



Roj: **STS 3531/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3531**

Id Cendoj: **28079110012019100567**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2019**

Nº de Recurso: **1384/2017**

Nº de Resolución: **578/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP H 97/2017,**
STS 3531/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 578/2019

Fecha de sentencia: 05/11/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1384/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1384/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 578/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M. Ángeles Parra Lucán



D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 5 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Pio , representado por el procurador D. Ignacio Portilla Cirquián, bajo la dirección letrada de D. Nicolás María Morón Pendas, contra la sentencia núm. 82 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva en el recurso de apelación núm. 454/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1167/2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva, sobre colación de bienes donados. Ha sido parte recurrida D.^a Edurne y D.^a Ascension , representadas por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Joaquín López García de la Serrana.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Rafael García Oliveira, en nombre y representación de D.^a Edurne y D.^a Ascension , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Pio y D.^a Enriqueta , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se declare que parte de la finca Mogaya fue donada por Doña Edurne a su hijo Don Pio , hoy demandado

A) Que las fincas descritas en el hecho cuarto de la demanda, son colacionables conforme a lo dispuesto en el art. 1.035 del Código civil en la herencia de Doña Justa .

B) Que su hijo y heredero, el demandado, Don Pio , debe traer a la masa hereditaria 1.261.585,60 Euros, valor de los bienes a la fecha del fallecimiento.

A) Con imposición de costas si se opusiere".

2.- La demanda fue presentada el 9 de julio de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva se registró con el núm. 1167/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Ignacio Portilla Ciriquián, en representación de D.^a Enriqueta , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones formuladas por la parte actora, con expresa imposición de las costas causadas, declarando no haber lugar a la colación interesada sobre la Finca DIRECCION000 , y ello por no concurrir los requisitos legalmente previstos en el Código Civil y particularmente los reflejados en el artículo 1035 del Código civil y carecer la demandada de legitimación pasiva, careciendo de la condición de heredera forzosa de Doña Justa a cuya sucesión se pretende la aplicación del instituto de la colación".

Y el mismo procurador, D. Ignacio Portilla Ciriquián, también contestó a la demanda en nombre y representación de D. Pio , solicitando al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones formuladas por la parte actora, con expresa imposición de las costas causadas, declarando no haber lugar a la colación interesada sobre la DIRECCION000 , y ello por no concurrir los requisitos legalmente previstos en el Código Civil y particularmente los reflejados en el artículo 1035 del Código Civil".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva dictó sentencia de fecha 16 de marzo de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Que en la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Rafael García Oliveira en nombre y representación de Edurne y Ascension , contra Enriqueta y Pio

1º.- a).- Que las fincas siguientes son colacionables conforme a lo dispuesto en el artículo 1035 del Código Civil en la herencia de doña Justa .

1.- Parcela NUM000 , del polígono NUM001 , situada al norte de la autovía A-49 limitando por el este con el término municipal de Gibraleón, por el norte con el monte público Campo común de Arriba, propiedad del Ayuntamiento de Cartaya y por el Oeste con las fincas agrícolas. Su superficie catastral es de 313.301 m2 (31.3301 ha) dedicadas al cultivo de cítricos en regadío con distintas variedades de naranjas y mandarinas. Asimismo, esta parcela alberga balsa de almacenamiento de agua para riego, instalaciones de bombeo y construcciones destinadas a almacenes de la actividad y uso residencial.



2.- Parcela NUM002 , de polígono NUM001 , situada entre la Autovía A-49 (N) y la carretera Nacional N-431, igualmente por el este con el término municipal de Gibraleón y por el Oeste con polígono agroindustrial y hotelería (motel Ferreira). Su superficie catastral es de 62.757 m² (6.2757 ha) dedicadas al cultivo de cítricos de regadío con distintas variedades de naranjas y mandarinas.

b).- Que su hijo y heredero don Pio , debe traer a la masa hereditaria 1.261.585,60 euros, valor de los bienes a la fecha de fallecimiento.

2º.- Sin expresa condena en costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D.ª Enriqueta y D. Pio .

