



Roj: **STS 6738/1991** - ECLI: **ES:TS:1991:6738**

Id Cendoj: **28079110011991100715**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/12/1991**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO FERNANDEZ-CID DE TEMES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Núm. 882.-Sentencia de 2 de diciembre de 1991**

PONENTE: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández Cid de Temes.

PROCEDIMIENTO: Juicio declarativo ordinario de mayor cuantía.

MATERIA: Nulidad o rescisión de partición de herencia y otros extremos. Albaceazgo.

NORMAS APLICADAS: Arts. 3.1, 675, 792, 895, 897 y 910 del Código Civil. Arts. 523 y 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencias de 24 de mayo de 1954; 14 de mayo de 1891; 27 de septiembre de 1985 y 24 de mayo de 1954; 23 de noviembre de 1974; Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de julio de 1917; Sentencia de 27 de septiembre de 1985.

DOCTRINA: En los supuestos de premoriencia, incapacidad, excusa, renuncia o remoción de algún albacea se producirá el fenómeno de la concentración de las funciones en los albaceas que queden, incluso aunque quede uno solo. La recta interpretación del art. 895 aconseja entender que la mayoría o unanimidad a que se refiere es la que se exterioriza solamente por los supervivientes que sean capaces, no tengan incompatibilidad, hayan aceptado el cargo y quieran desempeñarlo, ya que la contraria exégesis vendría a dejar supeditada la pervivencia del órgano a las imprevisibles contingencias de que todos los designados habrían de sobrevivir al testador, habrían de conservar su capacidad para desempeñar el cargo, no habrían de incurrir en ninguna causa de incompatibilidad o remoción y habrían de querer ejercerlo; contingencias todas ellas que en muy pocos casos se podrían producir, con lo que se privaría de seguridad jurídica a una institución nacida precisamente para procurar ésta.

En la villa de Madrid, a dos de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al final relacionados, el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía a menor cuantía), seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gijón, sobre reclamación de cantidad; cuyo recurso fue interpuesto por don Pedro Antonio , representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Suárez Migoyo y defendido por el Letrado don José Antuña Alonso; siendo parte recurrida don Benedicto , representado por el Procurador don José Manuel Villasante García y defendido por el Letrado don Juan José Dapena del Campo.

### **Antecedentes de hecho**

Primero: 1. El Procurador don Abel Celemín Viñuela, en nombre y representación de don Benedicto , formuló demanda de mayor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gijón, contra don Germán , don Ricardo Sánchez de la Viña Fernández- Bedriaña, doña María Purificación y don Pedro Antonio , en la cual tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase Sentencia por la que estimando la demanda: a) Se decrete la nulidad de la partición efectuada en fecha



10 de octubre de 1983, ante el Notario don Juan Luis Ramos Pérez Coleman, correspondiente a las herencias de don Santiago y doña Eva , por adolecer de vicios o defectos insubsanables o, en otro caso, se proceda a la anulabilidad de la misma, con redacción, en todo caso, de nueva partición en la que se tengan en cuenta las consideraciones reflejadas en la presente y en armonía con los testamentos de las causantes y derechos del actor, b) Subsidiariamente se proceda a la rescisión de la partición indicada en el apartado anterior, correspondiente a las herencias de los finados, como consecuencia de la conculcación de las disposiciones testamentarias, y correlativos derechos del demandante e hijo de los extintos, don Benedicto , y, en todo, caso, por causa de lesión, para este último, en más de la cuarta parte, procediéndose en tales supuestos a redactar otra nueva partición ajustada a Derecho y en la que se tengan en cuenta las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas en el cuerpo de la presente; o en otro supuesto se procedan a efectuar en la existente las modificaciones, adiciones o rectificaciones procedentes para ajustar aquello que realmente ha de percibir el actor en relación con los bienes y las disposiciones testamentarias a que dicha partición se contrae, con la consiguiente reducción que en sus hijuelas corresponda a los demás herederos demandados, c) En todo supuesto se decreta la nulidad de cuantas inscripciones registrales se pudieran haber causado en el Registro de la Propiedad como consecuencia de la partición de 10 de octubre de 1983, cancelando cuantos asientos hayan sido practicados a partir de esa fecha, d) Asimismo, se condene a todos los demandados a estar y pasar por antedichas declaraciones, con imposición de costas a quien se opusiere.

