



Roj: **SAP M 18377/2015 - ECLI: ES:APM:2015:18377**

Id Cendoj: **28079370122015100417**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **30/12/2015**

Nº de Recurso: **556/2013**

Nº de Resolución: **461/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE LUIS DIAZ ROLDAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 18377/2015,**  
**STS 1634/2019**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Duodécima

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933837

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2013/0009519

**Recurso de Apelación 556/2013**

**O. Judicial Origen:**Juzgado de 1ª Instancia nº 86 de Madrid

**Autos de Procedimiento Ordinario 1639/2012**

**DEMANDANTE/APELANTE/APELADO:** D. Jorge

**PROCURADOR:** Dª ANA LEAL LABRADOR

**DEMANDADOS/APELANTES/APELADOS:** Dª Daniela /

Dª Gracia y HERENCIA YACENTE DE D. Onesimo

**PROCURADOR:** Dª BLANCA MURILLO DE LA CUADRA / D. ÁLVARO ROMAY

PÉREZ

**S E N T E N C I A N º 461 DE 2015**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. JOSÉ LUIS DÍAZ ROLDÁN**

**D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA**

**D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO**

En MADRID, a treinta de diciembre dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, integrada por los Sres. Magistrados indicados al margen, los Autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**núm. **1.639/2012**, procedentes del JDO. DE 1ª INSTANCIA N° 86 de MADRID, a los que ha correspondido el **Rollonúm.556/2013**, en los que aparecen como partes apelantes **DON Jorge**, representado por la procuradora DOÑA ANA LEAL LABRADOR; **DOÑA Daniela**, representada por la procuradora DOÑA BLANCA MURILLO DE LA CUADRA; y **Dª Gracia y HERENCIA YACENTE**



**DE D. Onesimo** , representadas por el procurador DON ÁLVARO ROMAY PÉREZ; y como apeladas las mismas partes litigantes respecto de los recursos de apelación formulados de contrario. Es Magistrado Ponente el Ilmo. **Sr. DON JOSÉ LUIS DÍAZ ROLDÁN** , que expresa el parecer de La Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que, con fecha 1 de abril de 2013, se dictó sentencia en primera instancia en cuyo fallo se recogía: "Que desestimando la demanda formulada por la procuradora Ana Dolores Leal Labrador, en nombre y representación de Jorge , contra herencia yacente de Don Onesimo ; Gracia , a quien representa el procurador Álvaro Romay Pérez, y Daniela , comparecida bajo la representación de la procuradora Blanca Murillo de la Cuadra, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones contra ellos deducidas, todo ello sin especial pronunciamiento en costas".

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, por la representación procesal de la parte demandante, don Jorge , así como de las partes demandadas, doña Gracia , Herencia Yacente de don Onesimo y doña Daniela , se presentaron los respectivos escritos interponiendo en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido, con traslado por 10 días a las demás partes para que en 10 días formularas escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable.

**TERCERO.-** Seguido el recurso por todos sus trámites, se señaló para la celebración de la votación y fallo.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia, debido a la extrema complejidad que presentaba la cuestión litigiosa planteada.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos de derecho ni el fallo de la sentencia apelada que sustituyen por los de esta resolución.

**PRIMERO.-** Por la representaciones procesales de don Jorge , así como de las partes codemandadas, doña Gracia , en nombre propio y en representación de la Herencia Yacente de don Onesimo , y doña Daniela se interponen sendos recursos de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 86 de Madrid, núm. 69/2013, de 1 de abril, que desestima la demanda formulada, absolviendo a los demandados de sus pedimentos, sin hacer imposición de costas.

Versa la litis sobre la pretensiones contenidas en la demanda de la declaración nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales practicada por la viuda, doña Gracia , así como la condena de las demandadas al pago de la legítima estricta por importe de 2.480.606,32 ?. La sentencia apelada desestima dichas pretensiones al considerar que, de acuerdo con las facultades otorgadas por el causante a su cónyuge en el testamento otorgado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 831 del Código Civil , ésta puede realizar la partición y adjudicaciones de la herencia de sus descendientes en el momento que estime oportuno, sin sujeción a plazo, incluso en su testamento, concluyendo que el actor deberá esperar como tiempo límite al fallecimiento de su madre para pretender y adquirir la herencia del padre fallecido, siendo en el momento de partición de la herencia cuando podrá pedir el complemento de legítima, además de su pago y, en su caso, la rescisión de los actos que previene el citado precepto. Igualmente, desestima la petición de nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales realizada, como acto previo a la partición hereditaria, señalando que el cónyuge viudo, además de las facultades concedidas por el artículo 831 del Código Civil , ostenta el carácter de albacea y contador partidario, finalmente indica que la partición del contador partidario tiene carácter unilateral, por lo que no necesita de la intervención ni consentimiento de los herederos.

Por razones de sistemática en la exposición procede iniciar el estudio de los recursos de apelación formulados comenzando por el presentado por la representación procesal de don Jorge .

### **SEGUNDO.- IMPROCEDENCIA DE LA CAUSA DE INADMISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ALEGADA.**

Antes de entrar en el examen del recurso de apelación formulado por don Jorge es necesario resolver sobre la procedencia de la causa de inadmisión del mismo opuesta por la codemandada, doña Gracia , que sustenta en el incumplimiento del artículo 458.2 de la LEC , por cuanto las alegaciones esgrimidas para la impugnación de la sentencia apelada no son sino la reproducción sistemática de las contenidas en demanda formulada, sin ponerla en relación directa con la sentencia que pretende combatir, no incorporando razones que invaliden la expresada resolución,

El artículo 458.2 de la LEC dispone:



*"En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna"*

La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2010, de 9 de diciembre, recurso 201/2007, en un supuesto como el de autos, declaró:

«La interpretación de los presupuestos procesales no puede obstaculizar injustificadamente el derecho del ciudadano a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida ( SSTC 12/2003, 28 de enero ; 59/2003, 24 de marzo ; 168/2003, 29 de septiembre ; 179/2003, 13 de octubre ; 72/2004, 8 de abril ; 134/2005, 23 de marzo ). Debe eludirse cualquier aplicación que sea rigorista o excesivamente formalista o que, por cualquier otra razón, revele una clara desproporción entre los fines pretendidos por la norma y los intereses que se sacrifican, en detrimento del derecho de tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 CE ( SSTC 58/2002, de 11 de marzo ; 12/2003, de 28 de enero ; 27/2003, de 10 de febrero ; 164/2003, de 29 de septiembre ; 177/2003, de 13 de octubre ; 182/2003, de 20 de octubre ; 182/2004, de 2 de noviembre ; 134/2005, de 23 de marzo ). De ahí que haya de procurarse la subsanación siempre que sea posible, haciendo factible el proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de aquel derecho ( SSTC 45/2002, de 25 de febrero, y 182/2003, de 20 de octubre ). En la ponderación de la relevancia de la irregularidad procesal deben tomarse en cuenta: la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado ( SSTC 45/2002, de 25 de febrero ; 12/2003, de 28 de enero ; 182/2003, de 20 de octubre . SSTC 30 de marzo 2009 ; 25 de mayo de 2010 ) (...) La denegación del recurso solo procede, según el apartado 3 del precepto, en los casos en que la resolución impugnada no fuera apelable o el recurso se preparare fuera de plazo. Por ello esta Sala ha evitado una interpretación excesivamente formalista del artículo 457.2 LEC ( STS 23 de diciembre de 2009 ) y ha entendido que no procede el rechazo de plano, sino que debe procurarse previamente a la denegación del recurso la oportunidad de subsanar ( SSTC 30 de marzo y 15 de julio de 2009 ). Este criterio es acorde con el sostenido por la STC 182/2003, de 20 de octubre ( STS 25 de mayo 2010 )».

Por consiguiente, a tenor de la Doctrina expresada toda causa de inadmisión de un recurso de apelación debe interpretarse de forma restrictiva, pero no es necesario acudir a dicha interpretación para verificar el perfecto cumplimiento procesal del requisito del artículo 358.2 de la LEC en el recurso formulado por don Jorge, pues basta una mera lectura para verificar que contiene múltiples y minuciosas alegaciones para rebatir la sentencia apelada, careciendo de todo sustento la causa de inadmisión opuesta, que, por consiguiente, debe ser rechazada.

#### **TERCERO.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR DON Jorge .**

Muestra el apelante su disconformidad con la sentencia de Instancia, sostiene la intangibilidad de su legítima y su derecho a su exigencia, entendiendo que la sentencia apelada incurre en una errónea interpretación del artículo 831 del Código Civil, considera que el plazo legal o el concedido por el testador al fiduciario no afecta a las legítimas estrictas, por lo que el legitimario puede, una vez abierta la sucesión, exigir la legítima que le corresponda, realizando seguidamente la interpretación que estima correcta del citado precepto y hace mención a la posición doctrinal respecto del mismo. En segundo lugar, sostiene la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada por la viuda doña Gracia, lo que sustenta en la existencia de un autocontrato, con intereses opuestos y la no intervención de los legitimarios, además de que la liquidación practicada vulnera el principio de igualdad cualitativa de los lotes, concurre también causa ilícita, pues se utiliza fraudulentamente la figura del contador-partidor auxiliar, se excluyen bienes y derechos hereditarios, se atribuyen a los bienes inventariados una valoración inferior a la real, y se realizan adjudicaciones excesivas a favor de la viuda, pormenorizando seguidamente cada una de estas cuestiones, a continuación señala el valor que corresponde a los distintos bienes, concluyendo que la cuantía de su legítima estricta es de 2.480.606,32 €, explicando los cálculos efectuados para llegar a esta conclusión.

#### **CUARTO.- HECHOS PROBADOS.**

Antes de entrar en el examen de los distintos motivos de oposición alegados por la parte recurrente, debe hacerse un resumen de los hechos que resultan acreditados de la prueba documental tanto pública como privada obrante en autos.

**Primero.-** El día 12 de marzo de 2010 se produjo el fallecimiento de don Onesimo, quien se encontraba casado con doña Gracia, estando sujeto el matrimonio al régimen legal de la sociedad de gananciales, matrimonio del que nacieron dos hijos.



**Segundo.-** Don Onesimo había otorgado testamento abierto en fecha 6 de julio de 2005, ante el Notario, don Juan Bolás Alfonso (folios 76 a 90 de los autos). Del que son de interés las siguientes disposiciones:

- En la cláusula Primera se indica: *"Lega a su cónyuge doña Gracia , en pleno dominio, el tercio de libre disposición de su herencia, en lo que no se haya aplicado a cubrir donaciones formalizadas en vida por el titular, con cuyo legado quedará también pagada de la cuota legal usufructuaria que le asigna el Código Civil (...)"*.

- En la cláusula Tercera: **caso de que le sobreviva su esposa** -supuesto en que nos ocupa-, se establece:

*"A) De conformidad con el artículo 831 del Código Civil , es voluntad del testador que sea su viuda quien, atendiendo a las circunstancias de la vida en cada momento, a las necesidades de sus hijos, y a su comportamiento, respetando la legítima estricta, realice a favor de sus hijos, mejoras, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio. Se entenderán respetadas las legítimas cuando resulten suficientemente satisfechas aún que lo hayan sido, en todo o en parte, con bienes pertenecientes exclusivamente al cónyuge viudo.*

*Además, el testador, faculta expresamente a su esposa para que pueda hacer la partición hereditaria y adjudicaciones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal, si existieren, y aunque estuviera sin liquidar.*

*Podrá la esposa ejercitar las indicadas facultades sobre todos los bienes integrantes de la herencia del testador, cualquiera que sea su naturaleza, comunes y privativos. Las mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse a favor de uno o de varios hijos, en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. La esposa decidirá siempre el momento oportuno para ejercitar estas facultades que se concederán sin sujeción a plazo, por lo que incluso podrá ejercitarlas en su propio testamento.*

*Si falleciera el cónyuge sin haber hecho uso de las facultades que se le confieren en esta cláusula, la herencia se distribuirá en la forma establecida en la cláusula segunda.*

*Mientras que la esposa no ejercite estas facultades será la administradora de todos los bienes del testador. Dicha administración se extinguirá respecto de aquellos bienes concretos que sean objeto de disposición o adjudicación en favor de un hijo el cual, por el mero hecho de su aceptación, pasará a ser propietario y poseedor de los bienes que la hayan sido atribuidos.*

*B) Con el fin de robustecer aún más la posición de la viuda y en cuanto sea procedente complementarlo, **el testador la nombre albacea** con plenas facultades incluida la de interpretar el testamento.*

*C) **Si el cónyuge viudo considera procedente para la partición de la herencia y la liquidación de la sociedad de gananciales el auxilio de un Contador Partidor** , designa para dicho cargo a los citados don Juan Pedro y don Ángel , conjuntamente y en defecto de alguno de ellos, a don Clemente , que podrán actuar, si se lo solicita, sin plazo de caducidad".*

**Tercero.-** En fecha 21 junio 2010, se otorgó escritura pública de liquidación de sociedad de gananciales a la disolución del matrimonio por fallecimiento de don Onesimo ante el Notario, don Juan Bolás Alfonso, a dicho acto comparecen doña Gracia , don Ángel y don Juan Pedro , actuando la primera en su nombre propio y los dos últimos en su calidad de Contadores Partidores designados por el testador.

