



Roj: **STS 8629/1992 - ECLI:ES:TS:1992:8629**

Id Cendoj: **28079110011992104002**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/11/1992**

Nº de Recurso: **2627/89**

Nº de Resolución: **1037**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **FRANCISCO MORALES MORALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 24 de Noviembre de 1.992. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el doble recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección Cuarta 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 número Cinco de los de Vigo, sobre impugnación operaciones particionales y otros extremos; cuyo primer recurso ha sido interpuesto por D. Jose Ángel y D<sup>a</sup> María Inés , representados por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén y asistidos por el Letrado D. Manuel Pérez Gómez; el segundo ha sido interpuesto por D. Alfonso , representado por el Procurador D. Santos Gandarillas Carmona y defendido por el Letrado D. Antonio Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos; siendo parte recurrida D. Emilio y D. Gonzalo , representado por el Procurador D. Saturnino Estevez Rodríguez y asistido por el Letrado D. Antonio Tovar Morais. También fueron parte D. Oscar y otros que no se han personado en estas actuaciones.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Procuradora D<sup>a</sup> María Jesus Valencia Ulloa en nombre y representación de D. Alfonso formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de los de Vigo, contra D. Jose Ángel , D<sup>a</sup> María Inés , D. Oscar , "Invenga, S.A.", D. Emilio y D. Gonzalo , sobre impugnación de operaciones particionales, alegó los hechos y fundamentos de



derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1º Que son SIMULADAS, inexistentes o nulas las operaciones particionales de la herencia de D. Juan , realizadas por el contador partidor D. Oscar , en todo su contenido, así como su notificación -acta notarial de fecha 4 de Junio de 1984- núm. 799 de la Notaría de D. José Roan Martínez de Madrid, así como la escritura de partición y su protocolización de fecha 19 de julio de 1983, núm. 2697, de la Notaría de D. Alberto Casal Rivas de Vigo. 2º Que la declaración de heredero "abintestato" a favor de D. Juan en la sucesión de su hermana Dª Rosa recogida en el fallo de la sentencia de la Sala 2ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña de fecha 10 de abril de 1971, no ha producido efecto alguno en cuanto a transmisión de bienes a su favor, por su anterior fallecimiento y el derecho a los bienes de la herencia de su hermana Dª Rosa , estaba y está extinguido o caducado, ni pudo aceptar, ni adquirir tales bienes y por consecuencia transmitirlos a sus herederos según testamento otorgado el 28 de agosto de 1962 en Vigo, ante el Notario D. Alberto Casal Rivas. 3º Que son únicos y universales herederos "abintestato de Dª Rosa , por partes iguales, sus tres sobrinos: D. Jose Ángel , Dª María Inés , y D. Alfonso , quienes poseían sus bienes, y en todo caso, el derecho a aceptar la herencia por D. Juan pasó a sus indicados sobrinos. 4º Que los bienes pertenecientes a la herencia de Dª Rosa según figuran en cuaderno particional inventariados deberán ser excluidos de la partición impugnada como de D. Juan , y se reintegren a la comunidad hereditaria formada por sus tres sobrinos anteriormente indicados. 5º Que son simulados, inexistentes o nulos los negocios jurídicos de compraventa llevados a cabo de una parte como vendedores D. Jose Ángel y Dª María Inés y de otra parte como comprador D. Eugenio en representación de la entidad mercantil "INVENGA, S.A." por quien actuaba y para quien adquirió, ante la notaría de D. Alberto Casal Rivas en Vigo, el 16 de Marzo de 1984, escrituras 1.194 y 1195 de su protocolo, contratos sin valor ni efecto jurídico alguno, reintegrándose los bienes que en ellas constan a las comunidades hereditarias no extinguidas respectivas de Dª Rosa y de D. Juan en sus respectivas porciones, que la formaban y de la que participaban D. Jose Ángel , Dª María Inés y D. Alfonso , y sus consiguientes inscripciones registrales producidas o que se produzcan. 6º Asimismo se declaren simuladas, inexistentes o nulas las escrituras o actas notariales de fechas 8 de junio de 1984 por las que se ha ofrecido el derecho de tanteo a los arrendatarios del inmueble nº NUM000 de la calle DIRECCION000 de Vigo, en las que ha



