

M.^a del Mar CABREJAS GUIJARRO
Magistrada

• **ENUNCIADO:**

Ante el fallecimiento de doña Carmen P. dejando tres hijos, Antonio, Carlota y Virginia, y habiéndose realizado el cuaderno particional correspondiente a la herencia por el albacea contador-partidor, don Sancho C., se solicita por las dos herederas la declaración de nulidad del contrato de compraventa otorgado por la causante en vida a favor de su hijo Antonio, y ello alegando la concurrencia de causa ilícita; por su parte solicitan las herederas la declaración de ineficacia del cuaderno particional otorgado por el referido albacea ya sea por su nulidad o la rescisión del mismo por lesión de la legítima.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

- Análisis de la donación simulada.
- Inoficiosidad y nulidad de un cuaderno particional.
- Funciones del albacea contador-partidor. Legitimación pasiva en procedimiento de declaración de nulidad de un cuaderno particional.

• **SOLUCIÓN:**

Se plantea en un primer momento la declaración de nulidad del contrato de compraventa convenido entre la causante y uno de sus hijos en vida de la primera, por carecer de causa lícita.

Como pone de manifiesto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de febrero de 1996 la simulación contractual «se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público», simulación que puede ser, como indica la STS de 29 de noviembre de 1989, de dos clases en cuanto a la falsedad o fingimiento de la causa: uno en el que la falsa declaración es el más fiel exponente de la carencia de causa y que configura la simulación absoluta, y el otro, aquel en el que la declaración representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado o, simplemente, simulación relativa, que se caracteriza por «encubrir un convenio, con inexistencia real, otro con realidad causal» (STS de 22 de diciembre de 1987), lo que permite declarar la nulidad del negocio simulado o ficticio y mantener la validez del negocio disimulado, cuando éste obedece a una causa verdadera y lícita.

Dentro de las modalidades que puede presentar la simulación se encuentran aquellas en las que la divergencia entre la realidad material y formal se sitúa no en la causa, sino en los elementos personales del negocio jurídico, englobándose en esta subespecie tanto aquellos supuestos en los que, siendo uno el comprador, se hace figurar junto al mismo y con idéntico carácter a otras personas que carecen de tal condición al no haber hecho frente a ninguna contraprestación, no viéndose afectada la causa, que es verdadera y lícita (STS de 12 de noviembre de 1997), como aquellos otros en los que, adquirido un bien, generalmente inmueble, en virtud de contrato de compraventa documentado en escritura privada, a su anterior propietario, aparece un pacto o disposición del comprador por el que se establece que la escritura se otorgará a favor de otras personas, que aparecen en dicho documento público como compradoras, desapareciendo del tracto el auténtico comprador, situación que en palabras de la STS de 20 de junio de 1992 constituye un supuesto de lo que vulgarmente se conoce como «poner bienes a nombre de otro», en el que el adquirente que quiere transmitir a un tercero, para evitar un tracto sucesivo, permanece oculto en un posterior negocio, en el que quien a él le transmitió lo hace ahora directamente a favor de ese tercero, pero sin que el proceso de ocultación (del verdadero enajenante y del verdadero negocio de atribución) valga, debiendo eliminarse la apariencia para dar el tratamiento que corresponda al negocio verdaderamente celebrado, cuya realidad se oculta o disimula. En el mismo sentido, la STS de 16 de febrero de 1990, que recoge en iguales términos este tipo de simulación negocial y la califica de relativa, hace una concreta referencia a la doctrina, la del título y el modo (arts. 609 y 1.095 del CC), a fin de determinar si el comprador oculto adquirió el dominio sobre el inmueble comprado, con la consiguiente pérdida de titularidad por parte de quien figura como vendedor en la compraventa ulterior, contrato a todas luces simulado ya que oculta en realidad un negocio de atribución patrimonial entre el originario comprador y quienes figuran como adquirentes en la escritura pública con causa típica de pura liberalidad, constituyendo una verdadera donación inmobiliaria.