2. Asimismo, el Procurador José Tuya Rendueles, en nombre de don Ricardo Sánchez de la Viña Fernández-Bedriaña, don Pedro Antonio , don Germán y Doña María Purificación , contestó a la demanda formulada de contrario, invocando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, para terminar suplicando al Juzgado dictase Sentencia, desestimando la demanda y en la que se declare: 1. No haber lugar a aquélla por ninguna de las diversas acciones esgrimidas; 2. Decretar la validez del Cuaderno Particional impugnado, y, en su caso, con la adición de la casa y terreno a que se contrae el documento privado de fecha 3 de diciembre de 1960 y la exclusión de la finca titulada «Condres», propiedad del Ayuntamiento de Carreño, que ha sido adjudicada a los coherederos, para proceder a restablecer el equilibrio en las correspondientes hijuelas como consecuencia de la compensación del valor o importe de dicha finca, que habrá de detraerse del importe de las cantidades coleccionables conforme al documento privado de referencia, integrando el saldo resultante en el haber de ambas herencias, por mitad para cada una, y proceder a su adjudicación a cada coheredero conforme a las disposiciones testamentarias de los causantes, y 3. Con imposición de costas al demandante por su temeridad al formular la demanda, y con mayor razón aún, si se opusiere a las legítimas pretensiones establecidas en el apartado 2 de este 882 suplico.

3. Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos, el limo. Sr. Magistrado- Juez de Primera Instancia núm. 4 de Gijón, dictó Sentencia en fecha 10 de octubre de 1988 , cuyo fallo es como sigue: «Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador don Abel Celemín Viñuela, en nombre y representación de don Benedicto , contra don Germán , don Ricardo Sánchez de la Viña Fernández-Bedriaña, don Pedro Antonio y doña María Purificación , que fueron representados por el Procurador don José M. Tuya Rendueles y bajo la dirección letrada de don Ricardo S. de la Viña, debo decretar y decreto la nulidad de la partición efectuada en fecha 10 de octubre de 1983, ante el Notario de esta Villa, don Juan Luis Ramos Pérez Coleman, correspondiente a las herencias de don Santiago , y de doña Eva , por adolecer de vicios o defectos insubsanables, debiendo redactarse en la que se tengan en cuenta las normas legales y resulte además en armonía con las disposiciones testamentarias de los causantes, tal y como han quedado analizadas en los razonamientos jurídicos de la presente resolución. Se decreta, asimismo, la nulidad de cuantas inscripciones registrales se hubieran causado en el Registro de la Propiedad, como consecuencia de la participación de fecha 10 de octubre de 1983, cancelando cuantos asientos se hayan practicado a partir de esa fecha, salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto a terceros. Los demandados deberán estar y pasar por estas declaraciones. No ha lugar a hacer especial pronunciamiento referente a costas».

Segundo: 1. Interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia de primera instancia, por la representación procesal de don Pedro Antonio , y tramitado el recurso con arreglo a Derecho, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó Sentencia en fecha 9 de marzo de 1989 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se desestima el recurso de apelación interpuesto por don Pedro Antonio contra la Sentencia dictada por el limo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia núm. 4 de Gijón, confirmando dicha resolución, y con expresa imposición de las costas al recurrente».

2. Doña María Purificación , también interpuso recurso de apelación, que le fue declarado desierto. Don Germán y don Ricardo Sánchez de la Viña Fernández- Bedriaña fueron declarados en rebeldía.