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, que lo tramitó con el número de rollo 454/16 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 13 de febrero de 2017, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLO: ESTIMAR EN PARTE los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de DON Pio y DOÑA Enriqueta , contra la sentencia. dictada el día dieciséis de marzo de dos mil dieciséis en el asunto a que se refiere el rollo de Sala arriba citado, por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huelva y REVOCARLA PARCIALMENTE en el sentido de estimar la demanda acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva de Enriqueta , a quien se absuelve de los pedimentos de la demanda, manteniendo la parte dispositiva de la sentencia recurrida, salvo en cuanto al valor de las fincas a colacionar que será el que corresponda actualizado al momento de la apertura de la sucesión con las características que tenían al momento de producirse aquella, partiendo de que la valoración debe hacerse contemplando la extensión de las fincas de 37'6058 hectáreas (suma las dos fincas registrales que la componen nº NUM003 y NUM004) , con la descripción y aprovechamientos que tenían al adquirirse, que según la descripción que obra en la escritura y en el Registro de la Propiedad se trata de tierras de secano calma y montuosa con higueras y algunos pinos, conteniendo dentro de su perímetro dos pequeñas casas para servicio de labranza y habitación y dos pozos de agua potable.

"Las costas de ambas instancias no se imponen a ninguna de las partes.

"Se acuerda la devolución de los depósitos efectuados para recurrir".

TERCERO .- *Interposición y tramitación de los recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- El procurador D. Ignacio Portilla Ciriquián, en representación de D. Pio , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia con fundamento en el artículo 469.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiéndose que la sentencia dictada por la Sala incurre en arbitrariedad asentada en una insuficiente motivación con vulneración de los artículos 217, 218, 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los artículos 609, 618, 633, 1346, 1347 y 1445 del Código Civil, 120.3 y 24 de la Constitución Española, causando indefensión a la parte apelante.

"Segundo.- Vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia con fundamento en el artículo 469.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiéndose que la sentencia dictada por la Sala incurre en arbitrariedad asentada en una insuficiente motivación con vulneración de los artículos 317.2, 318, 319, 320 todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los artículos 609, 618, 632, 633, 1274, 1275 y 1276 del Código Civil, causando indefensión a la parte apelante ex artículo 120 y 24 de la Constitución Española".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primer motivo. Con base en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción de los artículos 1035, 1045, 1047, 1048 y 1049 del Código Civil. Considerando que la colación es un instituto jurídico exclusivamente aplicable a los bienes recibidos del causante por dote, donación u otro título lucrativo. En cuanto a las donaciones de dinero para la posterior adquisición de inmuebles ajenos al patrimonio del donante, lo que se recibió del donante fue dinero, no bienes inmuebles, y lo que se recibió a título lucrativo fue dinero, no unos inmuebles que se adquirieron después, a título oneroso.



"Segundo motivo. Con base en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 818, 1035, 1045, del Código Civil en cuanto la determinación de la composición del donatum, debe hacerse con el valor actualizado de los mismos bienes donados.

"Tercer motivo. Con base en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia infracción de los artículos 618, 632 y 633 del Código Civil, respecto a la exigencia de forma "ad solemnitatem" requerida para la existencia de donación de bienes inmuebles.

"Cuarto motivo. Con base en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción de los artículos 609, 618, 1.261, 1274, 1.275, 1.276, 1.277 y 1445 del Código Civil, ante la necesidad de analizar la posibilidad de la concurrencia de dos negocios jurídicos con causas dispares (onerosa y gratuita) con efectos traslativos del dominio sobre un mismo objeto, con subsistencia simultánea de efectos jurídicos diversos e incompatibles".

2.- El procurador D. Rafael García Oliveira, en representación de D.^a Edurne y D.^a Ascension, también interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- El motivo por el que se interpone el recurso extraordinario por infracción procesal se contrae por vulneración por el Tribunal de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiera podido producir indefensión a que se refiere el Art. 469.1.3º de la L.E.C.

"Infracción con la sentencia dictada lo dispuesto en el Art. 217 de la L.E.C.

"Segundo.- El motivo por el que se interpone el recurso extraordinario por infracción procesal se contrae a la vulneración por el Tribunal de las normas procesales reguladoras de la sentencia a que se refiere el Art. 469.1.2º de la L.E.C.

"La sentencia recurrida infringe las normas reguladoras de las sentencias y en concreto lo dispuesto en el Art. 219.3 de la L.E.C.

"Tercero.- El motivo por el que se interpone el recurso extraordinario por infracción procesal se contrae a la vulneración por el Tribunal de las normas procesales reguladoras de la sentencia a que se refiere el Art. 469.1.2º de la L.E.C.

"La Sentencia recurrida infringe las normas reguladoras de las sentencias y en concreto lo dispuesto en el Art. 218 de la L.E.C., que dispone que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate.