De cuanto hasta ahora se ha expuesto ha de hacerse una preliminar consideración, referente a las peculiaridades que, en este tipo de acciones, presenta la prueba pues, para el éxito de la demanda de declaración de nulidad, ha de destruirse una apariencia, generalmente documental -y muchas veces pública-, y ello acudiendo, normalmente, como pone de manifiesto la STS de 23 de octubre de 1992, a presunciones que acrediten lo contrario a lo establecido por el artículo 1.277, pudiendo desvirtuarse éste incluso a través de las manifestaciones de los interesados en sus respectivos escritos alegatorios (Ss. de 25 de junio de 1969, de diciembre 1983 y de 2 de febrero de 1984) y por otras presunciones que lleven a la convicción del juzgador la ausencia de causa (art. 1.275), siendo numerosísima la jurisprudencia dictaminante de que el valor o eficacia probatoria del documento público no se extiende al contenido del mismo o a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra ellos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario (Ss. de 8 de mayo de 1973, 9 de mayo de 1980, 15 de febrero de 1982, 14 de febrero y 14 de marzo de 1983), a más de que la prueba por documento público no es necesariamente superior a las otras (Ss. de 21 de abril de 1961, 8 de marzo de 1963 y 27 de mayo de 1983), ni tiene prevalencia sobre ellas, ni basta para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando al Juez sólo respecto al hecho de su otorgamiento y su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (Ss. de 24 de mayo, 15 de julio, 30 de septiembre y 27 de noviembre 1985).

En el presente supuesto, quedó acreditada la notable diferencia entre el precio consignado en el documento y el valor de la finca en el momento de la «venta», no probando la parte «compradora» la

realidad del pago, extremos estos que implican claramente la existencia de una donación encubierta en vida de la causante; no cabe pues la nulidad radical por contrato inexistente, pues no es el presente supuesto, ya que de las pruebas tal como ahora se analizarán se desprende que frente al contrato disimulado -que es la compraventa- existe una voluntad claramente patentizada que es la donación; así la falta de precio no constituye -aunque es requisito esencial de la compraventa- requisito para declarar inexistente el contrato, sino para una declaración de contrato de simulado, no existiendo tampoco prueba en autos sobre manipulación en la voluntad de la causante.

A su vez, tampoco procede la nulidad radical del contrato de compraventa por entender que, no obstante contener una donación encubierta, ésta carece de causa lícita, al amparo de lo establecido en el artículo 1.276 del Código Civil (CC).

La ilicitud de la causa alegada hace referencia a la intención de favorecimiento de uno de los hijos en perjuicio de los derechos de los demás legitimarios. El TS en Sentencia de 30 de diciembre de 1998 en un supuesto semejante afirmó que «... tales afirmaciones carecen del significado jurídico que se dice, ya que el donante no actúa ilícitamente cuando favorece a algunos de sus hijos, tanto más cuanto que por vía de herencia puede hacerlo, incluso frente a los legitimarios dentro de ciertos límites, máxime si se tienen en cuenta las prevenciones legales sobre la "inoficiosidad" de las donaciones (artículo 636 en relación con el artículo 1.035 del Código civil). Lo que no cabe es anticipar durante la vida de los futuros causantes aquellos efectos, puesto que los hijos en cuestión, supuestamente perjudicados, no son herederos testamentarios, ni forzosos, en tanto no fallezcan aquéllos en atención a que "los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte" (artículo 657 del Código civil) y es, en este momento, cuando se puede determinar quiénes son los herederos».

Así pues, la declaración de donación encubierta a favor de don Antonio traerá como consecuencia la realización de las operaciones de partición, atendiendo a la voluntad de la causante teniendo presente las donaciones colacionables según establecen los artículos 1.035 y 1.045 del CC, habiendo recaído las mismas sobre los bienes inmuebles donados al heredero antes referido.

Por lo que a la declaración de la ineficacia del cuaderno particional otorgado por el albacea contador-partidor el día 11 de enero de 1998 ante un notario de Madrid, ya sea a través de su declaración de nulidad o por la rescisión del mismo por lesión de la legítima, se hace preciso recordar que la STS de 31 de mayo de 1980 estableció que «...carente el CC de una regulación específica sobre la nulidad de las particiones fuera del precepto singular del art. 1.081, ha declarado esta Sala que habrá que entender aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y principalmente de los *inter vivos* contractuales, teniendo muy presente la consecuencia de que sólo se originará esa nulidad si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto (sentencias de 17 de abril, 13 de octubre, 25 de febrero de 1966 y 7 de enero de 1975), como acontece, a juicio de la doctrina científica, y entre otros supuestos, cuando falta algún elemento esencial (así la certeza de la muerte del causante o la validez y vigencia del testamento) o presupuesto del negocio, o si la nulidad viene ocasionada por haber sido hecha operación contra lo preceptuado en la ley (partición realizada por causante no testador contradiciendo lo dispuesto en el art. 1.056, comisario coheredero, vulnerando la prohibición del art. 1.057, etc.); y por su parte, la jurisprudencia ha calificado como casos de nulidad, amén del contemplado por el referido art. 1.081, la falta de consentimiento de la persona designada para practicar la división partible de bienes no pertenecientes al causante (sentencia de 30 de enero de 1951), como acontecerá si se extiende a los gananciales y parafenales teniéndolos como privados del de *cuius* (sentencia de 17 de mayo de 1974) la ilicitud de

