



Roj: **STS 2756/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2756**

Id Cendoj: **28079119912018100029**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **20/07/2018**

Nº de Recurso: **3560/2015**

Nº de Resolución: **473/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN núm.: 3560/2015

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil PLENO**

**Sentencia núm. 473/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 20 de julio de 2018.

Esta sala ha visto en pleno los recursos de casación interpuestos por D.<sup>a</sup> Camila , representada por el procurador D. Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld, bajo la dirección letrada del Estudio Jurídico Bercovitz-Carvajal que actúa por mediación de sus abogados D. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y D. Alfonso González Gozalo; D.<sup>a</sup> Raimunda , representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Natalia Martín de Vidales Llorente, bajo la dirección letrada de D. Alfonso de Contreras y Vilches y por D.<sup>a</sup> Adriana representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Gloria Messa Teichman, bajo la dirección letrada de D. Carlos Gil de las Heras contra la sentencia n.º 9/2015 dictada en fecha 28 de enero por la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Albacete en el recurso de apelación n.º 82/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1529/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Albacete, sobre nulidad de escritura de rectificación de operaciones particionales, colación de donaciones y revocabilidad de la dispensa de colación. Ha sido parte recurrida D. Roman , representado por el procurador D. José Ramón Fernández Manjavacas, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Encarnación Pérez-Pujazón Millán y D. Jose Ignacio , representado por la procuradora D.<sup>a</sup> María del Carmen Ortiz Cornago, bajo la dirección letrada de D. Antonio Hernández- Gil Álvarez-Cienfuegos.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán.



## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Roman interpuso demanda de juicio ordinario en solicitud de que se declarara la nulidad de la escritura de «rectificación de operaciones particionales de la herencia del Excmo. Sr. D. Isidoro , Marqués DIRECCION000 » otorgada el 13 de marzo de 2012 ante el notario del ilustre Colegio Notarial de Madrid, D. Ramón María Luis Sánchez González, número de protocolo 292 contra D.<sup>a</sup> Raimunda , D.<sup>a</sup> Camila , D.<sup>a</sup> Adriana y a efectos litisconsorciales, contra D. Jose Ignacio en la que solicitaba se dictase sentencia por la que:

«I. Declare la nulidad de la escritura de "rectificación de operaciones particionales de la herencia del Excmo. Sr. D. Isidoro , Marqués DIRECCION000 ", otorgada el día 13 de marzo de 2012 ante el notario del ilustre Colegio Notarial de Madrid, D. Ramón María Luis Sánchez González, con el número 292 de protocolo, condenando a las demandadas a estar y pasar por la anterior declaración.

»II. Condene a las demandadas, D.<sup>a</sup> Raimunda y a D.<sup>a</sup> Camila y D.<sup>a</sup> Adriana al pago de las costas causadas en el presente procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 19 de noviembre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Albacete y fue registrada con el n.º 1529/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- D. Jose Ignacio interpuso ante ese mismo Juzgado demanda contra D.<sup>a</sup> Raimunda , D.<sup>a</sup> Camila y D.<sup>a</sup> Adriana y por razones litisconsorciales contra D. Roman que fueron registrados con el número de autos 1726/12.

En el escrito de demanda se solicitó su acumulación al Procedimiento Ordinario n.º 1529/2012 y, que se dictara en su día sentencia conteniendo los siguientes pronunciamientos:

«1.º) Declarar nula y sin ningún valor ni efecto la escritura pública denominada "de rectificación de operaciones particionales de la herencia del Excmo. Sr. D. Isidoro , Marqués DIRECCION000 " otorgada el 13 de marzo de 2012.

»2º) Declarar no colacionable la donación remuneratoria de 135.252 participaciones sociales de Mazacruz S.L. efectuada el 19 de mayo de 2000 por D. Isidoro a su hijo D. Jose Ignacio .

»3º) Declarar el derecho de D. Jose Ignacio al complemento en metálico de su legítima en la suma de 2.996.924,55 €, adicionales a la cantidad de 21.084.477,02 euros ya reconocida a su favor como crédito legitimario a satisfacer en metálico en la escritura pública de partición de 15 de julio de 2005, sin perjuicio de las cantidades a que adicionalmente pueda tener derecho D. Jose Ignacio como consecuencia de la rectificación de la partición de 15 de julio de 2005 con arreglo a las bases del pedimento 6.º de esta demanda.

»4º) Declarar el derecho de D. Jose Ignacio a los intereses legales de la cantidad de 21.084.477,02 euros desde la expresada fecha del 15 de julio de 2005, y a los intereses legales de la cantidad de 2.996.924,55 € desde la fecha de la interpelación judicial entendida como la del emplazamiento para contestar la presente demanda.

»5º) Condenar a la heredera D.<sup>a</sup> Camila al pago de los intereses legales devengados por la cantidad de 21.084.477,02 euros, desde el 15 de julio de 2005, y condenar a las herederas D.<sup>a</sup> Raimunda y D.<sup>a</sup> Adriana y D.<sup>a</sup> Camila al pago a D. Jose Ignacio de la cantidad de 2.996.924,55 €, con sus intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial.

»6º) Condenar a las demandadas D.<sup>a</sup> Raimunda y D.<sup>a</sup> Camila y D.<sup>a</sup> Adriana , en calidad de herederas de D. Isidoro , para que, junto a D. Jose Ignacio y D. Roman , procedan a rectificar la partición de la herencia de D. Isidoro contenida en la escritura pública de 15 de julio de 2005, en ejecución de la sentencia aquí suplicada, con arreglo a las siguientes bases, además de cualquier otra rectificación que proceda conforme a lo expuesto en los ordinales 8.º y 9.º del hecho octavo de esta demanda:

»A) Las 135.252 participaciones sociales de Mazacruz S.L., números 1 a 135.252, ambas inclusive, no deberán formar parte del activo de la herencia ni ser objeto de adjudicación, debiendo eliminarse las participaciones sociales de Mazacruz S.L. registradas con el número catorce en el activo del inventario de la escritura de 15 de julio de 2005.

»B) No deberá computarse en el activo hereditario ni adjudicarse en la partición el derecho de crédito que figura al número 5 en el activo del inventario de la misma escritura por importe de 3.964.709,04 euros derivado de la aportación a la sociedad legal de gananciales de las participaciones sociales números 1 a 10 y 41 a 135.252.

»C) Tampoco deberá incluirse en el activo de la herencia en orden a su partición el derecho de crédito correspondiente a las reservas libres no repartidas de la Sociedad Mazacruz S.L. vinculadas a las 391.016



participaciones sociales de dicha Sociedad privativas del Excmo. Sr. D. Isidoro , Marqués DIRECCION000 , que se identifican en el número cuatro del activo del inventario de la partición, según aparecen consignadas en las cuentas anuales cerradas a fecha 31 de diciembre de 2003, por su valor de 4.365.911,31€.

»D) En el pasivo de la masa hereditaria se eliminará la deuda registrada con el número tres en el pasivo del inventario de la susodicha escritura particional, por importe de 4.365.911,31 euros, que se corresponde con las reservas libres no repartidas de Mazacruz S.L., del elemento número quince del activo, vinculados ambos a la sociedad de gananciales.

»E) También del pasivo se eliminará el registrado con el número 1 en la escritura de 15 de julio de 2005, correspondiente a una "deuda procedente del impuesto sobre sucesiones derivado de la herencia de D.<sup>a</sup> Otilia (expediente NUM000 ) por un importe 140.350,50 euros".

»F) Procede asimismo eliminar del pasivo hereditario el registrado con el número 2 del inventario de la escritura pública de 15 de julio de 2005 consistente en "deuda derivada de la revocación del mandato otorgado a D. Saturnino " por valor de 180.303,09 euros.

»G) La donación de 135.252 participaciones sociales de Mazacruz S.L. efectuada por D. Isidoro en favor del actor el 19 de mayo de 2000, de carácter remuneratorio y con causa onerosa, deberá computarse a efectos de integrar el *relictum* con el *donatum* para el cálculo de las cuotas legitimarias, y reconocerse su carácter de donación no colacionable con que se hizo y se aceptó, sin imputarse su valor a la cuota legitimaria del donatario.

»7º) Condenar a los demandados a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y al pago de las costas del litigio».

Esta demanda fue ampliada con el siguiente suplico:

«Declarar nula y sin ningún valor ni efecto la escritura pública denominada "de rectificación de operaciones particionales de la herencia del Excmo. Sr. D. Isidoro , Marqués DIRECCION000 otorgada el 13 de marzo de 2012" y como parte final del mismo, el pronunciamiento consistente en "declarar la nulidad de cuantos actos hayan sido otorgados y derechos hayan sido adquiridos por las herederas demandadas con base en dicha escritura, así como ordenar la cancelación de cualesquiera inscripciones y asientos causados en toda clase de registros públicos y privados por la escritura de 13 de marzo de 2012, condenando a las demandadas a realizar cuantos actos y formalidades sean precisos para restablecer la situación anterior a dicha escritura, así como a estar y pasar por dicho pronunciamiento y al pago de las costas"».

Mediante auto de 23 de abril de 2013 se acumula al procedimiento ordinario n.º 1529/2012 el procedimiento ordinario n.º 1726/2012.

**4.-** Los demandados contestaron a las demandas:

D.<sup>a</sup> Camila y D.<sup>a</sup> Raimunda contestan a la demanda de D. Roman solicitando la desestimación de la misma con expresa condena en costas al actor.