**Cuarto.-** En el exponen II de la expresada escritura es del siguiente tenor: *Manifiestan los comparecientes que los bienes relictos a la muerte del causante, todos ellos de carácter ganancial, son los siguientes:*

#### **INVENTARIO**

1.) Piso NUM000 , sito en la DIRECCION000 , de la finca denominada " EDIFICIO000 " , con entradas por la AVENIDA000 , hoy número NUM001 y, por l la CALLE000 , de Madrid, superficie aproximada de 203,56 m2, se le asigna el **valor de 1.050.000 ?** .

2.) Local trastero NUM002 - NUM003 , de la DIRECCION000 , de la finca denominada " EDIFICIO000 " , se le asigna el **valor de 20.000 ?** .

3.) Una participación indivisa de una trescientas cuatroava parte, que da derecho al uso y disfrute de la plaza de garaje NUM004 , en la planta NUM005 de la finca número NUM006 : aparcamiento subterráneo para vehículos número NUM007 , del " EDIFICIO000 " , se le asigna el **valor de 25.000 ?** .

4.) Una participación indivisa de una trescientas cuatroava parte, que da derecho al uso y disfrute de la plaza de garaje NUM008 , en la planta NUM005 de la finca número NUM006 : aparcamiento subterráneo para vehículos número NUM007 , del " EDIFICIO000 " , se le asigna el **valor de 25.000 ?** .



5.) Una participación indivisa de una trescientas cuatroava parte, que da derecho al uso y disfrute de la plaza de garaje NUM009 , en la planta NUM005 de la finca número NUM006 : aparcamiento subterráneo para vehículos número NUM007 , del " EDIFICIO000 ", se le asigna el **valor de 25.000 ?**.

6.) Una participación indivisa de una trescientas cuatroava parte, que da derecho al uso y disfrute de la plaza de garaje NUM010 , en la planta NUM005 de la finca número NUM006 : aparcamiento subterráneo para vehículos número NUM007 , del " EDIFICIO000 ", se le asigna el **valor de 25.000 ?**.

7.) Vehículo Mercedes Benz, modelo S -500, tipo 221, matrícula .... QFT , se le asigna un **Valor de 36.000 ?**.

8.) Cuenta corriente en la entidad banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. número NUM011 , **por importe de 42.516,64 ?**.

9.) Fondo de inversión BBVA AHORRO C.P. II FI, en la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., número de cuenta NUM012 , **por importe de 147.847,25 ?**.

10.) Crédito a favor de la sociedad de gananciales por el importe de las primas abonados para la suscripción y mantenimiento de diversas pólizas de seguros de vida todas ellas suscritas con la entidad de BBVA Seguros S.A de Seguros y Reaseguros/Vida, cuyos números e importe de las primas abonadas en cada caso se especifican a continuación:

1º. Póliza nº - NUM013 = **147.000 ?**.

2º. Póliza nº - NUM014 = **800.000 ?**.

3º. Póliza nº - NUM015 = **50.000 ?**

4º. Póliza nº - NUM016 = **100.000 ?**

5º. Póliza nº - NUM017 = **120.202,42 ?**

6º. Póliza nº - NUM018 = **601.000 ?**

7º. Póliza nº - NUM019 = **151.648 ?**

8º. Póliza nº - NUM020 = **629.000 ?**

9º. Póliza nº - NUM021 = **25.000 ?**

10º. Póliza nº - NUM022 = **147.000 ?**

11º. Póliza nº - NUM023 = **800.000 ?**

12º. Póliza nº - NUM024 = **50.000 ?**

13º. Póliza nº - NUM025 = **100.000 ?**

14º. Póliza nº - NUM026 = **120.202,42**

15º. Póliza nº - NUM027 = **601.000 ?**

16º. Póliza nº - NUM028 = **151.648 ?**

17º. Póliza nº - NUM029 = **629.000 ?**

18º. Póliza nº - NUM030 = **25.000 ?**.

\* **Según se advierte** del Certificado emitido por la entidad BBVA Seguros, obrante al folio 211 de los autos, la prestación por fallecimiento a percibir por los beneficiarios de la póliza nº NUM022 , anteriormente reseñada, **no es de 100.000 ? , sino de 98. 600 ?**.

- El pago de estos los importes debe ser asumido por los dos cónyuges a partes iguales.

Importe total del crédito por el pago de las primas reseñadas es de **5.247.700,84 ?**.

11.) Ajuar, **por un valor global de 5.636,12 ?**.

#### **LIQUIDACIÓN**

El valor global de los bienes inventariados asciende a la **suma 6.649,784 ?**. No existiendo deudas, corresponde dicho valor total por iguales partes a la viuda por su mitad de gananciales y a la herencia, siendo el **valor de cada parte 3.324.850,43 ?**

**ADJUDICACIONES DE BIENES A LA VIUDA EN PAGO DE SUS DERECHOS EN LA DISUELTA SOCIEDAD DE GANANCIALES.**



1. La finca inventariada número 1 **por un valor de 1.050.000 ?**.
2. El local almacén inventariado con el número 2 por un **valor de 20.000 ?**.
3. La plaza de garaje inventaría la con el número 3 por un **valor de 25.000 ?**.
4. La plaza de garaje inventaría la con el número 4 por un **valor de 25.000 ?**.
5. La plaza de garaje inventaría la con el número 5 por un **valor de 25,000 ?**.
6. La plaza de garaje inventaría la con el número 6 por un **valor de 25.000 ?**.
7. El vehículo inventariado con el número 7 por un **valor de 36.000 ?**.
8. La cuenta bancaria inventaría con el número 8 por un **valor de 42.516,64 ?**.
9. El fondo de inversión inventariado con el número 9 por **valor de 147.847,25 ?**.
10. De los créditos para el reembolso de las primas pagadas a cargo de la sociedad de gananciales por razón de las pólizas de seguro con cobertura de fallecimiento inventariadas con el número 10, se adjudica a doña Gracia la cantidad de **1.922.850,42 ?**.
11. El ajuar inventariado con el número 1 por **valor de 5.736,012 ?**.

**Total líquido adjudicado 3.324.850,43 ?**

#### **ADJUDICACIÓN A LA MASA HEREDITARIA**

El resto de los bienes NO adjudicados a la viuda, a saber derechos de reembolso de primas pagadas por razón de las pólizas de seguro con cobertura de crecimiento inventariadas con el número 10, señaladas con el ordinal 1º a 9º, 13º y 15º, en la cantidad restante no adjudicada a la viuda, de **3.324.850, 43 ?**, pasa a integrar el caudal hereditario pendiente de partición.

\* La escritura de liquidación de sociedad de gananciales a la disolución del matrimonio, obra incorporada a los folios 150 a 172 de los autos, a cuyo contenido nos remitimos frente a cualquier discrepancia numérica, que por error material, pueda existir entre lo consignado en este apartado cuarto de hechos probados y aquella, salvo lo dicho respecto a la póliza Póliza nº NUM025 .

**Quinto.-** En fecha 17 de junio de 2011 se otorga por doña Gracia , don Ángel y don Juan Pedro , ante el Notario, don Juan Bolás Alfonso, escritura de rectificación y adición de la liquidación de sociedad de gananciales a la disolución del matrimonio por fallecimiento de don Onesimo , que completa en lo necesario la escritura de 21 junio de 2010, cuyo contenido queda plenamente eficaz en lo no alterado.

En la escritura de rectificación se **procede a la inclusión** en el inventario de los siguientes bienes:

- 1) Vehículo marca Renault, Modelo Laguna, tipo RXE 2.0, matrícula F -... F ., por un **valor de 6000 ?**.
- 2) Los derechos de crédito adquiridos por los cónyuges con anterioridad a la fecha de fallecimiento, como resultado de la devolución de ingresos indebidos por parte de la Comunidad de Madrid en el seno del Impuesto sobre Patrimonio de ambos cónyuges, respecto a los ejercicios 2004, 2005 y 2006, en los expedientes que se enumeran en la expresada escritura, por la cantidad total de **60.659, 04 ?**, cantidad que fue ingresada en la cuenta NUM011 , en fecha 30 de abril de 2010.
- 3) Se rectifica la adjudicación de las pólizas de seguro de vida suscritas con la entidad BBVA Seguros S.A. de Seguros y Reaseguros/Vida, en la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales adjudicaban a doña Gracia por su mitad de gananciales, debiendo adjudicarse a la masa hereditaria las siguientes:
  - 4º. Póliza nº - NUM016 = **100.000 ?**
  - 10º. Póliza nº - NUM022 = **147.000 ?**
  - 11º. Póliza nº - NUM023 = **800.000 ?**
  - 12º. Póliza nº - NUM024 = **50.000 ?**
  - 13º. Póliza nº - NUM025 = **100.000 ?**
  - 14º. Póliza nº - NUM026 = **120.202,42**
  - 15º. Póliza nº - NUM027 = **601.000 ?**
  - 16º. Póliza nº - NUM028 = **151.648 ?**
  - 17º. Póliza nº - NUM029 = **629.000 ?**



18º. Póliza nº - NUM030 = **25.000 ?**.

**VALOR TOTAL 3.324.850,42 ?**.

- Asimismo, se adjudican a doña Gracia por su mitad de gananciales las siguientes pólizas, que fueron adjudicadas a la masa hereditaria:

1º. Póliza nº - NUM013 = **147.000 ?**.

2º. Póliza nº - NUM014 = **800.000 ?**.

3º. Póliza nº - NUM015 = **50.000 ?**

5º. Póliza nº - NUM017 = **120.202,42 ?**

7º. Póliza nº - NUM019 = **151.648 ?**

8º. Póliza nº - NUM020 = **629.000 ?**

9º. Póliza nº - NUM021 = **25.000 ?**

**VALOR TOTAL 1.922.850,42 ?** .

- Se adicionan las deudas contraídas por el causante con anterioridad a su fallecimiento, en favor de doña Daniela con origen en el contrato de compraventa de acciones de la sociedad Lurca S.A., Elevado a escritura otorgada ante notario de Madrid, don Carlos del Morral Carro en fecha 5 de julio de 2006, de dicho contrato se produjeron dos supuestos de responsabilidad, a los cual hizo frente enteramente doña Daniela :

a) Indemnización en cumplimiento de cláusula penal a la eventualidad de confirmación por parte del Ayuntamiento de Madrid de la denegación de la licencia de actividad de local O 10 del Centro Comercial "Dreams Palacio del Hielo", en la cual Lurca S.A. procedió instalación de un restaurante Burger King bajo licencia, indemnización por importe de **325.147,57 ?**, que doña Daniela hizo efectiva, de dicha cantidad le correspondía el pago de **286.834,67 ?** y a don Jorge **38.309,90 ?**.

b) Indemnización por incumplimiento de la cláusula penal derivada de la cláusula cuarta del contrato de compraventa de acciones de la entidad Lurca S.A. suscrito entre don Jorge y doña Daniela e Inverpeninsular S.L., elevado a público el 5 de julio de 2006, por importe de **20.435,76 ?**, cantidad que fue ingresada por doña Daniela mediante transferencia bancaria de fecha 10 de enero de 2011, de la cual le correspondía pagar por su participación social en Lurca S.A. la suma de **18.027,93 ?**, generándose un derecho de crédito frente a don Onesimo de **2.407,83 ?** .

**VALOR TOTAL DE LAS DEUDAS 40.717,73 ?**.

**LIQUIDACIÓN.-** El valor total global de los bienes inventariados asciende la suma de **6.716.359,89 ?**, que minorado por las deudas existentes, da una suma a dividir de **6.675.642,16 ?**, y corresponde dicho valor total por iguales partes a la viuda por su mitad de gananciales y a la herencia, a saber valor de cada parte: **3.337.821,08 ?**.

**ADJUDICACIONES DE BIENES A LA VIUDA EN PAGO DE SUS DERECHOS EN LA DISUELTA SOCIEDAD DE GANANCIALES.**

- Las adjudicaciones de bienes a la viuda en pago de sus derechos en la disuelta sociedad de gananciales son los ya consignados en la escritura de fecha 21 de junio de 2010, con las adiciones y rectificaciones llevadas a cabo en la presente escritura, alcanzando el total de líquido adjudicado a doña Gracia a la suma de de **3.350.791,14 ?** . En pago del exceso de adjudicación de doña Gracia se constituye un crédito a favor de la masa hereditaria frente a esta por la cantidad de **12.970,66 ?**.

**ADJUDICACIÓN A LA MASA HEREDITARIA**

- En relación a la adjudicación a la masa hereditaria, le corresponde el resto de bienes no adjudicados a la viuda, a saber las pólizas de seguro con cobertura de fallecimiento inventariadas en la escritura de 21 de junio de 2010 con el número 10, en la cantidad restante no adjudicado a la viuda, es decir **3.337.821,08 ?**, **pasa a integrar el caudal hereditario pendiente de partición.**

\* La escritura de rectificación obra incorporada a los folios 173 a 150 de los autos, **a cuyo contenido nos remitimos frente a cualquier discrepancia numérica, que por error material, pueda existir entre lo consignado en este apartado quinto de hechos probados y lo recogido en aquélla.**

**QUINTO.- DERECHO DE LOS LEGITIMARIOS AL PAGO DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON LOS DESCENDIENTES COMUNES.**



Siguiendo el mismo orden de exposición que hace el recurso de apelación en relación a los motivos de impugnación de la sentencia apelada, procede analizar, en primer lugar, el que se refiere al derecho del actor a percibir la legítima estricta.

Con carácter previo a entrar en el estudio del motivo de oposición esgrimido por la parte apelante en su escrito de recurso, debe examinarse el alegato opuesto por la representación procesal de la apelada, doña Daniela , que opone la utilización en esta alzada de nuevos fundamentos de derecho sobre esta cuestión litigiosa no utilizados en la demanda, lo que prohíbe el artículo 400.1 de la LEC ., por lo que no podrán ser tenidos en cuenta por la Sala en esta alzada.

