



Roj: **STS 2166/2004** - ECLI: **ES:TS:2004:2166**

Id Cendoj: **28079110012004100255**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2004**

Nº de Recurso: **1604/1998**

Nº de Resolución: **252/2004**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Marzo de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el Recurso de Casación seguido con el nº 1604/98, planteado contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª, como consecuencia de autos, Juicio de Menor Cuantía nº 726/96, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 20 de Sevilla, sobre acción de responsabilidad e indemnización de daños y perjuicios; cuyo recurso fue interpuesto por DON Carlos Miguel , representado por la Procuradora Doña Lourdes Fernández-Luna Tamayo; siendo parte recurrida DON Silvio , representado por la Procuradora Doña Rosina Montes Agusti.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Sevilla, fueron seguidos los autos, Juicio de Menor Cuantía nº 726/96, promovidos a instancia de DON Carlos Miguel ; contra DON Silvio , sobre acción de responsabilidad e indemnización de daños y perjuicios .

Por la representación de la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado: "... se sirva dictar sentencia condenando al demandado a indemnizar a mi representado por los daños y perjuicios causados al adjudicarle en la escritura de partición de DOÑA Milagros , la ganadería que ya era de su propiedad y privarle de su participación en otros bienes, cuyos daños se concretarán en ejecución de sentencia y, asimismo, condenarle al pago de las costas del procedimiento".

Admitida a trámite la demanda, ésta fue contestada por la representación del demandado, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes terminó suplicando al Juzgado: "... dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas al actor, por ser de justicia que pido en Sevilla a 30 de septiembre de 1.996".

Por el Juzgado se dictó Sentencia con fecha 21 de mayo de 1.997, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador D. Francisco Castellano Ortega, en nombre y representación de D. Carlos Miguel contra D. Silvio representado por el Procurador D. Mauricio Gordillo Cañas, debo absolver y absuelvo al demandado de cuantos pedimentos contra el mismo fueron formulados en el escrito de demanda, con expresa imposición de las costas al actor".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido, y sustanciado el mismo, la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª, dictó Sentencia con fecha 19 de febrero de 1998, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Que con imposición de las costas de esta alzada al apelante, debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Sevilla el día 21 de Mayo de 1.997, a que este rollo se refiere".



TERCERO.- La Procuradora Doña Lourdes Fernández-Luna Tamayo, actuando en nombre y representación de DON Carlos Miguel , formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Motivo Primero: "Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia, al amparo del art. 1692.4 de la L.E.C., al entenderse infringidos los arts. 902, 907, 1101, 1102, 1103 y 1104 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial emanada en Sentencias de este Alto Tribunal de 10 de noviembre de 1.988 y 20 de febrero de 1.993".

Motivo Segundo: "Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia, al amparo del art. 1692.4 de la L.E.C., al entenderse infringidos los arts. 596 y 1216 y 1218 párrafo 2º, del Código Civil y demás concordantes que regulan la prueba documental como medio de prueba de valoración tasada".

Motivo Tercero: "Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia, al amparo del art. 1692.4 de la L.E.C., al entenderse infringido el art. 1955 del Código Civil".

Motivo Cuarto: "Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia, al amparo del art. 1692.4 de la L.E.C., al entenderse infringida la doctrina jurisprudencial que sobre los actos propios tiene consolidada este Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 22 de enero de 1.997 y 1 de marzo de 1.988, así como por infracción del principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 de la Constitución Española".

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido, la Procuradora Doña Rosina Montes Agusti, en representación de DON Silvio , presentó escrito de impugnación al Recurso mencionado y terminaba suplicando a esta Sala: "... se dicte sentencia por la que se desestime dicho recurso con expresa imposición de las costas a la recurrente, por ser de justicia que pido en Madrid a 12 de mayo de 2000".