D. Jose Ignacio , además de solicitar la acumulación de los procedimientos es coincidente en su escrito de contestación a la demanda de D. Roman «con la súplica de la demanda que contesta en cuanto a lo que se refiere a la declaración de nulidad de la escritura pública otorgada el 13 de marzo de 2012 con cuantos pronunciamientos más hubiere lugar en derecho».

D.<sup>a</sup> Raimunda y D.<sup>a</sup> Camila y D.<sup>a</sup> Adriana , a través de sus respectivas representaciones procesales, contestaron a la demanda de D. Jose Ignacio solicitando:

«Se desestime íntegramente la demanda presentada de contrario, sobre la base de la desestimación de la pretensión principal de anulación de la escritura de rectificación de partición, de fecha de 13 de marzo de 2012.

»Con carácter subsidiario, y para el caso que con estimación de la pretensión principal citada y solicitada de contrario, se anule la citada escritura:

»a) Se desestime la pretensión de declaración como no colacionable de la donación de 135.252 participaciones sociales, o subsidiariamente, sea colacionable en lo que exceda de los servicios prestados, en los términos realizados por la escritura de 13 de marzo de 2012 o que resulte de la oportuna prueba.

»b) Se desestime la pretensión de complemento de legítima, en virtud de la colación de la donación realizada.

»c) Se desestimen las pretensiones de condena al pago de cantidad reclamada, y de los intereses correspondientes.



»Todo ello, con base a los hechos y fundamentos de derecho expuestos, y con expresa imposición de costas a la demandante».

En cuanto a la contestación de D. Roman a la demanda interpuesta por D. Jose Ignacio , se comparten ciertos planteamientos coincidentes en ambas demandadas.

**5.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Albacete dictó sentencia de fecha 27 de noviembre de 2013 , con el siguiente fallo:

«Estimo la demanda presentada por el procurador de los tribunales D. José Ramón Fernández Manjavacas, en nombre y representación de D. Roman , contra D.<sup>a</sup> Raimunda , D.<sup>a</sup> Camila y D.<sup>a</sup> Adriana , y D. Jose Ignacio , y hago el siguiente pronunciamiento:

«1.º Declaro la nulidad de la escritura de rectificación de operaciones particionales de la herencia del Excmo. Sr. D. Isidoro , Marqués DIRECCION000 , otorgada el día 13 de marzo de 2012 ante el Notario del ilustre Colegio Notarial de Madrid, D. Ramón María Luis Sánchez González, con el número 292 de protocolo, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración.

»2.º Condeno a D.<sup>a</sup> Raimunda , D.<sup>a</sup> Camila y D.<sup>a</sup> Adriana al pago de las costas procesales causadas al actor.

»Estimo parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales D.<sup>a</sup> Adoración Picazo Romero, en nombre y representación de D. Jose Ignacio , contra D.<sup>a</sup> Raimunda , D.<sup>a</sup> Camila y D.<sup>a</sup> Adriana , y D. Roman , y hago los siguientes pronunciamientos:

»1.º Declaro nula la escritura de rectificación de operaciones particionales de la herencia del Excmo. Sr. D. Isidoro , Marqués DIRECCION000 , otorgada el día 13 de marzo de 2012; con la salvedad de la colación que la misma efectuó de la donación remuneratoria de 135.252 participaciones sociales de Mazacruz S.L., efectuada el día 19 de mayo de 2000 por D. Isidoro a su hijo D. Jose Ignacio , y ello en los términos de los fundamentos de derecho tercero y quinto de esta sentencia.

»2.º Condeno a las demandadas D.<sup>a</sup> Raimunda , D.<sup>a</sup> Camila y D.<sup>a</sup> Adriana , para que, junto al actor y a D. Roman , procedan a rectificar la escritura de 15 de julio de 2005 con arreglo a las siguientes bases:

»A) Las 135.252 participaciones sociales de Mazacruz S.L. números 1 a 135.252 no deberán formar parte del activo de la herencia ni ser objeto de adjudicación, debiendo eliminarse las participaciones sociales de Mazacruz S.L., registradas con el número 14 del activo del inventario de la escritura de 15 de julio de 2005.

»B) No deberá computarse en el activo hereditario ni adjudicarse en la partición el derecho de crédito que figura en el número 5 del activo del inventario de la citada escritura por importe de 3.964.709,04 euros, derivado de la aportación a la sociedad de gananciales de las participaciones n.º 1 a 10 y 41 a 135.252 de Mazacruz S.L.

»C) Tampoco deberá computarse en el activo hereditario ni adjudicarse en la partición el derecho de crédito correspondiente a las reservas libres no repartidas de la sociedad Mazacruz S.L. vinculadas a las 391.016 participaciones sociales de dicha mercantil privativas del Excmo. Sr. D. Isidoro , Marqués DIRECCION000 , que se identifican con el n.º 4 del activo del inventario de la partición de 15 de julio de 2005, según aparecen consignadas en las cuentas anuales cerradas a fecha 31 de diciembre de 2003, por valor de 4.365.911,31 euros.

»D) En el pasivo de la masa hereditaria, se eliminará la deuda registrada con el n.º 3 del pasivo del inventario por importe de 4.365.911,31 euros, que se corresponde con las reservas libres no repartidas de Mazacruz S.L., del elemento n.º 15 del activo.

»E) También se eliminará del pasivo hereditario la partida registrada con el n.º 1, correspondiente a una deuda procedente del impuesto sobre sucesiones derivado de la herencia de D.<sup>a</sup> Otilia por importe de 140.350,50 euros (expediente NUM000 ).

»F) Deberá eliminarse del pasivo hereditario la partida registrada con el n.º 2 del inventario de la escritura de 15 de julio de 2005, consistente en una deuda derivada de la revocación del mandato otorgado a D. Saturnino por importe de 180.303,09 euros.

»3.º Declaro la nulidad del título que dio lugar a la incoación de los autos de Ejecución de Título no Judicial 1133/2012, seguidos a instancia de D.<sup>a</sup> Raimunda contra D. Jose Ignacio , en el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Madrid.

»4.º Condeno a D.<sup>a</sup> Raimunda , D.<sup>a</sup> Camila y D.<sup>a</sup> Adriana a estar y pasar por estos pronunciamientos».

**SEGUNDO.-** Tramitación en segunda instancia



1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D. Jose Ignacio , de D.<sup>a</sup> Raimunda , D.<sup>a</sup> Camila y D.<sup>a</sup> Adriana y por D. Roman .

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Albacete, que lo tramitó con el número de rollo 82/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de enero de 2015 , con el siguiente fallo:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Jose Ignacio se revoca parcialmente la sentencia de autos en el sentido: a) de declarar nula la escritura de rectificación de operaciones particionales de 13-3-2012, b) de entender no colacionable la donación del 9-5-2000 y por tanto no imputable a la legítima y c) proceder al complemento de legítima en 2.996.924,55 euros y ello con mantenimiento del resto de los pronunciamientos de la sentencia impugnada, condenando a la parte demandada al pago de las costas de la instancia y ello sin hacer declaración en cuanto a las de la alzada.

»Se desestima el recurso de apelación formulado por la representación de D. Roman cuyas costas se le imponen.

»Se desestima el recurso de apelación formulado por la representación de D.<sup>a</sup> Raimunda y otras sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas por los motivos ya expresados.

Esta sentencia fue aclarada mediante auto de 23 de septiembre de 2015 cuya parte dispositiva es la siguiente:

«LA SALA ACUERDA: Aclarar la sentencia en el sentido de declarar el derecho del actor D. Jose Ignacio a los intereses legales de la cantidad de 21.084.477,02 euros desde el 15-7-2005 y los intereses legales desde la interpelación judicial entendida como el emplazamiento para dictar sentencia de la cantidad de 2.996.924,55 euros, y en su consecuencia se condena a D.<sup>a</sup> Camila a los intereses referidos de 2.996.924,55 euros».

A su vez, este auto fue aclarado por otro de fecha 13 de octubre de 2015 , cuya parte dispositiva es la siguiente:

«LA SALA ACUERDA: Se aclara el auto de 23-9-2015 en el sentido de que su parte dispositiva dice (sic, debe) decir: "Aclarar la sentencia en el sentido de declarar el derecho del actor D. Jose Ignacio de los intereses legales de la cantidad de 21.084.477,02 euros desde el 15-7-2005 y los intereses legales desde la interpelación judicial entendida como el emplazamiento para dictar sentencia de la cantidad de 2.996.924,55 euros, y en su consecuencia se condena a D.<sup>a</sup> Camila al pago de los intereses referidos de la cantidad de 21.084.477,02 euros y a la misma y a D.<sup>a</sup> Adriana y D.<sup>a</sup> Raimunda los intereses referidos de 2.996.924,55 euros».

### **TERCERO . - Interposición y tramitación de los recursos de casación**

1.- D.<sup>a</sup> Camila , D.<sup>a</sup> Raimunda y D.<sup>a</sup> Adriana interpusieron recursos de casación.

Los motivos del recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Camila fueron:

«Primero.- Infracción del art. 1271.II CC .

»De acuerdo con el art. 1271.II CC sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de su caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el art. 1056.

»Segundo.- Infracción del art. 737 CC , en relación con los arts. 1035 y 1036 CC .

»El art. 1035 CC establece la regla general de que las donaciones hechas a favor de los herederos forzosos deberán colacionarse. Como excepción el art. 1036 CC dispone que "la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa".