El citado precepto dispone que habrán de aducirse en la demanda -e igualmente en la contestación- cuantos hechos y fundamentos jurídicos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior, acto procesal cuya restitución no es admisible con posterioridad, al no ser posible modificar los términos del debate litigioso mediante la introducción de nuevas alegaciones o excepciones después de contestada la demanda. Además el artículo. 412.1 de la LEC dispone que "establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, las partes no podrán alterarlo posteriormente". Y, ello porque las partes están vinculadas a las pretensiones deducidas en la primera instancia, de modo que su variación ocasionaría la indefensión de la parte contraria ( STS de 3-4-2001 ), en virtud de la efectividad del principio general de preclusión de los actos procesales ( artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ). Por otra parte, el artículo 456.1 de la misma norma procesal, prescribe que el objeto del recurso de apelación lo será "con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia", como tiene declarado jurisprudencia reiterada en el sentido de que el recurso de apelación aunque permite al tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos a los planteados en la primera instancia ( SSTs de 2-12-1983 , 6-3-1984 , 20-5-1986 , 19-7-1989 , 1-4-1992 y 9-7-1997 , entre otras), en todo caso, excluyendo aquellos que no hayan sido formulados en tiempo y forma, según establece la Ley de Enjuiciamiento Civil ( STS de 21-10-2005 ).

En una lectura de la demanda se aprecia que en el **punto dos** de los fundamentos de derecho, se indica "*de la naturaleza de la legítima, de su intangibilidad y del consiguiente derecho de mi representado a su exigencia*", que comprende los apartados **2. A** "*de la naturaleza de la legítima y de su intangibilidad*". **2. B** "*de la intangibilidad y consiguiente exigibilidad de la legítima, incluso en el supuesto del artículo 831 de la LEC*". Y en el recurso de apelación formulado dicha cuestión se vuelve a reiterar, prácticamente con el mismo enunciado, con base en lo que denomina el recurrente "errónea aplicación del artículo 831 del Código Civil ", aunque es cierto que se con una mayor extensión y con numerosa cita de la Doctrina científica. No por ello, se estima que se haya infringido lo dispuesto en los artículos 400.1 y 456.1 de la LEC , porque es evidente que no se modifica ni la pretensión ejercitada en la demanda, ni tampoco lo que es el núcleo esencial de la fundamentación jurídica que en ella se contiene, no existiendo por ello el menor atisbo de indefensión en los demandados. Una vez realizada la anterior precisión entramos en el análisis del motivo alegado.

El artículo 831 del Código Civil dispone:

*"1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.*

*Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.*

*Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.*

*2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.*

*3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.*





*De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.*

*Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.*

4. *La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones (...).*

El citado precepto ha sufrido desde la aprobación del Código Civil en 1889, dos modificaciones:

1º) Por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que suprimió el requisito que el cónyuge delegante hubiera de morir intestado, autorizando que la delegación se estableciese en testamento y no sólo en capitulaciones matrimoniales, además de fijar un plazo para el cumplimiento de la encomienda.

2º) Por la Ley 41/2003, de 13 de mayo, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, aplicable al supuesto sometido a enjuiciamiento.

En la Exposición de Motivos de la expresada Ley se indica que se pretende "introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad", señala el Legislador: "Se reforma el artículo 831 del Código Civil con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí".

Se trata de una fiducia testamentaria como se denomina en las STS de 30 de octubre de 1944 y 29 de abril de 1972, que tiene sus antecedentes en los Derechos Civiles Autonómicos, en concreto, de Aragón y Navarra, y en el artículo 663 del Proyecto de Código Civil de 1851 de García Goyena, constituyendo una excepción no sólo del artículo 830, sino también del artículo 670, ambos del Código Civil, para permitir encomendar a un progenitor las facultades sucesorias sobre la propia sucesión.

El objeto de la delegación es la mejora (de hijos o descendientes comunes), pero no entendida en el sentido técnico, pues además de dicho concepto el apartado 1 añade "incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar", por consiguiente, fiducia que queda únicamente limitada al respeto de la legítima estricta, término que se introduce por primera en el Código Civil, aunque ya lo había sido utilizado con anterioridad por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que había empleado también el término de "legítima corta".

Respecto al momento en que dicha legítima debe ser pagada a los herederos legitimarios nada dice el artículo examinado, que guarda silencio sobre este importante punto, limitándose a señalar al cónyuge fiduciario un plazo de dos años para realizar el encargo otorgado, si el causante no hubiera conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no le hubiese señalado plazo. La única mención que respecto a la legítima estricta preceptúa el expresado artículo es en el apartado 3. al significar como límite de las facultades concedidas al cónyuge viudo "respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos", y en el párrafo tercero de dicho apartado nos ofrece una importante pista sobre la respuesta a la cuestión planteada al indicar: "Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas (...)". Aunque es cierto que existen discrepancias en la doctrina científica sobre la solución a esta controversia, y todavía no se ha producido un pronunciamiento del Tribunal Supremo que aclare la cuestión, esta Sala considera que no puede diferirse sine die a que el cónyuge viudo ejecute la fiducia para que los descendientes comunes que sean legitimarios puedan percibir la legítima estricta a la que tienen derecho, lo que sustentamos en las siguientes razones:



1.) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil , que establece las reglas para la interpretación de las normas jurídica, en una interpretación gramatical de las palabras *resulten suficientemente satisfechas*" debe tenerse en cuenta que el vocablo "*satisfechas*", según el Diccionario de la Real Academia es un tiempo del verbo satisfacer, que proviene del latín "*satisfacere*", que significa *pagar enteramente lo que se debe*. Por lo que indudablemente si el límite impuesto por el citado artículo al fiduciario es el respetar las legítimas, y en él se fija que se entenderán respetadas cuando sean satisfechas, la interpretación gramatical no puede ser otra que el legislador se refiere a cuando [las legítimas estrictas] sean pagadas por entero.

2.) Pero, igual resultado alcanzamos si aplicamos el criterio de interpretación que el Tribunal Supremo menciona en sentencia de 28 de abril de 2015 , y que denomina de sistematización del contexto interpretativo y finalidad jurídica de la norma, por cuanto, aunque en el sistema sucesorio recogido en el Código Civil uno de los principios que lo rigen es la reconocida e indiscutible soberanía de la voluntad del testador en la disposición mortis causa de su patrimonio, verdadero fundamento de la sucesión testada que se basa en el principio de la propiedad privada y en el principio de la autonomía de la voluntad, ambos reconocidos en la Constitución Española, artículo 33.1 y deducidos del artículo 658, primer párrafo, primer inciso, del Código Civil , dicho principio no tiene un carácter absoluto, pues tiene el límite establecido a la facultad de disponer mortis causa, en el artículo 808 del expresado Código , que es la legítima, que es intangible cuantitativamente y cualitativamente, conforme añade el artículo 813 ( STS 1ª - 22/05/2009 ).

Así , la **STS de 18 de julio de 2012** , declara acerca de la intangibilidad de la legítima lo siguiente:

*"Se distinguen dos tipos de intangibilidad de la legítima: la cuantitativa y la cualitativa. Con el segundo tipo, la ley impide al testador imponer un gravamen al legitimario, mientras que en virtud de la intangibilidad cuantitativa, se impide otorgar menos de lo que por legítima corresponda. El primer tipo está previsto en el art. 813.2 CC , y su incumplimiento produce la anulación del gravamen, mientras que el segundo se encuentra en el art. 815 CC y da lugar al complemento de la legítima"*.

Y la demora admitida en la sentencia apelada, según la interpretación efectuada del artículo 831 del Código Civil , puede durar toda la vida de la fiduciaria, si opta por ejercitar su facultad en su propio testamento en el pago de la legítima estricta, implica la imposición de un gravamen contrario al artículo 813, párrafo segundo, del Código Civil .

Finalmente resta por fijar el plazo que el cónyuge fiduciario para pagar las legítimas a los descendientes comunes legitimarios, aunque el precepto guarda silencio al respecto, debe entenderse que dicha legítima estricta deberá ser abonada una vez abierta la sucesión, y fijado su importe.

Por consiguiente, debe prosperar el motivo opuesto.

**NULIDAD DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES OTORGADA POR DOÑA Gracia .**

**SEXTO.-** Seguidamente procede el estudio relativo a la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales practicada, pero como cuestión previa a su examen debe ponerse de manifiesto la existencia de una contradicción entre las dos pretensiones que se contienen en el suplico de la demanda rectora del procedimiento, por cuanto en la primera de ellas se petitionada que "se declare la nulidad de la sociedad de gananciales aplicada por la viuda y demandante doña Gracia y sus auxiliares, don Ángel y don Juan Pedro (...)", mientras que en la segunda se solicita que "se condene a las demandadas al pago efectivo a mi representado de su participación en el tercio de legítima estricta de la herencia de su padre don Onesimo , participación cuya cuantía se fija en la suma de 2.480.606,32 €, más los intereses legales de esa cantidad desde el 16 de octubre de 2012".

En efecto, una vez declarado el derecho de legitimario recurrente a percibir su legítima estricta, la pretensión de nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales realizada por el cónyuge viudo choca frontalmente con la cuantificación de la misma en la suma anteriormente expresada, y ello porque de estimarse la nulidad de dicha liquidación de la sociedad de gananciales la consecuencia jurídica de dicha declaración conlleva su inexistencia jurídica, lo que implica que habría de volverse a practicar una vez subsanados los vicios que dieran lugar a dicha declaración de nulidad, sin que, en modo alguno, este tribunal tenga competencia en el ámbito de conocimiento del presente recurso de apelación para realizarla ex novo, pues lo pedido en el suplico no es, partiendo de la validez de la liquidación efectuada, la adición de bienes en el inventario o una distinta cuantificación de los mismos, sino lo que se pretende en realidad es que, anulada la liquidación ya efectuada, se lleva a cabo una nueva liquidación de la sociedad de gananciales y una nueva partición de la herencia, lo que, como ya se ha dicho, resulta jurídicamente inviable.

Realizada la anterior puntualización procede entrar en el examen del motivo alegado, debiéndose comenzar por examinar si el cónyuge viudo demandado tenía facultades para liquidar la sociedad de gananciales disuelta para el ejercicio de la fiducia otorgada por el causante.

**A) Facultades otorgadas por el artículo 831 del Código Civil al cónyuge viudo.**

El artículo 831 del Código Civil atribuye al cónyuge viudo la facultad de *realizar mejoras (en favor de los hijos descendientes comunes)* que debe entenderse, dados los términos en que está redactado dicho precepto, que no sólo le permite disponer a tal fin del tercio de mejora, sino también el de libre disposición, lo que implica un acto de doble contenido: uno de naturaleza subjetiva, eligiendo el descendiente o descendientes comunes favorecidos, y otro de naturaleza objetiva a fijar el importe de la cuota, que puede hacerlo con o sin entrega inmediata de los bienes, pero, además puede efectuar *atribuciones de bienes concretos y adjudicaciones* a cuenta de una futura partición, y como señala la doctrina científica se le concede tal amplitud de facultades que le aleja de la figura del contador partidor, permitiendo al cónyuge fiduciario realizar una auténtica división de herencia, y por si esto fuera poco también detenta la posesión y administración de los bienes sobre los que ejerce sus funciones, realizando respecto de los mismos actos de gestión y conservación, aunque quedando limitada la enajenación de bienes a título onerosos en favor de terceros.

**B) Facultades otorgadas por el causante en testamento en favor de su cónyuge doña Gracia .**

Resumiendo lo indicado en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución, por el causante en el testamento abierto otorgado se atribuyen a su cónyuge, además de las facultades reconocidas en el artículo 831 del Código Civil , las siguientes:

- Hacer la partición hereditaria y adjudicaciones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal, si existieren, y aunque estuviera sin liquidar.
- Las indicadas facultades abarcan todos los bienes integrantes de la herencia del testador, cualquiera que sea su naturaleza, comunes y privativos. Las mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse a favor de uno o de varios hijos, en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos, decidiendo el momento oportuno para ejercitar estas facultades que se conceden sin sujeción a plazo, pudiendo incluso ejercitarlas en su propio testamento si el causante le autoriza para ello.
- La administración de todos los bienes del testador.
- Y además la nombra **Albacea** con plenas las facultades, incluida la de interpretar el testamento.

**C) Posibilidad de que el cónyuge viudo pueda liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales en el supuesto sometido a enjuiciamiento.**

Ante la falta de doctrina jurisprudencial al respecto, y una vez examinadas distintas posiciones de la doctrina científica existentes, consideramos que en el supuesto de autos el cónyuge demandado tenía facultades para liquidar la sociedad de gananciales, sin citación de los legitimarios. A esta conclusión llegamos con base en los siguientes razonamientos:

- 1) El apartado 1 del artículo 831, al enumerar las facultades que podrán conferirse al cónyuge viudo señala, entre otras *"adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar"* , de lo que claramente se infiere la posibilidad de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por fallecimiento del causante.
- 2) Los contadores partidores de la herencia están facultados para liquidar la sociedad de gananciales disueltas por muerte del causante sin intervención de los herederos ( STS 17-20-2002 y 18-7-2012 ).

