



Roj: **STS 7867/1992** - ECLI: **ES:TS:1992:7867**

Id Cendoj: **28079110011992104057**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/10/1992**

Nº de Recurso: **3351/90**

Nº de Resolución: **885**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **FRANCISCO MORALES MORALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de Octubre de 1.992. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, como consecuencia de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Verin, sobre entrega legado de cosa específica; cuyo recurso ha sido interpuesto por DON Ángel , representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Rosina Montes Agustí y defendido por la Letrada Dª María Luz Ruiz Villanueva; siendo parte recurrida DON Benedicto , DON Daniel , DON Miguel , DOÑA Cristina , DOÑA Carmela , DOÑA Gabriela , DON Oscar , DOÑA Begoña , DON Raúl , DON Lázaro , DOÑA Constanza , DOÑA Carla y DOÑA Ángela , representados por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto y asistidos por el Letrado Don José Domínguez Noya.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Procurador D. Antonio Álvarez Blanco en nombre y representación de Don Ángel , formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Verín, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D. Benedicto , D. Plácido y D. Daniel , Dª Cristina , Dª Carmela y sus hijos, Lázaro , Raúl , Felix , Gabriela , Begoña y Oscar , Dª Carla , Dª Ángela y Constanza , sobre declaración de entrega de legado de cosa específica, alegó los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que se declare el derecho del actor a que se le haga entrega de legado de cosa específica dispuesto, con imposición de costas a la parte demandada en caso de continuidad



temeraria a la oposición. Igualmente, y mediante otrosí se pedía la intervención judicial de la administración de los bienes que son objeto de la presente litis, en concreto, el actual establecimiento industrial conocido con el nombre de Hotel, Restaurante y Cafetería " DIRECCION000 ", mandando al efecto formar pieza separada con citación de las partes.

SEGUNDO.- Admitida la demanda y emplazados los demandados, el demandado D. Luis Carlos había fallecido, por lo que el actor instó para dar traslado de la demanda a la viuda de aquél y sus cuatro hijos. La Procuradora D<sup>a</sup> Nieves Rúa Pazos, en representación de D. Benedicto, contestó a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho

que constan en autos y terminó suplicando se dicte sentencia por la que se desestimen íntegramente lo pedido por el actor en su demanda, sin que pueda haber lugar a ningún otro pronunciamiento al no contener el suplico de la demanda pedimentos subsidiarios o alternativos, apreciando sucesivamente y subsidiariamente las excepciones alegadas como fundamentos de derecho, por el orden correlativo de su numeración, con imposición de costas en todo caso al actor, incluso por inadecuación del procedimiento. Con posterioridad, la Procuradora anterior fue sustituida por D<sup>a</sup> Mercedes Lema, por haber renunciado aquella, en representación del demandado mencionado Sr. Miguel y de los demás demandados D. Benedicto, D. Daniel, D<sup>a</sup> Cristina, D<sup>a</sup> Carmela y sus hijos Lázaro, Raúl, Felix, Gabriela, Begoña y Oscar, D<sup>a</sup> Carla, Ángela y Constanza, alegando los antecedentes y fundamentos de derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente lo pedido por el actor en su demanda, sin que pueda haber lugar a ningún otro pronunciamiento al no contener el suplico de la demanda pedimentos subsidiarios o alternativos apreciando sucesiva y subsidiariamente las excepciones alegadas como fundamentos de derecho, por el orden correlativo de su numeración, con imposición de costas al actor.

Siendo declarados en rebeldía procesal los demandados D<sup>a</sup> Francisca, D. Jesús Ángel, D. Fermín, D. Ángel Jesús y D. Jon al

no haberse personado en autos.

TERCERO.- Convocadas las partes para comparecencia, se celebró en el día y hora señalados con los resultados que obran en autos. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas separadas. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes, por su orden, para conclusiones.

CUARTO.- El Juez de Primera Instancia dictó sentencia en fecha 26 de Enero de 1989, cuyo fallo es el siguiente: "Que estimando la excepción propuesta por los demandados de inadecuación del procedimiento, debo absolverlos y los absuelvo de la demanda formulada contra ellos por el



Procurador, Sr. Alvarez Blanco, en nombre y representación de D. Ángel , sin entrar en el fondo del asunto litigioso y con imposición

al actor de las costas del procedimiento."