»Tercero.- Infracción, por aplicación indebida, del art. 1256 CC .

»La sentencia recurrida funda la irrevocabilidad de la dispensa de colación contenida en el propio documento de donación aceptado por el donatario en el art. 1256 CC ; la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

»Cuarto.- Infracción de la jurisprudencia sobre la doctrina de los actos propios.

»Invoca finalmente la sentencia recurrida la doctrina de los actos propios para negar el carácter colacionable de la donación de 19.5.2000 , ya que fue dispuesta como no colacionable en el propio documento de la donación».

Los motivos del recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Raimunda fueron:



«Primero.- Infracción del artículo 667 en relación con el art. 675.II y 1057.I del Código Civil y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera sobre el concepto y contenido del testamento así como la obligación de cumplirlo contenida en las sentencias de 8-7-1940, 24- 11-1958 y 17-1-2014 que se citan.

»Segundo.- Infracción del artículo 1057, en relación con el artículo 1068 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera sobre la extinción del cargo del contador- partidador tras el otorgamiento de la escritura notarial de partición contenida en las STS 19-10- 1954 , 3-1-1997 , 16-3-2001 y 5-1-2002 que se citan.

»Tercero.- Infracción del artículo 1057 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera contenida en las STSS 10-12-2014 y 9-6-1962 que se citan.

»Cuarto.- Infracción del artículo 1057 en relación con el artículo 675 del Código Civil , y en relación también con los artículos 1056 y 1062 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera contenida en las STSS de 31-12-2001 y 29-7-2013 que se citan.

»Quinto.- Infracción del artículo 1035 del Código Civil en relación con los artículos 619 , 622 y 1732.1, este último en relación también con el artículo 667 *lato sensu* , todos del Código Civil y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera sobre la donación contenida en las sentencias 13-11-1997 , 9-5-1988 , 29-7-2005 , 11- 1-2007, 26-2-2007 , 24-1-2008 , 29-11-2012 y 19-2-2015 que se citan».

Y los motivos del recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Adriana fueron:

«Primero.- Indicación de norma sustantiva, doctrina jurisprudencial o el principio general del Derecho que se consideran infringidos. Vulneración de los artículos 1113 , 1050 y 1054 del Código Civil , y jurisprudencia dictada en aplicación de los mismos.

»Segundo.- Indicación de norma sustantiva, doctrina jurisprudencial o el principio general del Derecho que se consideran infringidos. Vulneración de los artículos 1035 y 1036 del Código Civil , en relación con el artículo 622 también del Código Civil .

»Tercero.- Indicación de norma sustantiva, doctrina jurisprudencial o el principio general del Derecho que se consideran infringidos. Vulneración de los artículos 737 y 1271 del Código Civil .

»Cuarto.- Indicación de norma sustantiva, doctrina jurisprudencial o el principio general del Derecho que se consideran infringidos. Infracción de los artículos 1255 , 1256 y 1258 del Código Civil , en relación con el artículo 1035 del mismo cuerpo legal .

»Quinto.- Indicación de norma sustantiva, doctrina jurisprudencial o el principio general del Derecho que se consideran infringidos. Vulneración del artículo 1047 del Código Civil , según el cual "El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad"».

**2.-** 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 14 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Camila , contra la sentencia de fecha 28 de enero de 2015 , aclarada por auto de 23 de septiembre de 2015 , aclarado a su vez por auto de fecha 13 de octubre de 2015, dictados por la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2.ª), en el rollo de apelación 82/2014 , dimanante de los autos de juicio ordinario 1529/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Albacete.

»2.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Raimunda contra la misma sentencia.

»3.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Adriana contra la referida sentencia».

**3.-** Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición a los recursos de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

**4.-** Por providencia de 17 de mayo de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 20 de junio de 2018 en que se acordó su pase a conocimiento del pleno de la sala para el día 11 de julio, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes**

1.- Las cuestiones jurídicas que se plantean en los recursos de casación son dos.

La primera, si el contador puede hacer una partición nueva cuando, después de haber ejecutado su función, se declara por sentencia firme la validez de una donación que hizo en vida el causante a uno de los legitimarios y no se tuvo en cuenta en la partición, o si corresponde a los partícipes en la comunidad hereditaria o, en su defecto al juez, la facultad de modificar la partición practicada cuando fuera precisa su rectificación.

La segunda, referida a la colación de las donaciones, se subdivide a su vez en otras dos: de una parte, si son colacionables las donaciones remuneratorias; y, de otra, si el causante puede revocar en su testamento la dispensa de colación que hizo al donar.

2.- De modo sintético, a los efectos que aquí interesan, son antecedentes necesarios para resolver los recursos interpuestos, los siguientes:

El 19 de mayo de 2000, D. Isidoro (en adelante, Luis Miguel -padre, el causante o el testador) hace una donación en documento privado a su hijo D. Jose Ignacio (en adelante, Luis Miguel -hijo) de unas participaciones de la sociedad familiar Mazacruz S.L. a las que, unos días antes, por acuerdo de la junta general de la sociedad, se había otorgado especial valor político. En la donación, Luis Miguel -padre expresamente dispensa de la obligación de colacionar. No se discute ahora que el valor de las participaciones es de 74.388.600 euros.

En 2003, Luis Miguel -hijo interpone demanda contra Mazacruz y contra Luis Miguel -padre. Tras el fallecimiento de Luis Miguel -padre (el 23 de mayo de 2004), el proceso continúa, en su lugar, y con ampliación de demanda, contra D.<sup>a</sup> Camila (en adelante, Luisa -hija), D.<sup>a</sup> Adriana (en adelante, Sagrario ), D.<sup>a</sup> Raimunda (en adelante, Luisa -madre, viuda de Luis Miguel -padre), la albacea testamentaria (en rebeldía) y D. Roman (en adelante, Cristobal , que no contestó a la demanda ampliada).

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Albacete de 6 de julio de 2006 estima la demanda de Luis Miguel -hijo y declara la validez de la mencionada donación, declara la condición de socio de Luis Miguel -hijo en Mazacruz respecto de las participaciones donadas y condena a dicha entidad y a Luisa -madre, Luisa -hija y Sagrario a reconocer dicha donación, la condición de socio del demandante, su derecho a cobrar los frutos y dividendos por importe de 1.065.785,76 euros por el tiempo transcurrido desde la eficacia de la donación, y declara igualmente la nulidad de la escritura pública otorgada el 14 de marzo de 2003 por Luis Miguel -padre y Luisa -madre y que tenía por objeto la aportación de las citadas participaciones a la sociedad de gananciales.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Albacete de 6 de julio de 2006 es confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 12 de febrero de 2008 y, finalmente, la Sala Primera del Tribunal Supremo dicta sentencia el 5 de enero de 2012 por la que desestima los recursos de casación interpuestos por Sagrario , Luisa -hija, Luisa -madre y Mazacruz.

En su testamento, otorgado el 17 de junio de 2003 (complementado por acta de 2004), Luis Miguel -padre, entre otras disposiciones: deja a su viuda ( Luisa -madre) el tercio de libre disposición, lega a las hijas ( Sagrario y Luisa -hija), por partes iguales, el tercio de mejora, instituye herederos universales por partes iguales en el tercio de legítima estricta a los cuatro hijos ( Luis Miguel -hijo y Cristobal , hijos de un primer matrimonio, y Sagrario y Luisa -hija, hijas de su segundo matrimonio con Luisa -madre), ordena que no sean colacionadas las donaciones a las hijas y que se colacionen todas las donaciones hechas a los hijos varones. Ordena que, para la conservación del grupo de empresas y «en aras de la paz familiar», la legítima de los hijos varones se pague en metálico en el plazo de cinco años desde la muerte del causante.

El 18 de mayo de 2005, D.<sup>a</sup> Aurelia , nombrada por Luis Miguel - padre albacea y contadora partidora solidaria, otorga, junto con la viuda, escritura denominada «de aceptación de adjudicaciones de liquidación de la sociedad de gananciales». Aurelia renuncia a su cargo el 23 de junio de 2005.

El 15 de julio de 2005, D.<sup>a</sup> Lorena , nombrada por Luis Miguel - padre contadora-partidora solidaria (en adelante, la contadora-partidora, o la contadora), otorga escritura denominada «de ratificación y complemento de partición» de la herencia de Luis Miguel -padre.

El 13 de marzo de 2012, la contadora otorga escritura de «rectificación de operaciones particionales» de la herencia de Luis Miguel -padre. En la escritura, antes de hacer la nueva partición, expone: que podía ejercer su función hasta dos años después del fallecimiento de la esposa del testador, lo que no ha sucedido; que en la escritura de 15 de julio de 2005 hizo referencia al procedimiento entablado por Luis Miguel -hijo por el que solicitaba la declaración de validez de la donación antes mencionada y que el causante siempre había negado; que igualmente se reservó la facultad de rectificar la escritura de partición, cosa que hacía porque



la declaración de validez de la donación había sido confirmada por sentencia del Tribunal Supremo, lo que afectaba a varios extremos de relevancia de las operaciones particionales documentadas en la escritura de 2005.

3.- El presente procedimiento es el resultado de la acumulación de dos demandas, interpuestas respectivamente por los hermanos Cristobal y Luis Miguel -hijo. Las demandas se dirigieron contra Luisa -madre, Luisa -hija y Sagrario . Se acordó la acumulación por cuanto ambos demandantes solicitaban la declaración de nulidad de la escritura de rectificación de operaciones particionales otorgada el 13 de marzo de 2012.