"Cuarto.- El motivo por el que se interpone el recurso extraordinario por infracción procesal se contrae a la vulneración por el Tribunal de las normas procesales reguladoras de la sentencia a que se refiere el Art. 469.1.2º de la L.E.C.

"La sentencia recurrida infringe las normas reguladoras de las sentencias y en concreto lo dispuesto en el Art. 406 de la L.E.C."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero: Se denuncia por este motivo la infracción de la Sentencia dictada por esta Sala a la que me dirijo al amparo de lo previsto en el Art. 477.3 de la L.E.C. por cuanto la sentencia se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

"Siendo la Infracción por aplicación indebida de lo establecido en el Art. 739 del Código Civil, por el que se establece que el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte Enel entendimiento de que la voluntad que exige este precepto para dejar subsistente un testamento anterior puede ser no sólo la expresa en tal sentido, sino también a la que se deduzca del tenor de ambos testamentos.

"Segundo: Se denuncia por este motivo la infracción de la Sentencia dictada por esta Sala a la que me dirijo al amparo de lo previsto en el Art. 477.3 de la L.E.C. por cuanto la sentencia se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

"Se denuncia la Vulneración por no aplicación de lo establecido en el Art. 1045 del Código Civil".



3.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 5 de junio del presente, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D. Pio y los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal formulados por la representación procesal de D^a Edurne y D^a Ascension contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección Segunda) de 13 de febrero de 2017 dictada en el rollo de apelación 454/2016, dimanante del procedimiento ordinario 1167/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Huelva.

"2.º) Las partes recurrentes perderán los respectivos depósitos constituidos por los recursos que han sido inadmitidos.

"3.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Pio contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección Segunda) de 13 de febrero de 2017 dictada en el rollo de apelación 454/2016, dimanante del procedimiento ordinario 1167/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Huelva.

"4.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría".

4.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

5.- Por providencia de 16 de septiembre de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 22 de octubre del presente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

1.- La causante D^a Justa murió el 7 de octubre de 2010, bajo testamento de 27 de enero de 2003, en el que manifiesta que, tanto en vida de su esposo como después, se han ido repartiendo los bienes entre sus hijos paulatinamente, y concretamente en cuanto a las casas fueron distribuidas a todos sus hijos, excepto a su hijo Eutimio, al que compensa con el saldo de cuentas, depósitos o imposiciones, que quedasen a su fallecimiento, en el BBVA, así como le lega la oficina sita en la Plaza Coto Mora, n.º 1, que en su día fue alquilada a la mercantil Dislosi. Tras disponer otros legados, instituye y nombra únicos y universales herederos de sus bienes a sus cinco hijos D. Pio, D. Eutimio, D^a Ascension, D^a Enriqueta y D^a Marcelina, con sustitución vulgar a favor de su respectiva descendencia.

2.- La heredera D^a Rebeca murió el 4 de julio de 2014, bajo testamento de 16 de mayo de 1985, en el que legó a su esposo el tercio de libre disposición y ordena que, en pago de su cuota, se le adjudique el usufructo universal de sus bienes, instituyendo herederos a sus dos hijos D. Jesus Miguel y D^a Ascension.

3.- Mediante escritura pública de 25 de febrero de 2011, los cinco hijos de la causante llevaron a efecto la aceptación y adjudicación de la herencia de su madre, haciéndose constar expresamente, en la cláusula cuarta de otorgamiento:

"[...] que no obstante el contenido de la precedente escritura D^a Ascension y D^a Justa expresamente se reservan todas las acciones legales en relación con la posible adición a la misma de otros bienes no incluidos en el inventario, así respecto al ejercicio de la colación que pudiera corresponder por omisión de bienes o transmisión a título gratuito en vida de la causante a favor de alguno de los causahabientes".

4.- La causante y sus hijos constituyeron el 1 de octubre de 1992, una comunidad de bienes para la explotación agraria de diversas fincas rústicas, de las que eran titulares y propietarios, dentro de las cuales se encontraba la denominada DIRECCION000, que posteriormente se separó de la precitada comunidad, comprometiéndose, por ello, a abonar D. Pio la cantidad de 18 millones de ptas.

5.- La precitada finca DIRECCION000 fue comprada, por medio de escritura pública de 28 de diciembre de 1967, por el demandado D. Pio, casado con D^a Enriqueta, con carácter ganancial, a D. Emilio y D^a Manuela, por un precio declarado de 300.000 ptas., figurando inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de los compradores. La precitada finca fue adquirida con dinero donado por la causante y entregado a su hijo.



