

Roj: **STS 7085/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7085**Id Cendoj: **28079110012005100905**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/11/2005**Nº de Recurso: **818/1999**Nº de Resolución: **929/2005**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **ANTONIO GULLON BALLESTEROS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Noviembre de dos mil cinco.

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 Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz con fecha 26 de enero de 1999, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Almendralejo, sobre nulidad de partición de herencia; cuyo recurso ha sido interpuesto por doña Maite, don Jose Manuel y don Héctor, representados por el Procurador don Luciano Rosch Nadal; siendo parte recurrida doña Ángeles, don Eloy, don Juan Manuel, doña Juana, don Jose Enrique, don Jon y don Blas, todos ellos representados por el Procurador de los Tribunales don Ramiro Reynolds Martínez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Almendralejo, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía instados por doña María Dolores, don Eloy y don Juan Manuel y don Jon, don Blas, don Jose Enrique y doña Juana, contra don Héctor, doña Maite, y don Jose Manuel y contra don Vicente.

Por la parte actora se formuló demanda con arreglo a las prescripciones legales, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando se dictase sentencia "por la que se declarase: 1º. Que la partición realizada por don Héctor ante el Notario de la Ciudad de Mairena de Aljarafe, don Luis Barriga, es nula de pleno derecho al estar realizada por persona incompetente al haber cesado, por el transcurso del tiempo, como contador-partidor. 2º. Con el carácter de subsidiario y para el supuesto de que se considerará que la mencionada partición está realizada por persona competente, se declare su nulidad y se rescinda la misma, obligando a las parte a realizar una nueva partición y adjudicación de la herencia por los siguientes motivos: a) Por no respetarse la voluntad de la testadora manifestada en el testamento. b) por no haberse incluido dentro del inventario distintos bienes de gran valor pertenecientes a la causante de la herencia los cuales se encuentran en poder del Sr. Héctor, quien deberá reintegrarlo a la masa hereditaria. c) Al haberse efectuado las valoraciones de los bienes incluidos en el cuaderno particional en claro perjuicio del principio de igualdad que debe presidir la formación de los lotes lesionándose gravemente los intereses de los actores. 3º. Para el caso de que en el Registro de la Propiedad de la Ciudad de Almendralejo, existiera alguna inscripción realizada a favor de cualquiera de los demandados, practicada de acuerdo con la partición que impugnamos, decreta la nulidad de dichas inscripciones, cancelando cuantos asientos hayan sido practicados a partir de la fecha de 29 de agosto de 1996. 4º. Condenar a los demandados al pago de las costas de este procedimiento".- Admitida a trámite la demanda, de la misma se dio traslado a la parte contraria, para que la contestase en el término legal, verificándolo en tiempo y forma, oponiéndose a la misma, en base a los hechos que constan en las actuaciones y que se dan pro reproducidos y alegando las excepciones de litis consorcio pasivo necesario y falta de legitimación pasiva "ad procesum" de don Vicente; comparecido en autos los demandados don Jose Manuel y doña Maite después del trámite de contestación a la demanda, por lo que procedió su declaración



en rebeldía, aunque fueron tenidos por parte en el procedimiento, y allanándose a la demanda el demandado don Vicente , y convocadas que fueron las partes a comparecencia, se celebró la misma, con la asistencia de ambas partes, ratificándose cada una de ellas en sus respectivos escritos de demanda y contestación".