A) Luis Miguel -hijo basó la nulidad de la citada escritura en las siguientes causas: i) Extinción del cargo de contador-partidor con la realización de las operaciones particionales de 15 de julio de 2005. ii) Incumplimiento por la excontadora del plazo legal de cinco años para el pago de la legítima. iii) Extralimitación de la contadora en sus funciones, al no limitarse a dividir la herencia, carecer de la facultad de modificar la liquidación de la sociedad de gananciales por no ser albacea, a diferencia de su fallecida hermana Aurelia ; colacionar la donación remuneratoria recibida por Luis Miguel -hijo mediante donación en la que se dispensaba la colación; reducir la mencionada donación como inoficiosa sin intervención del donatario ni de los legitimarios, con la consecuencia de que la legítima de Luis Miguel -hijo pasaba de ser un crédito a ser una deuda a favor de los demás coherederos y de la viuda. iv) Contradicción con la voluntad declarada del causante en la medida en que, en la nueva partición, a Luis Miguel -hijo se le adjudican bienes de la herencia para el pago de buena parte de su legítima y no metálico como dispuso el causante en su testamento. v) La contadora ha realizado erróneamente las operaciones particionales (en la valoración de las participaciones, momento de la valoración de los bienes de la herencia, reducción de la donación para tutelar derechos de no legitimarios y por considerar que la cuota legitimaria del donatario es un límite máximo de su derecho sucesorio y no un límite mínimo inderogable, aplicación errónea del art. 1049 CC ).

B) Luis Miguel -hijo, además, interesó también la condena a realizar determinadas rectificaciones en la escritura de partición de 15 de julio de 2005 y ejerció una acción de complemento de legítima con apoyo en que la validez de la donación de participaciones que el causante le había realizado resultó confirmada por la sentencia de esta sala de 5 de enero de 2012 , que tal donación no tenía carácter colacionable en el sentido de los arts. 1035 ss. CC , por ser remuneratoria con dispensa expresa de colación, pero sí debía computarse para el cálculo de la legítima, conforme al art. 818 CC .

Sobre las bases que razonaba, señaló que el neto patrimonial de la masa relicta pasaba de 253.013.724,29 euros en la partición de 15 de julio de 2005 a 214.588.218,84 euros en la rectificación que interesaba; que a ese *relictum* neto debía sumarse el *donatum* por un importe de 74.388.600 euros, lo que daba un total de 288.976.818,64 euros; en consecuencia, el valor de cada tercio sería 96.325.606,28 euros, frente a la suma de 84.337.908,10 euros de la escritura de 15 de julio de 2005, por lo que la cuota legitimaria estricta de cada uno de los legitimarios subía de 21.084.477,02 euros a 24.081.401,57 euros tras la rectificación.

Concluyó que el complemento de la legítima sería de 2.996.924,55 euros. A ello sumó el derecho correspondiente a los intereses por el aplazamiento en el pago de su legítima.

C) En su demanda, Cristobal argumentó que la sentencia que declaró la validez de la donación hecha por su padre a su hermano Luis Miguel obligaría a realizar ciertos ajustes en la partición ya efectuada por virtud de escritura de 15 de julio de 2005, pero no de la envergadura y calado de los que se introdujeron por virtud de la escritura impugnada que, en realidad, venía a suponer una nueva partición de la herencia del causante, lo que no sería posible por haber quedado extinguido el cargo de la contadora cuando hizo la partición en 2005, sin que la prórroga testamentaria le habilitara para realizar una partición nueva sin contar con los partícipes en la herencia. Defendió que la nueva partición, además, se alejaba de la voluntad del causante, que ordenó que se pagara en metálico la legítima de los hermanos varones, que se realizó sin rectificar la liquidación de los gananciales y que, en fin, adolecía de numerosos errores y omisiones.

Cristobal alegó también que la escritura impugnada denominada «de rectificación de operaciones particionales» tenía carácter fraudulento, pues fue otorgada con la finalidad de «incidentar» el procedimiento de ejecución 648/2010 seguido ante el Juzgado de la Instancia n.º 88 de Madrid a su instancia contra Sagrario . Explicó que Sagrario debía abonar a Cristobal los dos créditos que se le asignaron para el pago de su legítima que sumaban un importe total de 21.084.477,02 euros, según la escritura de partición de 15 de julio de 2005. Ello en atención a que el causante, Luis Miguel -padre, haciendo uso de la facultad establecida en el art. 1056 CC , había establecido en su testamento que la legítima de sus dos hijos varones fuese abonada en metálico. Añadió que, ante el impago de los créditos asignados en la escritura de partición, Cristobal interpuso demanda de ejecución contra Sagrario que, hasta dos veces, utilizó la escritura de rectificación en el juicio



ejecutivo para tratar de sostener que la escritura de partición, título ejecutivo en el procedimiento de ejecución, había perdido eficacia.

4.- El juzgado dictó sentencia por la que rechazó que hubiera expirado el cargo de la contadora porque, a la vista del testamento de Luis Miguel -padre, podía ser tenida por tal hasta transcurridos dos años desde la muerte de Luisa -madre.

Consideró que la demanda de Cristobal debía estimarse en su integridad porque:

«En el otorgamiento de la escritura de 13 de marzo de 2012, en lo atinente a D. Cristobal, sin entrar en detalle acerca de las partidas que integran el *relictum* y el *donatum* ... no se respetó la voluntad del causante; es más, a este heredero forzoso no se la ha pagado todavía -en su totalidad- su legítima estricta (21.084.477,02 euros que debieron ser pagados el 23 de mayo de 2009), viéndose obligado a interponer la correspondiente reclamación (Autos de Ejecución de Título no Judicial 648/2010, del Juzgado de la Instancia n.º 88 de Madrid).

»En lo que hace a este demandante, la contadora se ha arrogado facultades propias de testador y pretende satisfacerle su legítima con entrega de participaciones sociales de la mercantil Mazacruz y con un crédito contra su hermano también demandante (páginas n.º 18 y 19 de la escritura de 13 de marzo de 2012), cuando es su hermana Sagrario la obligada al pago de su legítima según la escritura de 15 de julio de 2005. Por tanto, la demanda de Cristobal se estimará en su totalidad».

En cambio, consideró que la petición de nulidad de Luis Miguel -hijo solo se podía estimar en parte. Razonó que, al reconocer a Luisa -madre un crédito contra Luis Miguel -hijo por razón del exceso recibido por este en relación con su cuota legitimaria, la contadora se arrogó facultades propias del testador, pues el único efecto de que se pudiera considerar colacionable la donación sería que se imputaría a la legítima del donatario, que en ningún caso debería aportar nada por el exceso como consecuencia de la colación ( art. 1047 CC ). Consideró que la donación recibida por Luis Miguel -hijo sí es colacionable.

Basó su decisión en las siguientes razones: i) Aunque la donación fuera remuneratoria ello no implicaría que no hubiera de ser colacionada. Tras advertir la difícil comprensión del art. 622 CC para las remuneratorias, dijo que en todo caso el precepto conduciría a colacionar la parte de la atribución que excediera del servicio prestado; dijo que, en el caso, existía una gran desproporción entre lo que el hijo pudo percibir como retribución por su gestión (de media entre las diferentes posibilidades, 4.197.650 euros, según pericial de la parte demandada) y lo que recibió (74.388.600 euros), lo que llevaba a concluir que ese notabilísimo exceso trajo causa de una liberalidad pura y simple del causante y, por tanto, colacionable ( art. 1035 CC ); que la cantidad de ese exceso era muy superior a lo que le correspondería por legítima, por lo que estaba justificado que dejara de tomarla en la partición; que las participaciones donadas constituían un 22,6 % del valor de la sociedad, lo que llevaba a concluir que más que remunerar se pretendía disponer gratuitamente a favor del hijo, como un anticipo de su sucesión. ii) La dispensa de colación hecha en la donación es revocable en testamento, y así habría sucedido en el caso; citó a favor de esta tesis jurisprudencia del Tribunal Supremo que la admitiría (sentencias de 24 de enero de 2008 y de 29 de noviembre de 2012 ); argumentó que, admitir que por hacerse la dispensa de la colación en la donación (contrato) el donante/causante queda vinculado y no puede ordenar después la colación en el testamento, equivaldría a aceptar un contrato sucesorio, contra el 1271 CC; que la dispensa de colación es un acto *mortis causa*, su eficacia no se produce hasta el fallecimiento del donante/causante y por ello es esencialmente revocable; la revocación de la dispensa de colación solo modifica la función de la donación en las relaciones con la distribución de los bienes cuando fallezca el padre, pero no afecta a la donación, que se entiende recibida como un anticipo de la sucesión. iii) El principio de primacía de la voluntad del causante; está claro que el padre quiso establecer la obligación de colacionar, lo estableció en un testamento anterior otorgado en 2002 y en el de 2003 (vigente cuando murió), que se refirió a la colación de todas las donaciones al hijo y solo había realizado esta; sería incoherente entender que no debe colacionar cuando solo le deja la legítima estricta y resulta que con las participaciones y los frutos a los que tiene derecho desde el año 2000 su participación en la herencia supera los haberes de todos los demás.