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 15 de marzo de 2004, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A) a) DOÑA Milagros , en estado de viuda de su esposo, DON Alexander , otorgó testamento ante Notario, en Puerto Real (Sevilla), el 1 de febrero de 1.979, instituyendo herederos universales, de todos sus bienes por partes iguales, a sus siete hijos, legando a los dos varones, DON Alexander Y DON Carlos Miguel , los derechos que a la misma correspondían en las fincas llamadas " DIRECCION000 " y " DIRECCION001 ", y a las cinco hijas, la finca llamada "Algamasilla", conteniendo dicho testamento otras disposiciones, como la de prohibir la intervención judicial en la testamentaria, el nombramiento de Albacea, y la designación como Contador-Partidor de su herencia, en favor de su sobrino, DON Silvio .

b) El esposo de la indicada testadora, DON Alexander , había otorgado, a su vez, testamento, ante el propio Notario de Puerto Real, el mismo día, 1 de febrero de 1.979, nombrando en el mismo como herederos de todos sus bienes, por partes iguales, a sus siete hijos, sin perjuicio de la cuota legal que correspondiera a su esposa, y legando a los varones el derecho que al mismo le correspondiera en las DIRECCION000 " y " DIRECCION001 " (conocida ésta también por " DIRECCION002 "), prohibiendo la intervención judicial y determinando que los bienes de cualquier clase, que hubiera transmitido, en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, a sus hijos, permanecieran en poder y posesión de los mismos, como de su respectiva propiedad plena, y nombraba Contador-Partidor testamentario, a DON Silvio , el que, al fallecer el testador en 9 de enero de 1.989, realizó las correspondientes operaciones particionales, en las que no incluía, como bienes de dicha pertenencia, las reses bravas objeto de este proceso, conteniendo el cuaderno particional una declaración final 2ª, la que expresa que "no existen otros bienes que perteneciesen al Sr. Alexander , que los comprendidos en las presentes operaciones".

c) DOÑA Milagros , falleció en Sevilla, bajo el testamento antes indicado, el 14 de junio de 1.993, y el 12 de junio de 1.995, el Contador-Partidor nombrado por ella, protocoliza en una Notaría de Sevilla, el cuaderno particional de su herencia, en el que, tras reconocer que las DIRECCION000 " y " DIRECCION002 " eran propiedad de los hermanos, hijos de la fallecida, DON Alexander y DON Carlos Miguel , no obstante, incluía en el reparto, como formando parte del inventario de bienes de la difunta, como nº 21 del mismo, el ganado vacuno que pasta en las referidas fincas, por un valor de 35 millones de pesetas, el que constituye la ganadería brava conocida con el nombre de "Marqués de DIRECCION000 ", y el que adjudica en su mitad indivisa a los referidos hermanos. Dicha partición es protocolizada en una Notaría de Sevilla el 12 de junio de 1.995, y no se ha planteado, en vía judicial o extrajudicial, ninguna reclamación frente a ella.



B) 1.- DON Carlos Miguel , plantea demanda de Juicio declarativo de Menor Cuantía, el que se sigue con el nº 726/96, ante el Juzgado de PRIMERA INSTANCIA DE SEVILLA NÚM. VEINTE (20), y lo hace frente al Contador-Partidor, DON Silvio , ejercitando en la misma la acción de responsabilidad civil del demandado, por los daños y perjuicios que le había causado, derivados de haber actuado con negligencia en su proceder, al adjudicarle, en la escritura de partición de los bienes de su difunta madre, la mitad indivisa de la aludida ganadería, la que era de su propiedad por cesión de su padre y posterior donación de su madre, privándole con ello de su participación en otros bienes, como la de poder tener una parte en la casa de la Avda. de la Palmera, de Sevilla, que se había adjudicado a sus hermanas en valores fiscales, y reclamando la cantidad que por dichos daños se le habían producido, y a señalar en ejecución de Sentencia.