intervenido D. Eugenio en representación de D. Jose Ángel y D<sup>a</sup> María Inés , de la Notaría de D. Alberto Casal Rivas, numos. 2337, 2338, y 2339 de su protocolo. Así como del poder especial conferido a los efectos de fecha 16 de marzo de 1984, núm. 1196 de su protocolo y misma notaria, otorgado por los hermanos demandados, Sres. Alfonso María Inés Jose Ángel . Y consecuentemente los negocios jurídicos de compraventa de fechas 21 de Agosto de 1984 y 20 de diciembre de 1984, formalizados entre D. Eugenio representado a los indicados Sres. Alfonso María Inés Jose Ángel , como vendedores, y D. Emilio y esposa, D. Gonzalo y esposa, y la entidad mercantil "INVENGA, S.A." como compradores, ante la Notaria de D. Alberto Casal Rivas en Vigo, y numos. 3087, 3088 y 4735 de su protocolo, respectivamente, contratos sin efecto, ni contenido jurídico alguno, dándose en el último, una extraña figura de autocontratación, reintegrándose los bienes que en dichas escrituras aparecen transmitidos a la comunidad hereditaria respectiva de D<sup>a</sup> Rosa , no extinguida y que la forman D. Jose Ángel , D<sup>a</sup> María Inés y D. Alfonso , y sus inscripciones registrales que deberán ser anuladas. 7º Que se declare rescindida o anulada la partición impugnada confeccionada, por el comisario o contador partidario D. Oscar , protocolizada por acta de fecha 19 de julio de 1983, ante la notaria de D. Alberto Casal Rivas en Vigo, núm. 2697 de su protocolo y notificada al actor en fecha 15 de junio de 1984, por acta de fecha cuatro del mismo mes y año por la Notaria de Madrid, de D. José Roán Martínez. Así como las adjudicaciones o integro contexto referidos al patrimonio de D. Juan , todavía sin entregar al actor, y por causarle lesión en más de la cuarta parte de su valor verdadero y real de sus bienes y consecuentemente se condene a los demandados D. Jose Ángel y D<sup>a</sup> María Inés , como coherederos, y a D. Oscar , como partidario testamentario, de forma solidaria, a optar entre indemnizar el daño, que se fija en QUINCE MILLONES DE PESETAS, o, y que se determine en período de prueba, o a consentir se proceda a una nueva partición. 8º Asimismo, de manera conjunta y solidariamente con los anteriores señores demandados se condene a la entidad "INVENGA, S.A." a D. Emilio y esposa, a D. Gonzalo y esposa, como adquirentes aparentes de bienes hereditarios pertenecientes a las indicadas herencias de D. Juan y de D. Rosa , como son los inmuebles: nº NUM001 y NUM002 de la c/ DIRECCION001 ; pisos NUM003 y NUM004 , bajos izquierdo y derecho, del nº NUM000 de la c/ DIRECCION000 , ambos de Vigo, a que abonen al actor la suma de QUINCE MILLONES DE PESETAS, o en el importe de los daños y perjuicios que se acrediten en período probatorio. 9º Que se traigan a colación, se inventarién y se adjudiquen en su día en la forma procedente los bienes que fueron de D. Juan por herencia de doña Montserrat , inmuebles nº NUM005 y nº NUM006 de la



c/ DIRECCION002 , enajenados en fecha 11 de julio de 1965 por escritura pública otorgada ante la Notaria de D. Alberto Casal Rivas, en su valor real, esto es, de nueve millones de pesetas, y en la medida proporcional entre los tres coherederos, D. Jose Ángel , D<sup>a</sup> María Inés y D. Alfonso , dejándose sin virtualidad las operaciones particionales impugnadas, o en su caso por vía de complemento. 10º Asimismo se condene a los hermanos demandados al pago de aquellas cantidades que resulten acreditados por los siguientes conceptos: a) importe de los recibos de contribución satisfechos por el actor que ascienden a la suma de ochocientas sesenta y una mil seiscientas cuarenta y dos pesetas. b) Importe del traspaso del bajo de la casa nº NUM001 de la c/ DIRECCION001 de Vigo, realizado por los hermanos demandados Sres. Alfonso María Inés Jose Ángel , en fecha 22 de febrero de 1977 y correspondía su parte a la comunidad hereditaria respectiva de D<sup>a</sup> Rosa y D. Alfonso ; al igual que el pago anterior. c) Importe de las rentas que producían los inmuebles desde el fallecimiento de sus titulares, en la proporción que correspondiese a sus herederos. d) Así como el importe de los demás bienes sin inventariar y consistente en dinero, plata, objetos de valor, muebles y demás bienes que se encontraban en los pisos NUM003 y NUM004 de la casa de la c/ DIRECCION001 NUM002 de Vigo, en su proporción correspondiente. Para su pago al actor o complemento de su cuota. 11º Que se declare nulo o ineficaz en derecho, la división horizontal del inmueble nº NUM000 de la calle DIRECCION000 de Vigo, realizada en la partición y perteneciente a la herencia de D<sup>a</sup> Rosa , y no de D. Juan ; reintegrando el referido inmueble a la comunidad hereditaria formada por los tres hermanos Alfonso María Inés Jose Ángel en partes iguales, en su caso. 12º Con la expresa imposición de las costas a los demandados.

