

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 20 DE JULIO DE 2018 (473/2018)**

**Rectificación de la partición por el contador-partidor.
Régimen de la donación remuneratoria: colación**

Comentario a cargo de:
RODRIGO TENA ARREGUI
Notario de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JULIO DE 2018

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

ID CENDOJ: 28079119912018100029

PONENTE: EXCMA. SRA. DOÑA MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN

Asunto: Tras recaer sentencia firme por la que se confirma la validez de una donación remuneratoria realizada por el causante, el contador-partidor rectifica la partición anteriormente realizada, procediendo a colacionar el importe de la donación en la herencia conforme a lo ordenado en ese sentido por el testador en su testamento. El recurrente impugna tanto la validez de la escritura de rectificación, por entender agotado el cargo de contador-partidor tras la realización de la primera partición, como la condición de colacionable de la donación remuneratoria. La sentencia confirma la nulidad de la rectificación por agotamiento del cargo, pero considera colacionable la donación remuneratoria.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. La imposibilidad de alterar sustancialmente la par-

tición del contador-partidor una vez realizada. 5.2. El carácter colacionable de la donación remuneratoria. 5.3 Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

En el año 2000 un padre dona a uno de sus hijos, con dispensa de colación, unas participaciones en la sociedad familiar, valoradas en más de setenta millones de euros. Tras discutirse luego en los Tribunales entre padre e hijo la validez de la citada donación, la misma se confirma definitivamente, calificándose además como remuneratoria, por sentencia del Tribunal Supremo de enero de 2012. El padre había fallecido anteriormente con un testamento en que ordenaba la colación de todas las donaciones hechas a sus hijos varones. En 2005 la contadora-partidora había otorgado escritura de partición de la herencia del padre en donde se reservaba la facultad de rectificar la escritura de partición a la vista del resultado del procedimiento judicial entablado sobre la validez de la donación. Una vez que la misma fue confirmada, otorga en marzo de 2012 una escritura de “rectificación de operaciones particionales”, afectando en varios extremos de relevancia a las operaciones particionales documentadas en la escritura de 2005, al alterar las atribuciones ya realizadas, y computando como colacionable la donación remuneratoria. El hijo interpone demanda contra su madre y sus hermanas, solicitando la nulidad de la escritura de rectificación de partición de 2012 y, además, que se declare el carácter no colacionable de la donación remuneratoria.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia declara nula la escritura de rectificación de operaciones particionales, con la salvedad de la colación que la misma efectuó de la donación remuneratoria. No fundamentó esa nulidad en la expiración del cargo de la contadora (porque a la vista del testamento del padre podía ser tenida por tal hasta transcurridos dos años desde la muerte de la madre), pero sí en que la contadora no respetó la voluntad del causante y se arrogó facultades propias del testador. Por su parte, consideró colacionable la donación remuneratoria porque, pese a la difícil comprensión del art. 622 CC, al menos debería colacionarse el exceso respecto del servicio prestado, existiendo en este caso una gran desproporción entre lo donado y dicho servicio, siendo la dispensa de colación realizada en la donación revocable por testamento, como ocurrió en el caso discutido.

3. Solución dada en apelación

Recurrida la sentencia por todas las partes, la Audiencia estima el recurso del hijo declarando nula la escritura de rectificación de operaciones par-

cionales, afirmando asimismo el carácter no colacionable de la donación remuneratoria. Considera que la rectificación es nula porque el mandato de la contadora-partidora concluyó al protocolizar la primera partición de 2005, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia. La donación no es colacionable porque la condición de remuneratoria de la donación la predicó por el todo la sentencia que así la calificó, sin distinción alguna. A ello añade, tras constatar que se declaró como no colacionable en el documento de donación, la doctrina de los propios actos, la teoría de la consumación de los contratos y el art. 1256 del CC.

4. Los motivos de casación alegados

Por la vía del art. 477.2.2 LEC (cuantía superior a 600.000 euros) se alega la infracción de las normas sobre concepto y contenido del testamento (arts. 667 y 675 CC), sobre contenido y extinción del cargo de contador-partidor (arts. 1057, 1062 y 1068 CC), sobre el juego de la condición en la partición (art. 1113, 1050 y 1054 del CC), y sobre la colación en relación a las donaciones remuneratorias (arts. 1035, 1036, 619, 622, 737, 1256 y 1271 CC).

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. La imposibilidad de alterar sustancialmente la partición del contador-partidor una vez realizada

El Tribunal Supremo, tras constatar que 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 dichas atribuciones, entiende que la escritura de rectificación es ineficaz –confirmando así la nulidad declarada en el pronunciamiento recurrido– pues 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 este caso había recaído aceptación por los herederos, por lo que los bienes y derechos ingresaron en el patrimonio de los adjudicatarios. Además, no fue un negocio sujeto a condición, ni los herederos lo eran bajo condición. Por lo que extinguido el cargo de contador, su función no podía renacer por el hecho de que, unilateralmente, se reservase la facultad de volver a actuar.