Partiendo de esta premisa, en el caso que nos ocupa en el cónyuge fiduciario, como se desprende del testamento otorgado por el causante, concurre no sólo la condición de albacea universal, sino además de la de contador partidor, que se establece en la siguiente disposición: *" el testador, faculta expresamente a su esposa para que pueda hacer la partición hereditaria y adjudicaciones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal, si existieren, y aunque estuviera sin liquidar"*. Siendo evidente que para la realización de la partición de la herencia es precisó previamente realizar la liquidación de la sociedad de gananciales, pero expresamente el propio testador faculta a su cónyuge a que realice dicha liquidación de la sociedad de gananciales al disponer que *"si el cónyuge viudo considera procedente para la partición de la herencia y la liquidación de la sociedad de gananciales (...)"*, lo que implica una autorización expresa para llevar a cabo dicha liquidación, no desvirtúa para nada la facultad concedida la disposición testamentaria por la que el causante, en caso de que el cónyuge viudo considerase procedente para dicha liquidación **el auxilio de un contador partidor** *"designa para dicho cargo a los citados don Juan Pedro y don Ángel , conjuntamente y en defecto de alguno de ellos, a don Clemente "*, pues, aunque no existe en nuestro Derecho la figura de contador partidor *"auxiliar"*, lo cierto es que el contador partidor designado por el causante es su cónyuge viudo, y la intervención de los contadores partidores referidos se limita a una función, si se quiere, de ayuda o asesoramiento de éste, por tanto, es el propio cónyuge quien lleva a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta.



3) Finalmente, debe resaltarse que las amplias facultades que otorga el artículo 831 del Código Civil al cónyuge fiduciario, constituyen una verdadera delegación que, de las suyas propias, realiza el propio causante, por lo que puede afirmarse que cuando en el ejercicio de esta delegación el fiduciario ejecuta sus disposiciones, ocupa el lugar que corresponde al testador, asumiendo plenamente sus competencias y facultades, pero teniendo en cuenta que, como declara la STS de 7 de septiembre de 1998 "el objeto de una partición hereditaria sólo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de gananciales no lo son (...)", ello no impide que se permita al testador delegar el ejercicio de la partición de los bienes de su propiedad al cónyuge viudo, que de esta manera queda autorizado a practicar la liquidación de la sociedad de gananciales.

### **SÉPTIMO.- CAUSAS DE NULIDAD DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES OPUESTAS POR DON Jorge .**

Solicita la parte apelante que se declare la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales llevada a cabo unilateralmente por doña Gracia , sin la intervención de los legitimarios. Esta pretensión se sustenta en la existencia de una autocontratación indebida, al ser efectuada por el cónyuge unilateralmente, pese a la concurrencia de intereses opuestos a los de aquellos; la vulneración del principio de igualdad cualitativa de los lotes y la existencia de causa ilícita, que se manifiesta en el propósito de perjudicar los derechos del actor, siendo nula por la antijuricidad esencial del acto, por su fin inmoral, por su propósito de menoscabar un interés jurídico protegido, desarrollando a continuación con minucioso detalle las razones fácticas y de derecho por las que considera que confluyen estas circunstancias que darían lugar a la nulidad de la liquidación practicada.

#### **Autocontratación**

La SAP de Córdoba, Sección 1ª, de fecha 10 de julio de 2015 , declara al respecto:

*La autocontratación, o contratación consigo mismo, figura jurídica a la que se hace referencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1994, y que puede manifestarse aun cuando existan dos intervinientes en el negocio jurídico, si uno, como ocurre aquí, mantiene plena y acreditada identidad de intereses (intereses compartidos) con la contraparte, que en realidad es el único protagonista del negocio jurídico, rompiendo la bilateralidad. Como dice muy gráficamente la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 125/2015, de 17 de marzo, "El autocontrato, en el sentido de contrato celebrado por una persona con ella misma, se relaciona con la representación, pues, en puridad, existe cuando se celebra un contrato con un único declarante que adopta la posición de las dos partes: de una, obrando en su propio nombre; y, de la otra, haciéndolo en el del tercero. También se produce el supuesto cuando la persona que perfecciona el contrato representa a las dos partes en relación". A su vez, la Sentencia del mismo Alto Tribunal 574/2001, de 12 de junio, destacó que la hipótesis "se da cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas (...), es decir, cuando una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como interesada y como representante de otra". Y como dice la misma Sentencia 125/2015 antes citada, "Al margen de las prohibiciones legales, ...la problemática jurídica del contrato consigo mismo se manifiesta como una cuestión de límites, principalmente, la de determinar si el representante estuvo facultado o no para regular derechos o intereses ajenos -o, en caso negativo, si hubo o no ratificación-; si se produjo un conflicto de los intereses del declarante y el tercero representado por él; y, en función de tales variables, en resolver cuál ha de ser el tipo de invalidez adecuada a la significación del defecto -sobre ello, sentencias 509/1997, de 9 de junio, 574/2001, de 12 de junio, y 1133/2001, de 29 de noviembre, entre otras".*

Como ya se ha dicho con anterioridad, existen diversas posturas opuestas en la doctrina científica al determinar si la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta practicada por el cónyuge viudo es un supuesto de autocontratación, estimamos que no es así por la sencilla razón de que, como ya ha sido también expresado, se trata de una facultad concedida al cónyuge fiduciario por el artículo 831 del Código Civil, y para evitar inútiles repeticiones al respecto, nos remitimos sobre esta cuestión a dicho en el apartado 3 del anterior fundamento de derecho, por lo que cabe concluir la existencia de vicio invalidante del negocio jurídico efectuado alegado.

#### **Vulneración del principio de igualdad del principio de igualdad cualitativa de los lotes.**

Señala el apelante que los bienes que son adjudicados a la herencia del difunto son pólizas de seguro de vida algunas de ellas indisponibles, habiéndose producido un crédito de la contra el cónyuge viudo por exceso de adjudicación.

El artículo 1061 del Código Civil dispone que "en la partición de herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie", pero como declara la SAP de La Rioja de 20 de noviembre de 2014, "debe tenerse en cuenta que su contenido ha sido muy matizado por la jurisprudencia. Así la doctrina ( STS 13/jun/92 ) indica que este precepto regula una igualdad meramente cualitativa y más concretamente la STS de 7 de noviembre de 2006, que resume la doctrina de la Sala 1ª en este punto señalando que la jurisprudencia ha declarado, en la interpretación de este precepto,



que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso, no tratándose de una igualdad matemática o absoluta ( SSTS de 25/jun/77 , 17/jun/80 , 14/jul/90 ), sino de una igualdad cualitativa ( STS 13/jun/92 ); que la norma tiene un carácter orientativo ( SSTS 30/nov/74 , 7/ene/91 ); está dotada de un grado de imperatividad relativo ( SSTS de 30/nov/74 , 25/jun/77 , 17/jun/80 , 21/jun/86 , 14/jul/90 , 28/may/92 , 15/mar/95 , 2/nov/2005 )".

En el caso de autos, debe partirse de que la división de herencia está sometida al artículo 831 del Código Civil , de manera que los legitimarios únicamente tienen derecho a percibir de inmediato la legítima estricta, quedando pendiente de adjudicación la mejora, que se hará en su momento por el cónyuge fiduciario, no se aprecia que pueda declararse la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales por la falta de homogeneidad de los bienes que integran el haber correspondiente al cónyuge viudo y a la masa hereditaria, pues lo relevante es que se respete la legítima estricta, a cuyo pago viene obligado el fiduciario, y que puede ser pagada, incluso, en todo o en parte con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades, por lo que no puede aceptarse la causa de nulidad esgrimida por el apelante.

Respecto a la existencia de un exceso de adjudicación en favor del cónyuge viudo, es verdad que, como se ha expuesto con anterioridad, existe un exceso de adjudicación en favor de doña Gracia , por importe de 12.970,66 €, pero dicho exceso de adjudicación ha dado lugar a un crédito a favor de la masa hereditaria contra aquélla por dicho importe, lo que para nada afecta al cálculo de la legítima estricta del apelante.

### **Ilicitud de la causa de la liquidación de la sociedad de gananciales**

Fundamenta la parte recurrente esta alegación porque con el negocio jurídico de liquidación de la sociedad de gananciales lo que se perseguía era perjudicar su legítima, lo que se acredita mediante el empleo de la figura de un contador partidario auxiliar, la exclusión a sabiendas de bienes y derechos hereditarios, la atribución a los bienes inventariados de un valor inferior al real y la realización de adjudicaciones excesivas en favor del cónyuge viudo.

**La STS de 11 de abril de 2011** , declara al respecto de la ilicitud de la causa en un contrato, lo siguiente: "*causa si bien se estima que la misma está viciada puesto que se opone a las leyes o a la moral en su conjunto. Teniendo en cuenta los medios las circunstancias concurrentes y los medios que han sido empleados para lograr tal finalidad, "elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio, descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes", tal y como establecen las STS de fecha 13 de marzo de 1997 que es reiterada en la STS de 14.06.97 que reitera la doctrina expuesta en innumerables resoluciones precedentes (entre ellas, las de 8 de febrero de 1963, 2 de octubre de 1972, 22 de noviembre de 1979, 11 de diciembre de 1986 y 24 de julio de 1993).*

No puede acogerse favorablemente el motivo opuesto, por cuanto no se considera suficientemente acreditado como para llegar al grado de certeza, que el propósito del cónyuge viudo al realizar la liquidación de la sociedad de gananciales existente con el causante, fuera el de menoscabar o perjudicar el derecho del actor a la intangibilidad de su legítima estricta, porque con independencia de las relaciones personales existentes entre el hoy actor, su hermana y su madre, no se pueda afirmar con la rotundidad necesaria para que la concurrencia dicha causa fuera motivo de la declaración de nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales que el propósito que guiaba al cónyuge viudo fuera el señalado por el recurrente, sin perjuicio de que no se hayan adicionado algunos bienes al inventario para el cálculo de la legítima y que, en otros casos, su valor fuera supuestamente inferior al real, cuestión que se abordará detenidamente más adelante, y que será objeto de subsanación en esta resolución.

CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA ERICTA DE DON Jorge

### **OCTAVO.- DISCONFORMIDAD CON LA VALORACIÓN DE LOS BIENES DEL INVENTARIO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.**

La cuantificación de la legítima se lleva pues a efecto a través de la suma del relictum más el donatum, es decir el valor líquido de los bienes y derechos del causante, menos las deudas y cargas (relictum), a las que se adiciona el valor de las donaciones realizadas en vida por el mismo (donatum). En este sentido, las liberalidades llevadas a efecto por el causante a favor de sus herederos forzosos se tienen en cuenta para atribuirles idealmente (imputarlas) a la legítima y determinar si junto con las otras disposiciones mortis causa del decuius ha sido satisfecha la cuota legitimaria que les corresponde ( Artículo 806 del Código Civil ).

A estas operaciones se refiere la STS de 29 de noviembre de 2012 , que reproduce la doctrina sentada por la STS de 24 de enero de 2008 , de la manera siguiente:



*"El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el relictum con el donatum; así lo dicen expresamente las SSTs de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005 y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990, 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997. Artículo 818 del Código Civil".*

En primer lugar, discrepa el actor de la valoración que se da a los siguientes bienes incluidos en el inventario de la sociedad de gananciales:

**1) Vivienda conyugal** .- La vivienda que constituía el domicilio conyugal, se trata del piso NUM031 , sito en la DIRECCION000 , de la finca denominada " EDIFICIO000 ", con entrada por la AVENIDA000 , hoy número NUM001 y, la CALLE000 , de Madrid, con una extensión aproximada de 203,56 m2, se ha valorado en el inventario practicado en la suma de **1.050.000 ?**, sin embargo, el apelante discrepa de la anterior valoración, y lo tasa en la cantidad **1.060.000 ?**, y aunque en su recurso no hace una específica mención a esta cuestión, de la fundamentación del mismo se deduce que se mantiene su discrepancia, este valor en los cálculos efectuados para la cuantificación de la legítima peticionada.

**2) 4 plazas de garaje**, sitas en la planta NUM005 de la fina número NUM006 , valoradas en el inventario en la suma de **25.000 ?**, cada una de ellas, valoración con la que no está conforme el demandante, que tasa cada una en la suma de **50.000 ?**.

Sustenta el apelante su disconformidad de las valoraciones de los expresados bienes en el informe de fecha 25 de mayo de 2010, elaborado por Middle Town, que aparece suscrito por don Plácido , (que obra incorporado al folio 191 de los autos). Además de la nimia diferencia existente entre el valor otorgado en el inventario y el propuesto por el actor respecto de la vivienda, teniendo en cuenta que el mismo está sujeto a las oscilantes reglas del mercado, en un examen del informe aportado se aprecia que carece de fuerza probatoria alguna y que, en modo alguno, puede tener la consideración de un informe pericial, al no reunir ninguno de los requisitos exigidos en el artículo 335 y 336 de la LEC para tener tal naturaleza, y aunque la parte actora intentó proponer prueba pericial en la instancia y en esta alzada, la misma fue rechazada al no haberse anunciado en la demanda su posterior aportación conforme a lo dispuesto en el artículo 337 de la LEC , por lo que se mantiene los valores impugnados.

**3) El ajuar doméstico** , valorado en el inventario en la suma de 5.636,72 ? , y que el recurrente tasa en la suma de 420.912 ? , que es la cantidad que se corresponde con la cantidad que se corresponde con el "contenido" que se aseguraba en la Póliza de seguro de hogar suscrito el día 13 de abril de 2010 con la entidad Estrella Seguros, el día 13 de abril de 2010. Sostiene el demandante que en la vivienda existían objetos de arte, electrodomésticos, etc.

