 de Madrid, Finca registral NUM011 del Registro de la Propiedad nº 6 (hoy núm. 28) de Madrid, y a la Plaza de Garaje nº NUM012 de la planta de NUM005 sótano del edificio sito en Madrid, CALLE001 nº NUM007 , con vuelta a la de CALLE000 nº NUM008 y NUM002 : Que se declare la nulidad relativa de los contratos de compraventa del citado Piso NUM000 , letra NUM010 , con acceso por CALLE001 nº NUM007 y la Plaza de Garaje nº NUM012 , escriturados a favor de D. Eladio mediante las Escrituras Públicas de 26 de Diciembre de 1.975, 23 de Noviembre de 1.976 y 21 de Noviembre de 1.986, declarándose la nulidad de los contratos simulados y, a su vez, la validez de las donaciones disimuladas, y declarándose también, el carácter colacionable de dichas donaciones por mitad e iguales partes en la herencia de los causantes D. Jose Carlos y Dña. Eugenia , ordenando traer a dichas herencias el valor de dichos inmuebles al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, a fin de computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición, y condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y por las consecuencias inherentes a la misma, acordando cancelar, anular o modificar, como corresponda, las inscripciones registrales causadas con dichas escrituras públicas e, incluso, ordenar otorgar los documentos públicos que fueren necesarios, o en su caso hacerlo el propio Juzgado, y con todo lo demás que en su caso proceda.

2.- El procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de D^a Lourdes y D^a Soledad y D^a Bárbara , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia que tenga por opuestos, por las razones que se señalan, a todos y cada uno de los pedimentos de contrario formulados, de los que interesamos ser absueltos, con expresa solicitud de condena en costas a la actora . Y formulando demanda reconventional, alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando se dicte sentencia por la que se acepte la reconvenición planteada, se condene a los reconvenidos a efectuar, cada uno de ellos la correspondiente colación del valor de los bienes que les han sido entregados gratuitamente, y con su inclusión en el caudal relicto se declare se han de practicar las operaciones particionales consiguientes al fallecimiento de los esposos, padres y abuelos de reconvenidos y reconvinientes, respectivamente. Se solicita igualmente la rendición de cuentas y entrega de rentas a que se alude y se razona en la primera parte de la reconvenición.

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 81 de Madrid, dictó sentencia con fecha 27 de abril del 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: 1º Estimar la demanda promovida por D. Jose Carlos , D^a Guillerma y D. Adolfo , contra D^a Lourdes , D^a Soledad y D^a Bárbara y, en consecuencia: 1.- En relación a los dos terceras partes proindiviso del piso NUM000 , letra NUM001 , con acceso por la CALLE000 nº NUM002 de Madrid, finca registral NUM003 del Registro de la Propiedad nº 6 (hoy número 28) de Madrid, dos terceras partes proindiviso de los trasteros NUM005 y NUM006 y plaza de garaje núm. NUM004 : A) Declaro que las dos terceras partes del citado piso NUM000 , letra NUM001 , con acceso por la CALLE000 nº NUM002 de Madrid, escrituradas a favor de D. Eladio , mediante escrituras públicas de 26 de Diciembre de 1975 y 23 de Noviembre de 1976, así como la citada plaza de garaje treinta y las dos terceras partes de los trasteros dos y tres, escriturados a favor de D. Eladio , mediante dichos documentos públicos, son bienes propiedad por mitad e iguales partes del haber o patrimonio hereditario de los finados D. Jose Carlos y su esposa D^a Eugenia , cuya posesión deberá quedar a favor de la citada comunidad hereditaria, declarando que el verdadero comprador de dichas compraventas lo fue Jose Carlos , quien adquirió bajo el régimen económico matrimonial de gananciales. B) Condeno a las demandadas D^a Lourdes , D^a Soledad y D^a Bárbara , herederas de D. Eladio a estar y pasar por esta declaración. C) Ordeno la inscripción en el Registro de la Propiedad de esta sentencia, con cancelación de aquellas otras inscripciones que fueran contradictorias. 2.- En relación al piso NUM000 , letra NUM010 , con acceso por la CALLE001 nº NUM007 de Madrid, finca registral NUM011 del Registro de la Propiedad nº 6 (hoy número 28) de Madrid. A) Declaro la nulidad relativa de los contratos de compraventa del citado Piso NUM000 , letra NUM010 , con acceso por la CALLE001 nº NUM007 , escriturados a favor de D. Eladio mediante escrituras públicas de 26 de Diciembre de 1975, 23 de Noviembre de 19876 y 21 de Noviembre