En apoyo de su doctrina, la sentencia cita las 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 Tribunal Supremo reconoce en su sentencia que “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”. Pero aun así deberíamos considerar que ese complemento debe ser de escasa importancia, pues en la sentencia de 12 de junio de 2008 (Roj: STS 2717/2008-ECLI: ES:TS:2008:2717; ponente Gullón Ballesteros) se indica que “es jurisprudencia de esta Sala la de que la adición o complemento de la partición requiere que los bienes omitidos sean de escasa importancia en el conjunto de la herencia, que no es el caso litigioso, en el que se omitieron veinticuatro fincas rústicas y urbanas, cantidad suficiente para suponer razonablemente que produciría un reajuste importante de todas las operaciones particionales, que significaría de hecho una total rectificación de la partición que se impugna”.

A todo ello hay que añadir que la rectificación no puede afectar a las atribuciones realizadas sin contar con el consentimiento de los interesados, pues, una vez recaída la aceptación de los herederos, esos bienes ingresan definitivamente en su patrimonio. En este sentido es útil recordar la doctrina mantenida sobre esta materia por la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN de 19 de enero de 2017), que señala que, antes de la aceptación de los herederos, la inscripción de los bienes como consecuencia de la partición realizada por el contador partidor queda sujeta a condición suspensiva, y mientras esa aceptación no ha recaído el contador partidor puede rectificarla, solo, si no hubiera aceptado nadie, o con los que lo hubieran hecho, en otro caso.

Ello nos lleva a concluir que mientras que el cargo de contador-partidor no haya caducado por el transcurso del tiempo previsto por el testador o señalado subsidiariamente por la Ley, no procede desde el punto de vista técnico afirmar que el cargo queda “extinguido” con el otorgamiento de la escritura de partición (como indicó la Audiencia), sino más bien que, a medida que se produce la aceptación de los interesados a la partición realizada, sus funciones se van agotando hasta quedar reducidas a las meramente residuales de subsanación de errores no relevantes o complemento respecto de bienes no incluidos de escasa importancia. Al margen de esos límites, su actuación sería nula por falta de poder de disposición.

5.2. *El carácter colacionable de la donación remuneratoria*

El TS sigue en esta sentencia la línea jurisprudencial sostenida por la sala desde la sentencia del pleno 1394/2007 (Roj: STS 822/2007 - ECLI:

ES:TS:2007:822; ponente Gullón Ballesteros), que entiende que el art. 622 CC se aplica a las donaciones con carga, pero no a las remuneratorias, en cuanto que en estas, por definición, no se impone ningún gravamen. En consecuencia, la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, dado que la remuneración es un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no su causa, salvo que se eleve a motivo causalizado. La causa de la donación remuneratoria es indivisible, dado que el agradecimiento no se puede fragmentar ni cabe pensar que solo se quiso donar, en su caso, por el exceso. Por ese motivo, debe quedar sujeto al régimen normal de la colación, que es una institución netamente dispositiva. La única peculiaridad en la colación de la donación remuneratoria es que, en función de las circunstancias, puede llegar a interpretarse la voluntad implícita del causante de que no se colacione la donación, aunque no lo ordene expresamente. En el caso debatido se dispensó expresamente de colación en la propia donación, pero posteriormente se revocó la dispensa en el testamento. Pese a tratarse de un tema debatido en doctrina y jurisprudencia, debe reconocerse la posibilidad de dicha revocación, dado que la dispensa es un acto de naturaleza y eficacia *mortis causa* y, por tanto, de carácter unilateral y revocable.

La sentencia viene a rechazar, en consecuencia, la postura defendida por un importante sector doctrinal, encabezado por Albaladejo, que defiende el carácter mixto de la donación remuneratoria. Conforme a esta tesis, la causa es onerosa en aquello que resulte absorbido por el valor de los servicios que se remuneran. Dicha corriente doctrinal reconoce que su postura descansa en una interpretación correctora del art. 622 del CC (pues supone entender la expresión “gravamen impuesto” en el sentido de “servicio que se remunera”) pero que, en todo caso, considera más respetuosa con el espíritu de texto legal que cualquier otra alternativa, especialmente con la que a la postre defiende el Tribunal Supremo, que supone suprimir del artículo cualquier referencia a la donación remuneratoria. Sin embargo, lo cierto es que el texto no solo admite otras interpretaciones menos correctoras (De Castro) sino que los motivos para rechazar la tesis de la causa mixta exceden de los meramente literales, pues el espíritu de la norma se traiciona más cuánto más se desajusta de la naturaleza de las cosas o de la razonabilidad de las consecuencias inferidas.