6.- Los compradores D. Pio y su esposa hicieron en la finca litigiosa una cuantiosa inversión para dotarla de energía eléctrica, plantarla de naranjos y ponerle riego, para lo cual concertaron un préstamo con garantía hipotecaria sobre dicho inmueble, con el Banco de Crédito Agrícola, que ascendió a un total de 28.000.000 de ptas. por principal e intereses.

7.- Por la hija de la causante D^a Edurne y por su nieta D^a Ascension, que actúa en nombre propio y representación de la comunidad hereditaria de D^a Rebeca, constituida con su hermano, se interpuso demanda contra D. Pio y su esposa D^a Enriqueta, al amparo de lo normado en los arts. 1035 y 1045 del CC, postulando que se declarase que parte de la finca litigiosa, parcela NUM000 del polígono NUM001, situada al norte de la autovía A-49, de 313.301 m², y parcela NUM002 del polígono NUM001, de 62757m², situada entre la autovía A-49 (N) y la carretera nacional N-431, descritas en el hecho sexto de la demanda, son colacionables conforme a lo dispuesto en el art. 1035 del CC, en la herencia de D^a Justa, y que, en consecuencia, su hijo demandado D. Pio debe a la masa hereditaria 1.261.585,60 euros, valor de los bienes a la fecha del fallecimiento.

8.- Seguido el juicio, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Huelva, que estimó íntegramente la demanda sin imposición de costas. Contra la precitada resolución judicial se interpuso por los demandados recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la sección segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, que dictó sentencia en la cual, revocando la pronunciada por el Juzgado y estimando la excepción de falta de legitimación pasiva, absolvió a D^a Enriqueta, manteniendo la obligación de colacionar del demandado D. Pio, pero el valor de las fincas será el que corresponda actualizado al momento de apertura de la sucesión con las características que tenían al momento de producirse aquélla, contemplando una extensión de 37,6058 hectáreas (sumas de las dos fincas registrales NUM003 y NUM004), con la descripción y aprovechamiento, que tenían al adquirirse como tierra de secano calma y montuosa, con higueras y algunos pinos, conteniendo dentro de su contorno dos pequeñas casas para servicio de labranza y habitación, así como dos pozos de agua potable.

9.- Contra la referida resolución judicial se interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y casación por la parte demandante, que no fueron admitidos a trámite, así como por el demandado, al que le fue admitido únicamente el recurso de casación formulado.

SEGUNDO.- *Motivos del recurso de casación.*

En primer término, se recurre por infracción de los arts. 1035, 1045, 1047, 1048 y 1049 del Código Civil, considerando a la colación como un instituto jurídico exclusivamente aplicable a los bienes recibidos del causante por dote, donación u otro título lucrativo, por lo que, si lo donado es dinero para la posterior adquisición de inmuebles ajenos al patrimonio del donante, debe ser objeto de colación el dinero y no los bienes inmuebles, que se adquirieron después a título oneroso, siendo erróneo, se afirma en el recurso, el criterio de la sentencia recurrida cuando razona que "habiéndose entregado el dinero no para comprar fincas, sino para una concreta DIRECCION000, es por lo entendemos que debe traerse a colación la finca y no el dinero". En definitiva, se considera, por la parte recurrente, que lo que deberá ser objeto de colación es el precio de la finca al tiempo de su adquisición, fijado en la escritura pública de 28 de diciembre de 1967, actualizado al momento de apertura de la sucesión.

En el segundo de los motivos se denuncia vulneración de los arts. 818, 1035 y 1045 del Código Civil, en cuanto a la determinación de la composición del *donatum*, que debe hacerse con el valor actualizado de los mismos bienes donados. El patrimonio de la donante/causante no comprende, ni nunca comprendió, la finca DIRECCION000, por lo que no es posible que el objeto de la donación sea la precitada finca. Se indica que, en el supuesto contemplado, no existe más empobrecimiento en el patrimonio de la donante/causante que el dinero entregado, con el que posteriormente se adquirió a título oneroso, por el recurrente, la precitada propiedad.

Estos motivos de casación en tanto en cuanto versan sobre el mismo objeto, cual es determinar si la colación ha de llevarse a efecto sobre el precio donado o sobre la finca adquirida con dicho dinero, serán objeto de un tratamiento conjunto.

2.1.- Consideraciones previas.