de 1986, declarándose la nulidad de los contratos de compraventa simulados y, a su vez, la validez de la donación disimulada. B) Declaro, también, el carácter colacionable de dicha donación en su día hecha a D. Eladio , por mitad e iguales partes, en la herencia de los causantes D. Jose Carlos y D^a Eugenia ordenando traer a dichas herencias el valor de dicho inmueble al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, a fin de computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. 3.- En la plaza de garaje n^o NUM012 de la planta de NUM005 sótano de edificio sitio en Madrid, CALLE001 n^o NUM007 , con vuelta a la CALLE000 n^o NUM008 y NUM002 : A) Declaro que existió una disposición patrimonial a título gratuito a favor de D. Eladio por parte de sus padres. B) Declaro, también, el carácter colacionable de dicha disposición en su día hecha a D. Eladio , por mitad e iguales partes, en la herencia de los causantes D. Jose Carlos y D^a Eugenia , debiendo también traerse a dicha herencia el valor de dicho inmueble (plaza de garaje) al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, a fin de computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. 4.- Absuelvo a D^a Lourdes , D^a Soledad y D^a Bárbara de cuantas otras pretensiones ejercitadas de contrario. 2^o) Estimar parcialmente la pretensión reconvencional promovida por D^a Soledad y D^a Bárbara , contra D. Jose Carlos , D^a Guillerma y D. Adolfo , y, en consecuencia: A) En relación al apartamento en la CALLE002 n^o NUM013 de Madrid, finca registral n^o NUM014 del Registro de la Propiedad núm. 1 de Madrid. 1) Declaro que existió un contrato de compraventa simulado, que encubrió una válida donación disimulada. 2) Declaro el carácter colacionable de dicha donación a D. Adolfo , por mitad e iguales partes, en la herencia de los causantes D. Jose Carlos y D^a Eugenia , ordenando traer a dichas herencias el valor de dicho inmueble al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, a fin de computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. B) En relación a la vivienda sita en la CALLE003 n^o NUM015 , portal NUM001 , piso NUM016 , finca registral n^o NUM017 del Registro de la Propiedad n^o 14 de Madrid, declaro el carácter colacionable de la donación que D. Jose Carlos y su esposa hicieron a D^a Guillerma por escritura pública de fecha 13 de Noviembre de 1987, por mitad e iguales partes, en la herencia de los causantes D. Jose Carlos y D^a Eugenia , ordenando traer a dichas herencias el valor de dicho inmueble al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, a fin de computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. C) En relación a la vivienda sita en la URBANIZACIÓN000 de Majadahonda, piso NUM005 , número NUM016 , tipo NUM010 , del bloque NUM010 : 1.- Declaro que el importe total de las cantidades que entregó D. Jose Carlos a la Cooperativa, para la adquisición de la vivienda, y de la que resultó beneficiada D^a Guillerma , fue equivalente a 1.755.568 ptas. (10.551,18 euros), lo que ha de considerarse como donación en metálico. 2.- Declaro el carácter colacionable de dicha donación en metálico a D^a Guillerma por importe de 1.755.568 ptas. (10.551,18 euros), por mitad e iguales parte, en la herencia de los causantes D. Jose Carlos y D^a Eugenia , ordenando traer a dichas herencias el valor actualizado que corresponda a dicha suma dineraria al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, a fin de computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. D) En relación al piso NUM018 de la casa n^o NUM000 de la CALLE004 de la Coruña y la plaza de garaje n^o NUM019 : 1.- Declaro que D. Jose Carlos y su esposa donaron a D. Jose Carlos 5.000.000 ptas. para la adquisición del piso NUM018 de la casa n^o NUM000 de la CALLE004 de la Coruña y la plaza de garaje n^o NUM019 . 2.- Declaro el carácter colacionable de dicha donación en metálico a D. Jose Carlos por importe de 5.000.000 ptas. (30.050,61 euros), por mitad e iguales parte, en la herencia de los causantes en la herencia de los causantes D. Jose Carlos y D^a Eugenia , ordenando traer a dichas herencias el valor actualizado que corresponda a dicha suma dineraria al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, a fin de computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. E) Condono a D. Adolfo a que dé cumplida y periódica información semestral a D^a Soledad y D^a Bárbara de los ingresos y gastos que genera la vivienda sita en la c/ CALLE000 n^o NUM002 , NUM020 , de Madrid, sin que proceda la condena a entregar saldo alguno a las reconvinentes. D) Absuelvo a D. Jose Carlos , D^a Guillerma y D. Adolfo de cuantas otras pretensiones ejercitadas de contrario. Todo ello con expresa imposición a D^a Lourdes , D^a Soledad y D^a Bárbara de las costas originadas por el ejercicio de la demanda principal y sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas por el ejercicio de la pretensión reconvencional.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D^a Lourdes , D^a Soledad y D^a Bárbara , la Sección 19^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 12 de noviembre de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuestos por la representación procesal de D^a Bárbara , D^a Soledad y D^a Bárbara , contra la sentencia dictada con fecha 27 de Abril 2007 en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 81 de los de Madrid bajo el núm. 950/2006, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia , con expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte apelante.*