La tesis de la causa mixta impone una fuerte disparidad de regímenes jurídicos en el seno de un único negocio jurídico en función de un dato tan etéreo como el valor de un servicio respecto del que las partes no han fijado precio ni referencia objetiva alguna. En un sistema jurídico como el nuestro, dominado por el principio (guste o no) de que “las cosas valen lo que las partes quieren”, esa radical diferenciación de efectos resulta no solo arbitraria sino claramente vulneradora o artificialmente reconfiguradora de la voluntad de las partes. Recordemos que, según la tesis que se critica de la causa mixta, por la parte correspondiente al valor que se remunera no regirían las normas de la donación en materias tan fundamentales como la forma, capacidad, perfección, cómputo de la legítima, colación, revocación, reversión, saneamiento,

no adquisición a non domino (art. 34 LH), etc. En el caso de la forma, por ejemplo, tal interpretación conllevaría defender una nulidad parcial de la donación por la parte que excede del servicio, salvando la que no excede, porque por esta última parte el negocio jurídico no es puramente liberal y el requisito de la forma no se justificaría. Del mismo modo, el “donatario” quedaría protegido por el art. 34 de la LH hasta un importe, y desprotegido en el exceso.

Hasta qué punto esta interpretación es compatible con el inciso inicial del artículo 619, cuando señala que “*es también donación* la que se hace una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles (...)”, merecería más reflexión por los partidarios de la tesis de la causa mixta, porque si bien es cierto que el artículo menciona también a las onerosas, bien se ocupa de precisar que solo a las que imponen al donatario un gravamen *inferior* al valor de lo donado, precisión que en las remuneratorias brilla por su ausencia.

Ya explicaba De Castro que para entender cabalmente la regulación del Código Civil es necesario remontarse al Proyecto de 1851 y a las ideas de García Goyena al respecto. El Proyecto elimina la donación remuneratoria por entender García Goyena que lo normal en toda donación es que los donantes se muevan por una causa anterior (beneficio o servicio), ya que sin ella más bien sería profusión y prodigalidad que liberalidad, por lo que se le somete a la misma regulación que a las demás donaciones. Esta idea es la que el Código ratifica en el citado inciso inicial del art. 619 (“*es también donación*”). Como las donaciones onerosas quedaban en el Proyecto de 1851 fuera del régimen de la donación y sometidas a las normas de los contratos onerosos, el inciso final aclara que solo son donaciones aquellas onerosas en las que se impone un gravamen inferior a lo donado. La mención a las remuneratorias en el art. 622 puede explicarse, entonces, atendiendo al sentido que tuviera la causa para García Goyena. Como se ha explicado, cuando se trata de méritos y servicios pasados, la equiparación con la donación pura debe ser total. Pero otro tema es aquella donación que tiene por fin recompensar un servicio futuro (se dona para que...) que automáticamente adquiriría el carácter de carga o gravamen, asimilándose así a las onerosas, lo que explica su inclusión en el artículo 622.

Otra cosa completamente diferente es que el carácter remuneratorio de una donación no influya de alguna manera sobre su regulación, pues la especial motivación subjetiva que tiñe su causa puede exigir un tratamiento específico. Pero no por ella misma, sino en función de la finalidad que persiga la concreta institución en la que en cada caso se enmarque, ya sea, por ejemplo, la colación o la revocación de donaciones. Es decir, no porque deban aplicarse por imperativo legal y con carácter general las normas de los contratos onerosos hasta donde alcance el valor del servicio remunerado, sino porque las finalidades buscadas por cada institución pueden exigir ciertas adaptaciones en función de las particularidades de la donación de la que hablemos, sin tener que negar por ello que causalmente estemos siempre ante una donación pura, ni preocuparse para nada del supuesto valor del servicio remunerado.

Centrémonos como ejemplo en el caso de la colación, que es además el tema clave debatido en la sentencia comentada. Para dilucidar si una donación remuneratoria debe o no colacionarse, lo relevante no es fijarse en la naturaleza jurídica de estas donaciones, sino en la de la colación. Pues bien, si atendemos a la finalidad institucional de la colación, observaremos que en ella juega un papel esencial la voluntad del testador a la hora de integrar la donación realizada en el total fenómeno sucesorio. De lo que se trata es de averiguar si el donante pensaba en esa donación como un simple anticipo de la herencia futura o, por el contrario, si deseaba beneficiar al donatario al margen de sus futuros derechos sucesorios. En caso de que esa voluntad no se haya expresado, el Código presume una voluntad favorable a la colación (arts. 1035 y 1036 CC), lo que es congruente con el principio interpretativo de los contratos gratuitos “en favor de la menor transmisión de derechos e intereses” (art. 1289 CC). Por tanto, la cuestión se reduce a investigar cuándo debe entenderse que esa voluntad de no colación se ha “dispuesto expresamente” (art. 1036 CC), y si para entenderlo así basta con que esa donación se haya “expresado” como remuneratoria.