El carácter colacionable de la donación comporta, según la sentencia del juzgado que, como en el testamento a Luis Miguel -hijo solo se le atribuye la legítima estricta (21.084.477,02 euros más los 2.996.924,55 euros de diferencia con las bases aportadas por el propio demandante), y ha recibido bienes en cuantía muy superior (tanto si se atiende a la cuantía total de la donación, 74.388.600 euros, como a la diferencia entre el valor de la donación y el importe máximo de la retribución que hubiera podido percibir, 70.190.950 euros), Luis Miguel -hijo no debe recibir ya nada en la herencia, si bien ningún coheredero puede ejercer acciones contra él por el exceso ( art. 1047 CC : en la colación se toma de menos, pero el donatario no debe aportar nada por el exceso de lo que le corresponde al legitimario).

5.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por todas las partes.



La Audiencia dictó sentencia por la que:

A) Desestimó el recurso de apelación de Cristobal por ausencia de gravamen para recurrir y en la consideración de que, como demandado en el procedimiento iniciado por Luis Miguel -hijo, no estaba legitimado para solicitar la revocación de la sentencia en lo que desestimara las pretensiones de su hermano.

B) Estimó el recurso de apelación de Luis Miguel -hijo y revocó la sentencia de primera instancia en el sentido: a) de declarar nula la escritura de rectificación de operaciones particionales de 13 de marzo de 2012, b) de entender no colacionable la donación del 9 de mayo de 2000 y por tanto no imputable a la legítima; y c) proceder al complemento de legítima en 2.996.924,55 euros, y ello con mantenimiento del resto de los pronunciamientos de la sentencia impugnada.

La sentencia se complementó por autos de 23 de septiembre y 13 de octubre de 2015 que declararon el derecho de Luis Miguel -hijo a los intereses legales de la cantidad de 21.084.477,02 euros desde el 15 de julio de 2005 y a los intereses legales desde la interpelación judicial entendida como el emplazamiento para dictar sentencia de la cantidad de 2.996.924,55 euros.

La sentencia basó su fallo en las siguientes razones:

- La escritura de rectificación de operaciones particionales otorgada el 13 de marzo de 2012 es nula «por cuanto el mandato de la contadora- partidora concluyó al protocolizar su partición de 15 de julio de 2005», de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Citó las sentencias de esta sala de 11 de junio de 1955 , 5 de enero de 2012 , 15 de julio de 1988 , que a su vez citan otras.

- De acuerdo con la jurisprudencia sobre el art. 1079 CC , cuando en un inventario se incluyen bienes que pertenecen a otro o no se incluyen los que, perteneciendo al común, los posee un coheredero o un tercero, son quienes se crean con derecho, y no el contador, quienes pueden hacer valer sus derechos para que se decida sobre la procedencia de una partición complementaria de bienes o de una rectificación correspondiente a la exclusión de bienes.

- Por ello, partiendo de que, en el caso, la partición válida era la de 15 de julio de 2005, la sentencia analizó si procedía hacer en ella las correcciones solicitadas por las partes.

Por lo que se refiere a la donación de fecha 19 de mayo de 2000, por la que Luis Miguel -padre donó a Luis Miguel -hijo las participaciones sociales en Mazacruz, la Audiencia consideró que no era colacionable. Literalmente, la Audiencia afirmó:

«Al respecto debemos partir (de) que ya la sentencia 6/7/2006 en su fundamento de derecho quinto señala el carácter remuneratorio de la donación y explicita las razones de ello, entre otras razones para explicar por qué no queda revocada por disposición testamentaria alguna. Y así ese carácter de remuneratoria lo es por el todo de esa donación, pues en esos fundamentos nada se distingue. Sentencia firme tras su confirmación en última instancia por sentencia del Tribunal Supremo, lo que nos podría llevar a hablar de cosa juzgada al respecto.

»Si a ello añadimos que el propio documento de la donación establece su carácter de no colacionable un mínimo criterio de seguridad jurídica, la doctrina de los propios actos, la teoría de la consumación de los contratos y el art. 1256 código civil nos lleva a concluir tal carácter. Otra cosa es que fuera inoficiosa o no, pero tal cuestión no se plantea en autos.

»En apoyo de lo sustentado la sentencia de la AP de Asturias de 10-12-2009 [...]. En el mismo sentido la AP de Valencia de 28/7/2010.

»El Tribunal no ignora el contenido de las sentencias del Tribunal Supremo de 24/1/2008 y la posterior en el mismo sentido de 29/11/2012 que hablan que en ningún caso se puede entender revocada esa dispensa de colacionar por vía tacita, pero ello no contradice lo expuesto por cuanto en las mismas no se plantea la existencia de esa dispensa en el propio título de donación y como tal aceptada por el donatario».

Como consecuencia de ello, la Audiencia declaró:

«Estamos pues ante una donación no colacionable cuyo valor se suma al *relictum* para calcular la legítima. En autos partimos de dos valores que no se vienen a cuestionar, el de la donación de 74.388.600 de euros y el del *relictum* 214.588.218,84, por lo que como ya señala la sentencia cada tercio de la herencia lo constituye la cantidad de 96.325.606,28 euros, correspondiendo a cada uno de los cuatro hijos herederos del causante la cantidad de 24.081.401,57 euros por el concepto de legítima. En consecuencia a ello el actor tendría derecho al complemento de legítima que solicita de 2.996.924,55 euros dado que la inicialmente concedida lo era por 21.084.477,02 euros.



»Sin embargo y frente a lo que acuerda la sentencia de autos, al no ser colacionable la donación esta no puede imputarse a esa legítima ( STS 21-4-1997 ), estimándose así también la pretensión actora de Luis Miguel ».

C) La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por las demandadas en el que defendían la validez de la escritura de 13 de marzo de 2012.

La Audiencia añadió que gran parte del recurso de apelación de la parte demandada se centraba en puntualizaciones sobre la escritura de rectificación de operaciones particionales de 13 de marzo de 2012, por lo que, al declarar su nulidad, resultaba inútil entrar a conocer las referidas puntualizaciones.

Por lo que se refiere a la eliminación del pasivo de la deuda procedente del impuesto de sucesiones derivado de la herencia de Otilia y que la sentencia del juzgado eliminó con apoyo en el documento 56 de la demanda de Luis Miguel -hijo, la Audiencia consideró que la impugnación la realizó la parte demandada en su escrito de apelación por primera vez, de forma que era una cuestión nueva no planteada en la instancia y que, por ello, debía ser desestimada.

#### **SEGUNDO.- Recursos de casación**

1.- Interponen recurso de casación Luisa -madre, Luisa -hija y Sagrario .

A) El recurso de casación de Luisa -madre se interpone por la vía del art. 477.2.2.º LEC y se funda en cinco motivos: i) Infracción del art. 667 en relación con el art. 675.II y 1057.I CC y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera sobre el concepto y contenido del testamento así como la obligación de cumplirlo. ii) Infracción del art. 1057 CC , en relación con el art.1068 CC y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera sobre la extinción del cargo del contador-partidor tras el otorgamiento de la escritura notarial de partición. iii) Infracción del art. 1057 CC y de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera.

iv) Infracción del art. 1057 en relación con el art. 675 CC , y en relación también con los arts. 1056 y 1062 CC y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera.

v) Infracción del art. 1035 CC en relación con los arts. 619 , 622 y 1732.1 CC , este último en relación también con el art. 667 CC y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera.

Solicita que se case la sentencia recurrida y se declare que la escritura de rectificación particional no es nula, sino válida y eficaz, que las participaciones donadas a Luis Miguel -hijo deben colacionarse y que, en consecuencia, no procede estimar el complemento de la legítima. Añade que la declaración de validez de la escritura lleva a desestimar el resto de las peticiones de la demanda de Luis Miguel -hijo.

B) El recurso de Sagrario se interpone por la vía del art. 477.2.2.º LEC y se funda en cinco motivos: i) Vulneración de los arts. 1113 , 1050 y 1054 CC , y jurisprudencia dictada en aplicación de los mismos. ii) Vulneración de los arts. 1035 y 1036 CC , en relación con el art. 622 CC . iii) Vulneración de los arts. 737 y 1271 CC . iv) Infracción de los arts. 1255 , 1256 y 1258 CC , en relación con el art. 1035 del mismo cuerpo legal . v) Vulneración del art. 1047 CC .

Solicita que se anule la sentencia recurrida y se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda presentada de contrario, sobre la base de la desestimación de la pretensión principal de anulación de la escritura de rectificación de partición de fecha de 13 de marzo de 2012; o, con carácter subsidiario, y para el caso que con estimación de la pretensión principal citada y solicitada de contrario, se anule la citada escritura:

a) Se desestime la pretensión de declaración como no colacionable de la donación de 135.252 participaciones sociales, o subsidiariamente, sea colacionable en lo que exceda del valor de los servicios prestados. b) Se desestime la pretensión de complemento de legítima, en virtud de la colación de la donación realizada. c) Se desestimen las pretensiones de condena al pago de cantidad reclamada y de los intereses correspondientes.

C) Luisa -hija interpone recurso de casación por la vía del art. 477.2.2.º LEC fundado en cuatro motivos: i) Infracción del art. 1271.II CC . ii) Infracción del art. 737 CC , en relación con los arts. 1035 y 1036 CC . iii) Infracción, por aplicación indebida, del art. 1256 CC . iv) Infracción de la jurisprudencia sobre la doctrina de los actos propios.