TERCERO .- 1.- El procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de D^a Lourdes y D^a Soledad , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:**
PRIMERO .- Infracción por inaplicación indebida del artículo 1035 del Código civil . **SEGUNDO** .- Infracción por interpretación errónea del artículo 1035 del Código civil. **TERCERO** .- Infracción por no aplicación del artículo 1036 del Código civil .



- 2.- Por Auto de fecha 7 de julio de 2010 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.
- 3.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Enrique Hernández Tabernilla en nombre y representación de D. Jose Carlos , D^a Guillerma y D. Adolfo , presentó escrito de impugnación al recurso de casación interpuesto de contrario.
- 4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de mayo del 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los hechos en los que se basa el proceso, que jurídicamente es un tema de imputación de bienes y de colación en el patrimonio hereditario de unos determinados causantes ya fallecidos año ha, son los siguientes, tal como vienen recogidos como probados o más bien admitidos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19^a, de 12 de noviembre de 2007 , objeto del presente recurso de casación.

D. Jose Carlos , que ejercía como notario en Almería, junto a dos compañeros decidieron trasladarse juntos, como notarios, a Madrid y compraron por terceras e iguales partes, cada uno de ellos, dos pisos contiguos en dicha capital, para montar en ellos la notaría, pisos pertenecientes a un mismo edificio, pero con diferente acceso, en la CALLE000 , NUM002 y CALLE001 NUM007 , cada uno de los referidos notarios compró también una parcela de garaje en el mismo edificio y también, entre todos ellos, a terceras partes dos trasteros unidos con el fin de dedicarlos a archivo de la notaría, actuando en las cinco escrituras públicas de adquisición de los referidos bienes, Don Jose Carlos en su propio nombre y derecho y como apoderado de sus otros dos compañeros; éstos deciden finalmente no trasladarse a Madrid y venden, en escrituras públicas de 26 de Diciembre de 1975 y 23 de Noviembre de 1976, sus participaciones indivisas de dos terceras partes en los dos pisos y en los dos trasteros, así como su parcela de garaje, a Don Jose Carlos , que sí se traslado como Notario a Madrid, quien los escritura a nombre de su hijo pequeño Don Eladio , por motivos fiscales, dado que no quería constar como titular de toda la propiedad de los dos pisos, los dos trasteros y las tres plazas de garaje, constando aparentemente como comprador el referido Don Eladio , que entonces vivía con sus padres, era soltero y estudiante, sin desarrollar actividad alguna y sin ningún tipo de ingresos, careciendo de capacidad económica. Quien pagó el precio fue Don Jose Carlos , que seguía constando únicamente como titular de una tercera parte de los dos pisos y los dos trasteros y de la plaza de garaje. Don Jose Carlos y su esposa, Doña Eugenia , decidieron donar íntegramente a su hijo Don Eladio el CALLE001 , n^o NUM007 , en 21 Noviembre de 1986, Don Eladio había contraído matrimonio el 13 de Julio de 1984 con Doña Lourdes , codemandada, habiendo vivido desde entonces en dicho piso. Para materializar dicha donación aquéllos otorgaron escritura pública en la fecha indicada, por la cual transmiten mediante una simulación de compraventa a Don Eladio su tercera parte indivisa, de forma que con las otras dos terceras partes ya compradas a nombre del mismo , concurriese en éste la plena propiedad, señalándose como precio el de 1.300.000 ptas., de forma puramente simbólica y nunca pagado por Don Eladio , que seguía careciendo de capacidad económica al efecto. Don Eladio vivió en dicho piso con su familia durante varios años y como propietario que era, por donación de su padre, lo vendió mediante documento privado el 30 de Julio de 1992, elevado a público el 22 de Octubre de 1992. En cuanto al piso de CALLE000 , NUM002 , constaban dos tercios a nombre de su hijo Don Eladio , sin embargo así como aquéllos en el año 1986 terminaron donando el CALLE001 , NUM007 , a su hijo Eladio , no hicieron lo mismo con el piso de CALLE000 .