Tercero: 1. Notificada la Sentencia a las partes, el Procurador don Luis Suárez Migoyo, en representación de don Pedro Antonio , interpuso recurso de casación contra la Sentencia pronunciada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, con apoyo en los siguientes motivos: Primero.-Al amparo del número



4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por error de hecho en la apreciación de la prueba según documentos obrantes en los autos. Segundo.-Con base en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación por no aplicación del art. 910 inciso quinto del Código Civil , que declara la terminación del albaceazgo por el lapso del término señalado por el testador, y de la jurisprudencia sobre el mismo de las Sentencias de la Sala de 6 de octubre de 1987, 3 de febrero de 1966, 18 de junio de 1942, y 2 de abril de 1929, que confirman lo dispuesto en dicho precepto legal y que al expirar dicho término los albaceas cesan en su cargo ipso iure. Tercero.-Al amparo de lo dispuesto en el núm. 4 del art. 1.692 de la L.E.C ., por error de hecho en la apreciación de las pruebas por la Sentencia a quo. Cuarto.-Con base en el núm. 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación por no aplicación del art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al no respetar la Sentencia a quo las reglas de la sana crítica al valorar el dictamen pericial, que la propia Sentencia invoca en su fundamento jurídico primero y que es del Doctor don Eduardo , obrante al folio 230 del tomo III de los autos. Quinto.-Al amparo del número 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación por no aplicación del art. 910, inciso segundo, del Código Civil , que dispone la terminación del albaceazgo por imposibilidad del albacea; y en relación con el art. 897 del mismo Código y jurisprudencia. Sexto.-Al amparo del número 3 inciso primero, de art. 1.692 de la L.E.C., por violación por no aplicación de las normas reguladoras de la Sentencia del art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del art. 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina de las Sentencias de la Sala de 6 de octubre de 1988 y 10 de abril de 1984, ya que otros preceptos y doctrina declaran que las Sentencias han de ser motivadas, y que todo pronunciamiento, debe expresar las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan, lo cual incumple la Sentencia recurrida. Séptimo.-Al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la L.E.C ., por error de hecho en la apreciación de las pruebas, cometido por la Sentencia a quo, y basado en documentos obrantes en autos que demuestran tal error, sin estar contradichos por otras pruebas. Octavo.-Al amparo del núm. 5 del art. 1.692 de la L.E.C., por violación por no aplicación del artículo 675 del Código Civil , y de la doctrina jurisprudencial de la Sala a la que nos dirigimos, contenida en las Sentencias de 10 de febrero de 1986, 8 de junio de 1982, 1 de julio de 1985 y 1 de febrero de 1988, que declaran que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras y que sólo es permisible indagar por otros medios la voluntad del testador, cuando se expresa de modo oscuro, o existe ambigüedad; así como violación por inaplicación del art. 790 del mismo Código Civil , sobre disposiciones testamentarias bajo condición. Noveno.-Al amparo del núm. 5 del artículo del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por violación por no aplicación por la Sentencia a quo, del art. 795 del Código Civil , que dispone que la condición potestativa impuesta por el testador al heredero o legatario, ha de ser cumplida por éstos una vez enterados de ella.

2. Por auto de fecha 27 de noviembre de 1989, la Sala acordó no admitir a trámite el motivo primero, del presente recurso de casación.

3. Convocadas las partes, se celebró la preceptiva vista el día 14 de noviembre del año en curso, con la asistencia de don José Antuña Alonso, defensor de la parte recurrente, y de don Juan José Dapena del Campo, defensor de la parte recurrida, quienes informaron por su orden en defensa de sus respectivas pretensiones.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr, don Eduardo Fernández Cid de Temes.