causa por deliberada ocultación de componentes del caudal (sentencias de 22 de junio de 1948 y de 25 de febrero de 1966), la invalidez del testamento (sentencia de 11 de marzo de 1952) el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de los bienes (sentencia de 26 de noviembre de 1974), o al haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles objeto de donación (sentencia de 7 de enero de 1975), el haber liquidado por sí mismo el comisario la sociedad de gananciales sin intervención del cónyuge supérstite o de los herederos del premuerto (sentencia de 20 de octubre de 1952), así como la infracción de prescripciones legales imperativas, cual es la necesidad de nombrar defensor judicial al menor con intereses opuestos al de su padre o madre (sentencias de 14 de diciembre de 1957 y de 28 de mayo de 1974)...».

Como se desprende del cuaderno particional objeto de impugnación, en el mismo no se han colacionado los dos bienes inmuebles objeto de donación, una abierta y otra a través de una simulación relativa al heredero don Antonio, concurriendo ya una causa de nulidad en el mismo.

La STS de 21 de abril de 1997 estableció que «... Este precepto viene a operar en forma de computación del haber hereditario, estableciendo las bases para la determinación de la legítima, a cuyo efecto, al ser esta parte alícuota de la masa hereditaria, es preciso fijar mediante la correspondiente prueba el líquido de la misma, que resulta de la diferencia entre el activo (suma del valor de los bienes del causante al tiempo de su fallecimiento) y el pasivo (deudas y cargas del testador hasta el momento de su muerte). El valor líquido así obtenido no es el que sirve de base a la legítima, ya que ha de agregarse a aquél, tratándose de relaciones entre herederos, como es el supuesto de autos, el importe de las donaciones de naturaleza colacionable, que refiere el artículo 1.035 del Código Civil -colación en sentido estricto- y en cuanto al valor que tenían al tiempo de realizarse el acto de liberalidad (artículo 1.045). Resulta que la donación ha de resultar inoficiosa, si atenta a la legítima, al perjudicarla, causando su minoración, en atención a los artículos 636 y 654 del Código Civil, y solamente puede subsistir si respeta dicha cuota hereditaria forzosa por tener cabida en la de libre disposición. No se genera entonces suplemento de la legítima, al no resultar perjudicado el heredero forzoso en dicha porción legal y no tiene lugar la imputación cuando en el artículo 1.037 se establece que la colación no procede, si el testador así lo dispone, salvo el supuesto de inoficiosidad. Lo que hay que entender es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescinda de aquéllas en el inventario general de los bienes del causante para imputarlas donde resultase preciso (sentencia de 16 de junio de 1962)».

Sentado lo anterior, es preciso destacar que concurre otra causa de nulidad del cuaderno particional, al haberse infringido lo establecido en el artículo 909 y el 1.057 del CC; en este punto procede traer al presente texto la STS de 20 de septiembre de 1999 cuyo tenor es el siguiente «La cuestión esencial que se plantea es la delegabilidad del albaceazgo. El albacea, persona encargada por el testador de dar ejecución a su última voluntad contenida en el testamento (en este sentido, sentencias de 13 de abril de 1992 y 20 de febrero de 1993) es un *officium*, basado en la confianza que el causante le ha depositado, que lo configura como *vir bonus* (como dice la sentencia de 6 de febrero de 1982) y tiene como consecuencia que sus funciones son personalísimas y no delegables mientras el testador no haga extensiva la confianza a esta facultad de delegación (tal como expresa la sentencia de 1 de febrero de 1910). Así lo dispone el art. 909 del Código Civil: el albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador. En caso de que el albacea se vea imposibilitado de forma total o relativa para cumplir el cargo de confianza, puede no aceptarlo o renunciar al mismo (arts. 898, 899 y 910) o bien puede encomendar a otra persona la colaboración o auxilio o cooperación material o jurídica que no implique delegación: ésta significa el traslado a otra perso-