En el caso de la declaración de una donación como remuneratoria, cabe perfectamente defender que el donante ha querido dispensar de colación la totalidad de la donación, y no solamente el supuesto valor cubierto por el servicio que se remunera, como se deduciría de la tesis de la causa mixta. Cuando el donante atribuye ese carácter a una donación se entiende que lo hace por el todo, y que el móvil subjetivo típico de estas donaciones sirve para modalizar, de manera congruente al mismo, alguno de los efectos presuntos de la donación pura que admiten manifestación en contra, como ocurre en la colación. La mención expresa a la remuneración de un servicio implica una voluntad de premiar de manera especial y distinta a la mera condición de heredero forzoso, por lo que no sería congruente considerarla un simple anticipo de herencia futura.

Así lo defiende la sentencia comentada, señalando que “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 (...)”

Una vez dilucidado este extremo y aceptado el carácter no colacionable de la donación remuneratoria en su totalidad, cabe plantearse si es posible revocar esa dispensa en un testamento posterior a la donación. Los argumentos utilizados hasta aquí nos conducen necesariamente a una respuesta afirmativa. Si lo relevante no es tanto la naturaleza de la donación cuanto la institución en que se enmarca (en este caso la colación), el principio de voluntariedad que preside esta última, a la postre ligado al principio general en materia de suce-

siones de que la voluntad del testador es la ley de la sucesión (art. 675 CC), no admite otra solución.

Ahora bien, la cuestión debatida en el caso es ligeramente diferente, pues lo que se discute es si es posible revocar una dispensa de colación expresamente formulada con tal carácter en la escritura de donación (recordemos que además de la calificación de donación remuneratoria realizada por el Tribunal Supremo, la donación originariamente contenía esa dispensa expresa). La concurrencia de esa circunstancia podría suscitar la duda de sí, al contenerse la dispensa como cláusula de la donación, la natural irrevocabilidad de esta última arrastra también a aquella, sobre la base de entender que sería posible que el donatario no hubiera aceptado la donación de saber que tendría que colacionar lo donado. De hecho, como explica la sentencia comentada, no existe jurisprudencia consolidada al respecto. No obstante, las últimas sentencias se pronuncian en un sentido favorable a la revocabilidad, tesis que acoge la sentencia comentada en base a un doble argumento bastante concluyente.

Comienza señalando que “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 (...)” En definitiva, por mucho que la cláusula se incluya en un contrato *inter vivos*, tiene una finalidad puramente sucesoria, pues solamente se limita a indicar el criterio con el que esa donación debe ser tratada a la hora de hacer la partición, lo que es una competencia exclusiva del testador. A mayor abundamiento podría citarse también el art. 827 del CC, que estima revocable el carácter de mejora de la donación hecha en este concepto.

Por eso, este primer argumento conecta íntimamente con el segundo. Así, un poco más adelante, la sentencia indica que “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”. O, todavía más fácil, cambiando el testamento y ordenando unas cuotas diferentes. En conclusión, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, el fenómeno sucesorio queda sujeto en su totalidad a la voluntad del testador, por lo que la revocabilidad de la dispensa debe considerarse como una facultad esencial del testador respecto de la que no cabría, ni siquiera, renuncia expresa.

5.3. Conclusión

En esta sentencia del Pleno el Tribunal Supremo viene a confirmar su última línea jurisprudencial en todos los asuntos sometidos a su decisión: la modificabilidad por el contador-partidor de una partición anterior, la naturaleza de

la donación remuneratoria y la revocabilidad de la dispensa de colación. Una vez realizada la partición y producido el correspondiente efecto transmisivo, el poder de disposición del contador-partidor se ve reducido al ejercicio de facultades meramente complementarias. Por otra parte, se rechaza el carácter mixto de la donación remuneratoria y, en consecuencia, cualquier fraccionamiento de su régimen jurídico, que se reconduce al típico de las donaciones puras, sin más matizaciones que las que pueden derivar del móvil remuneratorio. Por último, se reconoce la revocabilidad testamentaria de la dispensa de colación contenida en la donación, por tratarse de un acto de naturaleza y eficacia *mortis causa* regido por el principio de revocabilidad.

6. Bibliografía

- Albaladejo García, Manuel, “La donación remuneratoria y los preceptos de la donación ordinaria que les son o no aplicables”, *Revista de Derecho Privado*, n° 2002-01, Enero 2002.
- Anderson, Miriam, “La donación remuneratoria”, *LA LEY*: (4983). 2 de febrero de 2000, pp. 1-10.
- Cámara Álvarez, Manuel, *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, 1990, pp. 385 y ss.
- De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, 1985, pp. 266 y ss.
- Sirvent García, Jorge, “La donación remuneratoria”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 29/2012.