### Fundamentos de Derecho

Primero: Para fallar el presente recurso, ha de partirse de los siguientes hechos inconcusos: A) Don Santiago , casado con doña Eva , otorgó testamento abierto en 22 de agosto de 1959 -falleciendo el 30 de septiembre del propio año- en el que consignaba su última voluntad, en cuanto aquí interesa, conforme a las siguientes cláusulas literales: «Tercera.-Lega a su esposa el tercio de libre disposición de su herencia en pleno dominio, con la condición de que no contraiga nuevo matrimonio. Cuarta.-Mejora en el tercio de su herencia destinado por la Ley a ese objeto, a su hijo Ramón, con la condición de que se case en casa del otorgante, según la costumbre de casarse en casa de esta región, con el beneplácito del testador o de su esposa si ésta le sobrevive, y viva en compañía del otorgante y su esposa hasta el fallecimiento de ambos, trabajando los bienes propiedad de los mismos. Si su expresado hijo Ramón no cumpliera las condiciones indicadas, se entenderá mejorado en el mencionado tercio aquel de los otros hijos del testador, varón o hembra, que en estado de casado viva en compañía del otorgante y su esposa hasta el óbito de ambos, trabajando los bienes de éstos. Sexta.-Con el propósito de no dividir en lo posible la pequeña explotación agrícola que constituyen los bienes que posee, adjudica todos los integrantes de su herencia, a aquel de sus hijos que resulte mejorado conforme a lo dispuesto en la cláusula cuarta, con la obligación de abonar en metálico su legítima a los demás herederos. Séptima.-Nombra albaceas con facultades de contadores partidores de su herencia, incluso para la entrega de legados, a don Germán , Abogado, vecino de Aviles, y al Notario que suscribe, prorrogándonos plazo legal para el ejercicio del cargo, hasta dos años después de su fallecimiento o de su esposa, si ésta le sobrevive». B) Doña Eva otorgó, a su vez, testamento en 23 de febrero de 1977, con las siguientes cláusulas, que aquí



importan: «Tercera.-Lega y mejora en pleno dominio íntegros el tercio de libre disposición y el tercio de mejora de su herencia a su hijo don Benedicto , que según afirma, de siempre convivió en la casería con la otorgante, sustituido este legatario y mejorado por sus descendientes legítimos. Quinta.-Es deseo de la testadora que se le pague a su hijo don Benedicto su participación en esta herencia, en primer lugar, con el Coto de la Casería, y si este Coto excediese del importe total de la herencia dejada al citado don Benedicto , pagaría a sus otros hermanos ese exceso de dinero. Sexta.-Nombra albaceas contadores con carácter solidario para realizar todas las operaciones de su testamentaria, hasta dejarla ultimada, a su sobrino don Luis Miguel y a don Ricardo Sánchez de la Viña, Abogado, concediéndoles para cumplir su cometido el plazo y prórroga legales». C) Doña María Purificación falleció el 13 de abril de 1981. D) El Juzgado prorrogó por seis meses, a partir del 13 de abril, el plazo para liquidar la sociedad conyugal y la partición de las herencias, operaciones que se protocolizaron por don Germán y don Ricardo Sánchez de la Viña en 10 de octubre del propio año, manifestándose que «en cuanto a la herencia de don Santiago , en cuyo testamento no se prevé la solidaridad de los albaceas, hay que entender que, caducado el plazo y no prorrogado para el Notario autorizante del testamento, corresponde dicha facultad únicamente al compareciente señor Germán » y que «el heredero don Benedicto no cumplió las condiciones que su padre le impuso para que tuviera efectividad la mejora que él hiciera en su testamento, pues si bien convivió con sus padres hasta el fallecimiento del último, sin embargo continuaba soltero al ocurrir la muerte de su madre» y tampoco procedía sustituir en dicha mejora a ninguno de los otros herederos (sus hermanos), toda vez que si bien contrajeron matrimonio, al hacerlo formaron hogar aparte, independientemente de sus padres. E) Don Benedicto demandó a sus hermanos y a los albaceas solicitando, en esencia, la nulidad de la partición y la de las inscripciones que hubiera podido causar en el Registro de la Propiedad, oponiéndose los demandados, quienes alegaron la incapacidad del Notario y el incumplimiento de la condición. F) El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gijón acogió íntegramente la demanda, al entender que en la herencia de don Santiago habían de intervenir los albaceas de forma mancomunada, aun dada la precariedad de la salud del Sr. Notario y que dada la intención dominante en los testamentos se había cumplido la condición, máxime cuando don Benedicto había contraído matrimonio después de fallecidos sus padres. G) La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo confirmó la Sentencia del Juzgado, al estimar que era preceptiva la intervención del albacea Sr. De la Torre, con independencia de que sus padecimientos supusiesen la imposibilidad a que se refiere el art. 910 del Código Civil , al no haber renunciado, ni fallecido y ser los supuestos de incapacidad sobrevenida considerados como de remoción, sin que la misma se hubiera intentado, lo que hacía ocioso examinar el resto de las cuestiones debatidas. H) Don Pedro Antonio interpuso el presente recurso de casación.

