

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064415

### TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 468/2019, de 17 de septiembre de 2019

Sala de lo Civil

Rec. n.º 3575/2016

### SUMARIO:

#### **Herencia. Computación, imputación y colación. Donación inoficiosa. Inexistencia de mejora tácita.**

Las legítimas constituyen una limitación de las facultades dispositivas del causante en beneficio de su cónyuge y parientes más próximos, es decir operan a favor de los legitimarios. El sistema legitimario no impide la validez de las disposiciones gratuitas realizadas a favor de los herederos forzosos y terceros, siempre que no perjudiquen a los otros colegitimarios. El cálculo de la legítima se lleva a efecto a través de su computación. El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*. Una vez efectuada tal operación de adición se realiza la imputación; es decir encuadrar cada una de las disposiciones efectuadas a título gratuito por el causante dentro de las distintas porciones en que se divide la herencia para averiguar si lo donado o legado debe ser reducido por exceder de la parte a la que el donatario o legatario tiene derecho. La colación no opera, desde el punto de vista técnico jurídico, con el sistema de protección de la legítima, sino que es una 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. Las normas concernientes al cómputo del *donatum* 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. En el presente caso, el recurrente en casación pretende que la donación llevada a efecto a su favor, se considere como mejora tácita o presunta, y, en consecuencia, que la misma se impute al tercio de libre disposición y en lo que no quepa en el mismo en el de mejora, correspondiendo a los otros hermanos exclusivamente la legítima estricta. El recurso no puede prosperar. En primer lugar porque ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar. Y en el caso, no existe ninguna disposición o acto jurídico del que resulte la intención del causante de mejorar al demandado, al que se limita a donarle una farmacia, sin dispensa de colación, y a instituirle en su testamento heredero, a partes iguales, con sus otros hijos, renunciando a la herencia de su padre. Por tanto, la mejora por donación siempre debe ser expresa. La donación litigiosa no contiene dispensa de colación, ni existe unidad causal entre las donaciones efectuadas y la declaración testamentaria. Tampoco los mentados actos jurídicos del causante contienen una auténtica partición de sus bienes, ni hay testimonios integrativos de la voluntad del padre de los litigantes aceptados por la Audiencia.

### PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 636, 654, 675, 763, 806, 813, 815, 817, 818, 819, 820.1, 825, 828, 1.035, 1.036 y 1.056.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 217, 336, 337, 339.3, 427.4 y 469.1.2.º y 4.º.

Constitución Española, art. 24.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 11.3 y 238.

### PONENTE:

*Don Jose Luis Seoane Spiegelberg.*

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 468/2019

Fecha de sentencia: 17/09/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3575/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/07/2019

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3575/2016

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

**SENTENCIA**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller  
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas  
D. Eduardo Baena Ruiz  
D.ª M.ª Angeles Parra Lucan  
D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 17 de septiembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Imanol , representado por la procuradora D.ª Isabel Calvo Villoria, bajo la dirección letrada de D. Felipe García Hoyos, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla el 16 de junio de 2016, en el recurso de apelación núm. 6488/2014 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 149/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Carmona, sobre inoficiosidad de donación. Ha

sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Evangelina y D. Manuel , representados por el procurador D. Ignacio Requejo García de Mateo y bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Alférez.

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

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### **Primero.** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Francisco Fernández del Pozo, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Evangelina y D. Manuel , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Imanol , en la que solicitaba se dictara sentencia acordando:

"1) la declaración como inoficiosa de la donación de fecha 20 de noviembre de 2007 colacionándose su valor a los efectos del cómputo de la legítima; 2) Determinación de la porción que lesiona la legítima de mis mandantes, entendiéndose que la misma deberá imputarse al tercio de libre disposición; 3) Cálculo de la legítima en relación a seis legitimarios; 4) Determinación de la obligación de restituir a mis representados, junto a la cuota legal que le corresponde, los intereses y frutos del exceso de adjudicación y cuanto más en Derecho fuera procedente".

2.- La demanda fue presentada el 4 de marzo de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Carmona, se registró con el núm. 149/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Felisa Pérez Cano, en representación de D. Imanol , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al Juzgado que:

"[...] dicte sentencia por la que absuelva a mi mandante de los injustos pedimentos de la demanda contra él formulada, con las costas procesales que procedan".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez D. Jesús Castro Ruiz, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Carmona, dictó sentencia de fecha 5 de marzo de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

"Debo estimar y estimo sustancialmente la demanda presentada por el procurador Sr. Fernández del Pozo, en nombre y representación de Dña. Evangelina y D. Manuel , contra D. Imanol .

En consecuencia se declara que la donación realizada por D. Sergio mediante escritura pública de fecha 20 de noviembre del 2.007 a favor de su hijo, D. Imanol , es inoficiosa y debe colacionarse y reducirse su valor, en la proporción necesaria para respetar los derechos legitimarlos de Dña. Evangelina y D. Manuel respecto de la herencia de sus padres. Por ello, se condena a la parte demandada a que restituya y abone a cada uno de los actores la cantidad de 129.619 Euros.

Se imponen las costas procesales a la parte demandada".

#### **Segundo.** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Imanol .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 6488/2014 , y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 16 de junio de 2016 , cuya parte dispositiva dispone:

"Se desestima el recurso interpuesto por la representación de don Imanol contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Carmona con fecha 5 de marzo de 2014 en el Juicio Ordinario nº 149/2010, y se confirma íntegramente la misma por sus propios fundamentos con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante".