Fallecidos aquéllos, los padres, y fallecido también D. Eladio , los hermanos don Jose Carlos , doña Guillerma y don Adolfo formulan demanda contra su cuñada doña Lourdes y las hijas de éste (habidas del matrimonio con don Eladio) doña Soledad y doña Bárbara , interesando que se declare que la propiedad de las dos terceras partes del piso, plaza de garaje y trasteros en la CALLE000 , NUM002 , de Madrid, corresponden al patrimonio hereditario de don Jose Carlos y su esposa Eugenia , los padres de todos ellos y suegros y abuelos de las demandadas, por ser los verdaderos propietarios y, subsidiariamente, la nulidad relativa por simulación de las compraventas al entonces joven don Eladio y válida la disimulada donación, declarando el carácter colacionable de la misma y respecto al CALLE001 NUM007 , de Madrid y a una plaza de garaje, que se declare la nulidad relativa de los contratos de compraventa simulados y la validez de las donaciones disimuladas y el carácter colacionable de las mismas en la herencia de los citados padres.

Los demandados se opusieron a la demanda interesando su desestimación y formularon reconvencción para que, a su vez, se condenara a los demandantes- demandados reconconvencionales a efectuar la colación de una serie de bienes que habían recibido gratuitamente de los padres. Los demandados han recurrido en casación. Los demandantes, demandados en reconvencción, no han recurrido.



La sentencia de primera instancia estimó la demanda, tal como aparece el fallo transcrito literalmente en los antecedentes de hecho; en síntesis declara que piso y anexos de la CALLE000 pertenecen al patrimonio hereditario y en cuanto al piso y anexo de la CALLE001 NUM007 , declara la nulidad de los contratos de compraventa (simulados) a don Eladio y la validez de la donación disimulada, que tiene carácter colacionable. En cuanto a la reconversión, nada se plantea ante esta Sala.

Las demandadas, madre -cónyuge viudo de don Eladio - e hijas han formulado recurso de casación, en tres motivos que no pretenden la desestimación de la demanda, sino: en cuanto al piso CALLE000 que había adquirido su esposo y padre don Eladio , niega el carácter de negocio jurídico fiduciario, reconocen que adquirió en escritura como compraventa las dos terceras partes (de los notarios de Almería que no se trasladaron a Madrid), con donación de sus padres del dinero para ello, que nunca le fue reclamado por ellos o por sus hermanos, es decir, fue una donación de dinero, que debe ser computada como colacionable por su valor real en el momento de formalizarse la partición (motivo primero, por infracción del artículo 1035 del Código civil); en cuanto al CALLE001 que fue adquirido por don Eladio en las mismas escrituras que el anterior, en dos terceras partes (de los mismos notarios de Almería), se trata igualmente de una donación de dinero, que habrá de ser objeto de colación (motivo segundo, por infracción del mismo artículo 1035) y en relación a la donación que recibió de sus padres del tercio restante (en compraventa simulada) debe ser su valor traído a colación, en principio, pero como revistió la forma de escritura pública de compraventa, ello implica una exclusión de la colación, ya que se revela la voluntad del aparente vendedor (donante) de dispensar la colación. (Motivo tercero, por infracción del artículo 1056 del Código civil).

SEGUNDO .- Expuesta la relación fáctica, procede exponer la cuestión jurídica, la que es relativa a dos extremos, el de la donación y el de la colación.

La *donación* que aquí se ha producido, tal como se desprende de los hechos, no es la de inmuebles. El padre y la madre (no olvidemos que el matrimonio viene sujeto al régimen económico-matrimonial de gananciales) no donan dos tercios de los respectivos pisos-plazas de garaje y trasteros (de las CALLE000 y CALLE001) sino que hacen donación del dinero a su hijo Eladio , estudiante y sin recursos económicos, para que compre y pague a los dos notarios de Almería que no se da trasladaron a Madrid los tercios de cada uno en aquellos. Es decir, como principio: cuando una persona, los padres, generalmente, en la práctica, entregar el dinero para que el hijo compre una cosa, no le hacen donación de ésta, sino que hacen donación del dinero. Sería un contrasentido que en un momento dado, después de la donación, aquel donante o sus herederos (éste es el caso) pretendiera que se declarase que aquella cosa es suya y se incorporara a su patrimonio.