Segundo: De la lectura de las cláusulas testamentarias se desprende que el albaceazgo se constituyó por don Santiago si aclarar de modo específico que hubiera de funcionar con carácter mancomunado, sucesivo o solidario, de tal manera que la aplicación de los arts. 895 y 897 del Código Civil parece lógica al establecer que «cuando los albaceas fueren mancomunados, sólo valora lo que todos hagan de consumo, o lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás, o lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número»; pero en el caso que nos ocupa, nombrados dos albaceas, tal como señala la Sentencia de 24 de mayo de 1954, «no puede equipararse el caso de disidencia que determina la cesación del albaceazgo con el de incapacidad de uno de los designados» y como tampoco aparece clara la voluntad del testador en cuanto a la prevalencia y necesidad de su concurrencia conjunta sobre la efectividad de la actuación del órgano, ha de aplicarse la jurisprudencia de esta Sala en orden a que en los supuestos de prelación, incapacidad, excusa, renuncia o remoción de algún albacea se producirá el fenómeno de la concentración de las funciones en los albaceas que queden, incluso aunque quede uno sólo, según doctrina asumida ya por Sentencias de 14 de mayo de 1891, 27 de septiembre de 1891) y 24 de mayo de 1954, lo que originó que la de 23 de noviembre de 1974 declarase que «la recta interpretación del art. 895 aconseja entender que la mayoría o unanimidad a que se refiere es la que se exterioriza solamente por los supervivientes que sean capaces, no tengan incompatibilidad, hayan aceptado el cargo y quieran desempeñarlo, ya que la contraria exégesis vendría a dejar supeditada la pervivencia del órgano a las imprevisibles contingencias de que todos los designados habrían de sobrevivir al testador, habrían de conservar su capacidad para desempeñar el cargo, no habrían de incurrir en ninguna causa de incompatibilidad o remoción y habrían de querer ejercerlo; contingencias todas ellas que en muy pocos casos se podrían producir, con lo que se privaría de seguridad jurídica a una institución nacida precisamente para procurar ésta», todo lo cual coincide con los antecedentes históricos (Partidas y Proyecto de 1851), la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de julio de 1917 (que contempla el acrecimiento de facultades a los que continúen, como para las retribuciones establece el párrafo segundo del art. 908) y plasma en la Sentencia de 27 de septiembre de 1985, conforme al cual la renuncia de uno o más albaceas mancomunados no impide que continúe el albaceazgo, aunque quede un solo albacea; y en nada empece la anterior doctrina el que, según las Sentencias de esta Sala que cita la Audiencia, los supuestos de incapacidad sobrevenida se considerasen como de remoción del albacea, pues éste termina su cargo en todos los supuestos que contempla el art. 1.910 (que tampoco contiene un numerus clausus) y dentro de la «imposibilidad» han de incardinarse la enfermedad





y la senectud con pérdida de las facultades intelectuales, lo que no impide necesariamente que el otro albacea pueda ejercitar su cargo, teniendo en cuenta la confianza que en él depositó el testador, y esto obliga, en cada caso a examinar cuál fuere la voluntad del mismo, pues, como señala la ya citada Sentencia de 23 de noviembre de 1974, «el trasplante al derecho sucesorio de los institutos de la mancomunidad simple y la solidaria, que tan perfecto encaje encuentra en el derecho de obligaciones, tenía que producir desafortunadas consecuencias en la práctica, si la doctrina científica y la jurisprudencia no se hubieran cuidado de paliarlas, porque bien se comprende que nada tienen que ver la mancomunidad simple y la solidaria que se predicán de una obligación o de un crédito, con esas mismas calificaciones atribuidas a unos albaceas, que no pueden asimilarse a conjunto de obligaciones o créditos, sino simplemente a cargos o mandatos especiales post mortem».