**Tercero.** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

**1.-** La procuradora D.<sup>a</sup> Felisa Pérez Cano, en representación de D. Imanol , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"I.- Infracción procesal al amparo del artículo 469.1.2º LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

Primer motivo.- Por incorrecta aplicación en orden a la distribución de la carga de la prueba en el proceso. Artículo 217 LEC , y del principio de la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes, respecto a la determinación del caudal relicto a fin de determinar la inoficiosidad de la donación objeto de autos.

Segundo motivo.- Por vulneración de los artículos 339.3 y 427.4 de la LEC , 238 de la LOPJ , y jurisprudencia que los interpreta, que rigen los actos y garantías del proceso produciendo indefensión.

II. Infracción procesal al amparo del artículo 469.1.4º LEC , por vulneración en el proceso civil del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la CE .

Primer motivo.- Por vulneración de norma legal sobre valoración de la prueba, en concreto de los artículos 319.1 y 326.1 de la LEC , 1.218 del Código Civil .

Segundo motivo.- Por valoración, absurda, arbitraria o incurso en error patente o notorio de la prueba efectuada por la Audiencia, mediante aceptación de la realizada por el Juzgado de Instancia".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"III.- Recurso de casación por razón de la cuantía del artículo 477.2.2º.

Único. Infracción de los artículos 636 , 654 , 675 , 806 , 808 , 819 , 820.1 , 823 , 825 y 828 del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta".

**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 20 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación de D. Imanol contra la sentencia dictada el 16 de junio de 2016 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª), en el rollo de apelación n.º 6488/2014 -A-E, dimanante del juicio ordinario n.º 149/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Carmona.

2.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 a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en Secretaría".

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

**4.-** Por providencia de 19 de junio del presente 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 17 de julio de 2019, fecha en que ha tenido lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **Primero.** *Antecedentes de hecho.*

1.- El causante D. Sergio , mediante escritura pública de veinte de noviembre de 2007, donó pura y simplemente a su hijo D. Imanol la oficina de farmacia de la que era titular con sus relaciones activas y pasivas, con efectos 1 de diciembre siguiente. La farmacia fue valorada en dicho instrumento público en 1.082.390,80 euros computando el pasivo.

2.- El donante D. Sergio falleció el 27 de diciembre de 2007, en estado de viudo, bajo testamento de fecha 30 de junio de 1975, en el que legó el usufructo universal de sus bienes a su esposa, instituyendo herederos por partes iguales a sus siete hijos, los cuales, en caso de premoriencia o incapacidad, serían sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes.

3.- Con fecha 22 de julio de 2008, el hijo donatario D. Imanol renunció pura y simplemente a la herencia de su padre D. Sergio , fallecido el 27 de diciembre de 2007, renuncia que efectúa sabedor de su carácter de heredero testamentario del mismo.

4.- El valor total del caudal relicto del causante asciende a 2.053.939,61 euros, comprendido el negocio de farmacia valorado en 1.462.365,48 euros.

5.- Por los herederos D<sup>a</sup> Evangelina y D. Manuel se interpuso demanda, que fue estimada sustancialmente por sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Carmona, que declaró inoficiosa la referida donación, que debe colacionarse y reducirse su valor en la proporción necesaria para respetar los derechos legitimarios de los actores, por ello se condena a la parte demandada a que se restituya y abone a cada uno de los demandantes la suma de 129.619,82 euros.

6.- Interpuesto por el demandado recurso de apelación el mismo fue desestimado por sentencia dictada por la sección 8<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Sevilla, interponiendo contra dicha resolución los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación que nos ocupan.

### **Segundo.** *Recurso extraordinario por infracción procesal.*

El precitado recurso se fundamenta en tres causales de impugnación, que procederemos a examinar separadamente.

2.1.- Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC , por incorrecta aplicación de la distribución de la carga de la prueba del art. 217 de la LEC y del principio de disponibilidad y facilidad probatoria de las partes, respecto a la cuantificación del caudal relicto a fin de determinar la inoficiosidad de la donación litigiosa.

En su desarrollo se señala, en síntesis, que los actores incumplieron su obligación de probar el importe total del activo y pasivo del haber del causante, para apreciar la inoficiosidad de la donación del negocio de farmacia y el perjuicio sufrido en sus legítimas, al no haber aportado las pruebas necesarias para la determinación de dichos elementos fácticos. Las sentencias, tanto del Juzgado como de la Audiencia, dan por acreditado, tras el examen de la prueba practicada, que el valor total del caudal relicto del causante asciende a 2.053.939,61 euros y el negocio de farmacia a 1.462.365,48 euros.

El mentado causal de impugnación no debe ser acogido. En efecto, la doctrina jurisprudencial es constante y uniforme, al señalar que las reglas de la distribución de la prueba, previstas en el art. 217 de la LEC , no resultan vulneradas en los casos en los que se ha practicado prueba y el órgano judicial lleva a cabo su apreciación, determinando que hechos considera acreditados, con independencia de la parte que propuso la prueba sobre la que se ha construido la convicción motivada del tribunal, en virtud del principio de adquisición procesal al que se refieren entre otras las SSTS de 7 de marzo de 2000 , 26 de enero de 2001 , 16 de diciembre de 2005 , 4 de febrero y 21 de mayo de 2009 , 29 de marzo 2011 y más recientemente 733/2014, de 29 de abril de 2015 , 158/2015, de 1 de abril y 218/2016 , del 6 de abril; sino cuando, por el contrario, ante la ausencia de



prueba, el órgano jurisdiccional haya modificado, alterado o invertido la estructura de la regla del juicio, atribuyendo las consecuencias del hecho dudoso a la parte a quien no competía su demostración.