SEGUNDO.- Admitida la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos en la representación de D. Emilio y Gonzalo , el Procurador D. José Marquina Vázquez, quien contestó a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que se desestime la demanda en cuanto a los contestantes se refiere, absolviéndoles e imponiendo las costas al actor.

TERCERO.- El Procurador D. José A. Aguirre Sánchez se personó en autos, en la representación de D. Jose Ángel y María Inés , quien contestó a la demanda de contrario, alegó los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia desestimatoria de la demanda, bien por admisión de la excepción alegada de defecto legal en el modo de proponer la demanda, bien en cuanto al fondo de la cuestión, con absolución de mis representados y expresa imposición de las costas al demandante en



cualquiera de los supuestos.

CUARTO.- El Procurador D. Antonio Aguirre Pardevila se personó en su propio nombre a los solos efectos de evitar la rebeldía. No se personaron en autos la entidad Invenga, S.A. por lo que fue declarada en rebeldía. Las demandadas D<sup>a</sup> Melisa y D<sup>a</sup> Inmaculada fueron declaradas igualmente en rebeldía por no personarse.

QUINTO.- Convocadas las partes a comparecencia, se celebró el día y hora señalados con los resultados que constan 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 para conclusiones.

SEXTO.- El Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia, dictó sentencia en fecha 16 de Marzo de 1988 cuyo fallo es el siguiente: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por la Procuradora D. M<sup>a</sup> Jesús Valencia Ulloa, en nombre de D. Alfonso , contra D.

Jose Ángel y D<sup>a</sup> María Inés , representado por el

Procurador D. José Antonio Aguirre Sánchez; D. Emilio y D. Gonzalo , representados por el Procurador D. José Marquina Vázquez, sus

respectivas esposas Melisa y D<sup>a</sup> Inmaculada ,

no comparecidas en autos; D. Oscar , comparecido

personalmente a los solos efectos de evitar la rebeldía, y la entidad

Invenga, S.A., no comparecida en autos, debo declarar y declaro la

rescisión de la partición realizada por el contador-partidor D. Oscar , protocolizada en acta de 19 de julio de 1.983,

autorizada por el notario D. Alberto Casal Rivas, de esta ciudad, con el n<sup>o</sup>

2697 de su protocolo, notificada al actor en 15 de junio de 1.984, por

causar al último lesión en más de la cuarta parte de los bienes que le han sido adjudicados en esa partición, y, en consecuencia, condeno a los

demandados Sres. Alfonso María Inés Jose Ángel a que indemnicen al actor en el daño producido, que se concreta en cuatro millones ochocientos dos mil

novecientas diez pts; absolviendo a los restantes demandados de las

pretensiones contenidas en las demandas; sin hacer especial imposición de

costas.- Notifíquese esta sentencia a Invenga, S.A. y a las demandadas no

comparecidas en autos, en la forma prevenida en el artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

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

Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia en fecha 17

de Mayo de 1989, cuya parte dispositiva a tenor literal es la siguiente:

"Confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup>

Cinco de Vigo en el juicio de menor cuantía n<sup>o</sup> 496/87 y estimando

parcialmente la demanda interpuesta por don Alfonso



contra don Jose Ángel y doña María Inés , don Emilio y don Gonzalo , doña Melisa , doña Inmaculada , don Oscar y la entidad "INVENGA, S.A.", declaramos la rescisión de la partición de la herencia de don Juan realizada por el contador-partidor don Oscar , protocolizada en acta de 19 de julio de 1.983 autorizada por el Notario de Vigo don Alberto Casal Rivas que lleva el nº 2697 de su protocolo, por causar al actor lesión en más de la cuarta parte; en consecuencia condenamos a los demandados Sres. Alfonso María Inés Jose Ángel a que indemnicen al actor en la cantidad de 4.802.910 pesetas, más el interés que previene el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia de primera instancia, y absolvemos a los demás demandados de las pretensiones contra ellos deducidas. No se hace imposición de las costas de primera instancia. Las de este recurso de imponen a las partes apelantes. Contra la anterior sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo dentro del término de diez días.