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 5 de marzo de 1.998 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO.- Que con estimación de la demanda formulada por la Procuradora Sra. Ruiz Díaz, en nombre y representación de doña Ángeles , don Eloy , don Juan Manuel , don Jon , don Blas , don Jose Enrique y doña Juana , contra don Héctor , doña Maite , don Jose Manuel , estos dos últimos en rebeldía, aunque personados en las actuaciones y representados, los tres por el Procurador Sr. Sabido Moreno, y contra don Vicente , allanado a la demanda, debo declarar y declaro que la partición realizada por don Héctor ante el Notario de la ciudad de Mairena del Aljarafe, don Luis Barriga, es nula de pleno derecho al estar realizada por persona incompetente al haber cesado, por el transcurso del tiempo, como albacea contador.partidor, decretando además, para el caso de que el Registro de la Propiedad de Almendralejo existiera alguna inscripción realizada a favor de cualquiera de los demandados practicada de acuerdo con la partición declarada nula, la nulidad de dichas inscripciones, cancelándose cuantos asientos hayan sido practicados a partir del 29 de agosto de 1996; todo ello, con expresa imposición a los demandados de las costas que se hubieren devengado en el presente litigio, con la excepción del demandado don Vicente , allanado a la demanda antes del trámite de su contestación".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1ª Instancia por la representación de don Héctor , doña Maite y don Jose Manuel y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz con fecha 26 de enero de 1999, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS.- Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por don Héctor , doña Maite y don Jose Manuel , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Almendralejo con fecha 5 de marzo de 1998, en los autos de menor cuantía nº 0124/97 , debemos confirmar y confirmamos expresada resolución, con imposición de las costas causadas al apelante".

TERCERO.- El Procurador don Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de doña Maite , don Jose Manuel y don Héctor , ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz con fecha 26 de enero de 1999 , con apoyo en los siguientes: El motivo primero, al amparo del artículo 1.692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . y sentencias que se citan y por contravenir la anterior Doctrina Jurisprudencial interpretativa de los preceptos legales adjetivos atinentes a la comparecencia en juicio, artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución , la sentencia que se recurre en cuanto confirma la de primera instancia, sin reponer a los demandados, declarados en rebeldía y privados de la garantía que implica el tener oportunidad legal de alegar frente a la demanda.- Los motivos tercero, amparado en el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 1.224 del Código civil .- El motivo cuarto, amparado en el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 1.232 del Código civil .- El motivo quinto, amparado en el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 1.232 del Código civil .- El motivo sexto, amparado en el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 1.232 del Código civil .

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, el Procurador don Ramiro Reynolds Martínez, en representación de la parte recurrida presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 14 de noviembre de 2005, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Son hechos esenciales para la resolución de este recurso de casación los que a continuación se consignan.

El día 2 de julio de 1.955 falleció doña Maribel , viuda y sin descendencia, cuyo último testamento notarial abierto lo otorgó el 25 de abril de 1.991. En el mismo, tras disponer de diversos legados de cosas determinadas, instituyó herederos en el remanente de sus bienes, por partes iguales, a los hijos de su sobrino don Juan Manuel , a los hijos de su sobrino don Luis Andrés , a don Vicente , doña Maite y don Jose Manuel , sustituidos para los supuestos de premoriencia o incapacidad por sus respectivos descendientes. Nombró albacea universal a don Héctor , encargándole de las operaciones particionales de la herencia, para el caso de que hubiere menores o incapacitados o no hubiere acuerdo entre los interesados. En el supuesto de que



lo hubiese y éstos fuesen mayores de edad y con capacidad suficiente, no sería necesaria la intervención del susodicho albacea. No le señaló la causante plazo de duración de su cargo.

El día 29 de agosto de 1.996, don Héctor protocoliza notarialmente las operaciones particionales de la causante.

El día 9 de mayo de 1.997, doña Ángeles , don Eloy , y don Juan Manuel ; y don Jon , don Arturo , don Jose Enrique y doña Juana , demandan por las reglas del juicio declarativo de menor cuantía a don Héctor y a las restantes coherederos, solicitando: 1º. La nulidad de la partición porque no se realizó dentro del tiempo legal; 2º. Con carácter subsidiario por si no se estimase la nulidad, que se obligase a las partes a realizar otra nueva y adjudicación de los bienes por los siguientes motivos: a) No respetarse la voluntad de la testadora manifestada en el testamento; b) Por no haberse incluido en el inventario de la herencia bienes de gran valor pertenecientes a la causante, los cuales se encuentran en poder del señor Héctor , quien deberá integrarlos en la herencia; c) Al haberse efectuado las valoraciones de los bienes en el cuaderno particional en claro perjuicio del principio de igualdad que deba presidir la formación de los lotes, con lesión grave de los intereses de los actores.