En definitiva, la infracción del art. 217 LEC no comprende ni permite a su amparo valorar de nuevo el material probatorio practicado cuestionando la convicción judicial, o dicho en palabras de la STS de 22 de julio de 1998 : "[...] el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de pruebas, según frase célebre procedente de la doctrina alemana". Es por ello, como destacan las SSTS 160/2018, de 21 de marzo y 274/2019, de 21 de mayo , metodológicamente, antes de examinar si se ha infringido o no la regla sobre la carga de la prueba que recoge el art. 217 LEC , se habrá de indagar sobre si existe o no prueba de los hechos constitutivos de la pretensión.

Es precisamente esta ausencia de prueba suficiente para generar la convicción judicial, el supuesto que permite entren en juego las reglas de juicio constituidas por las disposiciones normativas reguladoras de la carga de la prueba, que se infringen en aquellos supuestos en los que se hace recaer las consecuencias de la falta de acreditamiento de un hecho trascendente a parte distinta de la obligada a probar. Esto es, si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha justificado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba al litigante a quien no le competía la carga de la misma, según las reglas establecidas en los distintos apartados del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia interpretativa ( SSTS 559/2015, de 3 de noviembre , 163/2016, de 16 de marzo , 586/2017, 2 de noviembre y 208/2019, de 5 de abril entre otras).

La finalidad de las reglas reguladores del onus probandi consisten pues en determinar contra cuál de los litigantes deben operar las consecuencias desfavorables de la falta de demostración de los hechos controvertidos relevantes para la decisión del litigio; pero, en modo alguno, como se pretende erróneamente en el recurso, reputarlas como mecanismos de impugnación de la valoración de la prueba.

En efecto, las normas relativas a la carga de la prueba, o "reglas de juicio", le indican al Juez como ha de proceder en los casos de incertidumbre, dado que es lógico que si el Legislador le impone la indeclinable obligación de resolver, sin que le sea factible acogerse al juramento de no ver claro el negocio sibi non liquere , en justa contraprestación se han de establecer cuáles son los criterios para solventar dicho estado de incertidumbre. La determinación, por consiguiente, del Juez como destinatario de las normas relativas a la carga de la prueba, en el momento de resolver, es destacada por el art. 217.1 LEC , al señalar que "[...] cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones".

En este sentido, las SSTS 742/2015, de 18 de diciembre , 533/2018, de 28 de septiembre , 208/2019, de 5 de abril y 274/2019, de 21 de mayo , entre otras, señalan que:

"La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de 'non liquet' (literalmente, 'no está claro') que se establece en los arts. 11.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 .7.º del Código Civil, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba. Esa es la razón por la que el precepto que la regula, art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso".

Por lo tanto, una vez que el tribunal, tras la valoración motivada de las pruebas practicadas, ha reputado unos hechos como suficientemente acreditados, a los efectos de cuestionar dicha conclusión fáctica no son las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC las infringidas, sino la concurrencia de un error en la valoración de la prueba. En el caso, que nos ocupa, el tribunal no consideró dudoso o carente de prueba suficiente para su determinación, cuál era el importe del caudal relicto, el montante económico de las legítimas de los herederos forzosos y el valor de la farmacia donada al recurrente por su padre y causante de la herencia; por lo tanto, carece de base normativa la alegada vulneración del art. 217 de la LEC .



La reciente STS 308/2019, de 3 de junio , explicita el cauce adecuado de la impugnación excepcional de la valoración probatoria y su distinción con las reglas reguladoras de la carga de la prueba, al señalar que:

"Son dos cuestiones distintas, una es que el resultado de la prueba practicada se hubiera valorado incurriendo en error notorio o arbitrariedad y con ello se haya vulnerado el art. 24 CE ; y, otra distinta, que ante la ausencia de prueba respecto de un determinado hecho, se hayan aplicado las reglas de la carga de la prueba. La primera (error notorio o arbitrariedad en la valoración de la prueba) debe impugnarse por el ordinal 4º del art. 469.1 LEC , mientras que la segunda (infracción de las reglas de la carga de la prueba) debe impugnarse por el ordinal 2º del art. 469.1 LEC (infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto del art. 217 LEC )".

No es de extrañar entonces, como dice la STS 484/2018, de 11 de septiembre , que:

"[...] es contradictorio y ello determina que resulte inadmisibile, que al mismo tiempo se denuncie error en la valoración de la prueba e infracción de la carga de la prueba, puesto que las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC son aplicables justamente en ausencia de prueba suficiente, no cuando se ha decidido con base en una determinada valoración de la prueba ( STS 12/2017, de 13 de enero )".

El principio de disponibilidad y facilidad probatoria, igualmente considerado como infringido, hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente, regla que, consagrada en la LEC, ya venía siendo acogida por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 8 de marzo y 28 de noviembre de 1996 , 28 de febrero de 1997 , 30 de julio de 1999 , 29 de mayo de 2000 , 8 de febrero de 2001 , 18 de febrero de 2003 y 17 de julio de 2003 , todas ellas citadas por la sentencia 591/2016, de 5 de octubre ); pues bien, dicho principio no puede reputarse como vulnerado cuando ambas partes litigantes se encuentran en la misma posición jurídica, en tanto en cuanto son hijos y herederos del causante, y como tales perfectamente conocedores de los bienes y derechos integrantes de su patrimonio. Es más, por el contrario, es precisamente el demandado recurrente el que se encuentra en posesión de la oficina de farmacia, cuya explotación lleva a efecto, y, por lo tanto, quien ostenta una privilegiada posición para conocer sus existencias rendimientos y deudas.

2.2.- Vulneración de los arts. 339.3 y 427.4 LEC , 238 LOPJ y jurisprudencia que rigen los actos y garantías del proceso, produciendo indefensión conforme al art. 469.1.3º LEC .

A través de este causal de impugnación se cuestiona la admisibilidad de la prueba pericial judicial, al considerar que la misma fue propuesta con infracción de la legalidad procesal en la audiencia previa.

En el escrito de demanda la parte actora indicó que interesaría una nueva valoración del negocio farmacia y de los inmuebles mediante la oportuna solicitud de pericial por insaculación en virtud de lo establecido en el art. 339 de LEC , que posibilita llevar a efecto dicha petición con el escrito de demanda. La parte demandada fue perfectamente consciente de tal circunstancia, toda vez que señala, en su escrito de contestación, apartado 5.3 de la relación de hechos, que los demandantes pretenden que un perito judicial valore el negocio de farmacia y los inmuebles reseñados, añadiendo que la primera valoración se encuentra en la escritura de donación aportada como documento primero de la demanda y la segunda, respecto a los inmuebles, si no estaban de acuerdo con las valoraciones antes acompañadas tenían que adjuntar los informes periciales con la demanda conforme al art. 336 o efectuar el correspondiente anuncio con arreglo al art. 337 LEC ; argumento que no podemos compartir, en tanto en cuanto dichos preceptos se refieren a la aportación de dictámenes periciales por peritos designados por la partes, y el art. 339, invocado en la demanda, regula la solicitud de nombramiento de perito judicial en el escrito rector del proceso, constituyendo una opción perfectamente legítima que la parte puede libremente elegir.

El demandado formula la alegación de no estar tampoco de acuerdo con la valoración que se llevó a efecto de la farmacia en la escritura de donación, cuestionándola igualmente mediante el anuncio de la aportación de un informe pericial al amparo de los arts. 336.4 y 337.1 LEC , siendo el importe del bien donado, por consiguiente, un hecho controvertido por las partes.

Es cierto que el Juzgado no se apercibió de la petición de la parte actora, que fue reiterada al contestar a la providencia de 28 de abril de 2010, en la que se le requería para que especificara la cuantía de la demanda, señalando entonces los demandantes que ello no era posible, "[...] toda vez que la acción ejercitada se incardina en la declaración de inoficiosidad de la donación de un negocio de farmacia, cuya valoración por perito insaculado ha sido solicitada en la propia demanda".

Es decir, constaba claramente evidenciado el interés y la petición de la parte actora de solicitar la correspondiente prueba pericial por perito designado por el Juzgado, que se insta de nuevo en la audiencia previa,



y no por primera vez, sino reiterando peticiones anteriormente formuladas. Es cierto, que no se llevó a efecto dicha postulada designación, dentro del plazo de los cinco días previstos en el art. 339.2 III LEC , como también lo es que, tomada necesaria constancia de tal petición, el Juzgado debió de pronunciarse de alguna forma sobre la misma ( art. 11.3 LOPJ ), admitiendo o denegando la designación de perito judicial postulada con la demanda.

En definitiva, su admisión en la audiencia previa cabe entenderla como una subsanación de la falta de pronunciamiento al respecto, la cual, por otra parte, absolutamente ninguna indefensión produjo a la parte demandada, la cual aportó sobre la valoración de la farmacia un dictamen pericial por perito por ella misma elegido, conoció con suficiente antelación el informe elaborado por el perito judicial, y pudo someterlo a contradicción, como así hizo, en el acto del juicio, exigiendo el art. 469.2.3º LEC , que la indefensión denunciada, presupuesto invocado como causal del recurso, hubiera sido efectivamente padecida por la parte recurrente.

El derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ) incluye la proscripción de la indefensión, pero el Tribunal Constitucional ha desestimado reiteradamente la identificación entre defecto o irregularidad procesal y la indefensión alegada, "[...] pues no toda infracción procesal es causante de la vulneración del derecho recogido en el artículo 24.1 CE , sino que sólo alcanza tal relevancia aquella que, por anular las posibilidades de alegación, defensa y prueba cause una verdadera y real situación de indefensión material" ( SSTC 122/2007, de 21 de mayo, FJ 3 y 1/2019, de 14 de enero , FJ 4), que, en este caso, obviamente no se ha producido.

2.3.- Infracción procesal al amparo del art. 469.1.4º de la LEC , por vulneración en el proceso civil del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE , con respecto a la valoración de la prueba practicada.

La valoración probatoria se concibe como la actividad intelectual que ha de realizar el Juez a los efectos de determinar, con respecto a las afirmaciones fácticas realizadas por las partes, si éstas se han visto corroboradas por las pruebas propuestas y practicadas en el proceso, sometiendo a las mismas a un examen fundado en máximas de experiencia obtenidas por el propio Juez o establecidas en la ley, así como a través de los más elementales postulados de la lógica y la razón -sana crítica-, proceso que, además, ha de exteriorizar en la motivación de la sentencia, que zanja el conflicto judicializado sometido a su consideración. Desde esta perspectiva, la sana crítica se concibe como un sistema integrado por las reglas de la lógica y de la experiencia.