Hemos de partir de la base de que la pretensión ejercitada en la demanda no radica en la defensa cuantitativa de las legítimas, a través del ejercicio de una acción de complemento (artículo 815 del Código Civil), de reducción de legados por excesivos (artículos 817 y 820 del Código Civil y STS de 24 de julio de 1986) o, en su caso, de reducción de donaciones inoficiosas (artículos 634, 651, 819 y 820 del Código Civil), sino que la demanda se interpone, a los únicos efectos de obtener un pronunciamiento judicial que proclame la obligación de colacionar, que corresponde al actor, como heredero forzoso en la herencia de su madre, al concurrir con sus hermanos, que también ostentan tal condición jurídica, en virtud de lo dispuesto en el art. 1035 del CC.

Como hemos advertido en la STS 468/2019, de 17 de septiembre, con referencia al art. 1035 del CC:



"La colación no opera, desde el punto de vista técnico jurídico, con el sistema de protección de la legítima, sino que es una operación o norma de reparto, característica de las operaciones particionales, cuyo fundamento radica en la consideración de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso debe entenderse, salvo disposición en contrario del causante, como anticipo de la herencia, cuando concorra con otros herederos de tal condición".

En este sentido, las diferencias entre computación de la legítima y colación son evidentes. La computación ha de llevarse a cabo aun cuando exista un único legitimario, puesto que su legítima puede verse perjudicada por las donaciones efectuadas por el causante a terceras personas; mientras que la colación del art. 1035 del CC, sólo tiene lugar cuando concurren a la herencia herederos forzosos.

En la computación hay que agregar al caudal hereditario todas las donaciones llevadas a efecto por el causante, ya sean a herederos forzosos como a terceros, dado que a través de unas y otras se puede lesionar la legítima; mientras que, en el caso de la colación del art. 1035 del CC, sólo se tienen en cuenta las donaciones realizadas a los herederos forzosos, para reconstruir entre ellos el haber del causante, y conseguir, salvo dispensa de colación, la igualdad entre los mismos, bajo la presunción de configurarlas como anticipo de la herencia.

Las normas concernientes al cómputo del *donatum* (art. 818 CC) son de carácter imperativo, no susceptibles de entrar dentro de la esfera de disposición del causante; mientras que la colación puede ser dispensada por el de *cuius*, siempre que se respeten las legítimas de sus herederos forzosos (art. 1036 CC). Como señalan las SSTs de 29/2008, de 24 de enero, y 2/2010, de 21 de enero:

"[...] el causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimados, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código civil".

En consecuencia, el empleo del término colación del párrafo segundo del art. 818 CC se debe distinguir, en un plano técnico jurídico, con la colación entre herederos forzosos a la que se refiere el art. 1035 del CC, que es la acción ejercitada en este proceso. De esta forma se expresa la STS 738/2014, de 19 de febrero de 2015, en los términos siguientes:

"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".

Igualmente insisten en dicha distinción las SSTs 360/1982, de 19 de julio, 245/1989, de 17 de marzo, y 142/2001, de 15 de febrero.

2.2.- La colación opera sobre lo donado y no sobre el bien adquirido con lo donado.

En este caso, según consta de los hechos declarados probados por la sentencia de la Audiencia, la causante donó dinero al demandado para que éste y su esposa comprasen unas fincas, lo que se instrumentalizó por medio de escritura pública de 28 de diciembre de 1967, figurando desde entonces inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de los compradores. El art. 1035 del CC señala 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 hubiera recibido del causante, y, en este caso, lo recibido de su madre no fueron las fincas litigiosas, sino dinero con el que se adquirieron las fincas por parte del demandado y su esposa. Estas no pertenecían al patrimonio de la causante, al tiempo de la donación del dinero, sino que eran titularidad de los terceros vendedores, que fueron quienes se lo transmitieron al recurrente, a título oneroso, por lo que no pudo ser objeto de donación colacionable lo que no pertenecía a la donante, sino a sus hijos que realizaron sobre sus fincas actos de riguroso dominio como constituir una hipoteca.

Como ha señalado la STS 355/2011, de 19 de mayo:



"[...] cuando una persona, los padres, generalmente, en la práctica, entregan el dinero para que el hijo compre una cosa, no le hacen donación de ésta, sino que hacen donación del dinero. Sería un contrasentido que en un momento dado, después de la donación, aquel donante o sus herederos (éste es el caso) pretendiera que se declarase que aquella cosa es suya y se incorporara a su patrimonio.