El Juzgado de 1ª Instancia estimó la demanda, declarando nula de pleno derecho la partición al estar realizada por persona incompetente al haber cesado, por el transcurso del tiempo, el codemandado Sr. Héctor por el transcurso del tiempo, como albacea contador-partidor.

Apelada la anterior sentencia, por los actores, la Audiencia la confirmó.

Contra la sentencia de la Audiencia han interpuesto recurso de casación los actores.

PRIMERO.- El motivo primero, al amparo del artículo 1.692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . En el párrafo final de la fundamentación, tras exponer la doctrina jurisprudencial que los recurrentes consideran que se debió aplicar, dicen: "Por contravenir la anterior Doctrina Jurisprudencial interpretativa de los preceptos legales adjetivos atinentes a la comparecencia en juicio, artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución , la sentencia que se recurre en cuanto confirma la de primera instancia, sin reponer a los demandados, declarados en rebeldía y privados de la garantía que implica el tener oportunidad legal de alegar frente a la demanda". En realidad lo que se denuncia es la declaración de rebeldía de los recurrentes Dª. Maite y don Jose Manuel por no comparecer debidamente representados, rebeldía que se dejó sin efecto posteriormente por subsanación del defecto procesal. Entienden los recurrentes que se les debió dar plazo para subsanar y no declarar la rebeldía que le causaba indefensión.

El motivo se desestima. La providencia del Juzgado de 1ª Instancia de 14 de junio de 1.997 tuvo por personado y por contestada la demanda al codemandado, pero por no haber comparecido en forma Dª. Maite y don Jose Manuel se les declaraba en rebeldía.

Contra la susodicha providencia recurrieron en reposición los citados codemandados.

El auto del Juzgado de 5 de julio de 1997 desestimó la reposición, entendiendo que quien recurrió fue el único personado , pues ni Dª. Maite ni don Jose Manuel lo estaban.

Contra el auto denegatorio de la reposición se interpuso recurso de apelación por don Héctor , que por providencia de 16 de julio de 1.997 se tuvo por interpuesto en un solo efecto, a resolver conjuntamente con la apelación principal. Sin embargo, al apelar la misma no reprodujo su interposición, como exige inexcusablemente el art. 703 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Además, carece de la más elemental legitimación por falta de interés en defender a sus codemandados, que ni siquiera ha tratado de justificar.

Don Jose Manuel y doña Maite se personaron por medio de Procurador nombrado "apud acta", y el Juzgado los tuvo por personados y parte por providencias de 1 de septiembre y 25 de octubre de 1.997 respectivamente. No consta en las actuaciones que hubiesen interpuesto recurso alguno contra la providencia que los declaró rebeldes en su momento, por lo que nada tenían que apelar ante la Audiencia.

Aunque hipotéticamente se prescindiese de todos los razonamientos anteriores, faltaría la indefensión en qué fundamentar el motivo. Don Jose Manuel , doña Maite y don Enrique contestaron en el mismo escrito a la demanda, manifestando los dos primeros que ratificarían "apud acta" la representación que, en nombre de los mismos, decía ostentar el Procurador de don Héctor . Posteriormente designaron "apud acta" a dicho Procurador. Carece de sentido que manifiesten que no pudieron defenderse.

La desestimación de este motivo lleva consigo la del segundo, pues no se contienen en él otros argumentos que los que se exponen en aquél, pero ahora desde el punto de vista del artículo 24.1 C.E .

SEGUNDO.- Los motivos tercero, cuarto y quinto, al amparo del artículo 1.692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , acusan errores de derecho en la valoración probatoria, que conduce a la sentencia recurrida a afirmar



que los actores han acreditado de manera suficiente que el albacea conoció su nombramiento desde el 24 de agosto de 1.995.