QUINTO.- Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección

Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, dictó sentencia en fecha 9

de Octubre de 1990, cuya parte dispositiva a tenor literal es la siguiente:

"Que rechazando la excepción de inadecuación de procedimiento y desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación del actor Don Ángel , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Verín, en el presente juicio de menor cuantía nº 44/86, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y con desestimación de la demanda interpuesta por el referido Don Ángel , debemos

absolver y absolvemos libremente de la misma a los demandados Don Miguel , Don Daniel y Don Benedicto , Doña Cristina , Doña Carla , Doña Ángela y Doña Constanza , Doña Carmela , Don Raúl , Don Lázaro , Don Oscar , Don Felix , Doña Begoña y Doña Gabriela , y a los también demandados rebeldes, Doña Francisca , Don Jesús Ángel , Don Fermín , Don Ángel Jesús y don Jon , todo ello con imposición al referido actor y apelante de las

costas causadas en ambas instancias.

SEXTO.- La Procuradora D<sup>a</sup> Rosina Montes Agusti en representación de D. Ángel , interpuso recurso de casación con apoyo en cuatro motivos, el primero de los cuales le fue inadmitido por esta Sala.

SEGUNDO.- Por inaplicación del art. 1058 del C.c. Se invoca el motivo al amparo del ordinal 5º del art. 1692 de la L.E.C. TERCERO.- Violación del art. 987 del C.c. Se invoca al amparo del art. 1692, ordinal 5º de la

L.E.C. CUARTO.- Inaplicación de los arts. 821 y 828 del C.c. Se invoca al amparo del art. 1692, ordinal 5º de la L.E.C.

SEPTIMO.- Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción, se señaló para la celebración de la vista el día 1 de Octubre de 1992.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. FRANCISCO MORALES MORALES.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Para la adecuada comprensión y subsiguiente resolución de la cuestión litigiosa a que se refiere este recurso, y sin perjuicio de otras ampliaciones que más adelante sea necesario hacer, se estima imprescindible dejar consignados, desde ahora, los siguientes presupuestos fácticos: 1º El día 31 de Diciembre de 1947, ante el Notario de Verín D.

Gustavo Fernández Arias (bajo los números 498 y 499 de su protocolo, respectivamente) los cónyuges D. Luis Antonio y D<sup>a</sup> Paloma otorgaron sendos testamentos abiertos, de los que, para el objeto



litigioso que aquí nos va a ocupar, deben transcribirse las siguientes cláusulas (cuyos números y contenido son idénticos en ambos testamentos, salvo las lógicas referencias que cada testador hace a su cónyuge):

"....SEGUNDA: Lega a su esposa D<sup>a</sup> Paloma (a su esposo D. Luis Antonio , se dice en el otro testamento) el usufructo vitalicio de todo su caudal, relevándole de las obligaciones de hacer inventario y de constituir fianza.- TERCERA: Lega a sus tres hijos Ángel , Plácido y Daniel la mitad indivisa de los bienes siguientes: La casa en que está instalado el Hotel, sita en la calle DIRECCION001 , y los establecimientos industriales destinados a café, hotel y mueblería, conocidos, respectivamente, con los nombres comerciales de Bar DIRECCION000 , Hotel DIRECCION000 y Muebles DIRECCION000 , incluyendo también la mitad indivisa de todos los enseres, mobiliario y mercaderías que existan en dichos establecimientos con destino a la explotación de los mismos. Es voluntad del testador (de la testadora, se dice en el otro testamento) que cada uno de los legatarios tenga igual participación en la casa del hotel y en cada una de aquellas industrias, a cuyo efecto, la mitad indivisa de la casa y de cada uno de los establecimientos industriales habrá de adjudicarse a los tres proindiviso y por terceras partes. Se exceptúa el caso de que los tres legatarios, de común acuerdo, convengan otra forma de adjudicación. Este legado se entenderá hecho únicamente en cuanto a la nuda propiedad de los bienes legados, si su esposa D<sup>a</sup> Paloma (si su esposo D. Luis Antonio , se dice en el otro testamento) sobreviviese al testador (a la testadora, en el otro).....SEPTIMA: Instituye únicos y universales herederos, por iguales partes, en el remanente de todos sus bienes a sus siete hijos Ángel , Plácido , Daniel , Gaspar , Luis Carlos , Benedicto y Sebastián , en nuda propiedad, si le sobrevive su esposa (su esposo, se dice en el otro) y en caso de premoriencia de ésta (de éste en el otro), en pleno dominio.- OCTAVA: Sustituye a los legatarios Ángel , Plácido y Daniel y a todos los herederos por sus respectivos descendientes legítimos.- NOVENA: Nombra contadores-partidores, con carácter solidario, a D. Gregorio , Abogado y vecino de Feces de Abajo, y a D. Víctor , Perito Agrícola, vecino de esta villa, facultándoles para que puedan realizar todas las operaciones particionales de su herencia, incluso para la entrega de los legados que deja dispuestos. Les prorroga el plazo legal por dos años más, prórroga que se entenderá ampliada, en caso de supervivencia de su esposa (de su esposo, se dice en el otro testamento) hasta que transcurran dos años contados a partir del fallecimiento de aquella (de aquél, en el otro)". 2º El día 23 de Abril de 1960 murió D. Luis Antonio bajo el testamento abierto anteriormente dicho (de fecha 31 de Diciembre de 1947), sin que, a raíz de su fallecimiento, se