En relación con la valoración del ajuar, desde luego la diferencia entre una y otra valoración es más que sustancial. El concepto de ajuar doméstico se refiere a enseres de uso ordinario en la vivienda familiar, pero ni en el inventario ni en la demanda se especifican con un mínimo de precisión qué objetos concretos forman parte del mismo, la valoración contenida en el inventario hace pensar en la definición tradicional del ajuar, y para su impugnación en esta alzada no basta con la genérica mención que del mismo se hace en el recurso de apelación en cuanto se refiere a que contenía objetos de arte, pinturas etc., sin una mínima concreción ni individualización, ni valoración individual de los objetos a los que se refiere, contenido que, además, excede del propio concepto de ajuar, sin que pueda tomarse como base para su cuantificación "el contenido" de la póliza del seguro de hogar, porque dentro del mismo se incorporan bienes y elementos que no forman jurídicamente parte del ajuar doméstico, sin que pueda este Tribunal, en ausencia de la necesaria actividad probatoria que permita fijar cuál era su contenido y valoración real, establecer cualquier otro valor en sustitución del fijado en el inventario.

**4) Pólizas de seguro de vida de renta vitalicia de BBVA SEGUROS S.A.** por importe de 2.622.450,42 ? . Solicita el actor que a dicha cantidad debe adicionarse la suma correspondiente a la compensación por fallecimiento, que asciende a 5.053 ? .

En un examen de los autos se aprecia que las pólizas que a continuación se relacionan generaron a favor de los beneficiarios y en concepto de compensación por fallecimiento las siguientes cantidades:

10º. Póliza nº - NUM022 = **601,01 ?**

11º. Póliza nº - NUM023 = **601,01 ?**

12º. Póliza nº - NUM024 = **601,34 ?**

13º. Póliza nº - NUM025 = **471,65 ?**

14º. Póliza nº - NUM026 = **601,01 ?**



15º. Póliza nº - NUM027 = **601,01 ?**

16º. Póliza nº - NUM028 = **601,01 ?**

17º. Póliza nº - NUM029 = **601,01 ?**

18º. Póliza nº - NUM030 = **375 ?.**

**TOTAL 5.053 ?.**

- Por consiguiente, se acoge la anterior impugnación, pero con la salvedad de que cantidad **deberá adicionarse a la masa hereditaria** al haberse devengado después del fallecimiento del causante.

#### **NOVENO.- BIENES NO INCLUIDOS EN EL INVENTARIO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.**

Alega el recurrente que no se incluyen en el inventario efectuado para la liquidación de la sociedad de gananciales las siguientes partidas, la correspondiente a la cuantía adicional de las pólizas de seguros de vida, los créditos existentes contra doña Clara , por importes de 12.000 ?, 6.000 ? y 18.030,36 ?, las pensiones de la Seguridad Social Percibidas y las rentas de pólizas de vida.

#### **Derechos de crédito de la sociedad de gananciales contra doña Clara**

En un examen de los autos se aprecian lo siguientes hechos:

1.- En fecha 13 de julio de 2009, por el causante don Onesimo , se remitió transferencia desde una cuenta de su titularidad en la entidad BBVA a otra cuenta de la misma entidad, por importe de 18.000 ?, figurando como beneficiaria su nieta, doña Clara (folio 218 de los autos).

2.- En fecha 24 de diciembre de 2009 por el causante don Onesimo , se remite transferencia desde una cuenta de su titularidad en la entidad BBVA a otra cuenta de la misma entidad, por importe de 12.000 ?, figurando como beneficiaria su nieta doña Clara (folio 216 de los autos).

3 . - En fecha 30 de diciembre de 2009, por el causante don Onesimo , se remite transferencia desde cuenta de su titularidad en la entidad BBVA a otra cuenta de la misma entidad, por importe de 6.000 ?, figurando como beneficiaria su nieta doña Clara (folio 217 de los autos).

Las transferencias fueron realizadas con consentimiento de doña Gracia .

No se conoce la causa de la realización de las expresadas transferencias, aunque el actor las califica como préstamos. Por la codemandada, doña Gracia , se reconoce la certeza de las trasferencias indicadas a favor de su nieta, pero las justifica como una recompensa por los cuidados personales que durante años tuvo con ella y su cónyuge, haciendo seguidamente mención a cuestiones derivadas del conflicto familiar existente entre las partes litigantes y solicita la compensación de estas cantidades con otras realizadas a descendientes del actor. Habida cuenta de todas las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, y de no acreditarse en modo alguno los motivos o razones por las que se hizo entrega de dichas sumas a la beneficiaria, debe estimarse que dichas entregas de dinero lo fueron a título de mera liberalidad y, dada su cuantía, se concluye que exceden en su conjunto de lo habitualmente considerado como regalo o recompensa en las relaciones familiares por lo que dichas sumas constituyen donaciones y deben adicionarse a la sociedad de gananciales para el cálculo de la legítima del actor.

4.- El Pago, en concepto de Pensiones de la Seguridad Social tras el fallecimiento del causante, por un importe de **2.481,95 ?.**

5.- Las rentas de las pólizas de vida devengadas con posterioridad al fallecimiento del causante por importe de **16.535,88 ?.**

No se discute de contrario el devengo de los dos últimos conceptos referidos, el primero de ellos se incluirá en la masa hereditaria, y el segundo forma parte de los frutos y rentas devengados por los bienes relictos.

#### **DÉCIMO.-COLACION DE LAS DONACIONES EFECTUADAS POR EL CAUSANTE Y SU CÓNYUGE A CARGO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA A EFECTOS DEL CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA.**

Seguidamente, el apelante solicita que se traiga a colación las donaciones efectuadas por el causante y su cónyuge, a cargo de la sociedad de gananciales, a favor de su hija doña Daniela y de su nieta doña Clara .

Conforme a lo dispuesto en el artículo 808 del Código Civil , " *constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora de sus hijos y descendientes (...)*".

Y, como ya se ha dicho anteriormente, no puede imponerse sobre ella gravamen alguno, por consiguiente, el actor tiene derecho a percibir la legítima estricta, que será una tercera parte del haber hereditario del causante.



El actor muestra su disconformidad con la cuantía que le corresponde de acuerdo con la liquidación de la sociedad de gananciales practicada, que a su vez comprende todos los bienes relictos existentes a la muerte del causante, al entender que debían haber sido traídas a colación las donaciones efectuadas por las sociedad de gananciales a la hija y nieta del causante.

En relación al concepto de colación, **la SAP de Madrid, Sección 14ª, de 28 de septiembre de 2015**, declara:

*"En nuestro Código Civil la colación tiene dos significados: de un lado, se habla, en sentido general, de colacionar para expresar la agregación numérica que hay que hacer a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el testador, a los efectos de señalar la legítima, para luego averiguar si son inoficiosas; de otro lado, en sentido especial y propio, se habla de colación para significar la agregación que hay que hacer de ciertos bienes o valores recibidos del causante por uno o varios herederos forzosos en el caso de que concurren con otros de la misma naturaleza.*

*A la primera de dichas acepciones se refiere el Art. 818 CC, a la segunda pretenden aludir los arts. 1.035 y ss. CC. Pero, en realidad, el texto legal confunde frecuentemente la colación de valores basada en la presumible voluntad del causante de igualar o desigualar a los legitimarios, con la formación ficticia de una masa a efectos del cómputo de las legítimas y para comprobar si las liberalidades son inoficiosas ( STS de 16 de junio de 1902 ).*

*Cuando se abre la sucesión y tienen lugar las operaciones particionales hay que traer a cómputo todo lo donado tanto a los herederos como a extraños para poder calcular las legítimas, dando lugar a las fases que la doctrina llama computación, imputación, colación y reducción de donaciones. En este sentido la STS de 17 marzo 1989 .*

*Los dos sentidos aludidos corresponden a dos instituciones diferentes: de un lado, la colación propiamente dicha, y, de otro, la computación para cálculo de las legítimas y reducción de las donaciones inoficiosas (al lado de otro concepto afín, la imputación en sentido técnico). La cuestión que nos ocupa es un problema de " colación en sentido amplio", es decir, si los bienes donados deben integrar el inventario y ello a los solos efectos del art. 818 del Código Civil con independencia de otras cuestiones como la valoración que se pueda dar al referido documento privado, de si las donaciones son colacionables o no colacionables, de a qué tercio deben imputarse, de si son inoficiosas, pues estas son cuestiones que exceden este cauce procesal.*

*El artículo 1035 del Código Civil dispone que el heredero forzoso que concorra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación, u otro título lucrativo, para poder computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. Al respecto STS de 19 de julio de 1982 . El segundo párrafo del artículo 818 del Código Civil establece que "al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables" y la expresión "colacionables" no cabe interpretarla en un sentido rigurosamente técnico, y, en esta hermenéutica, deben incluirse en el cálculo cualquier clase de donaciones, salvo aquellas que se consideren no computables, respecto a las cuales, para fijar el importe de la legítima, el artículo 818, reformado por la Ley de 13 de mayo de 1981 .*

Por otra parte, **la STS de 11 de octubre de 2012**, declara:

*"La colación es la agregación intelectual que deben hacer los legitimarios (el código los llama "herederos forzosos") al activo hereditario, que concurren a la sucesión con otros legitimarios, de los bienes recibidos a título gratuito inter vivos, para computarlos en la partición, a los efectos (exclusivos) del cálculo de la legítima. Así se desprende de la redacción del artículo 1035 del Código civil al decir "...para computarlo en la regulación de las legítimas..." y, en su caso, proceder a la declaración de inoficiosidad, como dispone el artículo 817 en relación con los artículos 636 y 654 al 656, siempre del Código Civil .*

*Lo que responde a la idea de que, existiendo varios legitimarios, se supone legalmente que lo que hayan recibido gratuitamente en vida del causante, es un anticipo de la legítima, por lo que tienen que agregarlo intelectualmente en la partición, a los efectos de su intangibilidad".*

Finalmente, cabe citar la reciente sentencia del **STS 19 de febrero de 2015**, que indica:

**" 3. Colación particional y donaciones colacionables : Delimitación de conceptos ( artículos 1035 y 818 del Código Civil )**. La delimitación señalada tiene por objeto la diferenciación doctrinal de los supuestos de la dinámica sucesoria en los que interviene la noción de colación hereditaria, si bien con distinto alcance o precisión. En este sentido, la colación que contempla el artículo 818 del Código Civil, en su párrafo segundo: "Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará al de las donaciones colacionables", fiel a su antecedente en el Proyecto de Código Civil de 1851, que más gráficamente se refería a la agregación del "valor que tenían todas las donaciones del mismo testador" viene referida a las operaciones de cálculo que encierra la determinación del caudal computable a los efectos de fijar las correspondientes legítimas. En este marco, su empleo en la formulación del citado artículo 818 del Código Civil no refiere una aplicación técnica o jurídica del concepto de





colación, sino un sentido lato que se corresponde con la noción de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador para el cálculo de la legítima y de la porción libre que recoge el 818 del Código Civil. Por el contrario, el empleo de la colación que se infiere del artículo 1035 del Código Civil, sí que refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto basado en la presunta voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de legítima, como en el supuesto anterior; todo ello, sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar".

En definitiva, lo que viene a plantear el recurrente es, sencillamente, la adición contable a la masa hereditaria del valor de los bienes donados; o, más precisamente, la agregación intelectual que debe hacer al activo la otra legitimaria con los bienes que hubieran recibido de la sociedad de gananciales en vida del causante, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas Código Civil ( STS 24 de enero de 2008 ).

El causante puede dispensar de la colación a los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, de acuerdo con lo establecido en el artículo 813 del Código Civil, tal y como ocurre en el presente supuesto respecto de las donaciones efectuadas a doña Daniela, siendo que la única diferencia existente entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación radica en que mientras las segundas han de llevarse a la masa hereditaria para su computación ( artículo 1035 del Código Civil, en las no colacionables esto no acontece, si bien puede operarse su reducción en la medida en que resulten inoficiosas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1036 en relación con los artículos 636 y 654, y, en su caso, con los artículos 819 y 825, todos ellos del Código Civil ( STS de 13 de marzo de 1989 ).

Para la resolución del presente motivo y para la determinación de la legítima del actor, a cuyo efecto, al ser ésta parte alícuota de la masa hereditaria, debe fijarse el valor líquido de la sociedad de gananciales disuelta para lo que habrá de adicionarse el importe de las donaciones efectuadas a la legitimaria y a la nieta del causante para imputarlas donde resultase preciso. La conclusión anunciada parece ya obvia: resulta necesario incorporar al inventario general de la herencia de la causante el valor del bien donado, no el bien concreto, con el fin de concretar el haber total y general partible y los tercios respectivos para precisar si la donación ha infringido en todo caso la legítima estricta operación contable. En suma, dispensa de colación no equivale a pérdida de la cualidad de colacionable de la donación respectiva. La donación - no se entendería de otro modo el artículo 1036 CC - dispensada de colación ha de ser considerada a los efectos de determinar el importe económico de las legítimas.

#### **UNDÉCIMO.- DONACIONES REALIZADAS POR LA SOCIEDAD DE GANACIALES EN FAVOR DE LA HIJA DEL CAUSANTE DOÑA Daniela .**

En un examen de los autos resultan acreditados los siguientes hechos:

1.- Doña Gracia, con el consentimiento de su esposo, don Onesimo, efectuó las siguientes donaciones a favor de su hija doña Daniela, mediante Escritura Pública de donación de fecha 14 de abril de 2005, nº NUM032, otorgada ante el Notario don Juan Bolás Alfonso (folios 93 a 98 de los autos):

- **777 Participaciones sociales de la entidad mercantil "Calzados Lurueña S.L.",** con un valor nominal de 60,10 €, cada una de ellas, y un valor contable de 4.200 €, por un importe total de **3.263.400 €**.