En definitiva, si las pruebas, en virtud del principio de aportación de parte, son propuestas por los litigantes a los efectos de obtener la convicción del Juez sobre las alegaciones efectuadas, la apreciación probatoria es la labor jurisdiccional, en virtud de la cual el Juez determina, por mor de la aplicación de normas legales de valoración probatoria o mediante el análisis crítico de las pruebas practicadas bajo su intermediación y correlativas máximas de experiencia, si un hecho quedó o no debidamente justificado.

Ahora bien, la valoración de la prueba es actividad procesal, que corresponde a la primera y segunda instancia, impropia de unos recursos extraordinarios, como son los de infracción procesal y casación. No obstante lo cual, ello no significa que no sea susceptible de corrección, por la vía de la vulneración del derecho fundamental del art. 24 de la CE , una valoración probatoria, que atente de forma notoria al canon de razonabilidad, que ha de presidir cualquier resolución judicial, lo que acontece cuando tal apreciación sea absurda, patentemente errónea o arbitraria, en cuyo caso es susceptible de ser reparada bajo la cobertura normativa que dispensa el art. 469.1.4º LEC . Ahora bien, tal causal de impugnación no permite llevar a efecto una nueva valoración probatoria, pretendiendo de este Tribunal, una discordante apreciación del material fáctico obrante en las actuaciones conforme a los intereses de la parte recurrente, como si de una instancia se tratase.

En efecto, como señalan las sentencias de esta Sala 418/2012, de 28 de junio , 262/2013, de 30 de abril , 44/2015, de 17 de febrero y 208/2019, de 5 de abril (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad del control de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de segunda instancia, proclaman que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

En definitiva, como ha destacado entre otras muchas la STS 626/2012, de 11 de octubre , que cita a su vez las sentencias de 14 de junio de 2010 , 23 de junio de 2010 , 2 de noviembre de 2010 , 4 de febrero de 2011 , 5 de mayo de 2011 , 24 de junio de 2011 , 27 de enero de 2012 , 9 febrero de 2012 , 4 de abril de 2012 , la valoración de la prueba no cabe en el recurso por infracción procesal, cuyo artículo 469.1 no la menciona como motivo, y la jurisprudencia así lo ha destacado de una forma reiteradísima, al indicar que:



"[...] que esta Sala no constituye una tercera instancia, como dicen las sentencias de 25 de junio de 2010 , 14 de abril de 2011 , 5 de mayo de 2011 y 2 de junio de 2011 entre otras muchas, anteriores. Sólo sería posible una revisión de prueba en un caso excepcional, que no se da en el presente supuesto, por más que se citen sentencias en este sentido en el desarrollo del motivo, de que se haya producido una violación del artículo 24 de la Constitución Española como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y se haya formulado un motivo al amparo del número 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "

La STS 785/2012, de 4 de enero de 2013 , explicita en qué concretos supuestos cabe cuestionar, con éxito, la valoración probatoria:

"[...] a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio ( Sentencias de 8 y 10 de noviembre de 1994 , 18 de diciembre de 2001 y 18 de diciembre de 2001 ; 8 de febrero de 2002 ; b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica ( Sentencias de 28 de junio y 18 de diciembre de 2001 ; 8 de febrero de 2001 ; 21 de febrero y 13 de diciembre de 2003 ; y 9 de junio de 2004 ), o se adopten criterios desorbitados o irracionales ( Sentencias de 28 de enero de 1995 , 18 de diciembre de 2001 y 19 de junio de 2002 ); c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial ( Sentencias de 20 de febrero de 1992 , 28 de junio de 2001 , 19 de junio y 19 de julio de 2002 , 21 y 28 de febrero de 2003 , 24 de mayo , 13 de junio , 19 de julio y 30 de noviembre de 2004 ); d) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias (Sentencia de 3 de marzo de 2004 ) o contrarias a las reglas de la común experiencia (Sentencias de 24 de diciembre de 1994 , 18 de diciembre de 2001 y 29 de abril de 2005 ); y e) no le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones ( Sentencias de 10 de diciembre de 2008 , 8 de febrero de 2008 y 8 de marzo de 2007 , con cita a las de 14 de abril de 1997 , 17 de marzo de 1997 , 11 de noviembre de 1997 , 30 de octubre de 1998 , 30 de noviembre de 1998 , 28 de mayo de 2001 , 10 de julio de 2003 y 9 de octubre de 2004 )".

Y con respecto a la pericial, que es el fundamental elemento de prueba utilizado por las sentencias de instancias para concluir que se ha producido una lesión en las legítimas de los actores, enseña la STS 502/2014, de 2 de octubre , que:

"Esta Sala tiene declarado que la prueba pericial se ha de apreciar según las reglas de la sana crítica, como dice el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , reglas que no se hallan recogidas en precepto alguno ni previstas en ninguna norma valorativa de prueba ( SSTS 21 de enero de 2000 , 28 de junio de 2001 , 28 de febrero y 15 de abril de 2003 , etc.) y, en consecuencia, no existiendo reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, la conclusión que resulta, como señalaba la sentencia de 29 de abril de 2005 , es, en principio, la imposibilidad de someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional. No obstante, estando vedados el error patente, la arbitrariedad y la irracionalidad por el derecho a la tutela judicial efectiva ( artículo 24.2 de la Constitución ), y como las reglas de la sana crítica son las del raciocinio lógico, cabe el control casacional cuando en las afirmaciones de los peritos o en la valoración judicial se aprecia un error de tal magnitud, es decir un error patente, ostensible o notorio ( SSTS 18 de diciembre de 2001 , 8 de febrero de 2002 , etc.), o se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica ( SSTS 13 de diciembre de 2003 , 9 de junio de 2004 , etc.) o se adopten criterios desorbitados o irracionales ( SSTS 118 de diciembre de 2001, 19 de junio de 2002 , etc.), se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia ( SSTS 3 de marzo de 2004 , 18 de diciembre de 2001 ) o se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falseen arbitrariamente sus dictados o se aparte del propio contexto del dictamen pericial ( SSTS 21 y 28 de febrero de 2003 , 19 de julio y 30 de noviembre de 2004 , etc.)".