liquidara su sociedad de gananciales, ni se practicara operación particional alguna de su herencia.-3º El día 4 de Septiembre de 1972 murió Dª Paloma bajo el testamento abierto anteriormente dicho.-4º El día 31 de Diciembre de 1972 los siete hermanos D. Luis Carlos , D. Plácido , D. Daniel , D. Gaspar , D. Luis Carlos , D. Benedicto y D. Sebastián (aunque siendo nominados cinco de ellos con los apelativos o seudónimos con que, en el ámbito familiar y amical, son conocidos y que luego expresaremos) suscribieron un documento privado, cuyo contenido, dada su relevante trascendencia, consideramos necesario transcribir literalmente, pero que, por no hacer desmesurada la extensión de este Fundamento jurídico, su imprescindible transcripción se hará más adelante, bastando, por ahora, con constatar aquí su existencia (por ser éste el lugar que le corresponde en el "iter" cronológico del acontecer de los hechos) y con dejar anunciada ya la que consideramos angular relevancia del mismo.- 5º En 9 de Abril de 1975 y 23 de Octubre de 1981 fallecieron, respectivamente, los hermanos D. Gaspar y D. Sebastián .- 6º Con fecha 3 de Marzo de 1985 y ante el Juzgado de Distrito de Verín, D. Benedicto demandó de conciliación a sus hermanos D. Ángel , D. Plácido , D. Daniel y D. Luis Carlos para que RECONOZCAN: "Que por fallecimiento de nuestros padres, somos dueños, en unión de los herederos de Gaspar y de Sebastián , y en la proporción de séptimas partes iguales, de los siguientes bienes: a) Edificio sito en la Avda. DIRECCION001 , núm. NUM000 , con todas sus pertenencias, y en el que está instalada la industria de Hotel-Restaurante-Bar DIRECCION000 , y que linda.... b) Finca sita en la Avda. DIRECCION002 , al número NUM001 que linda..... c) Finca adquirida por compra, ya fallecido nuestro padre, aún cuando figure a nombre de Ángel , sita en la Avda. DIRECCION002 que linda.... d) Que desde el 1 de Enero de 1973, Ángel , Plácido y Daniel percibieron para atender a sus necesidades y que se contabilizaron al final de cada año, la cantidad, cada uno, de quinientas mil pesetas, anuales, como Directores y Administradores de los negocios Hotel-Restaurante-Bar DIRECCION000 , cantidad que a Ángel se elevó, en el año 1980, a seiscientas mil pesetas, y desde Enero de 1983 a ochocientas cuarenta mil pesetas anuales y en Navidades de 1983 recibió a cuenta quinientas mil pesetas. e) Que Ángel , por su propia y personal decisión, cesó en la gestión de los negocios Hotel-Restaurante-Bar DIRECCION000 , en el mes de Agosto de 1984, concretamente el día 20 en que cubrió la última hoja de contabilidad. Reconocido todo lo que antecede SE AVENGAN: PRIMERO. A que, dada la indivisibilidad de los inmuebles, se adjudiquen a alguno, o algunos de los hermanos, con la obligación en este o éstos, de abonar a los demás, a cada uno de los que no se les adjudique, la séptima parte de su valor; valor que se determinará por el valor en venta de los inmuebles, único