- **50.146 Acciones** de la entidad mercantil "Lurueña S.A.", con un valor nominal cada una ellas 6,01 € y valor contable de 33 €, por un importe total de **1.654,818 €**.

En la cláusula tercera de la escritura pública se imputa la donación a los tercios de mejora, libre disposición y en lo que exceda a la legítima estricta, y se establece que **"no será colacionable en la herencia del donante"**.

En la cláusula cuarta de la Escritura se valora la donación efectuada en la cantidad **CINCO MILLONES CIENTO VEINTICUATRO MIL SETECIENTOS DIECIOCHO EUROS**.

2.- Doña Gracia, con el consentimiento de su esposo, don Onesimo, efectuó las siguientes donaciones a favor de su hija doña Daniela, mediante Escritura Pública de donación de fecha 14 de abril de 2005, nº NUM033, otorgada ante el Notario don Juan Bolás Alfonso (folios 99 a 102 de los autos).

- **90 participaciones sociales de la entidad mercantil "Calzados Lurueña S.L.",** con un valor nominal de 60,10 €, cada una de ellas, y un valor contable de 4.200 €, por un importe total de **378.000 €**.

En la cláusula tercera de la escritura pública se imputa la donación a los tercios de mejora, libre disposición y en lo que exceda a la legítima estricta, y se establece que **"no será colacionable en la herencia del donante"**.

#### **DUODÉCIMO.- DONACIONES EFECTUADAS POR LA SOCIEDAD DE GANACIALES A FAVOR DE LA NIETA DEL CAUSANTE, DOÑA Clara .**



En un examen de los autos resultan acreditados los siguientes hechos:

1.- Por Escritura Pública de donación de fecha 21 de diciembre de 2006, nº NUM034 , otorgada por don Onesimo , con el consentimiento de su esposa, doña Gracia , ante el Notario don Juan Bolás Alfonso, (folios 144 a 146 de los autos), Don Onesimo , dona a su nieta doña Clara , mayor de edad, la cantidad de **UN MILLÓN DE EUROS**.

2.- Por Escritura Pública de donación de fecha 21 de diciembre de 2006, nº NUM035 , otorgada don Onesimo , con el consentimiento de su esposa, doña Gracia ante el Notario don Juan Bolás Alfonso (folios 147 a 149 de los autos) dona a su nieta doña Clara , **213 Participaciones sociales, de sociedad INMOLUR INMUEBLES COMERCIALES S.L.**, con un valor nominal de 4,83 €, cada una, y con un valor contable de 500 €.

- En la cláusula tercera de la Escritura se valora la donación en **106.500 €**.

- En ambas Escrituras referenciadas se hace constar que la donación, en la parte correspondiente a cada uno de los cónyuges, se entiende hecha con carácter expreso de mejora a favor de la nieta, que quedará dispensada de colacionarla y en lo que excediera de éste, al libre disposición.

### **DECIMOTERCERO.- CÁLCULO DE LA VALORACIÓN DE LOS BIENES DONADOS.**

En un examen del inventario de la sociedad de gananciales realizado se aprecia que se la omitido por completo la inclusión del importe de las donaciones efectuadas por dicha sociedad en beneficio de su hija, doña Daniela , y de su nieta doña Clara , por lo que es necesario proceder a su adición contable a la masa hereditaria de su valor del bien donado para computarlo en la regulación de las legítimas.

**La SAP de Madrid, Sección 21ª, de 31 de mayo de 2012 , declara:**

*El segundo párrafo del artículo 818 del Código Civil establece que "al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables" y la expresión "colacionables" no cabe interpretarla en un sentido rigurosamente técnico, y, en esta hermenéutica, deben incluirse en el cálculo cualquier clase de donaciones, salvo aquellas que se consideren no computables, respecto a las cuales, para fijar el importe de la legítima, el artículo 819, reformado por la Ley de 13 de mayo de 1.981 , ha suprimido el inciso final, relativo a que la donación debía computarse según el valor que tuviese en el tiempo en que se hubiese hecho, y ante el silencio legal, la doctrina científica mayoritaria mantiene que la estimación pecuniaria se hará según el estado físico que mantuviere el bien al tiempo de la donación, pero teniendo en cuenta el correspondiente cuando se evalúen los bienes hereditarios, de manera que con ello se evita la inclusión en la valoración de las mejoras efectuadas por el donatario. Por otra parte, la doctrina jurisprudencial, sobre la redacción actual del artículo 1.045 del Código Civil , tras la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1.981, ha declarado que se ha de atender al valor de lo donado al tiempo de su evaluación ( Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1.989 ); la modificación del artículo 1.045 consistió en referir el tiempo del evalúo al momento en que se tasen los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación ( Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1.989 ); el artículo 1.045 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 ( Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1.982 , 17 de marzo de 1.987 y de 22 de noviembre de 1.991 ); además, el párrafo primero del artículo 1.045, tanto desde el punto de vista finalista, como desde el conceptualista, permite una hermeneusis 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 ( Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2.003 ); y el artículo 1.045, 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 ( Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2.005 ).*

*La valoración al tiempo de la liquidación, que en aras de esa equivalencia de las cuotas, se predica tras la reforma (modificando el criterio anterior expresado en las SSTs 25-6-1946 , 9-11-1962 y 29-9-1966 , que atendía a la fecha de la muerte del de "cuius"), no sólo de los bienes colacionables, sino también del "relictum"; conforme al criterio unánime de la actual doctrina, como consecuencia del mandato expreso y terminante del art. 847 en su redacción de 1981 Para fijar la suma que haya de abonarse a los hijos o descendientes se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos*



o rentas hasta entonces producidos. Así se pronuncia la jurisprudencia pudiendo señalar al efecto entre otras la Sentencia Tribunal Supremo núm. 29/2008 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 24 enero Recurso de Casación núm. 4591/2000 según la cual "efectivamente se ha procedido al valorar los bienes al tiempo de liquidar la porción correspondiente, que se ha concretado en el momento de la presentación de la demanda, lo que no plantea cuestión alguna, ni podía plantearla dada la claridad de la norma y la jurisprudencia recaída: sentencias de 20 de junio de 2005, 21 de octubre de 2005 y 14 de diciembre de 2005.

En efecto la modificación del artículo 1045 consistió en referir el tiempo del evalúo 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 interpretación 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 ) y como se viene a decir en la STS 15-06-2007 "es doctrina común que desde la reforma operada en 1.981 del artículo 818 del Código Civil la valoración de los bienes del causante habría de realizarse en el momento que tuvieren el día de la partición, y que ello ha de hacerse con los criterios que se desprenden del artículo 1.045 Código Civil "

#### **DECIMOCUARTO.-VALORACIÓN REAL DE LAS DONACIONES EFECTUADAS A DOÑA Daniela AL MOMENTO DE REALIZARSE.**

Como ya se ha significado con anterioridad, las donaciones efectuadas a favor de doña Daniela a cargo de la sociedad de gananciales disuelta por la muerte del causante son las siguientes:

**1.- 777 Participaciones sociales de la entidad mercantil "Calzados Lurueña S.L.",** con valor nominal de 60,01 €, y valor contable de 4.200 €, por un importe total de **3.263.400 €.**

**2.- 90 participaciones sociales de la entidad mercantil "Calzados Lurueña S.L.",** con un valor nominal de 60,10 €, cada una de ellas, y un valor contable de 4.200 €, por un importe total de **378.000 €.**

**3.- 50.146 Acciones** de la entidad mercantil "Lurueña S.A.", con valor nominal de 6,01 €, y valor contable de 33 €, por un importe total de **1.654,818 €.**

**4.-413 Participaciones sociales** de la entidad mercantil "Inmolur Inmuebles Comerciales S.L.", con valor nominal de 4,83 €, y valor contable de 500 €.

Efectuadas en dos Escrituras Públicas de donación de fecha 14 de abril de 2005.

Muestra el apelante su disconformidad con las valoraciones efectuadas. Respecto a las dos primeras donaciones, manifiesta que seguidamente a las donaciones realizadas se inició el proceso por absorción de "Calzados Lurueña", por "Lurueña S.L.", balance que se cerró el día 31 de diciembre de 2005, debiéndose a estar al valor fijado para ambas sociedades a los efectos de fusión, señalando que el valor de la sociedad Lurueña S.L. tenido en cuenta a la hora de determinar la ecuación de canje es de 8.900.000 €. Y en el mismo concepto para Calzados Lurueña S.L. es de 10.852.010 €. Estando dividido el capital social de Calzados Lurueña S.L. en 987 Participaciones, el valor real de cada participación es de 10.9994,94 €. Y estando el capital de Lurueña S.A. dividido en 165.000 acciones, el valor por acción es de 53,94 €, pero además teniendo en cuenta que 16.169 estaban en autocartera, el valor real es de cada acción es de 59,80 €.

Finalmente, para fijar el valor real de la Participaciones sociales de Inmolur Inmuebles Comerciales S.L., toma en cuenta el precio venta que, poco más de dos meses más tarde de realizarse la donación, hizo a la codemandada, doña Daniela, de 4.687 participaciones sociales, por un importe de 624,05 € para cada participación.

Frente a ello se opone de contrario que en relación a la mercantil Calzados Lurueña, que las cuentas de dicha mercantil correspondientes al ejercicio de 2004 auditadas, de las que se desprende un patrimonio neto de



3.842.368 €, que dividido entre las participaciones arroja un valor contable de 3.892,98 € (incluida la prima de emisión). Por otra parte, en la ampliación del capital social se emitieron 137 nuevos títulos, por un valor nominal de 4.134,17 € valor nominal y prima de emisión. Además, manifiesta que el valor a efectos de cálculo de fusión lo es para dichos efectos. Y añade que el valor atribuido a Calzados Lurueña está tomado en consideración a todo el patrimonio de la sociedad, incluyendo la participación nominal del 59,61% y real del 66%, que dicha mercantil tenía sobre Calzados Lurueña. Por último en relación al valor de las acciones de la mercantil Lurueña S.A. hace referencia a las compraventas efectuadas el 30 de septiembre de 2003 a un grupo de accionistas distinto a la familia, lo que se hizo a un precio de 32,36 €. Y también menciona la compraventa realizada el 19 de diciembre de 2003, en la que el propio actor adquiere acciones de Lurueña S.A. a un precio unitario de 32,36 €.

### **Valoración de las Participaciones de Calzados Lurueña**

En las donaciones efectuadas a cargo de la sociedad de gananciales se fija como valor de cada participación social en la suma de 4.200 €. No resulta fácil determinar el valor que debe adjudicarse a las donaciones efectuadas, ello se complica notablemente por la inexistencia de una prueba pericial por la parte actora que sirva para establecer un precio real al momento de llevarse a cabo la donación de las Participaciones sociales, y ello porque son distintos los métodos que se pueden emplear para fijar la valoración de dichas Participaciones, pero, además debe tenerse en cuenta que el concepto de valor no significa su correspondencia exacta con el de precio, cuestión ésta que depende de múltiples factores externos de mercado en cada momento, como de las expectativas del comprador, del vendedor de la proyección económica de la sociedad etc.

Atendiendo a la prueba documental obrante en autos se pueden acudir a diversos valores de las Participaciones sociales de la expresada sociedad según el momento temporal que se tome como referencia. Así:

- Según el balance efectuado al término del **ejercicio 2004**, según el Informe de Auditoría (obran a los folios 410 a 436 de los autos), que asciende a la suma de **3.892,98 €**, (valor neto de **3.842.368 €** dividido entre 987 Participaciones sociales, que integran su capital social).

- El valor de fijado en la Junta General de la sociedad Calzados Lurueña celebrada el **día 15 de enero de 2004**, que aprobó la ampliación de capital, con la emisión de 137 nuevos títulos, por un valor nominal de 60,10 € y una prima de emisión de 4.074,61 €, lo que da un valor de **4.134,71 €**, por cada una (folios 444 a 446 de los autos).

- El valor de canje establecido para la fusión por absorción de la mercantil Lurueña S.L. a la mercantil Calzados Lurueña S.L, a cuyos efectos se fijó valor de Calzados Lurueña S.L. en la suma de 10.852.10 €, estando su capital social dividido en 987 Participaciones sociales, quedando fijado el valor de Lurueña S.A. en la suma de 8.900.000 €, y dividido su capital social en 165.000 acciones, según los acuerdos adoptados por las Juntas Generales de ambas sociedades, celebradas el día 29 de junio de 2006, como consta en la Escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de reducción de capital de Lurueña S.L. y fusión por absorción, otorgada ante el Notario don Juan Bolás Alfonso, de fecha 4 de septiembre de 2006 (folios 450 a 564 de los autos). Según dicho valor de canje corresponde a cada Participación de Calzados Lurueña la suma de **10.994,94 €** y a cada acción Lurueña S.A. un valor de **53,94 €**.

Para fijar el valor de las Participaciones sociales donadas es importante atender al momento en que se hizo -14 de abril de 2005-, no existen compraventas de Participaciones sociales cercanas en el tiempo que nos den una idea aproximada de su valoración en aquella fecha, y estimamos que no puede aplicarse el valor de canje tenido en cuenta en el proceso de absorción anteriormente indicado, aprobado un año después al de la donación efectuada, porque dicho valor fue establecido con una finalidad muy distinta y no responde al valor real de las Participaciones cuando se realizó la donación, ya que en dicho valor de canje se tienen en cuenta otras consideraciones distintas al propio valor de los elementos que integran la sociedad, y esta cuantificación no puede trasladarse a la donación que nos ocupa, además de que sobre esta valoración pretendida no se ha practicado prueba técnica alguna, y de los criterios restantes que han sido anteriormente enumerados, alguno de ellos más próximo en el tiempo que el tomado en cuenta para el proceso de fusión referido, dan un valor inferior al declarado en la escritura pública de donación, es decir, **4.200 €**, por Participación social. Por ello se mantiene valor, como valor real para el cálculo del importe de la donación a efectos de cuantificar la legítima del demandante.