Explica que la estimación del recurso conllevaría declarar colacionable la donación de 19 de mayo de 2000, con la consiguiente revocación del pronunciamiento contenido en la letra b) del fallo de la sentencia recurrida. También que, dado que el valor de la donación colacionable (74.388.600 euros) supera con creces el valor de la legítima correspondiente a Luis Miguel -hijo (24.081.401,57 euros), tampoco procedería el complemento de 2.996.924,55 euros declarado en el pronunciamiento contenido en la letra c) del fallo de la sentencia recurrida. Como consecuencia de todo ello, Luis Miguel -hijo no tendría derecho a percibir cantidad alguna en la partición de la herencia del causante, ni tampoco, como es obvio, los intereses referidos en los autos de aclaración de 23 de septiembre y 13 de octubre de 2015 .



2.- Luis Miguel -hijo se opone a los recursos de casación y Cristobal , cuya demanda fue estimada en primera instancia, y cuyo recurso de apelación fue desestimado por falta de gravamen para recurrir y falta de legitimación para solicitar la estimación de las pretensiones de su hermano, se opone a los tres recursos de casación de las demandadas-recurrentes en lo que afecta a las pretensiones que ejercitó y se adhiere al recurso de su hermano.

3.- Puesto que en los tres recursos se plantean dos asuntos, la ineficacia de la escritura otorgada el 13 de marzo de 2012 y la procedencia de la colación de la donación de 19 de mayo de 2000, nos ocuparemos de ellos de manera separada, dando respuesta conjunta a los diferentes motivos que se refieren a una y otra cuestión.

#### **TERCERO.- Ineficacia de la escritura de rectificación de operaciones particionales de 13 de marzo de 2012**

1.- La sentencia recurrida, con apoyo en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, declaró la ineficacia de la partición realizada el 13 de marzo de 2012 y tanto Luisa -madre como Sagrario combaten en sus recursos este pronunciamiento.

2.- Esta sala considera, al igual que la sentencia recurrida, que la escritura de rectificación de operaciones particionales de 13 de marzo de 2012 es ineficaz.

La partición pone fin a la comunidad hereditaria y las funciones del contador se agotan cuando otorga la partición. La reserva de la facultad de rectificar errores o complementar, aunque esté dentro del plazo establecido por el testador, no permite al contador hacer una partición nueva, alterando las adjudicaciones ya realizadas.

En supuestos en los que la cuestión litigiosa no era idéntica, esta sala ha reiterado que «las facultades de todo contador-partidor, por muy amplias que sean, quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales y las mismas han sido aceptadas por los herederos interesados, sin que posteriormente pueda modificar la partición, por su exclusiva y unilateral decisión sin contar con el consentimiento unánime de dichos herederos, que habían aceptado plenamente la inicialmente practicada» ( sentencias de 5 de enero de 2012, RC 2187/2008 ; 954/2005, de 14 diciembre ; 273/1991, de 25 abril ; 9/2001, de 16 marzo ; y otras anteriores, como las de 20 de octubre de 1952 , 11 de junio de 1955 , 3 de enero de 1962 , 15 de febrero de 1965 , 25 de enero de 1971 y 15 de julio de 1988 ). El complemento de la partición, por aparición de nuevos bienes que no se tuvieron en cuenta, sí es posible ( art. 1079 CC ) porque, si el contador está en el plazo otorgado por el testador y no ha cesado por otra causa, su función de partir toda la herencia no está completa.

3.- En el presente caso, la contadora no complementó la partición con nuevos bienes que se hubieran omitido en la partición, ni hizo una mera rectificación respetuosa con las atribuciones de propiedad ya realizadas, sino que hizo una nueva partición alterando de manera unilateral las atribuciones ya realizadas.

Tal y como dice la sentencia de la Audiencia, el cargo de la contadora- partidora quedó extinguido con el otorgamiento de la escritura de partición de 15 de julio de 2005. Ninguno de los preceptos denunciados como infringidos por las recurrentes sirven para desvirtuar esta conclusión si nos atenemos a los hechos probados en la instancia, pues: no hubo partición por el testador (por lo que no hay infracción del art. 1056 CC ); sí hubo toma de posesión de los bienes adjudicados en la partición de 2005 ( art. 1068 CC ) y aceptación por los herederos, por lo que los bienes y derechos ingresaron en el patrimonio de los adjudicatarios, a lo que no se opone la multitud de pleitos entablados entre las partes, en buena medida dirigidos precisamente a exigir la entrega de lo adjudicado; la escritura de 2012 no se limitó a rectificar errores cometidos en la elaboración de la partición de 2005, sino que modificó sustancialmente las atribuciones ya realizadas, adoptando soluciones diferentes a lo manifestado por el testador, lo que determinó que la propia sentencia de primera instancia en la que se basa el recurso de Luisa -madre, a pesar de considerar que no se había extinguido el cargo, declarara que era parcialmente nula; la necesidad de reinterpretar la voluntad del testador para ajustarla a las consecuencias que derivaban de la sentencia de 2012 que declaró la validez de la donación de 2002 y que no fue tenida en cuenta en 2005 no permitía a la contadora recuperar una función que se había extinguido (por lo que no hay infracción de los arts. 1057 , 675 , 1056 y 1062 CC ), de modo que toda actuación ulterior es incumbencia de los herederos y, en su defecto, del juez. No hay infracción de los arts. 1113 , 1050 y 1056 CC porque la partición de 2005 no fue un negocio sujeto a la condición del resultado del pleito iniciado por Luis Miguel -hijo contra su padre acerca de la validez de la donación, ni en ese momento la contienda era sobre la colación de una donación que la contadora no tuvo en cuenta en la partición, ni los herederos lo eran bajo condición.

Extinguido el cargo de contador, su función no podía renacer por el hecho de que, unilateralmente, se reservase la facultad de volver a actuar.

Por ello procede la desestimación de los motivos del recurso de Luisa -madre (motivos segundo, tercero y cuarto) y del motivo primero del recurso de Sagrario , en los que defienden la validez y eficacia de la



partición contenida en la escritura de 13 de marzo de 2012 así como de las correcciones y rectificaciones que en la misma se hicieron, sin que sea preciso analizar de manera individualizada las razones por las que las recurrentes justifican el contenido de tal escritura.

La desestimación de tales motivos conduce a confirmar el pronunciamiento contenido en la letra a) del fallo de la sentencia recurrida, por la que se declara la nulidad de la citada escritura.

**CUARTO.- Colación de la donación. Donación remuneratoria. Revocación en testamento de la dispensa hecha en la donación**

1.- La sentencia recurrida consideró que la donación de fecha 19 de mayo de 2000 no era colacionable y que, en consecuencia, procedía reconocer el complemento de la legítima solicitado por Luis Miguel -hijo. Las tres recurrentes combaten ambos pronunciamientos.

Esta sala considera que la donación de fecha 19 de mayo de 2000 es colacionable y que, en consecuencia, Luis Miguel -hijo no tiene derecho a percibir nada en la herencia porque la donación que recibió supera su legítima, que es lo que el testador quiso dejarle en su testamento; por tanto, no procede estimar su acción de complemento de la legítima.

Todo ello por las razones que exponemos a continuación.

2.- *La colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante.*

En el presente caso, debemos partir de que la donación es remuneratoria (lo que es discutido por Luisa -madre en su recurso), porque así se estableció en el procedimiento anterior en el que se discutió sobre la validez de la donación.

En principio, esta calificación tiene interés porque es uno de los argumentos utilizados para negar que proceda la colación. Hay que advertir sin embargo, por lo que se dirá a continuación, que a juicio de esta sala resulta irrelevante que la donación sea remuneratoria, porque la colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante, que es a la que debe estarse en todo caso.

La colación de la donación remuneratoria es un problema que no está resuelto de manera específica en la ley, es discutido en la doctrina científica y no ha sido zanjado hasta la fecha por la jurisprudencia.

a) El código civil no alude a la colación en las donaciones remuneratorias, ni para decir que no se colacionan ni para impedir al causante que imponga la colación. El art. 1041 CC excluye la colación de algunos gastos (alimentos, educación, curación de enfermedad); el causante no puede imponer su colación porque tampoco son liberalidades. El art. 1042 CC deja en cambio en manos del causante la colación de algunos gastos (por ejemplo, los destinados a dar al hijo una carrera profesional).

b) Por lo que se refiere a la jurisprudencia, las partes han citado en las distintas instancias sentencias a favor y en contra de la colación de las donaciones remuneratorias, pero ninguna de ellas resulta definitiva.

Luis Miguel -hijo, en su demanda, en contra de la procedencia de la colación citó la sentencia 613/2005, de 29 de julio. En ese caso, la sentencia de apelación declaró la inexistencia de una compraventa por simulación y la ilicitud de la causa de una donación remuneratoria (ocho años de servicios como secretaria-enfermera-ayudante de una persona con parálisis) por haberse realizado en fraude de los derechos de los legitimarios; esta sala confirmó tal sentencia porque entendió que, aunque era muy digno de reconocimiento lo realizado, no se podía valorar la cuantía de lo que superaría la supuesta remuneración, que la actividad además ya había habido remunerada y que, en cualquier caso, en lo que excediera de la retribución podría reducirse por inoficiosa. En conclusión, la doctrina de esta sentencia poco tiene que ver con lo que ahora se analiza, ni realmente beneficia al demandante ahora recurrido. De hecho, quien cita ahora a su favor esta sentencia es Luisa -hija en su recurso de casación (pp. 29 y 30) para argumentar, subsidiariamente: 1) que en lo que exceda del valor de lo remunerado debería colacionarse y 2) que la causa remuneratoria se sitúa en la órbita de los negocios gratuitos, y no en la de los negocios onerosos (que es otra afirmación que se contiene en la sentencia 613/2005, de 29 de julio).

