



Roj: **STS 2600/2001** - ECLI: **ES:TS:2001:2600**

Id Cendoj: **28079110012001101501**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2001**

Nº de Recurso: **231/1996**

Nº de Resolución: **305/2001**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Marzo de dos mil uno.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por DON Ildefonso , representado por el Procurador de los Tribunales D. Isacio Calleja García, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 14 de noviembre de 1.995 por la Audiencia Provincial de Palencia, dimanante del juicio de menor cuantía, seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes. Son parte recurrida DON Víctor , DON Luis Enrique , DOÑA Bárbara , DON Augusto Y DON Eusebio , no personados en el presente recurso de casación.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes, conoció el juicio de menor cuantía número 278/94, seguido a instancia de D. Luis y D. Ildefonso , contra D. Jose Luis , D. Víctor y D. Luis Enrique , D. Luis Francisco , D<sup>a</sup> Bárbara , D. Augusto y D. Eusebio , y su acumulado, seguido en el mismo Juzgado, con el número 460/97, seguido a instancia de D. Ildefonso contra D. Ernesto , D<sup>a</sup> Francisca , D. Paulino y D<sup>a</sup> Francisca .

Por el Procurador Sr. Cardeñosa Rodrigo, en nombre y representación de Don Luis y Don Ildefonso se formuló demanda, tramitada con el número 278/94, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "...dictar sentencia por la que estimando íntegramente la presente demanda se declare y condene a los hoy demandados, con los conceptos con los cuales lo son, a estar y pasar y realizar lo siguiente: a) Que las operaciones particionales que se llevaron a cabo como consecuencia del fallecimiento de DOÑA Eva y DON Víctor , y que se protocolizaron por auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes de fecha 22 de junio de 1.990, y en las que intervinieron, exclusivamente, DON Eusebio y DON Luis Francisco , son nulas, con nulidad absoluta de pleno derecho, al estimar cualquiera de las causas que justifican aquella declaración y que están invocadas en la parte jurídica del presente escrito y en los hechos.- b) Que siendo nulas aquellas operaciones particionales, es procedente la realización de las nuevas operaciones particionales que afecten a los causantes, DOÑA Eva y DON Víctor . Previa la liquidación de la sociedad de gananciales que ambos cónyuges tenían constituida al fallecimiento de DOÑA Eva , en las cuales han de intervenir los herederos del cónyuge pre-muerto, DOÑA Eva , y los herederos DON Víctor , con las representaciones que a cada uno les corresponda y acrediten.- c) Que como un efecto, procede la anulación y cancelación de cualquier inscripción registral que se haya realizado en ejecución de aquellas operaciones particionales nulas, librando al efecto los oportunos mandamientos al Registrador de la Propiedad del Partido, donde se hayan llevado a cabo las inscripciones como una consecuencia de las operaciones que aprobó el Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes, el 22 de junio de 1.990. d) Que las nuevas operaciones particionales se llevarán a cabo con intervención de todos los herederos, bien de forma voluntaria o siguiendo las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aplicación del Artº. 1.059 del Código Civil, de dar lugar a ello con su conducta, en ejecución de sentencia, los condenados.- e) Que en todos los supuestos en que haya que realizar una nueva partición hereditaria, se excluirá el crédito que aparece a



cargo de DON Ildefonso a favor de sus padres, en cuantía de 341.858 Pesetas, y que se le ha computado a éste en su haber hereditario, como co-heredero deudor de los causantes. Lo cual también tendrá lugar si se desestimaran cualquiera de las anteriores pretensiones.- f) Que las sustituciones ejemplares realizadas por los causantes, DOÑA Eva y DON Víctor , en cuanto a los herederos, DON Víctor y DON Luis Enrique , al haberse realizado con mucha anterioridad a la fecha en que se declaró incapaces a los mismos, con intervención exclusiva del codemandado, DON Luis Francisco , y por resolución de fecha 3 de Febrero de 1.989, del Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes, son ineficaces e inexistentes en derecho, al haberse otorgado las disposiciones testamentarias de DOÑA Eva , en el testamento de fecha 30 de Noviembre de 1.979, el de DON Víctor el 15 de Mayo de 1.985, y haber surgido la declaración de incapacidad el 3 de Febrero de 1.989, muy posterior a las fechas que se otorgaron las disposiciones testamentarias. g) Alternativamente, y de desestimar la anteriores peticiones, declarar la rescisión de las patrocines protocolizadas en cumplimiento del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes, de fecha 22 de Junio de 1.990, de los causantes DOÑA Eva Y DON Víctor , condenando a los que han resultado beneficiados con aquellas operaciones particionales, a que opten por realizar una nueva partición legalmente, con intervención de todos y cada uno de los co-herederos, o sus representantes legales, y en la forma exigida para su legalidad, o indemnizar los daños que se determinen en la sentencia o en ejecución de la misma, en numerario o con los mismos bienes con que se causó el perjuicio en aquellas operaciones particionales, excluyendo el crédito que a favor de la herencia y a cargo de DON Ildefonso se ha computado, en cuantía de 341.858 Pesetas. Cancelándose también, en este supuesto, las anotaciones e inscripciones registrales que hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad, como un efecto de las operaciones que se declaren rescindibles.- Todo ello con las costas a los demandados, con el carácter con el cual lo son."

Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada D. Abundio y D. Luis Enrique , D<sup>a</sup> Bárbara y D. Augusto y de D. Eusebio , se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: "...dictar en su día sentencia en la que desestimando íntegramente la demanda se absuelva a mis poderdantes de todas y cada una de las peticiones del actor, con expresa condena en costas a la parte demandante."

Por el Procurador Sr. Cardeñosa Rodrigo, en nombre y representación de D. Ildefonso , se formuló demanda, contra los herederos de D. Luis , en las personas de D<sup>a</sup> Teresa , D. Ernesto , D<sup>a</sup> Francisca y D. Paulino , tramitadas en el mismo Juzgado de Carrión de los Condes con el número 460/94, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "...dictar sentencia por la que estimando íntegramente la presente demanda se declare y condene a los hoy demandados, con los conceptos con los cuales lo son, a estar y pasar y realizar lo siguiente: a) Que las operaciones particionales que se llevaron a cabo como consecuencia del fallecimiento de DOÑA Eva y DON Víctor , y que se protocolizaron por auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes de fecha 22 de junio de 1.990, y en las que intervinieron, exclusivamente, DON Eusebio y DON Luis Francisco , son nulas, con nulidad absoluta de pleno derecho, al estimar cualquiera de las causas que justifican aquella declaración y que están invocadas en la parte jurídica del presente escrito y en los hechos.- b) Que siendo nulas aquellas operaciones particionales, es procedente la realización de las nuevas operaciones particionales que afecten a los causantes, DOÑA Eva y DON Víctor . Previa la liquidación de la sociedad de gananciales que ambos cónyuges tenían constituida al fallecimiento de DOÑA Eva , en las cuales han de intervenir los herederos del cónyuge pre-muerto, DOÑA Eva , y los herederos DON Víctor , con las representaciones que a cada uno les corresponda y acrediten.- c) Que como un efecto, procede la anulación y cancelación de cualquier inscripción registral que se haya realizado en ejecución de aquellas operaciones particionales nulas, librando al efecto los oportunos mandamientos al Registrador de la Propiedad del Partido, donde se hayan llevado a cabo las inscripciones como una consecuencia de las operaciones que aprobó el Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes, el 22 de junio de 1.990. d) Que las nuevas operaciones particionales se llevarán a cabo con intervención de todos los herederos, bien de forma voluntaria o siguiendo las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aplicación del Artº. 1.059 del Código Civil, de dar lugar a ello con su conducta, en ejecución de sentencia, los condenados.- e) Que en todos los supuestos en que haya que realizar una nueva partición hereditaria, se excluirá el crédito que aparece a cargo de DON Ildefonso a favor de sus padres, en cuantía de 341.858 Pesetas, y que se le ha computado a éste en su haber hereditario, como co-heredero deudor de los causantes. Lo cual también tendrá lugar si se desestimaran cualquiera de las anteriores pretensiones.- f) Que las sustituciones ejemplares realizadas por los causantes, DOÑA Eva y DON Víctor , en cuanto a los herederos, DON Víctor DON Luis Enrique , al haberse realizado con mucha anterioridad a la fecha en que se declaró incapaces a los mismos, con intervención exclusiva del codemandado, DON Luis Francisco , y por resolución de fecha 3 de Febrero de 1.989, del Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes, son ineficaces e inexistentes en derecho, al haberse otorgado las disposiciones testamentarias de DOÑA Eva , en el testamento de fecha 30 de Noviembre de 1.979, el de DON Víctor el 15 de Mayo de 1.985, y haber surgido la declaración de incapacidad el 3 de Febrero de 1.989, muy posterior a las fechas que