### **Valoración de Lurueña S.A.**

En relación a la valoración de las Acciones de la mercantil Lurueña S.A., en un examen de los autos se aprecian los siguientes hechos:

- Por escritura pública de compraventa de acciones de fecha 19 de diciembre de 2003, otorgada ante el Notario don Valerio Pérez de Madrid Y Pala, por doña Daniela se vendió a don Jorge, 165 acciones, que tenía en autocartera, de la sociedad Lurueña S.A. por un precio de 5.399,40 €.



Para establecer el valor de las acciones de la mercantil Lurueña, debe tenerse en cuenta que en la escritura de donación realizada se otorga un valor para cada acción de **33 ?**, por las mismas razones anteriormente expuestas al abordar el valor de las Participaciones sociales de la mercantil Calzados Lurueña no puede aceptarse como valor de cada acción donada en el mes de abril de 2005, el tomado para la ecuación de canje correspondiente al proceso de fusión de sociedades ya aludido, que arroja un valoración que es casi el doble al de la compraventa efectuada por el actor un año y cuatro meses antes, lo que se considera que no responde a su valor real al momento de la donación efectuada, por consiguiente, se toma el valor fijado en la escritura de donación como el real de cada acción, sin perjuicio de la revalorización correspondiente.

#### **Valoración de Inmolumbles Comerciales S.L.**

En la donación efectuada se fija como valor de la donación por cada Participación social el de 500 ?. Alega la parte recurrente que debe fijarse como valor que se tomó en cuenta en la compraventa efectuada el 29 de junio de 2005 a su hermana de 4.867 Participaciones sociales, de 624,05 ?. Se oponen las codemandadas, que sostienen que la venta de dichas Participaciones tuvo lugar en un ámbito del conflicto familiar existente entre las partes litigantes, que dio lugar a un acuerdo transaccional de modo que se acordó que la titularidad total de dicha sociedad quedase en manos de doña Daniela , en tanto que el actor recibiría el valor equivalente a su participación en dicha sociedad que era el 50% de su valor, razón por la que se estableció dicho precio, siendo necesaria la donación de 213 acciones a doña Clara para evitar la unipersonalidad societaria. De lo que colige que el actor ya percibió en metálico el 50% del valor de la sociedad.

En un examen de los autos se aprecian los siguientes hechos de interés:

**1 .-** En fecha 29 de julio de 2005, se otorgó ante el Notario don Juan Bolás Alfonso, escritura de elevación a público de "*Acuerdo Transaccional*" (obrante a los folios 709 a 715 de los autos), acuerdo suscrito por don Jorge ; doña Daniela , que interviene en nombre propio y en representación de la mercantil Lurca S.A., en su condición de Administradora solidaria, en representación de la mercantil Inmolumbles Comerciales S.L., en su condición de Administradora Única, y como apoderada de sus padres don Onesimo y de doña Gracia ; don Horacio y don Cornelio , que intervienen a los efectos de los dispuesto en las disposiciones décima y undécima del expresado acuerdo. Dicho acuerdo, como se explica tiene su origen en las diferencias surgidas entre las partes para la gestión y desarrollo de las actividades empresariales de las mercantiles Lurca S.A. e Inmolumbles Comerciales S.L., cuyo capital social se encuentra participado en la forma que se indica, y en él se contemplan diversas medidas complementarias para la eficacia de las transmisiones acordadas, la responsabilidad por contingencias tributarias del demandante en los términos que se recogen en el punto quinto, su cese en su condición de Administrador en las expresadas sociedades (punto sexto). Al cumplimiento íntegro con lo convenido renunciando a cuantos derechos y acciones pudieren o hubieren podido ser dimanantes de cualquier naturaleza con origen directo o indirecto en Lurca S.A. anterior al "*Acuerdo Transaccional*" (punto noveno). Finalmente, en el punto décimo se establece una prohibición de concurrencia respecto de don Jorge , su cónyuge, e hijos, en los términos que en dicho apartado se recogen. Y en punto duodécimo se establece una cláusula de penalidad por incumplimiento.

**2.-** En el marco de dicho *Acuerdo* se pactó como solución al conflicto surgido que el actor transmitiera las acciones y participaciones sociales que detentaba en una y otra sociedades, estableciéndose, además, en ambos casos se establece el precio de ambas transmisiones de las participaciones. De todo ello se infiere que en la valoración fijada, sin duda, se tuvo en cuenta otras cuestiones distintas del valor real de las acciones y Participaciones sociales transmitidas, lo que influyó en el precio abonado al demandante por la transmisión de sus participaciones sociales en la mercantil Inmolumbles Comerciales S.L., pero, sin embargo, no se desprende que *el Acuerdo* afectase para nada a las consecuencias de la donación realizada por la sociedad de gananciales a doña Daniela , ni contiene una renuncia a una futura colación de la misma a efectos de cómputo de su legítima.

Por consiguiente, estimamos que debe computarse el valor de la donación realizada a la expresada codemandada, fijándose como valor el recogido en la escritura pública de donación, al no acreditarse uno mayor, es decir, **500 ?**, por cada una de ellas, pues el valor fijado en la transmisión se estableció en el ámbito de un acuerdo transaccional para solucionar las discrepancias existentes y su cuantificación no es real, lo supone que el importe total de las donaciones efectuadas asciende a la suma de **1.146.500 ?**.

#### **DECIMOQUINTO.- VALORACIÓN REAL DE LAS DONACIONES EFECTUADAS A DOÑA Clara .**

En relación a las donaciones efectuadas por el causante a cargo de la sociedad de gananciales liquidada como ya se ha dicho son:



- Por Escritura Pública de donación de fecha 21 de diciembre de 2006, nº NUM034 , otorgada por don Onesimo , con el consentimiento de su esposa, doña Gracia , ante el Notario don Juan Bolás Alfonso, (folios 144 a 146 de los autos), Don Onesimo , dona a su nieta doña Clara , **1.000.000 de ?** .

Respecto de esta donación en dinero no existe problema alguno para su valoración, que será la de la expresada suma.

- Por Escritura Pública de donación de fecha 21 de diciembre de 2006, otorgada don Onesimo , con el consentimiento de su esposa, doña Gracia , **213 participaciones sociales, de sociedad INMOLUR INMUEBLES COMERCIALES S.L.**, con un valor nominal de 4,83 ?, cada una, y con un valor contable de 500 ?, cada una de ellas, por un importe de **106.500 ?** .

En relación a la valoración de esta donación, para evitar inútiles repeticiones nos remitimos a lo ya dicho respecto al valor dado a la donación de dichas Participaciones efectuada a doña Daniela , es decir, se tomará como valor el fijado en la escritura de donación.

Por consiguiente, asciende el importe total de las donaciones efectuadas ascienden a la suma de **1.106.500 ?**.

#### **DECIMOSEXTO.- ACTUALIZACIÓN DEL VALOR DEL RELICTUM Y DEL DONATUM.**

Solicita el actor en su demanda la actualización tanto de los bienes que se comprenden en el inventario de la sociedad de gananciales disuelta, como de las donaciones efectuadas, aplicando para ello el IPC correspondiente.

Aunque por los codemandados se mantiene en la litis una oposición a la estimación de la demanda por las razones que ya se han examinado a lo largo de este recurso, en sus distintas alegaciones contenidas en los escritos tanto de contestación a la demanda como de oposición al recurso de apelación formulado de contrario, para el supuesto hipotético de una estimación del mismo no se oponen a la actualización del valor de los bienes que integran el caudal relictum y el valor del donatum, aunque manifiestan que no puede desconocerse que el IPC arroja a día de hoy cifras completamente irreales, debido al desplome del consumo.

El sustento de la actualización del donatum y del relictum descansa en la depreciación monetaria del dinero y de los bienes por el transcurso del tiempo. Tras la reforma de 1981, que dio nueva redacción al artículo 847 Código Civil , con respecto al pago de la legítima en metálico, la jurisprudencia atiende al valor que tuvieron los bienes al tiempo de liquidar la legítima ( SSTS de 20 de junio , 21 de octubre y 14 de diciembre de 2005 , todas ellas citadas en la de 24 de enero de 2008 ), ello con lleva la necesidad de actualización tanto del relictum como del donatum, (TS 15 julio 2007).

En el caso de autos de acuerdo con la doctrina expuesta, adquieren relieve decisivo dos factores: la actualización del importe del donatum y del relictum y la proyección al momento de su materialización, es decir, del pago de la legítima estricta al actor.

Se pueden adoptar distintos criterios para la actualización del donatum y del relictum, pero mayoritariamente el criterio seguido por los distintos Tribunales es la aplicación del IPC (así se pueden citar al respecto las SAP de Madrid, sección 25ª de del 09 de junio de 2015 de la Coruña, sección 4 , del 17 de septiembre de 2014 ; SAP de Vizcaya sección 4 del 19 de abril de 2013 , de Segovia de 30 de junio de 2011 ) criterio que también sigue el STS 15 de junio de 2007 ).

Es posible que para la actualización de algunos de los bienes que integran el inventario de la sociedad de gananciales disuelta, que a la vez constituyen los bienes relictos del causante, hubiera sido mejor la aplicación de otro método de actualización distinto del IPC, debido a la profunda crisis económica global que afectan a las economías de nuestro entorno, pero no habiéndose practicado prueba alguna sobre este extremo, debe aplicarse la actualización sobre todos los bienes mediante el dicho método, cuya aplicación se hará teniendo en cuenta el IPC acumulado resultante para cada uno de los bienes actualizados, cuya variable se indicará expresamente.

#### **DECIMOSÉPTIMO.- SOBRE EL DEVENGO DE FRUTOS Y RENTAS AL DONATUM Y RELICTUM.**

El estudio de esta cuestión queda limitado en el ámbito de conocimiento del presente recurso a la reclamación efectuadas en el escrito de demanda y las reconocidas en los escritos de contestación, quedando fuera del mismo, todos los frutos que pudieran haberse devengado con posterioridad, que en su caso podrán lugar a la acción de complemento de legítima si fuera procedente.

Con base en el criterio valorista y en aplicación del artículo 847 del Código Civil , solicita el actor adicionar también para el cálculo de su legítima estricta los frutos y rentas producidos por todos los bienes relictos y bienes donados, los que cuantifica en el interés legal correspondiente a su valor real y actualizado desde la fecha del fallecimiento del causante, para los bienes relictos, y el mismo interés para todos los bienes donados,



desde la fecha en que se hizo cada una de las donaciones llevadas a cabo, aplicado sobre el valor real y actualizado. No distingue el demandante entre las distintas clases de bienes, sino que pretende la aplicación automática de dicho interés en concepto frutos y rentas "producidos".

El artículo 847 del Código Civil , al tratar sobre el pago de la porción hereditaria dispone:

"Para fijar la suma que ha de abonarse a los hijos o descendientes se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, *teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidas, Desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal*".

No puede acogerse favorablemente en los términos que ha sido opuesto el motivo examinado. En cuanto a los bienes relictos, por la sencilla razón de que dicho precepto es sólo de aplicación a los bienes concretos que hayan producido frutos o rentas desde el momento del fallecimiento del causante, pero, en modo alguno, permite que a todos los expresados bienes que integran el inventario de la sociedad de gananciales se aplique el interés legal en concepto de frutos o rentas, se hayan o no devengado, sino que lo limita a "*los frutos y rentas hasta entonces producidas*", es decir, al momento de la liquidación, y por ello debe acreditarse qué frutos o rentas se han devengado y la prueba de su importe, lo que no se ha acreditado en autos, en este sentido se pronuncia la STS de fecha 24 de enero de 2008 , que desestima "*incrementar la cuota de legítima estricta de la demandante con los frutos y rentas producidas por razón de que no constan probados en los autos de instancia*".

En relación al donatum tampoco puede acogerse la pretensión de devengo de intereses legales en concepto de frutos o rentas producidas, porque el 636 del Código Civil prohíbe dar o recibir por vía de donación más de lo que se pueda dar o recibir por testamento; y el artículo 654 del mismo Texto legal establece que las donaciones que sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso, si bien tal reducción no obstará para que "*tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haya suyos los frutos*". Por tanto, en el caso de autos no siendo inoficiosas ninguna de las donaciones efectuadas por la sociedad de gananciales disuelta el único efecto es adicionar su importe real, actualizado para el cálculo de la legítima estricta, pero en modo alguno puede exigirse el devengo de los frutos producidos, que, en cualquier caso, corresponden al donante.

Se acreditan la existencia de rentas de las pólizas de vida devengadas con posterioridad al fallecimiento del causante por importe de **16.535,88 ?** .

No obstante, en su escrito de contestación de demanda y en el de oposición al recurso por la codemandadas, doña Gracia , se reconoce únicamente como frutos de los bienes hereditarios la suma de **99.012,92 ?**, abonados por BBVA Seguros tras el fallecimiento del causante, en concepto de indemnización compensatoria compensación por el retraso en el pago respecto de los seguros de vida suscrito, tal y como se acordó en el acuerdo transaccional de fecha 27 de junio de 2012, suscrito entre la entidad BBVA; BBVA Seguros S.A. y Reaseguros, y la Herencia de don Onesimo , representada por su viuda, obrante a los folios 283 a 287 de los autos.