Por su parte, en la contestación a la demanda Sagrario citó unas sentencias de esta sala que, según decía, admitían la colación de la donación remuneratoria. Buscadas y leídas hay que concluir que nada tienen que ver con la colación, sino con la operación de computación y con la inoficiosidad de las donaciones. Su doctrina no es aplicable al caso, donde ninguna de las partes se opone a sumar la donación para el cómputo de la legítima y nadie sostiene que la donación sea inoficiosa. Así, en la sentencia 463/1984, de 12 de julio, se ejercita una acción de reducción de donaciones en lo que perjudiquen la legítima, en un caso en el que se había realizado una donación con la carga de vivir en el caserío; después de fallecer el padre, la madre da por cumplida la convivencia para la plena efectividad de la donación, y la sentencia dice que en realidad no era una donación



(sociedad/mancomunidad uso del país) y que en cualquier caso, si lo fuera, para reducir la donación habría que probar en qué medida lo donado excede del gravamen. Y en la sentencia 881/1989, de 29 noviembre, lo que se analiza es la inoficiosidad de una donación remuneratoria simulada.

c) Un sector de la doctrina científica invoca la aplicación del art. 622 CC, que conduciría a la colación de la donación por lo que exceda de la remuneración.

En el caso, se trata de una petición subsidiaria de las tres recurrentes, que ya la plantearon como tal en sus contestaciones a la demanda. De hecho, la principal dificultad práctica que comporta la aplicación a las donaciones remuneratorias del art. 622, esto es, cómo determinar la diferencia entre el servicio remunerado y el valor de los bienes donados, se habría tratado de superar por las demandadas mediante la aportación en el juicio de una pericial referida a lo que cobraría un consejero por las gestiones que hizo el hijo en la empresa y por las que se le remuneraría. En ese dictamen, con distintos métodos, se alcanzaban diferentes resultados. La sentencia de apelación no entró a valorar los servicios remunerados porque consideró que no era colacionable, pero la sentencia de primera instancia hizo mención a ese informe.

Pero cabe formular objeciones a la aplicación de la tesis de la naturaleza mixta de estas donaciones en sede de colación, por lo que es descartada por esta sala.

No es de extrañar que tanto las recurrentes (como argumento principal para apoyar su tesis de la colación completa de la donación, incluso por aquellas recurrentes que aceptan como hecho que la donación es remuneratoria) como el recurrido (para negar que proceda la colación en ninguna cuantía) invoquen la jurisprudencia de esta sala que, desde la sentencia del pleno 1394/2007, de 11 de enero, en materia de forma y simulación, ha declarado que el art. 622 CC se aplica a las donaciones con carga, pero no a las remuneratorias. La citada sentencia expresamente dice que, a pesar de su tenor literal, el art. 622 «es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que, por definición, art. 619 CC, no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles». Más recientemente, la sentencia 828/2012, de 16 de enero de 2013, ha reiterado, en sentido parecido, «que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante, móvil indiferente jurídicamente para el derecho, que no causa del negocio jurídico».

Podría argumentarse que la forma es indivisible y la colación no, lo que explicaría que en un caso no pudiera aplicarse el art. 622 y en otro sí. Sin embargo, las razones que se exponen a continuación llevan a concluir que la remuneratoria es una donación que como tal debe tratarse en la sucesión, tanto a efectos de la computación, esto es, del cálculo de la legítima (lo que Luis Miguel -hijo expresamente admite, porque le conviene) como a efectos de su colación.

d) El agradecimiento no se puede fragmentar ni cabe pensar que solo se quiso donar, en su caso, por el exceso.

No cabe establecer una proporción entre el valor del servicio y el objeto de la donación, y el donante puede valorar los servicios en lo que quiera, con independencia de su valor objetivo. Por eso no es despreciable el argumento de Luis Miguel -hijo de que su padre hizo la donación asesorado por una consultoría y le donó exactamente las participaciones que le donó porque calculó que esa era la retribución que le correspondía, porque la causa de la donación remuneratoria es indivisible.

e) La causa de la donación es indivisible y responde al ánimo liberal; la remuneración es un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no la causa de la donación (art. 1274 CC). Otra cosa sería que, en los casos en los que la remuneración se eleve a motivo causalizado, la existencia de error acerca de la realidad de los servicios, permitiera impugnar la validez de la donación.

f) En la literatura antigua se utilizó como argumento para excluir la procedencia de la colación de la donación remuneratoria la aplicación analógica del art. 880.5 del código de comercio de 1885, que reputaba fraudulentas las donaciones «que no tengan conocidamente el carácter de remuneratorias», otorgadas después del balance anterior a la quiebra, pero este argumento, que tampoco era definitivo, ha perdido valor. En el vigente art.

71.2 de la Ley concursal (acciones de reintegración), que presume el perjuicio patrimonial en los actos de disposición a título gratuito, solo se exceptúan legalmente las liberalidades de uso.

g) El principal argumento en contra de la colación de las donaciones remuneratorias es una aplicación de la misma objeción que los autores que la formulan hacen genéricamente a la propia colación, por la que sin embargo ha optado el legislador, si bien dotándola de un carácter disponible para el causante que hizo la donación.

La idea de que si la donación remuneratoria es expresión de agradecimiento a unos servicios perdería su naturaleza si se computara en la cuota sucesoria, es igualmente afirmada por los críticos respecto de la



colación de las donaciones simples, para las que se dice que la colación destruye la esencia de la donación, porque entonces no se enriquecería al donatario, sino que solo se le anticiparía lo que le correspondería cuando el patrimonio del donante se convirtiera en herencia. Pero, como se ha dicho, es el código civil el que prevé la colación de las donaciones, sin distinción.

h) En el código civil la colación, que no tiene por finalidad proteger la legítima, tiende a procurar una cierta igualdad en lo que han recibido los legitimarios llamados a una cuota. Por eso, en el diseño legal, cuenta con una regulación netamente dispositiva. Por tanto, para concretar en cada caso el alcance de la colación debe estarse a la voluntad del causante.

La peculiaridad en la colación de la donación remuneratoria es que, en función de las circunstancias, puede llegar a interpretarse la voluntad del causante de que no se colacione la donación. Es decir, que aunque el donante/causante no lo ordene expresamente, la referencia a la remuneración de servicios, junto a otros datos, puede revelar la voluntad implícita de que no se colacione. A pesar de que el art. 1036 CC exige que la dispensa sea expresa, puesto que no son necesarias fórmulas sacramentales, puede ser suficiente una voluntad no ambigua que resulte con claridad de la interpretación de la voluntad. La colación de la donación remuneratoria depende, en definitiva, como la de las donaciones simples, de la voluntad del causante.

i) En el caso, lo que ha sucedido es que el causante dispensó de la colación en el documento privado de donación, pero en el testamento otorgado en escritura pública dijo que las donaciones a los hijos varones eran colacionables. Puesto que en el momento de otorgar testamento solo se había realizado a favor de Luis Miguel -hijo la donación que estamos considerando, es obvio que el testador se estaba refiriendo a ella y, si no la mencionó por su fecha es, precisamente, porque el causante negaba su validez, lo que mantuvo en el proceso iniciado por el hijo contra él así como en una querrela contra el hijo. Declarada por sentencia firme la validez de la donación, es evidente la voluntad testamentaria del causante de que se colacione.

La cuestión, por tanto, es independiente de si la donación es o no remuneratoria y lo que plantea es un problema diferente, el de la revocabilidad de la dispensa de colación.

### 3.- Revocación de la dispensa de colación hecha en el momento de donar.

Esta sala considera que la dispensa de colación hecha en la donación es revocable por el causante.

La colación, a diferencia de las acciones de reducción por inoficiosidad, no puede hacer llegar a los demás legitimarios una parte de los bienes donados ( art. 1045 CC ), pero aumenta la base sobre la que se calcula la participación de los legitimarios llamados a una cuota sin concretar los bienes sobre los que recae (aunque sea la que les corresponda por legítima), con la consecuencia de que el legitimario donatario tomará de menos ( art. 1047 CC ). En la medida en que supone traer a la masa (en el código civil, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, solo en la comunidad existente con los herederos forzosos) el valor de los bienes donados, la colación modifica la formación de las cuotas sucesorias. Por eso mismo, la dispensa de colación a que se refiere el art. 1036 CC tiene influencia en la organización de la sucesión y, en consecuencia, es revocable.

Se ha discutido sin embargo en la doctrina científica si la dispensa hecha en la propia donación es revocable.

a) No existe una jurisprudencia consolidada de la sala sobre este asunto.

i) Las exposiciones doctrinales citan a favor de la irrevocabilidad algunas sentencias de esta sala:

- La sentencia de 21 de marzo de 1902 , n.º 86 CL (la cita también Luis Miguel -hijo): en el caso, la testadora impone en el testamento la obligación de colacionar lo recibido por donación o dote por sus hijos y nieta pero, anteriormente, en una donación a una hija había manifestado que la donación de una casa se hacía sin obligación de colacionar. Dice la sentencia que «y aceptada la donación con tales condiciones, sin que consten otras en este particular, es manifiesto que la casa referida estaba exceptuada de colación por la misma testadora , que pudiendo así irrevocablemente disponerlo mientras la donación no fuera inoficiosa , como no podía serlo en el presente caso, nada alteró expresamente con respecto a tal excepción». Realmente esta es la única sentencia que se pronuncia sobre la irrevocabilidad de la dispensa.