se otorgaron las disposiciones testamentarias. g) Alternativamente, y de desestimar la anteriores peticiones, declarar la rescisión de las particiones protocolizadas en cumplimiento del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes, de fecha 22 de Junio de 1.990, de los causantes DOÑA Eva Y DON Víctor , condenando a los que han resultado beneficiados con aquellas operaciones particionales, a que opten por realizar una nueva partición legalmente, con intervención de todos y cada uno de los co-herederos, o sus representantes legales, y en la forma exigida para su legalidad, o indemnizar los daños que se determinen en la sentencia o en ejecución de la misma, en numerario o con los mismos bienes con que se causó el perjuicio en aquellas operaciones particionales, excluyendo el crédito que a favor de la herencia y a cargo de DON Ildefonso se ha computado, en cuantía de 341.858 Pesetas. Cancelándose también, en este supuesto, las anotaciones e inscripciones registrales que hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad, como un efecto de las operaciones que se declaren rescindibles.- Todo ello con las costas a los demandados, con el carácter con el cual lo son."

Por el Procurador Sr. Andrés Pastor, en nombre y representación de D. Ernesto , D<sup>a</sup> Francisca y D. Paulino y D<sup>a</sup> Teresa , se presentó escrito allanándose a la demanda presentada por D. Ildefonso .

Por auto del Juzgado de fecha 23 de febrero de 1.995, se acuerda: "Que debía acumular y acumulaba los autos de menor cuantía núm. 460/94 a instancia de Ildefonso representado por el Procurador Cardeñosa Rodrigo frente a los herederos de D. Luis , representado por el procurador Sr. Andrés Pastor, a los autos de Menor cuantía núm. 278/94 a instancia de Ildefonso y Luis frente a D. Jose Luis y otros.- Se abre el segundo periodo de práctica de pruebas por término de veinte días a fin de practicar la propuesta, fórmese pieza separada por cada parte."

Con fecha 9 de junio de 1.995, el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice: "Que desestimando la demanda formulada por D. Ildefonso y en nombre de D. Luis tanto absuelvo a D. Jose Luis y a D<sup>a</sup> Teresa , D. Ernesto , D<sup>a</sup> Francisca y D. Paulino , sin costas, como absuelvo a D. Víctor , D. Luis Enrique , D. Luis Francisco , D<sup>a</sup> Bárbara , D. Augusto y D. Eusebio , con expresa condena en costas procesales a la parte actora respecto de estos cinco últimos litigantes."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Ildefonso , que fue admitida y sustanciada la alzada por la Audiencia Provincial de Palencia, dictándose sentencia con fecha 14 de noviembre de 1995 y cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Ildefonso contra la sentencia dictada el día 9 de junio de 1995 por el Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes, en los autos de juicio de menor cuantía de los que dimana el presente Rollo de Sala, debemos revocarla en el sentido de entrando a conocer del fondo litigioso, desestimar la demanda interpuesta por el hoy recurrente contra D. Jose Luis , D<sup>a</sup> Francisca , D. Paulino , D. Víctor , D. Luis Enrique , D. Luis Francisco , D<sup>a</sup> Bárbara , D. Augusto y D. Eusebio , absolviendo a dichos demandados de los pedimentos en aquella contenidos imponiendo al actor las costas de la primera instancia y sin efectuar expresa imposición de las de la alzada."

TERCERO.- Por el Procurador Sr. Calleja García, en nombre y representación de D. Ildefonso , se presentó escrito de formalización del recurso de casación ante este Tribunal Supremo, con apoyo procesal en los siguientes motivos:

Primero: "Al amparo del nº 5 del art. 1692 de la Ley Procesal Civil. Infracción, por interpretación errónea, de los arts. 904 y 905 del Código Civil."

Segundo: "Al amparo del nº 5 del art. 1692 de la Ley Procesal Civil. Infracción por interpretación errónea, de lo dispuesto en el art. 776 del Código Civil".

Tercero: "Al amparo del nº 5 del art. 1.692 de la Ley Procesal Civil. Infracción por interpretación errónea, del art. 1.392 del Código Civil".

CUARTO.- Por Auto de esta Sala de fecha 3 de octubre de 1.996, se admite a trámite el recurso. Evacuado el traslado conferido, no personados los recurridos y no habiéndose solicitado, por todas las partes personadas, la celebración de vista pública, por la Sala se acordó señalar, para la votación y fallo del presente recurso, el día quince de marzo de dos mil uno, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para entender el actual recurso es preciso hacer constar que Don Ildefonso demanda a su hermano, Don Jose Luis , así como también a sus hermanos incapaces, Don Ernesto y Don Luis Enrique , en la persona de su tutor, y a los también Contadores-Partidores, Don Eusebio y Don Luis Francisco , así como también a



su hermano Don Luis, hoy fallecido, solicitando, entre otras, que se declare que las operaciones particionales que se llevaron a cabo en su día como consecuencia del fallecimiento de sus padres, son nulas, y asimismo que las sustituciones ejemplares realizadas en su día por sus padres, en cuanto a los herederos y hermanos de mi representado D. Víctor y D. Luis Enrique, son ineficaces e inexistentes en derecho.