valor real, ya que las cosas, desprovistas del valor afectivo, valen lo que por ellas den.- SEGUNDO. Si no hubiere acuerdo en la adjudicación, o a nadie interesase, se proceda a la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, de los citados inmuebles, y el precio así obtenido se reparta en siete partes iguales, una para cada parte.- TERCERO. Que en la rendición de cuentas que oportunamente se formalice, Ángel , Plácido y Daniel deberán tomar de menos, tanto como hubieren recibido de más". El día 20 de Marzo de 1985, en el Juzgado de distrito de Verín se celebró el correspondiente acto de conciliación, al que no asistió D. Ángel , haciéndolo sólo D. Plácido , D. Daniel y D. Luis Carlos , los cuales manifestaron: "Que están completamente de acuerdo en las pretensiones de la papeleta de demanda". 7º Mediante sendas actas notariales de fechas 20 y 21 de Marzo de 1986, D. Ángel requirió, respectivamente, a los Contadores-partidores D. Gregorio y D. Víctor para que manifestaran lo que tuvieran a bien sobre la aceptación de dicho cargo, sin que los requeridos lo aceptaran.

SEGUNDO.- En Junio de 1986, D. Ángel promovió contra sus hermanos D. Plácido , D. Daniel , D. Benedicto y D. Luis Carlos (luego fallecido éste y ampliada la demanda a sus herederos) y contra los herederos (viudas e hijos) de sus también fallecidos hermanos D. Gaspar y D. Sebastián , el proceso de que este recurso dimanara en el que alegando, en esencia, que el legado hecho por sus padres en la cláusula tercera (anteriormente transcrita) de sus respectivos testamentos le pertenece a él en su totalidad, a virtud del derecho de acrecer por la renuncia, dice, que sus hermanos D. Plácido y D. Daniel habían hecho en el acto de conciliación (también transcrito anteriormente) a sus respectivas participaciones en dicho legado, postuló que se dicte sentencia declarando su derecho "a que se le haga entrega del legado específico dispuesto"; por su parte, los demandados personados (que lo fueron todos menos los herederos del fallecido D. Luis Carlos ), además de aducir la excepción de inadecuación del procedimiento (por entender que el adecuado era el de mayor cuantía y no el promovido de menor cuantía), se opusieron a la pretensión de fondo, aduciendo la renuncia al legado por parte del demandante D. Ángel a virtud del documento privado de 31 de Diciembre de 1972 (ya citado anteriormente y que luego transcribiremos); la nulidad del legado por serlo de cosa ajena ignorándolo los testadores; ineficacia del legado por transformación de la cosa legada por los testadores e inoficiosidad del legado. El Juez de Primera Instancia, estimando la excepción de inadecuación del procedimiento, dictó una sentencia absolutoria en la instancia y se abstuvo de entrar a conocer del fondo de la cuestión litigiosa. En el correspondiente recurso de apelación, interpuesto por el



demandante, recayó sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña por la que, revocando la de primer grado y entrando a conocer del fondo de la cuestión litigiosa, desestimó la demanda y absolvió libremente de la misma a los demandados. Contra la referida sentencia de la Audiencia, el demandante D. Ángel ha interpuesto el presente recurso de casación a través de cuatro motivos, el primero de los cuales fue inadmitido por esta Sala, en su momento.

TERCERO.- La sentencia aquí recurrida basa, esencialmente, su pronunciamiento desestimatorio de la demanda en que, de conformidad con la doctrina que cita de esta Sala (Sentencias de 24-11-1900; 11-12-1913; 6-11-1934; 3-6-1947 y 25-5-1971) y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 27-2-1982 y 20-9-1988), "no es posible la entrega de los legados sin que proceda la liquidación y partición de la herencia con expresión de las operaciones particionales de las que resulte cuál es el haber y lote de bienes correspondientes a la herencia forzosa, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos, a no ser que los expresados herederos concurren a la entrega o manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad, supuesto que aquí no se da", con base en lo cual concluye lo siguiente: "la pretensión de demanda no puede prosperar, sobre todo teniendo en cuenta que en la misma se afirma que sólo existe otra finca en la herencia, cuyo valor se desconoce en relación con el legado que se reclama, y porque en el fundamento de derecho VI de la expresada demanda se reconoce que es necesario hacer previo inventario y avalúo de los bienes de los causantes y, pese a ello, tales operaciones ni se han solicitado ni, por tanto, practicado. Las referidas afirmaciones -y doctrina expuesta- son por sí solas suficientes para rechazar la entrega del legado que se pretende, sin necesidad de examinar otras cuestiones como la relativa al derecho de acrecer -de todo el legado- en favor del actor" (Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia recurrida). A continuación de la transcrita argumentación, que parece contener la verdadera "ratio decidendi" del fallo, el Fundamento jurídico quinto de la citada sentencia dice: "A idéntica conclusión se habría de llegar desde el punto de vista de la tesis que se sustenta por los demandados, respecto a la extinción de la comunidad hereditaria y su transformación en una comunidad ordinaria, de naturaleza convencional, en virtud de lo pactado por todos los herederos - hijos de los causantes- en el documento privado de 31/12/1.972. Un somero análisis de dicho documento evidencia que el mismo no sólo comprende la herencia de ambos causantes, sino los bienes que han sido objeto de legado