Tercero: A la luz de cuanto antecede y tomando en consideración que la propia Sentencia recurrida acoge el hecho de que a la finalización del plazo para el albaceazgo «el Sr. de la Torre tenía más de 80 años y según dictamen pericial presentaba un cuadro de arterioesclerosis cerebral con disminución progresiva de la memoria» (folio 230 del tomo III), no es lógico que, prescindiendo de la doctrina jurisprudencial acotada, concluya que, «sin entrar a examinar si dicho padecimiento suponía o no la imposibilidad a que se refiere el art. 910», su intervención era indispensable y su ausencia origina la nulidad de la partición, porque ello implica eludir un elemento esencial del problema planteado, al establecerse en dicho dictamen -emitido el 28 de enero de 1985- que desde hacía tres o cuatro años había empezado la disminución progresiva de la memoria, de la atención y concentración, trastornos de la orientación alopsíquica, rigidez y torpeza de movimientos e inestabilidad en la marcha (astasiabasia), precisando la ayuda de otras personas para trasladarse, tratándose de un proceso de involución senil de etiología vascular, crónico, irreversible y con deterioro psíquico-orgánico progresivo; es claro, pues, que a la fecha de ejercicio del albaceazgo padecía una incapacidad sobrevenida, según se ratificaba en otro certificado médico expedido en 19 de octubre de 1984, lo que obliga al acogimiento en bloque de los motivos segundo (la intervención en las operaciones particionales no era necesaria), tercero (error al estimar la nulidad de partición por no concurrir a ella un albacea con incapacidad sobrevenida), cuarto (error por la omisión de un dato esencial) y quinto (violación de los arts. 897 y 910, así como de la jurisprudencia que los interpreta).

Cuarto: Al acogerse los anteriores motivos (el primero fue inadmitido en momento procesal oportuno) y recuperada por este Tribunal la competencia para actuar como Sala de instancia, ha de examinarse (como hizo el Juzgado 882 y no la Audiencia) si don Benedicto cumplió o no la condición del casamiento en casa que se le impuso, extremo no razonado por la Audiencia pero que el Juzgado resolvió afirmativamente, lo que se combate en el resto de los motivos. Don Santiago, que otorgó testamento y falleció en el año 1959, mejoró a su hijo don Ramón, con la condición de que se casase en casa con su beneplácito o el de su esposa si ésta le sobreviviese, viviendo en su compañía hasta el fallecimiento de ambos y trabajando los bienes de los mismos, expresando en cláusula aparte su propósito de no dividir en lo posible su pequeña explotación agrícola, leit motiv de su última voluntad; y como resulta: Que doña Eva sobrevivió a su esposo, falleciendo en 13 de abril de 1981; que el hijo don Benedicto vivió siempre en compañía de sus padres, explotando la tierra; que contrajo matrimonio una vez fallecida la madre; que ésta no modificó su testamento, otorgado en 1977, en el que le legaba y mejoraba en pleno dominio el tercio de libre disposición y el tercio de mejora, sustituyéndolo por sus herederos legítimos siendo su deseo que se le pagase precisamente con el Coto de la Casería; como repetimos, se dan todas esas circunstancias, ha de concluirse que don Benedicto cumplió todas las circunstancias constitutivas de la condición impuesta y la esencial de vivir en compañía de sus padres, trabajar la tierra y mantener unida la explotación agrícola, faltando solo el beneplácito de su madre a su casamiento, cuestión meramente accesoria en el caso que nos ocupa y que ha de considerarse así a la vista del propio testamento del padre, que traslada a su esposa el otorgamiento del dicho beneplácito, desprendiéndose del testamento de ésta (consignación de que el hijo vivió siempre con su compañía, institución en los tercios de libre y mejora, sustitución por sus descendientes, pago con el Coto de la Casería) que da por cumplida la condición y otorga al mismo ese carácter accesorio a que se ha aludido, máxime teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que vivimos, que no es costumbre en los tiempos actuales limitar la voluntad de los hijos hasta el extremo de exigir otorgamiento beneplácito a su matrimonio, por el carácter personalísimo de este negocio jurídico, y que la condición impuesta no puede considerarse por todo ello y en este aspecto como potestativa; en consecuencia: es ésta la lógica interpretación del art. 675, en relación con el 792 y con el 3.1, todos del Código Civil, pues la sustancia del testamento del padre, hay que insistir en ello, se encuentra en la convivencia del hijo, en el trabajo de los bienes, en la continuidad de la pequeña explotación y en el traspaso a su esposa de la concesión del beneplácito, extremo éste en el que es lícito acudir a elementos extrínsecos para indagar cómo entendió la madre esa facultad que se le había otorgado, en relación con la realidad social existente veintidós años después y con el concepto difuso y cambiante de las buenas costumbres, todo ello con una interpretación sistemática, integrativa y bajo el principio del favor testamenti, en unión de las libertades individuales que han de imperar a la vista de nuestra Constitución.