2.- El Juzgado, dicta SENTENCIA, con fecha 21 de mayo de 1.997, por la que desestima la demanda, y absuelve de élla al demandado, por entender que, al ser de confianza el cargo de Contador-partidor nombrado en el testamento, designación que se hace en atención a sus cualidades personales, no se le puede demandar, según la jurisprudencia que citaba (S. de esta Sala de 10 de noviembre de 1.988 y Res. de la D.G.R.N. de 15 de julio de 1.943), por dolo o culpa, siendo preciso recurrir, frente a las irregularidades, defectos o nulidad de la partición, en forma directa, para conseguir su corrección o una nueva partición, no apreciando por ello que el Contador en este caso actuara con falta de diligencia al cumplir su encargo, pues lo hizo según su leal saber y entender, y si incluyó la ganadería en el inventario, lo fue porque creía razonablemente que no era de propiedad del actor y de su hermano, en cuanto que no le había sido donada por el padre, según entendía, y faltando además, en todo, caso el consentimiento de la madre.

3.- El demandante, plantea Recurso de APELACIÓN contra dicha Resolución, ante la ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, conociendo del mismo su "Sección 2ª", por la que se dicta SENTENCIA, con fecha 19 de febrero de 1.998, la que desestima el Recurso, y confirma aquélla, por sus mismos fundamentos jurídicos.

C) 1º El actor-apelante, interpone Recurso de CASACIÓN, contra dicha Sentencia, ante esta Sala, planteándolo por 4 motivos, todos los que articula por el nº 4º del art. 1.692 LEC, es decir, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que hayan servido para resolver las cuestiones planteadas en el debate, y desarrolla así los mismos: el 1º, por infracción de los ats. 902, 907, 1.101, 1.102, 1.103 y 1.104 del C.c. y la doctrina jurisprudencial contenida en las S.S. de este Tribunal, de 10-XI-88 y 20-II-93, ya que las dos Sentencias aquí dictadas entendían que la acción de responsabilidad civil del Contador-Partidor era subsidiaria, en cuanto que tenía que ejercitarse antes la de nulidad, rescisión, modificación o complemento de la partición, y esto no era así, pues se trataba de una acción autónoma e independiente, según las S.S. de 20 de febrero de 1.993 y otra de 10 de noviembre de 1.988; el 2º, por la infracción denunciada de los arts. 596, 1.216 y 1.218-2º C.c. por no haber interpretado correctamente, siendo una prueba tasada, la escritura pública de protocolización del cuaderno particional de los bienes del padre, que daba fe de las declaraciones que en élla hacia el mismo Contador-Partidor, en cuyo cuaderno no incluía las reses de que aquí se trataba, pues se habían cedido a los hijos, los que aparecían como dueños de éllas en otros documentos, pero en el cuaderno de los bienes de la madre, no se tenía ello en cuenta; el 3º, por infracción del art. 1.955 C.c., por cuanto los hermanos habían sido poseedores de los semovientes, asimilados a los muebles, y en cualquier caso los habían adquirido por posesión de 3 años, o incluso también de 6, para el caso de que no se apreciara haber existido en élla buena fe; y el 4º, por infracción de la doctrina de la "vinculación de los actos propios" (recogida en S.S., entre otras muchas, de esta Sala, de 22-I-97 y 1-III-88), y del principio de "seguridad jurídica", del art. 9-3 CE, ya que el Contador se obligó a sí mismo, al no incluir en el inventario de los bienes del padre la ganadería de reses bravas, a no hacerlo ahora tampoco, lo que, no obstante, contradiciéndose, los incluía. Pide que se dicte Sentencia conforme a la demanda, casando y anulando la recurrida.

2º La parte demandada-recurrida, se opone al Recurso, impugnándolo, y solicita que se desestime el mismo, absolviéndole de él, y declarando no haber lugar al indicado Recurso, y que se confirme la Sentencia de la Audiencia, por sus propios fundamentos, alegando, respecto al motivo 1º, que era inadmisibles por citar varios preceptos heterogéneos; en cuanto al 2º, por cuanto que se pretendía en él una interpretación del documento, distinta a la que hacia el Tribunal ; al 3º, que la prescripción adquisitiva alegada, era un "hecho nuevo", no aducido antes, y afectaría a todos los coherederos, que no habían sido parte en el juicio; y al 4º, que no estaba probado el hecho de la donación de la ganadería por el padre a los hijos, pues la decisión de no incluirla en la partición, no afectaba a la propiedad de los hermanos, que no les pertenecía por ello.