-inmueble y establecimientos industriales-, por lo que tal circunstancia comporta un hecho obstativo a su entrega, dado que dicho legado había perdido su sustantividad -como tal legado- al quedar refundido por voluntad de todos los legatarios en los bienes que integran la comunidad proindiviso ( Artículos 392 y siguientes del Código Civil). En consecuencia, en tanto, no se dilucide la validez, eficacia y alcance de dicho documento es claro que no puede accederse a la entrega que ahora se pretende, y ello sin necesidad de examinar si se ha producido -también- una posible ineficacia del repetido legado por transformación de la cosa legada, en virtud de lo dispuesto en el Art. 869-1º del Código Civil". Esta Sala de casación se encuentra ante el ineludible, aunque poco grato, deber de poner de manifiesto la perplejidad que produce la expresada motivación jurídica de la sentencia recurrida, y ello por las consideraciones siguientes: a) En su Fundamento jurídico cuarto (contenedor, como antes se ha dicho y según se desprende de su redacción, de la verdadera "ratio decidendi" de su fallo) parece que está admitiendo la subsistencia actual del legado litigioso (aunque sin entrar a examinar el derecho de acrecer invocado por el actor) y sólo supedita la efectividad del mismo a que previamente a su entrega se practiquen las pertinentes operaciones particionales de la herencia para que quede salvaguardada la intangibilidad de las legítimas, mientras que, por el contrario, en la primera parte del Fundamento jurídico quinto parece que sostiene que, como consecuencia de lo pactado entre los siete hermanos en el documento privado de fecha 31 de Diciembre de 1972, el referido legado ha dejado de existir (al afirmar que el mismo "había perdido su sustantividad -como tal legado- al quedar refundido por voluntad de todos los legatarios en los bienes que integran la comunidad proindiviso"), cuando si ello es así, ésta tendría que haber sido la verdadera y única razón determinante de la desestimación de la demanda y no la argumentación principal contenida en el Fundamento cuarto, pues ésta presupone la subsistencia o pervivencia del legado. b) Por un lado, en la primera parte del Fundamento jurídico quinto, parece que está interpretando (aunque con "un somero análisis") el referido documento privado y obteniendo del mismo la conclusión ya dicha, mientras que en la segunda parte de ese mismo Fundamento jurídico parece estar relegando para otro proceso posterior la dilucidación de "la validez, eficacia y alcance de dicho documento". c) Resultan difícilmente captables las razones que el Tribunal de apelación haya podido tener para hacer esa última afirmación ("en tanto no se dilucide la validez, eficacia y alcance de dicho documento"), cuando tenía el deber inexcusable de hacerlo dentro de este proceso, al ser el expresado documento el pilar básico en que los demandados han apoyado su oposición a la pretensión del actor. No obstante todo ello, la dirección letrada del



recurrente, con una muy encomiable sensibilidad jurídica, atendiendo solamente a la primera parte del Fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida (que ya hemos transcrito literalmente en su totalidad) y teniendo por no hecha la sorprendente afirmación contenida en la segunda parte del mismo, ha captado que la verdadera piedra angular de la cuestión litigiosa la constituye el repetido documento privado de 31 de Diciembre de 1972, al articular su motivo segundo (que es el primero de los admitidos), el cual permite que esta Sala, dentro de los estrictos cauces casacionales, pueda examinar y valorar dicho documento, que a continuación será transcrito.