El motivo tercero acusa infracción del artículo 1.225 del Código civil , pues estando reconocido por los codemandados el documento nº 6 acompañado por los actores en su demanda, se ha de considerar probado que el albacea don Héctor realizó inventario en la vivienda de la finada el día 3 de septiembre de 1.996.

El motivo se desestima por su irrelevancia casacional, pues el tema central de este litigio es la determinación de cuándo conoció cuando había sido nombrado albacea de la testadora y aceptó el cargo consiguientemente, y para ello no sirve que el día 3 de septiembre hiciese inventario de bienes hereditarios con sus coherederos, si se prueba que ya con anterioridad conocía el nombramiento y aceptó.

El motivo cuarto acusa infracción del artículo 1.232 del Código civil porque la sentencia recurrida se basa en la confesión judicial de los codemandados don Jose Manuel y D<sup>a</sup> Maite en cuanto manifiestan que concurrieron a una reunión con el albacea don Héctor para tratar del inventario de la herencia. Como la sentencia recurrida dice que este hecho lo reconocieron de una manera más o menos firme, los recurrentes alegan que la confesión no es clara, precisa y categórica para que opere en contra de los demandados, y tener por fecha de la reunión el 26 de agosto, de lo que deduce la sentencia que antes conocía su nombramiento don Héctor , con lo cual la partición estaba realizada fuera del plazo legal.

El motivo se estima pues efectivamente una confesión que adolece de esa falta de firmeza, en modo alguno puede valorarse en perjuicio del confesante en relación con lo confesado. Las sentencias de esta Sala de 12 de mayo de 1.995, 23 de noviembre de 1.996 y 28 de enero de 1.997 dicen que la confesión judicial es una prueba judicial sometida a la valoración de la instancia, salvo en la hipótesis en que clara, lisa y llanamente, sin necesidad de conectar las respuestas con antecedentes y sin ninguna ambigüedad el confesante realiza una declaración contra sí. Es obvio que ninguna de estas circunstancias concurren en las confesiones de los codemandados, pues la propia sentencia acredita que precisamente tienen las contrarias, al calificarlas de "más o menos firme".

El motivo quinto acusa infracción del artículo 1.232 del Código civil , y en él se pretende que se valore la confesión judicial de los actores, y que esa valoración les perjudique, en tanto ha de hacerse en el sentido de que ellos tenían la copia autorizada del testamento y certificación del Registro de Actos de Ultima Voluntad y no el albacea demandado.

El motivo se desestima porque la casación no es una tercera instancia del pleito en la que pudiese esta Sala proceder a nueva valoración del material probatorio, sino que ha de controlar la debida aplicación de la ley y de la doctrina jurisprudencial al caso litigioso. La confesión de los actores no figura valorada en la sentencia recurrida, y no puede esta Sala realizarla en virtud de la doctrina anteriormente expuesta, mantenida en innumerables sentencias.

TERCERO.- La estimación del motivo cuarto hace inútil el examen de los restantes, pues obliga a casar la sentencia recurrida, basada en la confesión judicial erróneamente valorada, y resolver el litigio como órgano de instancia ( art. 1.715.1.3º LEC ).

Ante todo, esta Sala ha de manifestar que la sentencia que se recurre es contradictoria en sí misma, pues carece de sentido que se declara en el fundamento jurídico tercero, en su inicio: "Este Tribunal ha procedido a un nuevo examen de la prueba practicada en los presentes autos acerca de este particular y forzosamente ha de llegar a la misma conclusión que el jugador a quo", y a continuación se diga: "Los actores han acreditado de manera suficiente que el albacea recurrente conoció su nombramiento desde el día 24 de agosto de 1.995". Es contradictoria esta última conclusión, pues la sentencia de primera instancia para nada se refirió a tal fecha, sino que de una manera sencilla y clara constató dos hechos, en base precisamente al escrito de contestación a la demanda: 1º. Que el albacea se nombró a sí mismo como tal en la minuta del testamento que realizó para la testadora, y que fue recogida en aquel documento notarial, todo ello por la confianza que tenía en don Héctor como abogado suyo; 2º. Que el mismo asistió al entierro de la testadora efectuado el 3 de julio de 1.995. Sobre estos dos pilares, la sentencia de primera instancia aplica el artículo 898 del Código civil .