Pues bien, el examen de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia sobre el juicio fáctico motivado de la valoración de la actividad probatoria practicada, en modo alguno, permite concluir que, en tan esencial función de la jurisdicción, se haya incurrido en errores de tal naturaleza y entidad como los exigidos para la estimación del recurso por infracción procesal interpuesto, a los efectos de considerar lesionado el canon de la racionalidad que protege el art. 24.1 de la CE .

En efecto, las sentencias de instancia hacen referencia a las pruebas periciales propuestas sobre la cuantificación de los bienes de la herencia. Las analizan en su conjunto, utilizando criterios tales como la

proximidad valorativa entre los diferentes informes existentes en autos y el de la mayoría coincidente. Se explicita el proceso racional que lleva a la fijación de las concretas valoraciones aceptadas, que de ninguna manera se apartan de las reglas de la lógica o de la razón, ni suponen una aceptación arbitraria de las conclusiones de alguno de dichos informes, ni incurrir en una tergiversación de lo afirmado por los peritos.

Nos hallamos ante peritajes de opinión y contradictorios sobre la valoración de la farmacia, con respecto a los cuales los tribunales de instancia necesariamente han de optar para resolver la contienda suscitada, y, en el caso que nos ocupa, se acepta el informe del perito judicial, ponderando su imparcialidad, aceptando su método valorativo como más ajustado al objeto de la pericia, e incluso destacando, para desvirtuar el informe pericial del demandado, en una valoración conjunta de la prueba, el distanciamiento económico existente entre el precio fijado en el mismo de 815.651,80 euros, con respecto a la propia valoración de la farmacia llevada a efecto en la escritura pública de donación de noviembre de 2007, por un importe superior de 1.083.390,80 euros, incluyendo activo y pasivo.

Optar a favor del método valorativo utilizado por el perito judicial, fundado en una amplia comparativa de oferta de precios de venta de farmacias en el ámbito andaluz (utilizando incluso como referencia los ingresos y gastos derivados del informe de la parte recurrente), así como, partiendo de una técnica de capitalización de los beneficios, para formar una media de los importes resultantes de tales metodologías, y atribuirle mayor valor que el informe del perito propuesto por el demandado, que emplea el procedimiento de descuento de flujo libre de caja, complementado con un criterio de capitalización del beneficio medio obtenido por el titular de la farmacia en los tres años anteriores al devengo del impuesto de sucesiones, al amparo de una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo a efectos puramente fiscales, de ninguna manera atenta al canon de la razonabilidad, ni incurre en un error lógico con los calificativos de patente o notorio, ni supone conclusión arbitraria a corregir, sino simple valoración racional de la prueba, que no corresponde fiscalizar a este tribunal, a través del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por mor de todo el conjunto argumental anteriormente expuesto.

### **Tercero. Recurso de casación.**

Se fundamenta en la infracción de lo dispuesto en los arts. 636, 654, 675, 806, 819, 820.1, 825 y 828 del CC y jurisprudencia que los interpreta, si bien el recurso no es claro en su formulación, en tanto en cuanto consiste en una cita plural de preceptos de derecho sustantivo, sin precisar las razones por las que se consideran infringidos cada uno de ellos y sin que pueda convertirse en un escrito de alegaciones, es lo cierto que de su lectura resulta que se impugna que la donación efectuada no sea reputada como mejora tácita.

### **3.1.- Consideraciones previas.**

Las legítimas constituyen una limitación de las facultades dispositivas del causante en beneficio de su cónyuge y parientes más próximos, es decir operan a favor de los legitimarios. Funcionan como un freno a la libertad de testar; puesto que, como establece el art. 763 II CC, el que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo, es decir la reguladora de las legítimas.

El sistema legitimario no impide la validez de las disposiciones gratuitas realizadas a favor de los herederos forzosos y terceros, siempre que no perjudiquen a los otros colegitimarios (art. 819 CC). Las legítimas no constituyen una pars reservata bonorum (parte reservada de los bienes), dado que el testador puede disponer inter vivos y mortis causa de su patrimonio, si bien bajo una eficacia condicionada a la defensa de la intangibilidad cuantitativa que, de sus legítimas, hagan los legitimarios (STS 695/2005, de 28 de septiembre, que cita a su vez las sentencias de 31 de marzo de 1.970 y 20 de noviembre de 1.990).

El legitimario puede recibir por cualquier título apto su legítima; en otro caso de ser totalmente desconocidos sus derechos podría haber una desheredación o preterición injusta, salvo que procediera claro está la sucesión abintestato (art. 813 CC). La expresión "por cualquier título", a la que se refiere el art. 815 del CC, implica que al legitimario se le puede atribuir su legítima, tanto a título de herencia (STS 24 de enero de 2008), de legado (SSTS de 21 de febrero de 1900, 25 de mayo de 1917, 20 de junio de 1986, 17 de julio de 1996 entre otras), o de donación (SSTS 20 de febrero de 1981 y 24 de enero de 2008).