CUARTO.- Aparece probado en el proceso, y nadie lo cuestiona, que salvo Ángel y Gaspar, los cinco restantes hermanos Luis Carlos Daniel Plácido Benedicto Sebastián son (o

eran) conocidos en su ambiente familiar y social por los siguientes seudónimos: Plácido por " Rata "; Daniel por " Bola "; Luis Carlos por " Chapas "; Benedicto por " Nota " y Sebastián por " Gamba ". Hecha la necesaria aclaración anterior, se estima imprescindible (como antes ya se ha anunciado)

transcribir literalmente el documento privado que los siete hermanos Ángel Luis Carlos Gaspar Daniel Plácido Sebastián Benedicto pactaron y suscribieron el día 31 de Diciembre de 1972 (o sea, cuatro meses después del fallecimiento de su madre; como ya se tiene dicho, el padre falleció en 1960), cuyo documento es del siguiente tenor literal:

"REUNIDOS EN VERIN, a treinta y uno de Diciembre de mil novecientos setenta y dos, los hermanos Gaspar, Ángel, Rata, Chapas, Bola, Nota y Gamba, en expresión de libérrima voluntad y conformes de toda conformidad.-

CONVIENEN.- PRIMERO. Mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia recibida de sus padres, por período de DIEZ AÑOS, sucesivamente prorrogable.- SEGUNDO. La explotación, dirección y administración de los negocios HOTEL-CAFE y de los demás bienes de la herencia corresponderá a los hermanos Ángel, Rata y Bola, y todo cuanto ellos hicieren en uso de esas facultades de administración será obligatorio para todos los hermanos, quienes, con la firma de este convenio, así lo admiten sin reservas; pero para vender y comprar, salvando la gestión de los negocios, necesitarán el acuerdo unánime de todos los hermanos.- TERCERO. Las ganancias que anualmente se obtengan de la explotación de los negocios, serán repartidas de la siguiente forma: la mitad a repartir en siete partes iguales para los hermanos Ángel, Rata y Bola; y la otra mitad en siete partes iguales para cada uno de los siete hermanos.- CUARTO. Para atender a sus necesidades, que se contabilizará a final de cada año, Ángel podrá retirar mensualmente la cantidad de diez y seis mil quinientas pesetas, y Rata y Bola, doce mil quinientas pesetas cada uno, garantizándose un sueldo anual a Ángel de doscientas mil pesetas, y ciento cincuenta mil pesetas a Rata y a Bola, aun cuando la mitad de las ganancias no llegara



a esa suma de quinientas mil pesetas, en cuyo caso el exceso de las quinientas mil pesetas será repartido en siete partes iguales para cada uno de los siete hermanos; y si las ganancias no llegaran a quinientas mil pesetas anuales Ángel , Rata y Bola cobrarán sus sueldos garantizados con los productos de los capitales puestos a rendimiento, en lo que faltare, garantía que no alcanzará a los que retiren sus ganancias anuales.- QUINTO. En el improbable supuesto de que alguno de los hermanos quisiera abandonar la comunidad antes del plazo de los diez años, podrá hacerlo y la séptima parte del valor, en venta, de los negocios y demás bienes, lo recibirá en un período de cinco años, sin devengar intereses las cantidades aplazadas. SEXTO.- Las cuentas bancarias figurarán a nombre de Ángel , Rata y Bola , y los talones y cheques contra las mismas serán firmados, indistintamente, por dos de ellos.- SEPTIMO. Ángel queda saldado de sus cuentas, compensándole sus deudas con la parte de las ganancias que le corresponden en los ahorros habidos -CUATRO MILLONES Y MEDIO DE PESETAS- hasta la fecha, cantidad que en dinero recibe en el día de hoy.- OCTAVO. Los gastos del Colegio de Chano, hasta que cumpla los veintiún años de edad, por expresa voluntad y deseo de nuestros padres, será a cargo de la comunidad, que se computarán en gastos generales.- ASI LO CONVIENEN Y FIRMAN".