OCTAVO.- El Procurador D. Santos Gandarillas Carmona en representación de D. Alfonso , interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos: PRIMERO.- Autorizado por el cauce del núm. 5 del art. 1692 de la L.E.C. al infringir la sentencia recurrida, por violación, el art. 675 del C.c. en cuanto previene que la voluntad del testador, entendida ante todo de acuerdo con el sentido de sus palabras, es la fuente del régimen sucesorio, debiendo entenderse comprendidas en éste las condiciones de ejercicio de los cargos de albacea o contador partidor cuando son objeto, como en este caso, de una específica disposición testamentaria. SEGUNDO.- Al amparo del nº 5 del art. 1692 de la L.E.C. al infringir la sentencia recurrida, por violación el art. 910 del C.c. en relación con los art. 894, párrafo segundo, 898 y 904 del C.c. en cuanto viene a establecer el primero de ellos que el albaceazgo finaliza por transcurso del lapso del término señalado por el testador, invocándose en los demás en el concepto que específicamente señala en el desarrollo del presente motivo. TERCERO.- Al amparo del nº 5 del art. 1692 de la L.E.C., al infringir la sentencia recurrida, por violación, el art. 991, en relación con el 1006 del C.c. al establecer aquel que nadie puede aceptar la herencia sin estar cierto de su derecho a la herencia, y resultando del segundo de los preceptos citados que, habiendo fallecido el heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará a sus herederos el mismo derecho que él tenía, pero sin que los bienes de la herencia no aceptada puedan entenderse entregados en el patrimonio de ese heredero que fallece sin aceptar ni repudiar.

NOVENO.- El Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en representación de D. Jose Ángel y D<sup>a</sup> María Inés ,



interpuso recurso de casación con apoyo en un único motivo: Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al amparo del art. 1692, ordinal 3º, inciso primero, de la L.E.C., como norma del ordenamiento jurídico que se considera infringida ha de citarse el art. 359 de la propia L.E.C. al incurrir la sentencia en vicio de incongruencia, por conceder al actor más de lo pedido en el pedimento 7º del suplico de la demanda.

DECIMO.- Admitidos los recursos y evacuados los trámites de instrucción, se señaló para la celebración de la vista, el día 5 de Noviembre 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.-El proceso a que este recurso se refiere fue promovido por D. Alfonso contra sus hermanos D. Jose Ángel y Dª María Inés (aparte de otros demandados que no se estima

necesario relacionar aquí), en el que postuló, con carácter principal, la declaración de nulidad de la partición de la herencia del padre de dichos litigantes, D. Juan (practicada por el contador-partidor D. Oscar ) y, con carácter subsidiario, la declaración de rescisión de la referida partición por lesión en más de la cuarta parte. En dicho proceso, en su grado de apelación, recayó sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña, por la que, confirmando la de primera instancia, desestima el referido pedimento principal de la demanda y, estimando el subsidiario, declara la rescisión de la partición por lesión en más la cuarta parte y, en consecuencia, condena a los demandados (a virtud de la correspondiente opción hecha por éstos para dicho supuesto de rescisión) a que indemnicen al actor en la cantidad de cuatro millones ochocientas dos mil novecientas diez pesetas. Contra la referida sentencia de la Audiencia interponen sendos recursos de casación, por este orden de formalización, los demandados D. Jose Ángel y Dª María Inés (con un motivo) y el demandante D.

Alfonso (con tres motivos). Los dos referidos recursos habrán de ser estudiados y resueltos por orden inverso al cronológico en el que fueron formalizados (que es en el que anteriormente han sido relacionados), pues si el interpuesto por el demandante (que viene a combatir el pronunciamiento desestimatorio del pedimento principal de la demanda acerca de la nulidad de la partición) hubiera de ser estimado, se produciría el decaimiento automático del formulado por los demandados (con



el que sólo impugnan el pronunciamiento estimatorio del pedimento subsidiario de la demanda referente a la rescisión de la partición).