Por tanto, no hay negocio fiduciario, ni negocio simulado (el fiduciario es realmente simulado, tanto más cuando no consta en parte alguna el pacto de fiducia), ni nunca lo hay cuando, insistimos, una persona (el hijo, normalmente) compra algo, cuyo dinero le ha donado otra (los padres). Es donación de éste, claramente, sin simulación alguna.

Todo lo anterior es aplicable a los dos tercios de los pisos y anexos de CALLE000 y de CALLE001 . En cuanto al primero, parece ser extraño ya que don Eladio nunca lo poseyó, pero no olvidemos que el padre, notario de profesión, nunca en vida quiso modificar la titularidad del hijo sobre el mismo. En cuanto al segundo, es clara la titularidad de los dos tercios, a lo que se añade la donación (mediante compraventa simulada que disimula aquélla) del tercio restante que sí pertenecía a los padres, en fecha 21 de noviembre de 1986, y más tarde, en 1992, don Eladio lo vendió, entero, a tercero.

La *colación*, tal como la contempla el artículo 1035 del Código civil , la ha estudiado la doctrina y desarrollado la jurisprudencia (así, sentencias de 17 de diciembre de 1992 , 21 de abril de 1997 , 15 de febrero de 2001 , 24 de enero de 2008) es la adición intelectual al activo hereditario que hacen los legitimarios, del valor de los bienes que han recibido del causante a título gratuito. La colación lleva a una menor participación en la herencia, que será equivalente a lo que recibió gratuitamente en vida del causante, lo que, desde luego no evita las operaciones de computación e imputación que prevén los artículos 818 y 819 del Código civil .

El modo de practicar la colación, como operación no tanto de la partición sino como previa a la misma, es por adición contable a la masa hereditaria del valor de los bienes donados (como dice literalmente la sentencia de 17 de diciembre de 1992), cuyo valor será el del momento de la partición, como dice el artículo 1045 del Código civil (así, sentencia de 8 de julio de 1995 y las más recientes de 14 de diciembre de 2005 , 18 de octubre de 2007).

TERCERO .- Procede, a continuación, entrar en el análisis de recurso de casación interpuesto por las demandadas, destacando ante todo, que no se plantean en el mismo cuestiones fácticas que no son admisibles en el mismo, sino cuestiones de calificación jurídica que deben ser resueltas por esta Sala, partiendo de lo expuesto en el fundamento anterior. Por otra parte, en el recurso aparece el contrasentido de plantear un tipo de colación contrario a lo resuelto por las sentencias de instancia y, sin embargo, en el suplico



del recurso se pide la desestimación de la demanda, sin hacer salvedad alguna y haciendo una contradicción con lo expuesto.

El primer motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 1035 del Código civil sobre colación hereditaria en relación con las dos terceras partes del piso, trasteros y plaza de garaje de la CALLE000 número dieciocho que fueron adquiridas por don Eladio (ya fallecido, esposo de doña Bárbara y padre de sus dos hijas, todas recurrentes) en sendas escrituras públicas de compraventa, a los notarios de Almería. En la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial confirmando la de primera instancia, se declara que son bienes de haber hereditario de los padres del mismo, don Jose Carlos y doña Eugenia y que éstos fueron los verdaderos compradores. En el desarrollo del motivo se mantiene que aquella adquisición lo fue por don Eladio con dinero recibido a título gratuito de sus padres, como donación y su titularidad se mantuvo durante toda la vida de éstos y, a su muerte, nada se dijo en los testamentos; se niega la calificación de negocio jurídico fiduciario y está conforme en que el dinero recibido para la compra es objeto de donación y debe traerlo a colación en la partición del patrimonio hereditario de sus padres.

El motivo debe ser estimado. Ciertamente, no hay negocio fiduciario ni puede deducirse de los hechos probados, ni tampoco simulación; aunque sentencias de esta Sala han calificado de negocio simulado el que se entendía como fiduciario (sentencias de 15 de junio de 1999 , 23 de julio de 2004 , 2 de julio de 2009) como realmente es lo que en este caso podría derivarse de los hechos, ya se ha dicho que no hubo simulación de la persona del adquirente en la compraventa de inmueble, sino donación pura y simple del dinero (sin simulación alguna). Por lo cual es claro, como reconocen las recurrentes, esposa e hijas de don Eladio , que deben a traer a colación el dinero de aquella compra por su valor actualizado al tiempo de hacerse la partición, conforme al artículo 1045 del Código civil .