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

El modo de practicar la colación es por adición contable, a la masa hereditaria, del valor de los bienes donados (como dice literalmente la sentencia de 17 de diciembre de 1992), cuyo valor será el del momento de la partición, como norma el artículo 1045 del Código civil (SSTS de 8 de julio de 1995 y las más recientes de 14 de diciembre de 2005, 18 de octubre de 2007 y 355/2011, de 19 de mayo).

En los casos en los que la donación sea de dinero, se plantea el problema de si se habrá de colacionar el concreto importe recibido, o su valor actualizado al tiempo en que se practique la partición, este criterio, que es el más convincente, es el seguido por la STS 20 de junio de 2005, con el razonamiento siguiente:

"El artículo 1045 no contempla el caso concreto de donaciones consistentes en sumas de dinero, por lo que no precisa si la colación ha de efectuarse por el valor nominal, o, por el contrario, atendiendo al valor real, es decir la cantidad recibida pero actualizada.

"Resulta determinante el hecho que se presenta notorio que el donatario ha incorporado a su patrimonio una cantidad de dinero cuyo valor al tiempo de la donación no es el mismo que el que pudiera tener al fallecer el causante y sobre todo en el momento de la evaluación de sus bienes, ya que los coherederos resultarían perjudicados si se tuviera en cuenta el valor nominal y no el valor real, lo que no se acomoda a la equidad ni a la voluntad de la testadora que instituyó a sus cinco hijos (litigantes en este pleito), como herederos por partes iguales, como tampoco a la legalidad sucesoria desde el momento que los artículos 1047 y 1048 del Código Civil contemplan los medios e instrumentos para que los herederos reciban cuotas equivalentes

"Si bien algunos preceptos del Código Civil están presididos por el criterio nominalista -artículos 1170 y 1753 -, la respuesta casacional que procede en el supuesto presente es la de atender al valor real, ya que así resulta del cambio legislativo que se operó en el artículo 1045 por la reforma de 1981, que deja la determinación del valor de las donaciones recibidas para el momento en que se evalúen los bienes que integran la herencia del causante-donante, por lo que procede es la actualización monetaria del valor efectivo de las sumas donadas, o, en otras palabras, ha de atenderse en el momento de la colación al valor real, que no es otro que las cantidades que igualen el poder adquisitivo que tenían las sumas entregadas cuando se hizo la donación, pues este es el criterio general del artículo 1045, cuya infracción se ha producido y con ello la estimación del motivo".

Los otros dos motivos de casación ya carecen de virtualidad, al estimarse los dos anteriores y versar sobre la misma cuestión jurídica. En cualquier caso, la doctrina jurisprudencial de la nulidad de la donación disimulada bajo la cobertura de una compraventa en escritura pública, mantenida a partir de la sentencia del pleno de esta Sala de 11 de enero de 2007 y ratificada por otras ulteriores SSTS de 26 febrero de 2007, 5 de mayo de 2008, de 4 y 27 mayo 2009, 28 noviembre 2011 o más recientemente 828/2012, de 16 de enero de 2013, 683/2014, de 18 de noviembre y 187/2015, de 07 de abril, entre otras muchas, es una cuestión nueva no planteada en la instancia.

En virtud del conjunto argumental expuesto, se debe estimar parcialmente la demanda deducida, pues procede la colación, no sobre las fincas que el demandado compró con el dinero que le dio la madre, sino sobre el dinero mismo, por importe, que no podemos precisar en este trance, por lo que será, en su caso, objeto de otro procedimiento.

TERCERO.- Costas y depósito.

Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo.

Tampoco procede imponer las costas de segunda instancia, dado que el recurso de apelación de la entidad demandante tenía que haber sido estimado en parte.

En cuanto a las costas de la primera instancia, tampoco deben imponerse a la parte demandada al ser parcialmente estimada la demanda.

Conforme a la Disposición Adicional 15.ª 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por el demandado D. Pio contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2017, por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Huelva, en el recurso de apelación núm. 454/2016.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada, por la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva, en las actuaciones de juicio ordinario núm. 1167/2015, y revocar esta última resolución, y, en su lugar, declarar colacionable, en el patrimonio hereditario de la causante Dª Justa , por parte de su hijo D. Pio , el valor actualizado del dinero que recibió como donación de Dª Justa , para la adquisición de las fincas litigiosas descritas en la parte dispositiva de la sentencia de la Audiencia.

3.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, ni las devengadas en ambas instancias.

4.º- Devolver a la entidad recurrente el depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Eduardo Baena Ruiz M. Ángeles Parra Lucán

Jose Luis Seoane Spiegelberg