SEGUNDO.- La petición de nulidad de la partición trató de sustentarla el demandante D. Alfonso en el siguiente doble orden de cuestiones: a) que la partición había sido practicada por el contador-partidor D. Oscar después de caducado el plazo legal y la prórroga concedida por el causante en su testamento; b) que en dicha partición se habían incluido, como formando parte del caudal hereditario del causante, los bienes que éste había heredado de su hermana D<sup>a</sup> Rosa , cuando el causante, dice el demandante, había fallecido antes de haber aceptado la herencia de su referida hermana. Con respecto a las dos referidas cuestiones, a la primera dedica el recurrente D. Alfonso los motivos primero y segundo, y a la segunda de ellas orienta el motivo tercero, por lo que serán examinadas por el expresado orden, con la debida separación entre una y otra.

TERCERO.- Para la adecuada comprensión y subsiguiente resolución de la primera de las apuntadas cuestiones, han de dejarse consignados los siguientes presupuestos fácticos: 1º El día 28 de Agosto de 1962 y bajo la fé del Notario de Vigo D. Alberto Casal Rivas (número 2.688 de su protocolo), D. Juan (padre de los aquí litigantes)

otorgó testamento abierto, en el que desheredó a su hijo D. Alfonso e instituyó herederos universales y únicos de todos sus

bienes, por partes iguales, a sus otros dos hijos, D. Jose Ángel y D<sup>a</sup> María Inés . Además de ello, el expresado testamento

contenía la siguiente cláusula: "Sexta: Ejecución testamentaria. Expresa su deseo de que la autoridad judicial no intervenga en los asuntos de su testamentaría y nombra comisarios contadores partidores, mancomunadamente, para que dos de ellos por el orden en que son designados, realicen las operaciones particionales, a D. Rafael Areses Pérez, Abogado de Pontevedra, D. Alfonso Moure Moure, Procurador de Vigo, D. Arturo Estévez Pérez y D. Carlos Casal Rivas, Abogados de Vigo, y D. Oscar , Procurador de los Tribunales, de Vigo. Los faculta para que, conjuntamente, dos de ellos -según ya se expresó- efectúen las operaciones de inventario, avalúo, colación, liquidación, división y adjudicación de la herencia y la entrega de los legados, y para que intervengan en la liquidación de la sociedad de gananciales.- Les amplía el plazo legal por dos años, contados a partir de la fecha en que para ello sean requeridos por cualquiera de los interesados.-Hace esta designación, sin perjuicio de que los herederos, antes del aludido requerimiento para que desempeñen su función, por acuerdo unánime decidan practicar ellos mismos las operaciones de partición, sin la intervención de los comisarios. Estos se sustituirán y suplirán caso de





fallecimiento o renuncia, por el orden en que quedan designados, y, en último extremo, podrá actuar uno solo de ellos, individualmente".- Bajo el referido testamento (último de los por él otorgados), D. Juan falleció el día 10 de Enero de 1971.- 3º Su hijo D. Alfonso promovió juicio sobre nulidad del expresado testamento y otros extremos, en cuyo proceso, en grado de apelación, recayó sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, de fecha 25 de Junio de 1974, por la que dejó sin efecto la desheredación de D. Alfonso y declaró el derecho de éste a la legítima estricta en la herencia de su padre. En casación, dicha sentencia de la Audiencia fue confirmada por otra de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 9 de Octubre de 1975.- 4º Tras la no aceptación por parte de los dos primeros contadores-partidores (D. Rafael Areses Pérez y D. Alfonso Moure Moure), aceptaron (en 1978) los dos siguientes en el orden de su nombramiento (D. Arturo Estévez Pérez y D. Carlos Casal Rivas), los cuales, sin haber cumplido su encargo manifestaron (en el requerimiento notarial que, al efecto, les hicieron los herederos D. Jose Ángel y Dª María Inés ) que estaban conformes en que le fuera encomendado el cumplimiento del encargo testamentario a la persona que corresponda, según el contenido del testamento de D. Juan (folio 223 de los autos). Ante ello, los referidos herederos (en 1982) requirieron, al objeto indicado, al contador-partidor designado por el testador en último lugar, D. Oscar , quien en 1983 realizó la partición que aquí se impugna.