En definitiva, como dicen las SSTS 695/2005, de 28 de septiembre y 863/2011, de 21 de noviembre, las legítimas constituyen un sistema de reglamentación negativo, dado que la ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título, el deber de respetarlas,



confiriendo al legitimario ( artículo 763.2 del Código Civil ), para el caso de que se superen en su perjuicio los límites establecidos, la facultad de ejercitar las acciones de defensa cuantitativa de las mismas, con la reclamación del complemento ( artículo 815 del Código Civil ), la reducción de legados excesivos ( artículos 817 y 820 del Código Civil y sentencia de 24 de julio de 1986 ) o, en su caso, de las donaciones inoficiosas ( artículos 634 , 651 , 819 y 820 del Código Civil ), incluso aunque estén ocultas bajo negocios aparentemente onerosos ( STS de 676/1986, de 14 de noviembre ).

De la legítima se predica, conforme a lo expuesto, su intangibilidad cualitativa ( artículo 813 del Código civil ) y cuantitativa ( artículo 815 ) y ésta última debe ser respetada en todo caso por el causante; pues de no hacerse así, como dice la STS de 8 de junio de 1999 , se conculcaría el ordenamiento sucesorio.

En este sentido, como explica la STS 124/2006, de 22 de febrero :

"El artículo 654 y los dos siguientes desarrollan la inoficiosidad de las donaciones, y así, al fallecimiento del donante, se computan las donaciones, las cuales se imputan a la legítima, si el donatario es, a su vez, legitimario, pues aquella se atribuye, amén de por otros medios, por donaciones, que, con lo que deja el donante a su muerte, sirve para su cálculo; es el "donatum", que se suma al "relictum", y si con este último no hay bienes suficientes para que los legitimarios perciban sus legítimas, las donaciones son inoficiosas y habrá que rescindir las total o parcialmente para alcanzar los bienes suficientes para cubrir las legítimas, que es lo que establece el primer párrafo, inciso primero, del artículo 654, con la significación de que, si la donación es inoficiosa, se reducirá lo que sea necesario para defender las legítimas".

### 3.2.- Computación, imputación y colación.

El cálculo de la legítima se lleva a efecto a través de su computación. El art. 818 del CC señala que: "Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes se agregará el de las donaciones colacionables".

En efecto, mediante la computación se agrega al caudal relicto del causante todas las donaciones realizadas por el mismo en vida; pues, de no llevarse a efecto tal operación, se podría atentar contra el principio de la intangibilidad de las legítimas, que se vería lesionado si el causante dispusiera inter vivos, por actos gratuitos, de la totalidad de sus bienes, de manera tal que nada restase para repartir entre sus herederos forzosos, o lo hiciera de forma tal que les quedara a sus legitimarios una participación inferior a la que legalmente les corresponde según su grado parentesco con el causante.

A esta operación de cómputo de la legítima global se refiere la STS de 29/2008, 24 de enero , que señala al respecto: "El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el relictum con el donatum; así lo dicen expresamente las sentencias de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005 y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990 , 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997 ".

Una vez efectuada tal operación de adición se realiza la imputación; es decir encuadrar cada una de las disposiciones efectuadas a título gratuito por el causante dentro de las distintas porciones en que se divide la herencia (tercios de legítima estricta o corta, mejora y libre disposición) para averiguar, en definitiva, si lo donado o legado debe ser reducido por exceder de la parte a la que el donatario o legatario tiene derecho.

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 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 como de otras, se puede lesionar la legítima; mientras que, en el caso de la colación-partición 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 ).

A estas operaciones se refiere la STS 748/2012, de 29 de noviembre , que reproduce la doctrina sentada por la STS 29/2008, de 24 de enero , de la manera siguiente:

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

La atribución es el pago de la legítima, por cualquier título; como herencia, como legado o como donación. Artículos 815 y 819 del Código civil .

La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las sentencias citadas, de 31 de abril de 1990 y 28 de septiembre de 2005 . Artículo 819 del Código civil , que se refiere a la imputación de las donaciones".

No obstante, como ya hemos adelantado, 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 . 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".

De la misma manera, lo explica la STS 245/1989, de 17 de marzo , cuando al interpretar el art. 818 del CC indica:

"[...] pero con la salvedad de que la palabra "colacionables" referida a las donaciones, tiene aquí un sentido impropio, que no se corresponde con el puramente técnico del artículo 1035, y que más bien significa "computables". Computabilidad que viene referida exclusivamente a la operación contable para la determinación de si ha existido inoficiosidad, habida cuenta del importe que corresponde a cada uno de los tres tercios de la herencia pero que en nada afecta a la obligación de colacionar que sólo puede corresponder "al heredero forzoso que concorra con otros que también lo sean [...]" "La reducción de las disposiciones efectuadas a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 del Código Civil , y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria".

Igualmente insiste en dicha distinción la STS 142/2001, de 15 de febrero , cuando razona: "Estrictamente la colación es una operación particional, cuya finalidad no es la protección de las legítimas, sino de determinar lo



que ha de recibir el heredero forzoso por su participación en la herencia, que puede ser mayor que la que le corresponde por su legítima, si el causante le ha dejado más. En suma, la colación se refiere a la cuenta de participación de heredero forzoso en la herencia". O la STS 360/1982, de 19 de julio , al establecer que: "[...] la colocación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia en tanto el causante no dispone de ella".