Por otra parte, en el escrito de contestación de la codemanda doña Gracia al calcular las rentas recibidas desde el fallecimiento, por los bienes relictos las cuantifica en la suma de **177.575 ?**, ( folio 373 de los autos) y aunque no contiene una especificación de los conceptos que comprende, se entiende que dentro de esta suma se incluyen los conceptos que han sido anteriormente examinados.

DECIMOCTAVO.- CUANTIFICACIÓN DE LA LÉGITIMA DE ERICTA DE DON Jorge .

Para la cuantificación de la expresada legítima se debe seguir la forma de cálculo efectuada por el demandante, en parte también seguido por las codemandadas, de manera que en los bienes relictos se incluyen todos los bienes que integraban la sociedad de gananciales, salvo las pensiones de la seguridad social del causante y la compensación por fallecimiento de los seguros de vida, devengadas ambas con posterioridad al fallecimiento del causante. Siendo la legítima estricta la mitad del tercio del resultado de dividir por dos el donatum y el relictum ( artículo 808 del Código Civil ).

**-Bienes relictos.-** Al no haberse modificado por esta Sala el valor fijado en el Inventario se parte del valor fijado en la escritura de rectificación se toma como valor de los bienes relictos será éste el fijado en la escritura de rectificación de fecha 17 de junio de 2011, que arroja un valor total global de **6.675.642,16 ?** , esta cantidad deberá deducirse la suma de 1.400 ?, correspondiente a la errónea cuantificación de la póliza nº - NUM025 , cuyo importe de prima abonada es de **98.600 ?**, en lugar de **100.000 ?**, que figura en el inventario, lo que supone un valor global de **6.674.242,16 ?**, que actualizado mediante la aplicación del IPC desde el fallecimiento del causante al mes de noviembre de 2015 (8,4) da un importe total de

**7.234.878,4 ?**

A esta cantidad, y siguiendo el método seguido por las partes litigantes se deberán adicionar los siguientes conceptos:

1. Donaciones efectuadas a cargo de la sociedad de gananciales a doña Daniela .

- Por escritura pública de fecha 14 de abril de 2005, nº NUM032 , por importe de **5.124.718?** .

- Por escritura pública de fecha 14 de abril de 2005, nº NUM032 , por importe de **378.000 ?** .

- Importe total **5.502.718 ?**, valor actualizado desde la muerte del causante (abril de 2010 a noviembre de 2015) por aplicación IPC (variación 20,5%), siendo el importe total de la donación efectuadas de **6.630.775,18 ?** .

**2.- Donaciones efectuadas a cargo de la sociedad de gananciales a doña Clara .**

- Por escritura pública de fecha 21 de diciembre de 2006 nº NUM034 , en metálico por importe de **1.000.000 ?** .

- Por escritura pública de fecha 21 de diciembre de 2006, nº NUM035 , por importe de **106.046,32 ?** .

- Importe total **1.106.046,32 ?** , valor actualizado desde la fecha de las donaciones a noviembre de 2015 por aplicación IPC (variación 15%) = **1.271.953,22 ?** .

A esta cantidad deben añadirse las siguientes donaciones en dinero efectuadas mediante transferencias bancarias:

- **18.000 ?**, en fecha 13 de julio de 2009.

- **12.000 ?**, en fecha 24 de diciembre de 2009.

- **6.000 ?**, en fecha 30 de diciembre de 2009.

**Total 36.000 ?**, suma que actualizada a diciembre de 2015 (variación de 9,4, para la primera y 7,9 para las dos restantes) = **39.114?**.

Siendo el importe total de las donaciones efectuadas de **1.311.067,22 ?**.

El importe global de la sociedad de gananciales disuelta es de **15.176.720,8 ?** y los **frutos producidos hasta la contestación de la demanda** ascienden a la suma de **177.575,10 ?**.

**TOTAL 15.354.295,9 ?**.

**50% Masa hereditaria 7.677.147,95 ?**,

**A la Masa Hereditaria debe añadirse las siguientes cantidades:**

- **5.053 ?** , en concepto de compensación de las pólizas de seguro de vida por fallecimiento.

- **2.481,95 ?** en concepto de pensiones de la Seguridad Social.

- Actualización (7,3) = **550 ?**

**TOTAL 7.685.232,9 ?**

**IMPORTE DE LEGÍTIMA ESTRICTA  $7.685.232,957/3 = 2.561.744,3 ?/2$**

**TOTAL 1.280.872,15 ?**

DECIMONOVENO.- RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR DOÑA Daniela .

Por la representación procesal de doña Daniela se interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia. Alega la existencia de una incongruencia omisiva en la sentencia apelada al no pronunciarse sobre la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta en su escrito de contestación a la demanda formulada, omisión que trató de subsanar mediante la solicitud de complemento de la sentencia respecto a la falta de contestación de la expresada excepción. Petición que fue denegada mediante Auto de fecha 23 de mayo de 2013, y de ello concluye que de haberse estimado la falta de legitimación pasiva alegada, por aplicación de la regla general de vencimiento establecida en el artículo 394.1 de la LEC se hubiera condenado en costas al actor respecto formulada contra dicha parte. Seguidamente, respecto a la no imposición de las costas en la instancia, pese a la desestimación de la demanda, muestra su disconformidad con el razonamiento de la sentencia apelada, que considera insuficiente. Finalmente, solicita la estimación del recurso de apelación, la revocación de la sentencia apelada, y la imposición de las costas devengadas en la instancia al actor.

En un examen del suplico del recurso de apelación se aprecia que es del siguiente tenor: "(...) y de conformidad con lo expuesto, acuerde revocar parcialmente el fallo de la meritada sentencia respecto a la falta de condena en costas al actor, acordando en consecuencia de conformidad con la suplica del escrito de oposición a la





demanda deducido en su momento por esta parte, la expresa condena en costas de la primera instancia a don Jorge , conservando el resto de los pronunciamientos judiciales (...)".

A tenor de dicho pronunciamiento, resulta evidente que no se plantea en esta alzada la existencia de un pronunciamiento revocatorio de la resolución apelada referido a la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta en la instancia, cuyo estudio fue omitido por la expresada sentencia, y a cuya desestimación tácita se aquieta, sino que únicamente petitiona la revocación de la sentencia de instancia en cuanto a la no imposición de la costas, a pesar de haberse desestimado la demanda interpuesta.

Planteado el recurso de apelación en los términos expuestos, resulta evidente que, tras la estimación parcial de la demanda interpuesta en esta alzada, el recurso de apelación interpuesto carece de contenido, por cuanto la expresada estimación parcial conlleva como consecuencia la revocación en parte de la sentencia de instancia, lo que en aplicación del artículo 394.2 de la LEC implica la no imposición de las costas causadas al no existir motivos para apreciar temeridad en ninguna de las partes litigantes.

Lo dicho es razón suficiente para la desestimación del recurso de apelación formulado, pero debe significarse respecto de la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la parte recurrente, que para su examen debe partirse al respecto de la diferencia entre la denominada tradicionalmente legitimatio ad procesum, que en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil se denomina como capacidad para ser parte y capacidad procesal, consistente en la capacidad para ser parte procesal, es decir, la capacidad que es necesario ostentar para ser sujeto de una relación procesal y poder realizar actos procesales válidos y con eficacia jurídica ( artículos 6 a 9 de Ley de Enjuiciamiento Civil ), y la legitimatio ad causam, que en la Ley de Enjuiciamiento Civil se denomina simplemente legitimación, que está relacionada con la pretensión que se ha formulado en el proceso, ya que es la relación existente entre una persona determinada y una situación jurídica en litigio por virtud de la cual es precisamente esta persona y no otra la que debe figurar en él, ya sea en concepto de actor o de demandado ( artículos 10 y 11 Ley de Enjuiciamiento Civil ).

En relación con la cuestión relativa a la legitimación ad causam, que es la planteada por aquí por la demandada, es de destacar la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, puesta de fecha 13 julio 2012, con cita de la sentencia 713/2007 , de 27 junio, declara que la legitimación "ad causam" «consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar y exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido, según las SSTS 31-3-97 y 28-12-01 »; de modo que, por su propia naturaleza y efectos, su falta puede ser apreciada de oficio ( SSTS, 30 abril 2012 , 13 diciembre 2006 , 7 y 20 julio 2004 , 20 octubre 2003 , 16 mayo 2003 , 10 octubre 2002 y 4 julio 2001 ) en cualquier momento del proceso.

Y en el caso de autos, habida cuenta de las pretensiones ejercitadas en la demanda por el actor se plantean serias dudas respecto a su legitimación pasiva, pues si bien el pago de la legítima estricto no le corresponde hacerlo a la recurrente, en la litis se plantaba traer a colación las donaciones en las que resultó beneficiaria de la demandada, pretensiones y que, en caso, podían afectarla directamente, como claramente queda demostrado en la postura mantenida a lo largo del proceso.

Por todo ello se rechaza el motivo opuesto.

**VIGÉSIMO.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR DOÑA Gracia , EN SU PROPIO NOMBRE, Y EN REPRESENTACIÓN DE LA HERENCIA YACENTE DE DON Onesimo .**

Por la representación procesal de doña Gracia , en su propio nombre, y en representación de la Herencia Yacente de don Onesimo , se interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia. Muestra su disconformidad con el pronunciamiento relativo a la no imposición de las costas devengadas, alega la infracción del artículo 394.1 de la LEC al no aplicar la regla general de vencimiento para la condena en costas, y considera insuficiente el escueto razonamiento contenido en la resolución apelada para sustentar su decisión, exponiendo a continuación las razones por las que estima procedente su imposición a la parte demandante.

No puede acogerse el motivo opuesto, toda vez que al revocarse en esta alzada la sentencia de instancia y estimarse en parte las pretensiones deducidas en la demanda por el actor, el recurso de apelación ha quedado sin contenido, porque en materia de las costas devengadas en la instancia será de aplicación lo dispuesto la regla prevista en el artículo 394.2 de la LEC , al no apreciarse temeridad en ninguna de las partes litigantes. Pero además debe señalarse que la no imposición de costas acordada en la sentencia de instancia era ajustada a Derecho ante las serias dudas de derecho que la cuestión litigiosa planteaba, habida cuenta de la singularidad que presentaba la cuestión litigiosa referida a la interpretación del artículo 831 del Código Civil planteada y la inexistencia de doctrina jurisprudencial al respecto.

**VIGESIMOPRIMERO** .- En atención a todo lo que antecede procede estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Jorge , y con revocación de la sentencia apelada, reconociéndose el derecho del actor a percibir su legítima estricta, que se cuantifica en la suma de **1.280780,65 ?**.

Una vez fijada la cantidad que corresponde a la legítima en metálico que ha de percibir el actor, por aplicación del artículo 847 del Código Civil , dicha suma, que ha sido actualizada al momento de llevarse a cabo la partición, devengará previsto en el artículo 576 del Código Civil desde la fecha de notificación de esta resolución a la parte obliga a su pago.

Asimismo, se desestiman los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de doña Gracia , en nombre propio y en representación de la Herencia Yacente de don Onesimo , y de doña Daniela .

#### **VIGESIMOSEGUNDO.- COSTAS**

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC no se hace imposición de las costas devengadas en esta alzada por el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Jorge .

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.2 de la LEC , no se hace imposición de las costas devengadas por el recurso de apelación formulado por la representación procesal de doña Gracia , en nombre propio y en representación de la Herencia Yacente de don Onesimo , y doña Daniela , habida cuenta de las serias dudas de derecho que plantea la controversia jurídica planteada en su conjunto.

Vistos los preceptos y razonamientos citados, en nombre de S.M. el Rey.

#### **FALLAMOS**

**Debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Jorge , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 86 de Madrid, núm. 69/2013, de 1 de abril, y, en consecuencia, **REVOCAMOS** la expresada resolución, y **ESTIMANDO EN PARTE** la demanda rectora del procedimiento interpuesta por el recurrente, declaramos que doña Daniela deberá abonar al actor la legítima estricta, que asciende a la suma de **UN MILLÓN DOSCIENTOS OCHENTA MIL SETECIENTOS OCHENTA EUROS, CON SESENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (1.280.780,65 ?)**, obligando a las demandadas a estar y pasar por la anterior declaración.

Suma a la que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de notificación de esta resolución.

Asimismo, debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de doña Gracia , en nombre propio y en representación de la Herencia Yacente de don Onesimo , y de doña Daniela contra la sentencia de instancia.

No se hace imposición de las costas de devengadas en ninguna de ambas instancias.

La estimación del recurso de apelación formulado por la representación procesal de don Jorge determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

La desestimación de los recursos de apelación formulados por la representación legal de doña Gracia , en nombre propio y en representación de la Herencia Yacente de don Onesimo , y de doña Daniela , determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la normativa citada.

Notifíquese esta resolución de conformidad con lo establecido en el artículo 248.4 de la L.O.P.J . advirtiendo a las partes que contra esta sentencia Cabe interponer recurso de casación, y, en su caso, de infracción procesal, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2.2º de la LEC el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 del expresado Texto Legal, previa constitución , en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2579-0000- 00-0556-13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Líbrense testimonio de la presente el cual se llevará a los autos de su razón quedando el original en el presente libro y remítase otro al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.



Así por esta sentencia lo mandamos y firmamos .

**PUBLICACIÓN.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