Esta Sala, en su análisis de los autos, ha de ratificar la existencia de aquellos dos hechos descritos, que la obligan también a fundamentar su decisión en el citado precepto. Dado que la testadora no señaló plazo alguno al albacea don Héctor para la realización del encargo que le hacía, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 904 del Código civil , y fijarse tal plazo en un año desde la aceptación del cargo. Esta aceptación se produjo, de acuerdo con el artículo 898 del Código civil , a los seis días siguientes al 3 de julio de 1.995. En aquellos seis días no se produjo ninguna manifestación de voluntad contraria a la aceptación del cargo, por lo que ha de entenderse aceptado ( sentencia de 20 de febrero de 1.993 ).



El albacea don Héctor ha entendido que el plazo no cuenta sino desde que conoce que su nombramiento era firme por no existir ningún testamento posterior. Pero el artículo 898 del Código civil prevé el caso de que el nombramiento le fuese conocido antes de la muerte del testador, que por definición no es firme, luego el albacea no ha de esperar a que ello se confirme, ha de aceptar o repudiar dentro de los seis días siguientes a su muerte. En favor de esta última tesis, que se rechaza, se alega la sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 1.974, en la que se dice que la legal actuación del contador comienza "después de que ocurra el fallecimiento del testador y se compruebe que tal designación no ha sido revocada por testamento posterior", pero aparte de que una sola sentencia no constituye doctrina jurisprudencial porque no es reiterada ( art. 1.6 Cód. civ .), lo dicho en ella no es más que un mero obiter dicta, pero no la ratio decidendi de aquel litigio. Ésta consistió en que el contador no tuvo conocimiento de su designación hasta un año antes de proceder a la práctica de la partición. Es obvio que en la ratio decidendi, que es lo que forma doctrina jurisprudencial, lo que cuenta nada más es aquel conocimiento para computar el plazo, en modo alguno su confirmación. Además, y volviendo al caso de la sentencia de 1974, allí no hubo prueba de que el contador conociese su designación antes del fallecimiento del testador. En fin, la interpretación de dicha sentencia no puede considerarse que constituya una reforma de los arts. 898 y 904, ambos del Código civil, introduciendo un requisito (la confirmación de la designación) que los mismos no contienen, y que dejaría la puerta abierta a la litigiosidad en cuando al término en que haya de cumplirse. La sentencia de esta Sala de 1 de junio de 1.926, en un caso en el que en testamento notarial abierto se había nombrado albacea a uno de los testigos instrumentales, computó el plazo desde el día siguiente a la muerte del testador.

Por todo ello, debe estimarse que la partición practicada por el albacea contador-partidor demandado don Héctor, protocolizada notarialmente el 27 de agosto de 1997, se realizó fuera del plazo legal de un año, por lo que es nula como hecha por persona sin legitimación.

Al coincidir esta declaración con el fallo de la sentencia recurrida, que a su vez confirmaba la de primera instancia, estimatoria de la demanda, no ha lugar a casarlo y anularlo, sino a mantenerlo con otros fundamentos jurídicos (los que aquí se han desarrollado), según doctrina de esta Sala ( sentencias de 27 de septiembre de 1.992, 17 de diciembre de 2.003 y 14 de junio de 2.005 ).

Las costas de este recurso se imponen a los recurrentes.

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 doña Maité . don Jose Manuel y don Héctor, representados por el Procurador de los Tribunales don Luciano Rosch Nadal contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial Badajoz con fecha 27 de enero de 1.999. Con condena de las costas ocasionadas en este recurso a los recurrentes. Con pérdida del depósito constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Arturo Xiol Ríos.- Antonio Salas Carceller.- Antonio Gullón Ballesteros.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Gullón Ballesteros, 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.