CUARTO .- El segundo motivo del recurso plantea análoga cuestión sobre el piso de la CALLE001 NUM007 y plaza de garaje, aunque no sea idéntica la calificación ni tampoco la resolución dada por las sentencias de instancia. Se denuncia la infracción del artículo 1035 del Código civil y se muestra la sorpresa de que cuestiones análogas hayan querido solución distinta en la sentencia recurrida. En efecto, en ésta se declara la nulidad de los contratos de compraventa que aquel piso y garaje, en que don Eladio fue comprador y los dos notarios de Almería vendedores de un tercio cada uno, se declara la nulidad de tales contratos "simulados y, a su vez, la validez de la donación disimulada" (sic) y se declara colacionable la donación del tercio restante y de la plaza de garaje hecha por sus padres.

En el desarrollo del motivo se mantiene, como en el motivo anterior, que no hubo simulación alguna, sino que se donó el dinero y que éste es el que debe ser traído a colación.

El motivo debe ser igualmente estimado. Debe repetirse aquí lo dicho al resolver el motivo anterior. No se dio compraventa simulada ni donación de los dos tercios del piso; los padres le hicieron a don Eladio donación del dinero para comprar el piso y ello es lo que tiene que colacionarse, el dinero, no los dos tercios del inmueble.

Pero en el caso del piso de la CALLE001 hay algo que lo diferencia de la anterior (además de la resolución de la instancia, claro es). Un tercio de la misma sí fue objeto de donación por parte de sus padres, donación probada que fue hecha bajo un simulado contrato de compraventa que disimulaba aquélla. Se hace abstracción de la doctrina jurisprudencial de la nulidad de la donación disimulada bajo una compraventa simulada en escritura pública, mantenida a partir de la sentencia del pleno de esta Sala de 11 de enero de 2007 , ya que en ningún momento ha sido planteada ni se ha hecho alusión a ello. Por tanto, la donación del tercio del inmueble, es decir, del valor del mismo debe ser llevado a colación.

QUINTO .- El tercer motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 1036 del Código civil que contempla la dispensa de la colación. Se mantiene que la donación del tercio del piso y de la plaza de garaje referida al final del fundamento anterior, fue objeto de la dispensa de colación, por razón de que la donación se realizó bajo simulación de compraventa y ello comporta una exclusión de la colación.

El motivo se desestima. La dispensa de la colación tiene naturaleza negocial y su contenido es la voluntad del donante de que no se colacione, lo que no implica que se evite la imputación y la atribución que conforman la legítima (sentencias de 21 de abril de 1990 , 19 de mayo de 2008). La voluntad de dispensar la colación ha de ser manifestada expresamente, con expresiones claras e indudables y se puede acordar en cualquier tiempo, tanto en el propio texto del contrato de donación o posteriormente, en otro acto *inter vivos* o en el propio testamento.

Lo que es claro es que la donación hecha en escritura de compraventa simulada, ello NO debe entenderse como dispensa de la colación, ni hay ningún argumento jurídicamente serio que abone tal posición.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de D^a Lourdes , D^a Soledad y D^a Bárbara contra la sentencia dictada por la Sección 19^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 12 de noviembre de 2007 que anulamos parcialmente.

Segundo .- Anulamos el apartado primero de la sentencia dictada en primera instancia, confirmada por la sentencia recurrida y en su lugar:

* Se declara colacionable en los patrimonios hereditarios de don Jose Carlos y de doña Eugenia el valor actualizado del dinero que recibió como donación don Eladio para la compra de dos tercios del piso, trasteros y plazas de garaje de la CALLE000 número NUM002 .

* Se declara igualmente colacionable el valor actualizado del dinero recibido como donación el mismo don Eladio , para la compra de dos tercios del piso de la CALLE001 número NUM007 .

* Se declara colacionable el valor actualizado al tiempo de la partición de la tercera parte del piso y del total de la plaza de garaje de la CALLE001 número NUM007

* Se rechazan las demás pretensiones de la demanda respecto a las demandadas .

Tercero .- Respecto a las costas, no se hace condena en las causadas por este recurso de casación; tampoco en las de primera instancia, ni en las del recurso de apelación en cuanto a la demanda. Se mantiene lo resuelto sobre las costas en las sentencias de instancia, en cuanto a la reconvención, no objeto de esta casación.

Cuarto .- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Xavier O'Callaghan Muñoz .- Jose Antonio Seijas Quintana.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Rubricados.**- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.