QUINTO.- A través del motivo segundo (que es el primero de los admitidos, como ya se ha dicho), con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y diciendo, en su encabezamiento, denunciar infracción, por inaplicación, del artículo 1058 del Código Civil, aunque invocando también, en el desarrollo del mismo, los artículos 1281, 1282 y 1289 de dicho Cuerpo legal, el recurrente viene, en esencia, a plantear dos cuestiones distintas, aunque parece relacionarlas entre sí, al sostener, por un lado, que mediante el documento privado de fecha 31 de Diciembre de 1972 (que ha sido transcrito literalmente en el Fundamento jurídico anterior de esta resolución) los siete hermanos Ángel Luis Carlos Gaspar Daniel Plácido Sebastián Benedicto no realizaron la partición de las herencias de sus padres y, por otro lado, que aunque así hubiera sido, dicha partición sería radicalmente nula por haber sido hecha la misma sin la intervención de los contadores-partidores nombrados por los testadores (padres de los hermanos litigantes) y con infracción, por tanto, dice el recurrente, de lo preceptuado en el artículo 1058 del Código Civil. Las expresadas cuestiones, aunque en el desarrollo del motivo aparecen planteadas en orden inverso, creemos que, por razones de lógica jurídica, deben ser examinadas en el que aquí las hemos enumerado, pues si respecto de la primera de ellas hubiera de aceptarse la tesis del recurrente (no realización de la partición de las herencias mediante dicho documento privado), devendría innecesario el



examen de la segunda (denunciada nulidad de dicha partición), debiendo dejarse constatado también que, dada la atípica forma en que, como ya se ha dicho en el Fundamento jurídico tercero de esta resolución, la sentencia recurrida ha resuelto la cuestión litigiosa, esta Sala de casación habrá de examinar prácticamente "ex novo" las dos mencionadas cuestiones, salvo la conclusión a que, a modo de "obiter dictum" y en "un somero análisis" del referido documento privado parece llegar el Tribunal de apelación en la primera parte del Fundamento de Derecho quinto de su sentencia (que ya ha sido transcrito literalmente con anterioridad).

SEXO.- La primera de las enunciadas cuestiones, de índole estrictamente hermenéutica, es la atinente a conocer y concretar la verdadera intención que tuvieron los siete hermanos Luis Carlos Gaspar Daniel Plácido Sebastián Benedicto Ángel (únicos herederos de sus padres) al pactar entre ellos, de mutuo acuerdo, lo que aparece reflejado en el documento privado de fecha 31 de Diciembre de 1972, que redactaron y firmaron cuatro meses después de la muerte del último de sus progenitores (la madre). Para dicha indagación exegética ha de partirse, por un lado, de la incuestionable premisa de que los herederos mayores de edad, que tengan la libre administración y disposición de sus bienes, puedan, por acuerdo unánime de todos ellos ("nemine discrepante"), partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento y creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla ( Sentencias de esta Sala de 21 de Enero de 1907, 7 de Noviembre de 1935, 7 de Enero de 1949, 28 de Enero de 1964, 25 de Febrero de 1966) y ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero, como tiene reconocido esta Sala cuando declara: "no pudiendo sostenerse seriamente que, por adjudicarse bienes en régimen de copropiedad y por cuotas indivisas, la partición no se llevara a efecto" ( Sentencia de 20 de Febrero de 1984). Sobre la base de la doctrina anteriormente expuesta, ha de llegarse a la conclusión de que mediante el documento privado de fecha 31 de Diciembre de 1972, pese a no ser el mismo un paradigma de precisión técnico-jurídica, los siete hermanos Ángel Luis Carlos Gaspar Daniel Plácido Sebastián Benedicto (únicos herederos de sus padres y todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes) y entre los que, obviamente, figuraban Ángel , Plácido (" Rata ") y Daniel (" Bola ") que, además de herederos, eran los beneficiados (por terceras partes indivisas)



con el legado (mejor, prelegado) litigioso, llevaron a efecto, con acuerdo unánime ("en expresión de libérrima voluntad y conformes de toda conformidad", se dice en el referido documento privado), la partición de las herencias de sus padres y se atribuyeron el condominio ordinario, por séptimas partes iguales e indivisas, de todos los bienes integrantes de dichas herencias, al mismo tiempo que pactaron mantener la indivisión de los bienes durante diez años, pues ése es el único sentido que puede atribuirse a la cláusula primera, en la que convinieron "Mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia de sus padres por período de diez años, sucesivamente prorrogable", en íntima relación con la cláusula quinta en la que acordaron que "En el improbable supuesto de que alguno de los hermanos quisiera abandonar la comunidad antes del plazo de los diez años, podrá hacerlo y la séptima parte del valor, en venta, de los negocios y demás bienes, lo recibirá en un período de cinco años, sin devengar intereses las cantidades aplazadas". Entre los mencionados bienes también incluyeron expresamente (cláusula segunda) los negocios HOTEL-CAFE, que eran el objeto específico y único del prelegado (el negocio de "Muebles DIRECCION000 " había desaparecido con mucha anterioridad), cuyas ganancias acordaron repartir por séptimas partes iguales (cláusula tercera), lo que indudablemente patentiza que los tres beneficiados con el prelegado ( Ángel , Plácido y Daniel ), a los que se confió "la explotación, dirección y administración de los negocios HOTEL-CAFE y de los demás bienes de la herencia" y por cuya actividad se les señaló un sueldo (cláusula cuarta), estaban plenamente de acuerdo en que el referido prelegado se refundiera en la masa de la herencia y, junto con los demás bienes del caudal hereditario, se repartiera entre los siete hermanos por séptimas partes iguales, pues si no hubiera sido así, carecería de todo sentido el pactado reparto igualitario de las ganancias o productos de los negocios de HOTEL-CAFE (aparte de los referidos sueldos), cuyos productos o ganancias, de haberse querido mantener la subsistencia del prelegado, habrían correspondido exclusivamente a los tres legatarios (artículo 882 del Código Civil), a lo que ha de agregarse, además, que el propio D. Ángel (único demandante) se declaró saldado de sus cuentas mediante la recepción de cuatro millones y medio de pesetas que le entregaron sus seis hermanos el mismo día de la firma del documento privado (cláusula séptima), cuyo saldo de cuentas resulta inconcebible si no es bajo la perspectiva ya dicha de que, junto con D. Plácido y D. Daniel Dalque reconocen haber sido ésa la intención que tuvieron al suscribir el meritado documento), D. Ángel prestó su expreso consentimiento a que el prelegado (del que los tres eran los beneficiarios) quedara refundido en la masa de la herencia para dividir ésta en siete partes iguales. No es aceptable el argumento aducido por el



recurrente en el desarrollo del motivo de que en el acto de conciliación celebrado el día 20 de Marzo de 1985 (ya referido en el apartado 5º del Fundamento jurídico primero de esta resolución), al que él no asistió, fueron sus hermanos D. Plácido y D. Daniel los que renunciaron a su parte en el prelegado, con base en lo cual D. Ángel reclama (por derecho de acrecer) la totalidad del mismo, pues donde los tres prelegatarios, en unión de sus otros cuatro hermanos, verdaderamente pactaron la refundición del prelegado en la masa de la herencia y el reparto de la misma en siete partes iguales fue en el documento privado de fecha 31 de Diciembre de 1972, como antes se ha dicho. Asimismo, carece de consistencia jurídica, aunque no de originalidad, la alegación que, en el desarrollo del mismo motivo, también hace el recurrente de que lo estipulado en la cláusula quinta (ya transcrita anteriormente) de dicho documento privado fue una cláusula penal, pues en la misma lo único que se estipula es el reconocimiento a cualquiera de los siete hermanos de la facultad de no respetar el pacto de indivisión durante diez años, en cuyo supuesto se le consiente salir de la comunidad y (sin penalización alguna) percibir la parte que verdaderamente le corresponde ("la séptima parte del valor, en venta, de los negocios y demás bienes"), cuyo pacto de indivisión, por otra parte, ha sido respetado por los siete hermanos y durante su vigencia se han repartido entre ellos las ganancias de los negocios por séptimas partes iguales (o penden de su liquidación) y, además, D. Ángel ha venido percibiendo el sueldo que se le señaló (cláusulas tercera y cuarta) por "la explotación, dirección y administración de los negocios HOTEL-CAFE y de los demás bienes de la herencia", por lo que la pretensión que, después de 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 presente recurso de casación, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Rosina Montes Agustí, en nombre y representación de D. Ángel , contra la sentencia de fecha nueve de Octubre de mil novecientos noventa, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña en el proceso a que este recurso se refiere, con expresa imposición de las costas del mismo al recurrente; devuélvase a dicho recurrente el depósito que constituyó de forma innecesaria e improcedente; líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

ASI POR esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCION LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Francisco Morales Morales Pedro González Poveda

Jaime Santos Briz

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR.

D. FRANCISCO MORALES MORALES., 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.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. , 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 CENTRAL