SEGUNDO.- Es fundamental decidir en este proceso, con prioridad, sobre los demás, el motivo 1º del Recurso, que prevalece sobre todos ellos, en el sentido de que si se mantiene la tesis de que el litigante, antes de demandar de responsabilidad civil al Contador-Partidor, por realizar presuntamente éste un acto negligente al confeccionar el cuaderno particional, deba agotar los recursos necesarios para reparar la falta que al mismo pudiera afectarle, deberá prescindirse del resto de los motivos, que sólo subsistirán para declarar bien o mal hecha la partición como premisa de la declaración de la responsabilidad, en el caso de decaer el mismo.



La Sentencia de primera instancia declara, en definitiva, que la acción de responsabilidad civil del contador es subsidiaria (esto es, que no lo es directa) de la correspondiente a la de subsanación de los defectos del cuaderno particional o de la de nulidad del mismo, por entender que estos defectos deben de precisar, para su desaparición, del agotamiento previo de los recursos y medios, procesales y extraprocesales, establecidos en la Ley, procediendo sólo la acción aquí ejercitada, si aquéllos no dan resultado, y para ello, se basa en ser el referido Contador un mandatario especial del testador, que debe cumplir su mandato a su fallecimiento, pero que puede actuar con una amplitud de criterio, dado que su encargo es muy personal y surge de la confianza que aquél le otorga, actuando, pues, como un "alter-ego" del mismo, y al efecto alega la S. de esta Sala, de 10 de noviembre de 1.988, fundamentación que la Audiencia, al resolver el Recurso de Apelación planteado frente a dicha Resolución, también la cita, haciéndola suya en su fundamentación. El hoy recurrente, que se siente perjudicado, como se ha dicho precedentemente, por la inclusión en el cuaderno particional de la ganadería de reses bravas que pasta en las fincas objeto del legado conjunto otorgado al mismo y al otro legatario y heredero varón, alega la posibilidad del ejercicio directo de la acción de responsabilidad dicha, por entenderla autónoma, y se basa, para pedir esta aplicación, en la misma Sentencia de este Tribunal, de 10-XI-88, que el que recurre la interpreta en sentido contrario al antes explicado, y en la de 20 de Febrero de 1.993, también de esta Sala, alegando en defensa de su derecho, un conjunto de preceptos, cuya aplicación hecha por el Tribunal de instancia, la considera que ha sido errónea (arts. 902, 907, 1.101, 1.102, 1.103 y 1.104 C.c.), habiéndose impugnado esta exposición globalizada por la parte recurrida, que por ello la entiende no adecuada.

TERCERO.- Debe decaer el indicado motivo, en toda la amplitud en que el mismo es traído a la casación, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, y atendiendo a la impugnación del mismo, que considera no ortodoxa su mención conjunta, debe decirse que ello no afecta al motivo en sí, dado que claramente en él lo que se pide es que se declare que la acción de responsabilidad civil del Contador-Partidor es directa y no subsidiaria, y aunque la fundamentación jurídica que al principio se hace no afecta a este tema, pues los arts. 902 y 907 C.c. no se refieren al Contador, sino al albacea, cargo distinto, aunque pueda tener, en su caso, funciones propias de aquél, en cambio los arts. 1.101 a 1.104, en bloque, sí regulan la responsabilidad civil general por dolo, negligencia o morosidad, en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones, y si bien se pide su aplicación al caso presente, en realidad tampoco lo resuelven, especialmente en el aspecto indicado, en relación con el cargo referido. No obstante, la cita de la jurisprudencia que en el motivo se indica, sí podría afectar, en algún aspecto, al supuesto debatido, pues las dos partes, y las Sentencias de instancia, se apoyan en la misma.