El primer motivo del actual recurso de casación lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 1.692-5 (sic) de la Ley de Enjuiciamiento Civil -sin duda ha querido decir apartado 4 y así se considerará para los otros motivos-, puesto que en la sentencia recurrida, sigue afirmando dicha parte, se ha infringido los artículos 904 y 905 del Código Civil.

Este motivo debe ser desestimado.

Efectivamente, y acertadamente en la sentencia recurrida se dice que el actor, ahora recurrente, no ha probado como le incumbía, cual era la fecha en el que se solicitó, en el acto de jurisdicción voluntaria correspondiente, la prórroga que puede conceder el Juez para continuar las funciones propias del albaceazgo. Pues como es lógico, la prórroga judicial deberá solicitarse antes de que se haya extinguido dicho albaceazgo por cumplimiento del período de tiempo inicial o en su caso de la primera o anteriores prórrogas.

En resumen, que el periodo a contar se deberá iniciar a partir del momento de la petición de prórroga del albaceazgo, y esa es la data inicial para ver si ha caducado o no el plazo para ejercer -en el presente caso- las funciones de albaceazgo en su faceta de contador-partidor.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 1.692-4, puesto que en la sentencia recurrida, según afirmación de dicha parte, se ha infringido el artículo 776 del Código Civil.

Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria que su precedente.

La tesis casacional de la parte recurrente parte de la base consistente en que, para que, una persona por incapaz pueda ser sustituida testamentariamente, es preciso que esté, dicha incapacidad, declarada judicialmente.

Ello, no es admisible y así la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 1.956, especifica de una manera muy concreta que "la declaración de incapacidad del sustituto no constituye una solemnidad testamentaria, y puede hacerse antes o después del testamento, siempre que preceda al momento de la efectividad de la sustitución, porque ninguna razón jurídica o de consecuencia social indica la procedencia y necesidad de privar a los ascendientes de la facultad de nombrar sustituto al descendiente enajenado mental, mientras no haya sido declarada judicialmente la incapacidad".

Esta sentencia rompe acertadamente el sesgo contrario que presentaba la anterior jurisprudencia (S.S. de 21 de abril de 1.928, 10 de diciembre de 1.929 y 15 de febrero de 1.932), que no se encontraba dentro de una lógica actual.

En conclusión, que una declaración de incapacidad acordada judicialmente el 3 de febrero de 1.989, no hace inexistentes, en derecho, unas sustituciones acordadas en testamentos de 30 de noviembre de 1.979 y 15 de mayo de 1.985, sobre todo cuando aquella es anterior a las operaciones particionales encargadas al albacea-partidor en el presente caso.

TERCERO.- El tercer y último motivo está basado por la parte recurrente en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, según afirmación de dicha parte, se ha infringido el artículo 1.392 del Código Civil.

También este último motivo debe ser desestimado.

Este motivo carece absolutamente de fundamento, desde el instante mismo en que se ha desestimado el primer motivo.

Pero es que, además, en el presente caso ambos cónyuges en sus respectivos testamentos nombran un mismo albacea-partidor, con carácter universal facultándolo de la más amplia forma y manera para partir la herencia, y de una manera obvia y en absoluta lógica, dentro de tales atribuciones, se debe encontrar la liquidación, por sí solo, de la sociedad de gananciales, constituida por ambos esposos, y así se constata en la disposición testamentaria que dice "que se faculta al albacea a realizar todo aquello que podría hacer por sí mismo la testadora".

CUARTO.- En materia de costas procesales y en esta clase de recursos se seguirá la teoría del vencimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.715-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por lo que en el presente caso las mismas se impondrán a la parte recurrente, que, a su vez, perderá el depósito constituido.

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

**FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por DON Ildelfonso frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palencia, de fecha 14 de noviembre de 1.995; todo ello imponiendo el pago de las costas procesales de este recurso a dicha parte recurrente, debiéndose dar al depósito constituido el destino legal. Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- I. Sierra Gil de la Cuesta.- R. García Varela.- J. Corbal Fernández.- Firmado.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO