



Roj: **STS 19872/1993** - ECLI: **ES:TS:1993:19872**

Id Cendoj: **28079110011993103035**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/1993**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **LUIS MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 124.- Sentencia de 19 de febrero de 1993

PONENTE: Ilmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez.

PROCEDIMIENTO: Menor cuantía.

MATERIA: Sucesiones. Partición. Error de hecho.

NORMAS APLICADAS: Arts. 1.057 , 1.125 , 1.969 . 901 y 906 del Código Civil .

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1929 , 5 de julio de 1947 y 21 de julio de 1986 .

DOCTRINA: Resulta aplicable la doctrina jurisprudencial que impone el principio de conservación o favor partitionis por lo que tanto por el desconocimiento de la fecha del comienzo del plazo del contador como por la incuestionable decisión del mismo sobre la partición que le ha sido encomendada ha de ser rechazada la caducidad o la prescripción apreciada por la Sala de instancia. Ante la orfandad de normas reguladoras del cargo de contador partidior -salvo la específica del art. 1.057 del Código Civil - una antigua línea jurisprudencial lo asimila al albaceazgo y a su normativa correspondiente.

En la villa de Madrid, a diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y tres.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados del margen, 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 autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Lalín sobre nulidad de partición y otros extremos; cuyo recurso fue interpuesto por don Marco Antonio , representado por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillen, y asistido en el acto de la vista por el Letrado don José Domínguez Noya; siendo parte recurrida don Bruno , representado por el Procurador don Gabriel Sánchez Malingre, y asistido en el acto de la vista por el Letrado don Santiago Nogueira Romero; siendo también parte doña Camila y doña María Virtudes , don Víctor Manuel y don Narciso .

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador de los Tribunales don Gerardo Fontanes Merino, en nombre y representación de don Bruno , doña Camila y doña María Virtudes , formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Lalín, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Narciso , don Víctor Manuel y don Marco Antonio , sobre nulidad de partición y otros extremos, estableciendo los hechos y fundamentos de Derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que se declare: 1.º Que es radicalmente nula o inexistente la partición realizada conjuntamente por los demandados don Narciso y don Víctor Manuel sobre



los bienes de los causantes don Hugo y doña Laura , protocolizada por los mismos ante el Notario de Lalín Sr. Perejil Cambón, el 26 de enero de 1984; y que en consecuencia, procede realizar una nueva partición en ejecución de sentencia ajustada a los preceptos legales y testamentarios por el contador o contadores-partidores que al efecto se designen en ese trámite. 2.º Subsidiariamente de lo anteriormente pedido que sólo se acataría después de la sentencia firme, declarar que dicha partición queda reducida por causa de lesión y procede realizar una nueva con arreglo a derecho por el contador o contadores-partidores que de común acuerdo se designen al efecto en ejecución de sentencia. Y previos estos pronunciamientos, condenar a los demandados con las costas a que así lo reconozcan, acaten y cumplan.

Segundo: Admitida la demanda y emplazados los demandados compareció en los autos en su representación el Procurador Sr. Gutiérrez Aller, que contestó a la demanda, oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de Derecho que estimó oportunos, para terminar suplicando sentencia por la que desestimando la demanda y absolviendo de la misma a los demandados se impongan las costas a los actores.

Tercero: Recibido el pleito a prueba se practicó la propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

Cuarto: Unidas a los autos las pruebas practicadas, se manifestaron las mismas a las partes, por su orden, para resumen de prueba trámite que evacuaron en respectivos escritos en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con lo que tenían interesado en los autos.

Quinto: El Sr. Juez de Primera Instancia de Lalín, dictó Sentencia con fecha 12 de junio de 1986 , cuyo fallo es como sigue: "Desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva de la parte demandada y estimar parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Gerardo Fontanes Merino, en nombre y representación de doña Camila , doña María Virtudes y don Bruno , contra don Narciso , don Victor Manuel y don Marco Antonio , representados por el Procurador de los Tribunales don Saturnino Gutiérrez Aller, condenando a don Marco Antonio a abonar a don Bruno la cantidad de 57.342 pesetas, a doña Camila la cantidad de 60.871 pesetas y a doña María Virtudes la cantidad de 63.436 pesetas, cantidades a las que son de aplicación el interés recogido en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , desestimando en lo demás la demanda interpuesta y sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia."

Sexto: Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la representación de la parte actora don Bruno , y tramitado el recurso con arreglo a Derecho, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó Sentencia con fecha 5 diciembre de 1989 , con la siguiente parte dispositiva: "Que revocando la sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera Instancia de Lalín en los autos de que el presente tolo dimana, y estimando sustancialmente el pedimento principal de la demanda rectora de aquéllos, debemos declarar y declaramos que es nula la partición realizada conjuntamente por los demandados don Narciso y don Victor Manuel sobre los bienes de los causantes don Hugo y su esposa doña Laura , protocolada por dichos demandados ante el Notario de Lalín Sr. Perejil Cambón el 26 de enero de 1984. procediendo en consecuencia realizar una nueva partición que se llevará a cabo en ejecución de sentencia por los trámites de juicio de testamentaría. Hilo sin hacer especial imposición de las costas de ambas instancias a ninguna de las partes."

Séptimo: El Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillen, en representación de don Marco Antonio , ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña con apoyo en los siguientes motivos:

Motivo primero: "Amparado en el núm. 4 del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil , que autoriza el recurso de casación por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios."

Motivo segundo: "Que también se ampara en el mismo núm. 4. del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que autoriza el recurso de casación por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios."

Motivo tercero: "Que se ampara en el núm. 5. del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil , que autoriza el recurso de casación por infracción de las normas de Ordenamiento jurídico que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate."

Motivo cuarto: "Asimismo amparado en el núm. 5.º del art. 1 , 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que autoriza el recurso de casación por infracción de las normas del Ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate."



Octavo: Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, se señaló la vista para el día 9 de febrero de 1993 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez.

Fundamentos de Derecho

Primero: Por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Lalin de 12 de julio de 1986, se estimó en parte la demanda interpuesta por la actora en relación a su petición subsidiaria previa "desestimación" -sic- de la falta de legitimación pasiva de la demandada y condenando al demandado don Marco Antonio a los reintegros correspondientes a resultas de las porciones en que se cuantificaron las cuotas de la partición cuya nulidad se pretende en la petición principal, lo cual se desestima en base a lo razonado en su fundamento jurídico tercero "...por ello la nota fundamental del cargo de contador es su carácter de cargo personalísimo como tiene declarado el Tribunal Supremo que ha aplicado analógicamente las disposiciones que el Código Civil contiene sobre el albaceazgo de forma y manera que respetándose este carácter no cabe declarar la nulidad de la partición en otros supuestos como el que concurre en el de autos donde don Bruno y doña Laura nombraron sucesivamente contadores a don Narciso y a don Victor Manuel y sin embargo ambos aparecen practicando la partición conjuntamente en el cuaderno impugnado, pues además de que podría considerarse que a pesar del tenor del cuaderno particional era don Victor Manuel el que ostenta el cargo y don Narciso un simple asesor, en este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que el carácter personalísimo del contador no impide que el mismo se ayude de técnicos siempre que apruebe sus trabajos, en definitiva la partición impugnada ha sido realizada por las personas a quienes los causantes nombraron para el cargo, aunque lo fuera sucesivamente y no conjuntamente, y con ello se respeta el carácter personalísimo del cargo como expresión del vínculo de confianza que une al testador y a los nombrados". Apelada esa decisión por citada actora, se resolvió el recluso por Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de la Coruña de 5 de diciembre de 1989, revocándose la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y estimándose sustancialmente el pedimento principal de la demanda, declarando la nulidad de la partición efectuada conjuntamente por los demandados don Narciso y don Victor Manuel procediendo en consecuencia, a realizar una nueva partición, que se llevará a cabo en ejecución de sentencia, y todo ello, por cuanto se expone, como ratuo decidendi en sus tres considerandos: "1.º Considerando que como se sabe, el cargo de contador-partidor a que, con el nombre de comisario, se refiere el art. 1.057 del Código Civil, es de carácter personalísimo y temporal. 2.º Considerando que por ello don Narciso no podía legalmente delegar en o compartir con, el contador sucesivo, don Victor Manuel, sus funciones de tal, ni tampoco realizar por sí solo la partición de las herencias de que se trata fuera de plazo señalado en el testamento de su hermana doña Laura, como en electo así ha sucedido, y esto aun en el caso más favorable para él de que se entienda que los dos años empezaron a correr desde el acto conciliatorio de 25 de enero de 1979 y no desde los seis días siguientes al de la muerte de dicha causante (10 de diciembre de 1974) cosa por lo demás harto discutible puesto que las respuestas de los conciliados doña Camila, doña María Virtudes y don Bruno difícilmente pueden significar la concesión de una prorrogación al repetido primer contador. 3.º Considerando, que la concurrencia de ambas circunstancias y singularmente de la segunda, hace que debamos estimar en lo esencial el pedimento principal de la demanda, pues como tiene declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de abril de 1929, la facultad de hacer la partición que con arreglo al art. 1.057 del Código Civil, pueden conferir los testadores a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos, está necesaria y lógicamente relacionada con la aceptación que realice la persona designada y con que ésta no deje transcurrir el plazo señalado por el propio testador, o el del art. 904, o por los herederos cuando todos fueren mayores de edad, para llevar a debido efecto el cumplimiento del encargo que se le confió, de donde se infiere que si no se realiza en tiempo oportuno la partición, queda ipso facto extinguido, conforme al art. 910, el mandato recibido, aunque no se haya solicitado la declaración de nulidad de las operaciones particionales extemporáneamente practicadas por el contador testamentario, sin que en el presente caso sea necesario, para verificar la nueva partición, acudir al correspondiente juicio sucesorio, ya que cabe perfectamente realizarla en ejecución de sentencia por los trámites del de testamentaria"; frente a cuya decisión se interpone el presente recurso de casación por la parte demandada, con base a los motivos que son objeto de estudio seguidamente por la Sala, y en cuyo recurso se suplica se dicte otra sentencia ajustada a Derecho en la que se confirme la apelada pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia.

Segundo: El primer motivo del recurso, se denuncia en base al antiguo número 4 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la sentencia recurrida desconoce el contenido de los propios documentos aportados en la demanda, pues de todos, esto es, los testamentos de los padres y causantes de los demandantes, y de los actos de conciliación celebrados el 25 de enero de 1979 (folios 50 y 51) y 9 de diciembre de 1983 (folios 72 a 74), resulta que ambos padres nombraron contador-partidor de su herencia a su hermano, tío de los



mismos contendientes, que es el codemandado don Narciso ; que en la primera conciliación de 25 de enero de 1979, el recurrente requiere al expresado contador-partidor que acepta el cargo y que ante las dificultades expuestas por los interesados a dicho contador, el mismo trasladó su cometido al sucesivo don Victor Manuel , el cual juntamente con aquél asiste a la conciliación en 9 de diciembre de 1983 y manifiesta que cumplió su encargo en 23 de noviembre de 1983 aclarando que ha sido el segundo contador sucesivo el que ha realizado la partición con el asesoramiento correspondiente, entre ellos, el del anterior contador, por lo que aparece claro que la partición se realizo por el contador sucesivo en 1483, sin que conste dato alguno que pueda determinar la prescripción o caducidad por lo que la sentencia recurrida, al estimar caducado el plazo que disponía el contador- partidor sucesivo, incurre en el denunciado error; el motivo no puede admitirse, porque aunque tales antecedentes sean ciertos, según la constancia de los autos, es preciso subrayar que el designio del motivo en lo relevante, es el de afirmar que la partición fue realizada por el contador sucesivo, esto es, don Victor Manuel por lo que debe ceder la versión de la sentencia recurrida, de que por el primer contador no se podía realizar la partición de la herencia fuera de plazo, y que por tanto, hasta en el caso más favorable para él si se entiende que los dos años empezaron a correr desde los seis días siguientes a la muerte de la causante en 11 de diciembre de 1975, por haber transcurrido el plazo previsto, con la prórroga correspondiente, ya que, en efecto, la convicción de la Sala a quo sobre que el primer contador-partidor no podía delegar sus funciones ni compartirlas, ni menos efectuar la partición fuera de plazo, como así ocurrió, no se desvirtúa por tales pruebas documentales amén de que la denuncia sobre tales cuestiones incurra en valoraciones jurídicas que en modo alguno permitan aducirlo por la vía de hecho elegida, por lo que el motivo ha de rehusarse. En el motivo segundo del recurso, se denuncia por igual vía jurídica del extinto núm. 4 y abundando en el motivo anterior, que el error proviene al declarar que, como consecuencia de la nulidad de la partición de referencia procede realizar una nueva en trámite de ejecución, porque se desconoce el valor de la disposición testamentaria contenida en la última voluntad de los causantes en la que los padres de los interesados nombran contadores-partidores para realizar tal cometido, y que aun en el negado supuesto de que hubiera transcurrido el plazo que tenían los dos demandados contadores, queda todavía el nombrado sucesivamente en último lugar don Paulino . El motivo en sí plantea el problema jurídico que se dilucida al examinar los subsiguientes en cuanto a la índole del nombramiento de los contadores partidores realizados por los testadores y sobre todo, de la eficacia de la partición realmente efectuada e instrumentada en escritura pública de 26 de enero de 1984. por lo que se relega su respuesta al examen de los sucesivos motivos. En el motivo tercero, se denuncia al amparo del antiguo núm. 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción de las normas del Ordenamiento jurídico, pues con independencia de lo expuesto en los anteriores motivos, la Sala de instancia al estimar extinguido el plazo de que dispone el contador-partidor don Victor Manuel para realizar la partición vulnera el art. 1.057, párrafo primero, en relación con el 1.969 y 1.125 del Código Civil , por cuanto que, el plazo de prescripción de toda clase de acciones y derechos, solamente viene a contarse desde el día que pudieron ejercitarse y que es evidente que este plazo debe empezar desde que se puso en conocimiento de don Victor Manuel su condición de contador-partidor, hasta el acto de conciliación de 1983; en resumen, don Victor Manuel como contador-partidor testamentario, realizó su encargo dentro del plazo estimado al efecto, pues no consta que conociera ese encargo hasta ese acto, y al estimar caducado o vencido el plazo citado, se vulnera la normativa legal y jurisprudencial que se cita en este motivo. En el cuarto y último motivo del recurso, se denuncia por igual vía que la sentencia infringe las normas del Ordenamiento jurídico, vulnerándose por aplicación indebida los arts. 904 y 906 del Código Civil : 1.º Porque ambos preceptos se refieren al albaceazgo y no al cargo de contador-partidor, cuya regulación está en el art. 1.057 del Código Civil ; 2.º Porque está claro y así consta en la sentencia que la partición está realizada por el contador sucesivo Sr. Victor Manuel y con la colaboración de los asesores; 3.º Porque también resulta aplicable la doctrina jurisprudencial que impone el principio de conservación o favor partitionis; por lo que tanto por el desconocimiento de la lecha del comienzo del plazo del contador del Sr. Victor Manuel , como por la incuestionable decisión del mismo sobre la partición que le ha sido encomendada ha de ser rechazada la caducidad o la prescripción apreciada por la Sala de instancia. Ambos motivos han de rechazarse, porque habida cuenta que ante la orfandad de normas reguladoras del cargo de contador partidor -salvo la específica del art. 1.057 del Código Civil - una antigua línea jurisprudencial lo asimila al albaceazgo y a su normativa correspondiente - Sentencias de 22 de febrero de 1929 , 5 de julio de 1947 , la más reciente 21 de julio de 1986 - y, en consecuencia, ha de confirmarse la ratio decidendi contenida en el segundo fundamento jurídico de la sentencia recurrida, ya que en electo, la disposición testamentaria que acoge el nombramiento de este estos contadores-partidores (el. 8.º del testamento del padre de los causantes de 10 de enero de 1949 "Nombra comisario... a Narciso v en detecto de éste, por premoriencia incapacidad o renuncia, sucesivamente a Victor Manuel , todos con prórroga del cargo por dos años mas desde el fallecimiento de su esposa si le sobrevive o del propio en su caso) los configura pues como un nombramiento sucesivo, siempre que el primer nombrado no actuara por razones exclusivas de "premoriencia, incapacidad o renuncia , y cuyo plazo de dos años debía empezar tras el fallecimiento de la esposa de este causante (en cuyo testamento suscrito en 18 de diciembre de 1965 también en su el. 9.º aparece una disposición semejante que lo que en 10 de diciembre de 1975 de lo que se colige, en sustancia: que para el funcionamiento de ese segundo nombramiento de contador-



partidor, era preciso que aconteciera alguna de esas tres causas -premorienza incapacidad o renuncia- por lo que al no haber acontecido ninguna de ellas (ni siquiera la tercera cabe apreciar al no haberse constatado de forma evidente en los autos, ni menos aún ejercitarse dentro del plazo marcado) no es posible la entrada en juego del segundo contador-partidor; que por ello, e incluso, como expresa la Sala, comenzado el plazo de dos años tras el acto de conciliación de 25 de enero de 1979 para el primer contador nombrado, en que por la intervención de todos los interesados cabe aplicar la prórroga analógica prevista en el art. 906 del Código Civil, tampoco se verificó dicha partición en el tiempo previsto; y no se ignora que esa partición se efectuó en 26 de enero de 1984. que es sobre la que se pide su nulidad como consta en su protocolización notarial (folio 13 autos) y la cual aparece efectuada actuando los dos partidores conjuntamente y de común acuerdo: sin que por tratarse de un plazo de caducidad quepa la sanción que el motivo tercero aduce del art. 1.969 del Código Civil, por lo que de todo ello se deriva que la actuación del segundo partidor nombrado carecía de eficacia -aparte de que en modo alguno como sostiene el recurso, esa partición la ejecutó él, exclusivamente, según lo acreditado de citado instrumento notarial-, porque, se repite, intervino, en el sentido que fuese, sin que previamente el evento determinante de su designación sucesiva, aparte de que esa partición fue no ajustada pues se practicó fuera de plazo por lo que de consiguiente, la nulidad de citada partición deviene inconclusa, como acuerda la Sala de instancia tanto se atiende a que la actuación del segundo contador-partidor fue improcedente al no acaecer ninguna de las causas previstas por el testador, al amparo de los arts. 1057.1 en su reenvío por analogía al 901 del Código Civil (pues, es obvio que el segundo contador intervino sin que se produjera ni la premonencia, ni la incapacidad ni la renuncia expresa y tempestiva del primero, sino, exclusivamente, por la falla de diligencia de éste de no actuar conforme al mandato testamentario recibido), como sí se entiende que la partición fue efectuada por el primer contador (o, incluso, por el segundo) o en concurrencia de ambos según consta en el acta notarial referida, pues en todos esos supuestos se ejecutó fuera de plazo - arts. 904, 905 y 906 del Código Civil - y su extinción resultará del juego sancionador del art. 910 del citado Código, por lo que procede el rehusé de los motivos y la desestimación del recurso con los efectos derivados.

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 Marco Antonio contra la Sentencia pronunciada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Cortina, en fecha 5 de diciembre de 1989. Condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso y a su tiempo comuníquese esta resolución a la expresada Audiencia, con devolución a la misma de las actuaciones que remitió.

ASI, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCION LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Luis Albácar López. Luis Martínez Calcerrada Gómez. José Almagro Nosele. Rubricados.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia el mismo día de su fecha por el Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez. Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Ponente en estas actuaciones, hallándose la misma celebrando audiencia pública, de lo que como secretario certifico.