- La sentencia de 15 de junio de 1929 , n.º 142 CL (la cita también Luis Miguel -hijo): en el caso, el suegro ejercita contra el yerno, y después de la muerte de su hija, una acción de resolución o revocación de la donación que hizo a aquella. La STS dice que el que la hija le diera luego el dinero a su marido en concepto de dote no permite al padre ejercer una acción de resolución contra el yerno, que no fue parte en la donación, por lo que no es aplicable el art. 1124 CC , y añade: «Siendo también evidente la inaplicación del art. 1036 de aquel Cuerpo legal en atención a que su pertinencia sólo puede tener lugar cuando se discuta por los herederos forzosos acerca de la herencia del donante, pero en modo alguno por éste durante su vida, porque esto equivaldría a solicitar la revocación de un acto que no es revocable por su propia naturaleza; es decir, que aquel art. concede



un derecho *post mortem* y en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia». En realidad, por tanto, no dice nada de la revocabilidad de la dispensa.

- La sentencia 1149/2000, de 13 de diciembre (la cita Luis Miguel -hijo en su oposición al recurso): en realidad, en el pleito se discute si la finca era o no colacionable y acreditada por prueba documental la dispensa de colación, y no constando su revocación, se declara que no procede la colación. Luego, para rechazar el motivo del recurso que denunciaba infracción del art. 1036 CC dice: «En efecto, el éxito estimatorio alcanzado por el motivo anterior, hace ineludible el del actual, porque así se infiere del dato de no aplicabilidad del referido art. 1036 del código civil que regula la dispensa de la colación, pues del documento público ya mencionado, el donante dispuso expresamente la donación no colacionable de la finca en cuestión. Y en este sentido es preciso tener en cuenta lo que dice la sentencia de esta sala de 15 de junio de 1929, cuando en ella se afirma que «sólo puede tener lugar la aplicación del art. 1036 cuando se discuta por los herederos forzosos acerca de la herencia del donante, pero en modo alguno por este donante en su vida, porque esto equivaldría a solicitar la revocación de un acto que no es revocable por su propia naturaleza, es decir, que el art. 1036 concede un derecho *post mortem* y en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia». No dice nada de la irrevocabilidad de la dispensa.

ii) Por el contrario, se citan a favor de la revocabilidad otras sentencias de la sala:

- La sentencia 224/1989, de 13 de marzo (la cita Luisa -hija en su recurso de casación y la suele citar la doctrina a favor de la revocabilidad en la solución pero con el comentario de que el argumento es «oscuro»): la demandante pide la declaración de nulidad de una cláusula testamentaria que declaraba que el valor de los bienes donados (donaciones hechas expresamente con el carácter de no colacionable) era superior al que figuraba en la escritura, por lo que cubrían con exceso las legítimas de las hijas donatarias, a las que se imputaban, y el exceso a los tercios de mejora y libre disposición; la sentencia utiliza como argumento para rechazar la nulidad de la cláusula testamentaria que «las diferencias que el código civil establece entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación radica en realidad, en que mientras las segundas han de traerse a la masa hereditaria para su computación ( art. 1035 CC ), 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 art. 1036 en relación con los 636 y 654 y en su caso los 819 y 825 del citado código civil ». Cabría entender que, al admitir la validez de la cláusula testamentaria la sentencia admite la validez de la revocación de la dispensa de colación, pero desde luego no lo dice.

- La sentencia 29/2008, de 24 de enero (la cita la sentencia de primera instancia y la suele citar la doctrina para decir que la dispensa es revocable): en realidad no contempla un supuesto de revocación, sino un caso de no revocación y dice que porque se le dejara la legítima estricta no se puede interpretar que revocara tácitamente la dispensa de colacionar y añade «lo cierto es que no revocó, pudiendo hacerlo, la dispensa en dicho testamento». Afirma la revocabilidad en un caso en el que no tuvo lugar tal revocación.

- La sentencia 748/2012, de 29 de noviembre (la cita la sentencia de primera instancia en apoyo de la revocabilidad): en realidad la sentencia se ocupa de un caso de desheredación injusta y se calcula cómo debe computarse las donaciones para calcular la legítima que le corresponde a la demandante. Y para salir al paso de alguna afirmación de la recurrente sobre esa cuestión transcribe la cita de la sentencia anterior 29/2008, de 24 de enero.

b) Un sector de la doctrina científica ha argumentado a favor de la irrevocabilidad que la dispensa hecha en la misma donación adquiere carácter irrevocable por la naturaleza contractual del acto en el que se realiza; sería una dispensa acordada, contractual. También que la dispensa formó parte del negocio lucrativo, que fue aceptado por el donatario como un conjunto y la revocación de la dispensa supone alterar la base de aquel negocio.

c) Frente a estos argumentos, sin embargo, esta sala considera que debe atenderse a la verdadera naturaleza y a la eficacia que el código civil atribuye a la dispensa de colación. La conclusión no puede ser otra entonces que la de la revocabilidad de la dispensa y la necesidad de estar a la última voluntad del causante.

La dispensa es una declaración de voluntad que da lugar a que la partición se deba realizar sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios. Se trata, por tanto, de un acto de naturaleza y eficacia *mortis causa*, regido por el principio de la revocabilidad por el que, como opción de política legislativa, se inclina el código civil, tal y como con claridad resulta de los arts. 737 y 1271 CC así como de las escasas excepciones en las que el código acepta la eficacia de un contrato sucesorio (art. 826, promesa de mejorar en capitulaciones; art. 827, mejora contractual irrevocable; art. 1341, donación en capitulaciones de bienes futuros).



Con independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja, la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable. Afirmar que la dispensa formó parte del negocio lucrativo aceptado por el donatario implicaría convertir la dispensa en causa de la donación y sostener que el donatario aceptó la donación por su carácter no colacionable, lo que resulta difícil de imaginar, solo podría dar lugar, en su caso, a plantear bien el error en la aceptación bien la renuncia a la donación. A ello debe sumarse que, sabiendo que la dispensa es un acto unilateral y revocable, el donatario que acepta la donación siempre debe asumir que el causante puede revocar su decisión para privarle, no de la donación, sino de las expectativas que tuviera de recibir más en la sucesión, por lo que una revocación de la dispensa, como la revocación de otro acto dirigido a ordenar la sucesión, nunca puede considerarse que contraría los actos propios.

A efectos prácticos cabe añadir que es ilógico considerar irrevocable la dispensa cuando el causante puede lograr el mismo efecto disminuyendo la cuota de institución del donatario, por ejemplo, mediante donaciones no colacionables a los demás.

**4.-** En consecuencia, procede estimar el recurso de Luisa -hija y estimar los motivos de los recursos de Luisa -madre (motivos primero y quinto) y de Sagrario (motivos segundo a quinto) dirigidos a impugnar la eficacia de la dispensa de colación contenida en la donación de 19 de mayo de 2000. La consecuencia de esta estimación es la revocación de los pronunciamientos contenidos en las letras b) y c) del fallo de la sentencia recurrida, puesto que, por todo lo dicho, Luis Miguel -hijo no tiene derecho a percibir cantidad alguna en la partición de la herencia del causante, ni tampoco los intereses a los que se hacía referencia en los autos de aclaración de 23 de septiembre y 13 de octubre de 2015 .

#### **QUINTO.-** Costas y depósitos

La estimación del recurso de casación de Luisa -hija y la estimación parcial de los recursos de Sagrario y Luisa -madre determina que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 398 y 394 LEC , no se impongan las costas de estos recursos.

Procede la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los tres recursos de casación, de conformidad con lo dispuesto en la disp. adicional 15.ª.8 LOPJ.

## **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 D.ª Camila y estimar parcialmente los recursos de casación interpuestos por D.ª Adriana y D.ª Raimunda contra la sentencia de fecha 28 de enero de 2015 , aclarada por autos de 23 de septiembre de 2015 y de 13 de octubre de 2015, dictados por la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2.ª), en el rollo de apelación 82/2014 , dimanante de los autos de juicio ordinario 1529/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Albacete.

**2 .º-** Casar en parte la sentencia recurrida, en el sentido de revocar y dejar sin efecto los pronunciamientos contenidos en las letras b) y c), y revocar igualmente el reconocimiento del derecho a cobrar los intereses a que se refieren los autos de aclaración de 23 de septiembre de 2015 y de 13 de octubre de 2015 .

En su lugar, desestimar la pretensión de D. Jose Ignacio contenida en la demanda que interpuso en su día y dirigida a que se declarara no colacionable la donación remuneratoria de 135.252 participaciones sociales de Mazacruz S.L. efectuada el 19 de mayo de 2000 por D. Isidoro a su hijo D. Jose Ignacio . Desestimar igualmente la pretensión de declaración del derecho de D. Jose Ignacio al complemento en metálico de la legítima en la suma de 2.996.924,55 € así como a los intereses solicitados.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia.

**3 .º-** No imponer las costas de ninguno de los recursos de casación y ordenar la devolución de los depósitos constituidos para su interposición.

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

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

Así se acuerda y firma.