b) De lo que no cabe la menor duda es de que el Contador-Partidor, a diferencia del Albacea, en cuanto que éste tiene más bien una función representativa de la herencia, siendo el vigilante del cumplimiento del testamento y el que cuida de las precauciones necesarias para su conservación y custodia (arts. 901 y 902 C.c.), recibe aquél por el contrario, un encargo distinto, cual es el de distribuir la herencia entre los herederos y demás beneficiarios de ella, en virtud de un mandato especial que el testador le da confiando en sus cualidades personales, por ser un cargo de confianza, con lo que, en principio, y si su actuación no se engloba en un proceso judicial (art. 1.057 C.c.), habrá que pasar por lo que él decida, por sustituir al testador en estas labores (S.S. de esta Sala de 25-IV y 17-VI-63, 4-II-64 y 16-III-01) a menos de que haya un apartamiento claro de la voluntad de aquél.

c) La Sentencia de 20-II-93, de esta Sala, no es directamente aplicable al Contador-Partidor, sino al Albacea, y no resuelve el caso que aquí se plantea, pues el decir la misma que sí se puede exigir responsabilidad civil al Albacea, cuando actúe con culpa, dolo o morosidad, tal declaración no afecta a la posible exigencia previa de agotamiento de los medios o recursos que resuelvan su defectuoso actuar.

d) Sin embargo, en la aplicada, y mencionada S. de 10-XI-88, se suscita y se resuelve en cierto aspecto, el tema aquí planteado, en cuanto distingue, sin llegar a más, las incorrecciones en la partición realizada, de los casos de dolo o culpa, que son exigibles por la vía de los arts. 1.101, 1.104 y 1.726 C.c., precisándose en ellos de la debida acreditación de los daños y perjuicios causados, lo que, en cualquier caso, aquí no se ha realizado.

e) No parece que pueda imputarse en este proceso al Contador-Partidor designado una actuación dolosa o culposa, puesto que, frente a su decisión, caben las acciones de los herederos, no sólo para actuar judicialmente para la rescisión y la nulidad de las operaciones particionales, su modificación o adición o complemento, e incluso, si es aprobada judicialmente, siendo homologada (lo que es objeto más bien de un juicio de testamentaría o abintestato, como finalización del mismo), se puede acudir al final al juicio declarativo (S. de 27-V-88).

f) Actuando el Contador-Partidor, en definitiva, como si fuera hecha la partición por el propio testador, y que por ello debe ser la misma respetada (S. de 25-IV-63), al existir intereses contradictorios, que pueden afectar a la propia interpretación del testamento (S. de 31-III-70), se convierte el mismo, sin perjuicio de la posibilidad de la impugnación de sus operaciones, en Juez extraprocesal que dirime la controversia, por lo que se dan



los mismos motivos que concurren cuando a dichos funcionarios se les exige responsabilidad civil por dolo o culpa, es decir, la exigencia de que deba esperarse a que la resolución que el mismo dictare sea firme (es decir, que se hayan agotado los recursos que quepan contra ella): art. 413-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dando así posibilidad para que, por los medios ordinarios, pueda darse satisfacción jurídica al que se sienta perjudicado.

CUARTO.- De acuerdo con lo anterior, no procede examinar los demás motivos del Recurso.

QUINTO.- Se confirma la Sentencia de la instancia, y se imponen las COSTAS del Recurso al recurrente (art. 1.715-3 LEC), debiendo el mismo perder el depósito constituido.

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

FALLAMOS

Debemos desestimar y DESESTIMAMOS el Recurso de CASACIÓN interpuesto en las presentes actuaciones por la representación procesal del Recurrente (demandante-apelante), DON Carlos Miguel , contra la SENTENCIA dictada en las mismas por la ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, "Sección 2ª", de fecha 19 de febrero de 1.998, en autos de Juicio declarativo de Menor Cuantía nº 726/96, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla nº Veinte (20), declarando NO HABER LUGAR a dicho Recurso. Con expresa imposición de las COSTAS procesales derivadas del mismo, a la parte recurrente, y con pérdida del depósito por la misma consignado.

Devuélvanse los autos originales, con el correspondiente Rollo de Sala, a la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, con certificación del presente, para su ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS.- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.- RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares, 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.