### 3.3.- Inexistencia de mejora tácita.

En el recurso interpuesto se pretende que la donación llevada a efecto a favor del demandado se considere como mejora tácita o presunta, y, en consecuencia, que la misma se impute al tercio de libre disposición y en lo que no quepa en el mismo en el de mejora, correspondiendo a los otros hermanos exclusivamente la legítima estricta. El recurso de esta forma formulado no debe prosperar con fundamento en las consideraciones que se pasan a exponer.

En primer lugar, puesto que conforme al art 825 del CC , "[...] ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar". Y no existe ninguna disposición o acto jurídico del que resulte la intención del causante de mejorar al demandado, al que se limita a donarle la farmacia, sin dispensa de colación, y a instituirle en su testamento heredero, a partes iguales, con sus otros hijos, renunciando a la herencia de su padre.

La STS 375/2019, de 27 de junio , señala al respecto que: "Debemos partir de que en el caso las donaciones litigiosas no tienen el carácter de mejora, como dice la sentencia recurrida, porque la mejora mediante donación (como dice el art. 825 CC , a diferencia de lo que sucede con los legados que no caben en la parte libre, conforme al art. 828 CC ) siempre debe ser expresa, lo que en el caso no se da".

Es cierto también que la jurisprudencia ha proclamado en las SSTS 297/1982, de 18 de junio , 502/2006, de 29 de mayo y más recientemente en la sentencia del Pleno de esta Sala 536/2013, de 29 de julio , que la calificación como mejora de una donación no puede quedar prejuzgada con base a una mera interpretación literalista del artículo 825 del Código Civil ; esto es, referida a si expresamente se atribuyó en su otorgamiento con el empleo del verbo "mejorar" o el sustantivo de "mejora".

No obstante, no es de aplicación tal doctrina. No nos hallamos ante un caso de mejora tácita, ni el presente litigio guarda identidad de razón ( AATS 30 de octubre y 4 de diciembre de 2007 y 17 de julio de 2019 ) con el caso examinado en la precitada STS 536/2013, de 29 de julio , la cual señala al respecto:

"[...] Por el contrario, fuera de este rango sacramental, la calificación de mejora de la donación efectuada encierra un fenómeno interpretativo de la declaración de voluntad que debe ser entendido conforme a los siguientes criterios:

A) En primer lugar, la interpretación debe venir presidida por la regla o principio de la preponderancia de la voluntad del testador ( STS 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012 ). Criterio que comporta que, en determinados casos, el fenómeno interpretativo no deba circunscribirse sólo a la cuestión interpretativa del negocio inter vivos de la donación, sino que alcance a los hechos determinantes que configuraron la sucesión testamentaria del donante (por todas, STS de 6 de marzo de 2013, núm. 111/2013 ).

En el presente caso, conforme a la prevalencia del hecho particional del testador ( artículo 1056 del Código Civil ), se da una clara unidad causal entre las donaciones efectuadas y la declaración testamentaria, todas ellas realizadas en la misma fecha, de forma que el testador, ya mediante donaciones o legados, estos con expresa indicación de mejora, realiza una auténtica partición de todos sus bienes entre su hijo y su nieto.

B) En segundo lugar, en el contexto interpretativo de la declaración de voluntad que comporta el artículo 825 del Código Civil , claramente contrario a la admisión de la mejora "meramente presunta", debe señalarse que "la declaración de una manera expresa de la voluntad de mejorar", entendida como una declaración inequívoca, queda complementada en la donación con expresa dispensa de colación al quedar patente que se pretende un beneficio exclusivo para ese legitimario, que resulta mejorado.

En el presente caso, los testimonios recogidos, particularmente los sustentados por los contadores partidores, fueron coincidentes en el propósito manifestado por el testador de querer mejorar el haber sucesorio de su hijo don Bruno "



Pues bien, en este caso, no concurre la identidad de razón entre los elementos fácticos y jurídicos de la precitada sentencia, con los que conforman el supuesto litigioso que enjuiciamos en este proceso; toda vez que, de la donación efectuada por el causante al demandado y de su testamento, no consta exteriorizada una voluntad de mejorar al recurrente.

En efecto, la donación litigiosa no contiene dispensa de colación, a diferencia del supuesto contemplado en la sentencia fundamento del recurso formulado, ni existe unidad causal entre las donaciones efectuadas y la declaración testamentaria. Tampoco los mentados actos jurídicos del causante contienen una auténtica partición de sus bienes, ni contamos con testimonios integrativos de la voluntad del padre de los litigantes aceptados por la Audiencia.

Por el contrario, la STS 502/2006, de 29 de mayo, estimó, interpretando el art. 825 del CC, que considerar que la donante mejoró a su hija por el hecho exclusivo de la donación no es admisible de acuerdo con el citado precepto, que exige no sólo voluntad de donar en el donante sino algo más, y es la voluntad inequívoca de mejorar, aunque no se emplee la palabra mejora.

Por todo ello, este concreto motivo de casación no debe ser estimado.

#### **Cuarto. Costas.**

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal implica la imposición de las costas a la parte recurrente.

La desestimación del recurso de casación determina igualmente se impongan las costas de su interposición a la parte recurrente.

En ambos casos procede la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto,

#### **EN NOMBRE DEL REY**

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, contra la sentencia dictada el 16 de junio de 2016, por la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación n.º 6488/2014, con imposición de las costas a la parte recurrente y pérdida del depósito correspondiente a dicho recurso.

2.º- Desestimar igualmente el recurso de casación formulado.

3.º- Imponer a la parte recurrente las costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

4.º- Decretar la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

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.ª Angeles Parra Lucan  
Jose Luis Seoane Spiegelberg

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.