na de la función encargada al albacea y aquélla, el encomendar a otro gestiones concretas y singulares (así, sentencia de 2 de junio de 1962). ... Tal como está acreditado y así se relaciona en la sentencia de instancia estos dos últimos (los albaceas nombrados por la testadora como contadores-partidores) ... encargaron las operaciones particionales a un Letrado en ejercicio y éste, cumplida la encomienda, envió el cuaderno particional a los albaceas contadores-partidores a fin de que, si lo estimaban pertinente, lo aprobasen y firmasen. Por tanto, la testadora nombró albaceas particulares con la misión específica de hacer la partición (así, sentencia de 8 de marzo de 1995) y éstos la encomendaron a un abogado en ejercicio, que la hizo por entero, se la presentó y la aprobaron y firmaron. Lo cual no es una cooperación, ni simple encargo del trabajo material de redacción, ni, por tanto, auxilio material o jurídico, sino dar al tercero el encargo que han recibido por razón de su *officium*, para que haga sus veces, lo cual es el concepto gramatical y jurídico de delegación».

En el presente supuesto, hemos de acudir a la cláusula cuarta del testamento otorgado por la causante que nombra albaceas, comisarios, contadores, solidariamente a don Enrique y a don Sancho; no obstante ello, como se desprende con nitidez de la documentación epistolar obrante en autos, dicha partición se realizó por el letrado del coheredero don Antonio, vulnerando, no sólo lo establecido en el artículo 909 sino el contenido del artículo 1.057; efectivamente, como según se afirma en la carta enviada por el letrado señor Martínez con fecha 11 de noviembre de 1997 a doña Carlota, según consta en documento aportado, él mismo encargó la confección a su letrado del cuaderno particional, contactando éste con el albacea don Sancho a quien entregó copia y quien mostró su conformidad.

Así, en el presente supuesto, ni siquiera el albacea encarga la confección del cuaderno particional a un letrado, sino que lo hace el propio coheredero, quien había recibido dos inmuebles en donación antes de la muerte de la causante, los cuales no se colacionaron al realizar la partición favoreciendo claramente su postura. En estos supuestos, el TS ha manifestado que no nos hallamos ante unos «trabajos auxiliares», sino ante una clara delegación «... concepto de delegación que prohíbe el artículo 909 del Código civil que ha sido totalmente infringido», por lo que procede la declaración de nulidad del cuaderno particional.

Por último se plantea la necesidad de demandar al albacea contador en el procedimiento en el que solicita la declaración de nulidad del cuaderno particional por el mismo elaborado.

Así como ya estableció el TS en Sentencia de 15 de julio de 1988 «Es obvio que las funciones propias del contador-partidor se agotan con la práctica de las operaciones particionales y su correspondiente protocolización, en cuyo momento y de cara al futuro, se extingue el "interés legítimo" que le vinculaba a la partición, siendo reemplazado por el asumido por los herederos, en su calidad de sucesores en los derechos y obligaciones del causante, art. 661 del CC, y de aquí, que el contador, con independencia de las declaraciones de voluntad exteriorizadas en escritura notarial de protocolización, no tendría que ser llamado a procedimiento impugnatorio de la partición por él efectuada. La doctrina mantenida por esta Sala es coincidente con lo acabado de decir, mereciendo destacarse la Sentencia 20 de octubre de 1952, citada expresamente en la de primer grado, según la cual "al contador-partidor, una vez terminada su misión de dividir la herencia y protocolizado el cuaderno particional, no se le puede asignar el concepto de interesado *stricto sensu* en la partición, que afecta exclusivamente a los herederos, ni, por lo tanto y en términos generales, es preciso dirigir contra él la demanda de nulidad de la partición que ha realizado -sentencias por analogía- 4 de julio de 1892; 6 de diciembre de 1895 y 24 de abril de 1907 salvo supuestos excepcionales, como los contempla-

dos en SS de 5 de noviembre de 1918 y 18 de abril de 1928, en que al contador se le pedía indemnización de daños y perjuicios por su actuación maliciosa, o aquellos otros en que por ser a la vez albacea-administrador de la herencia le correspondía representarla en juicio"».

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Código Civil, arts. 609, 636, 654, 657, 661, 898, 899, 909, 910, 1.035, 1.045, 1.056, 1.057, 1.081, 1.095, 1.275, 1.276 y 1.277.**
- **SSTS de 9 y 31 de mayo de 1980; 6 y 15 de febrero de 1982; 14 de febrero, 14 de marzo, 27 de mayo y 25 de diciembre de 1983; 2 de febrero de 1984; 22 de diciembre de 1987; 15 de junio de 1988; 29 de noviembre de 1989; 16 de febrero de 1990; 13 de abril, 20 de junio y 23 de octubre de 1992; 20 de febrero de 1993; 8 de febrero de 1996; 21 de abril y 12 de noviembre de 1997 y 8 de marzo y 20 de septiembre de 1999.**