Quinto: Consecuencia de cuanto antecede es que la confirmación de la Sentencia del Juzgado es procedente, pero no por las razones que esgrimió la Audiencia, ni porque la partición se realizase por quien no estaba facultado para ello, como también afirma el Juzgado, sino porque no se respetó la voluntad de los causantes y porque los albaceas no se adaptaron a lo mandado por los testadores, cual se ha dicho, por todo lo cual y terminado el albaceazgo ha de practicarse nueva partición, teniendo en cuenta cuanto se ha dicho, la valoración real de los bienes y las escrituras públicas aportadas al pleito por las partes.

Sexto: La complejidad de las cuestiones debatidas, el que no tengan validez los razonamientos de la Audiencia ni los del Juzgado en lo que coincide con aquélla y el acogimiento, por ello, de parte de los motivos del recurso, constituye la concurrencia de las circunstancias excepcionales a que se refiere el párrafo primero, in fine, del art. 523 de la L.E.C., lo que justifica que no se haga especial pronunciamiento respecto a las costas de primera y segunda instancia; en cuanto a las de casación, aunque este recurso se formule contra el fallo de la resolución recurrida y no contra lo razonado en sus fundamentos de derecho, como éstos trascienden al fallo, ya que la nulidad de la partición se produce por causas que no contempló la Audiencia, siendo inválidas las que la llevaron a aquél, procede, conforme a las reglas 3ª y 4ª del art. 1.715 de la propia Ley, que cada parte satisfaga las suyas.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el pueblo español,

#### **FALLAMOS:**

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el Procurador don Ignacio Corujo Pita, sustituido después por sus compañeros don Jose Enrique y don Luis Suárez Migoyo, en nombre y representación de don Pedro Antonio , contra la Sentencia dictada, en 9 de marzo de 1989, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo; anulamos dicha Sentencia en cuanto determinó la nulidad de la partición efectuada en 10 de octubre de 1983 ante el Notario don Juan Luis Ramos Pérez Coleman, por incapacidad de los albaceas para llevarla a cabo, pero decretamos dicha nulidad por no adaptarse a lo mandado por los testadores y haber cumplido el actor las condiciones que se le impusieron y en este sentido confirmamos la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Gijón; terminado el albaceazgo, redáctese nueva partición conforme a lo determinado en esta Sentencia; decretamos la nulidad de cuantas inscripciones se hubieren causado en el Registro de la Propiedad como consecuencia de la partición que se anula, salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto a terceros; no ha lugar a hacer especial pronunciamiento respecto a las costas de ninguna de las instancias; respecto a las de casación, cada parte satisfará las suyas; devuélvase el depósito constituido; y a su tiempo, comuníquese esta resolución a expresada Audiencia, devolviéndose los autos y rollo de la Sala que remitió.

ASI, por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-José Luis Albácar López.- Eduardo Fernández Cid de Temes.-Jesús Marina Martínez Pardo.-Teófilo Ortega Torres.-Jaime Santos Briz.-Rubricados.