CUARTO.- La sentencia recurrida, en plena coincidencia con la de primer grado, con respecto al primero de los expresados temas, que es el que ahora nos ocupa, declara que "no ofrece duda que en el supuesto que se enjuicia medió un nombramiento sucesivo de contadores-partidores, y a la vez mancomunado, dos a dos, para los cuatro primeros, que determinaba que el último de los nombrados no pudiese actuar sino en defecto de los preferentes, y, al no haber éstos renunciado a su cargo hasta que transcurrió el plazo de que disponían para desempeñarlo". A combatir dicha tesis resolutoria de la sentencia impugnada se orienta el primer motivo de este recurso (el interpuesto por el demandante D. Alfonso ), con apoyo procesal en el ordinal quinto del artículo 1692 de la Ley de enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la hoy vigente), por el que, denunciando infracción del artículo 675 del Código Civil, acusa a la sentencia recurrida de errónea interpretación de la cláusula sexta del testamento de D. Juan , al entender que el plazo (el legal más los dos años de prórroga) para el ejercicio del cargo de contador-partidor había de contarse a partir de que los anteriormente nombrados (en el orden de sucesivos nombramientos) renunciara el cargo o, habiéndolo aceptado, dejaran transcurrir el plazo sin cumplir su encargo,



cuando el referido plazo, parece decir el recurrente, había sido señalado por el testador de forma común para todos ellos, los cuales, además, sólo podían sucederse o sustituirse, agrega, en caso de fallecimiento o renuncia de los anteriormente nombrados. Partiendo, por un lado, de que la finalidad de la interpretación testamentaria es la de conocer la verdadera intención o voluntad del testador ( artículo 675 del Código Civil), que es la ley de la sucesión, y teniendo en cuenta, por otro lado, que la interpretación de los testamentos es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo el supuesto de que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador ( Sentencias de esta Sala de 17 de Junio de 1988, 28 de Abril de 1989, 7 de Mayo de 1990, 18 de Julio de 1991), el motivo ha de ser desestimado, dada la correcta interpretación testamentaria hecha por las coincidentes sentencias de la instancia, ya que la indudable voluntad del testador, expresada en la cláusula sexta de su testamento (que ha sido transcrita literalmente en el Fundamento jurídico anterior de esta resolución) fue la de que la partición de su herencia (respecto de la que prohibió expresamente toda intervención judicial) fuera necesariamente practicada por dos de los cinco contadores-partidores por él nombrados (actuando los dos en forma mancomunada), estableciendo un orden sucesivo de nombramientos, para el caso de renuncia o fallecimiento de los nombrados en primer lugar, permitiendo incluso que, en último extremo, la practicara uno solo, lo que lógicamente implicaba que mientras no constara la renuncia de los anteriores, no podía entrar a ejercer su cargo el siguiente o siguientes, cuyo plazo de cumplimiento (el legal más los dos años de prórroga) había de empezar a contarse desde que "para ello sean requeridos por cualquiera de los interesados" (según dice expresamente el testador en la referida cláusula sexta), que es lo ocurrido en el caso que nos ocupa, en el que hasta que no se produjo la renuncia de los dos únicos (tercero y cuarto en el orden de nombramientos sucesivos) que, en principio, habían aceptado, pero luego no cumplieron su encargo, no pudo darse entrada al último, a virtud del requerimiento que, al efecto, le hicieron los interesados, según la expresa e indudable voluntad del testador, la cual ha sido correctamente interpretada por las coincidentes sentencias de la instancia, por lo que el motivo ha de fenecer, como ya se tiene dicho.

QUINTO.- Con la misma sede procesal que el anterior, aparece formulado el motivo segundo, por el que, denunciando haberse infringido, por violación, el artículo 910 del Código Civil, en relación con los artículos 894, párrafo segundo, 898 y 904 del Código Civil, el recurrente viene a sostener, según parece deducirse del alegato que integra su desarrollo, que en el nombramiento de contadores-partidores sucesivos, el



plazo señalado por el testador (el legal más los dos años de prórroga) debe entenderse común para todos ellos, a lo que agrega que en el presente caso el nombramiento de los sucesivos contadores-partidores lo hizo el testador para el supuesto de fallecimiento o renuncia de los anteriores, pero no para cuando éstos agotaran el plazo sin cumplir el encargo. Partiendo de la premisa previa de que el testador puede nombrar contadores-partidores en forma sucesiva (para que los posteriores, en el orden señalado, desempeñen el cargo, si no lo hacen los anteriores), cuya permisividad tiene su apoyo legal en el artículo 894.2 del Código Civil que, aunque referido a los albaceas, se considera aplicable también a los contadores-partidores (dada la carencia de regulación de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico, que sólo se limita a admitirla en el artículo 1057 del citado Cuerpo legal), parece evidente que el plazo para el desempeño del cargo no puede ser común para todos ellos, sino que dicho plazo para los nombrados en posterior lugar (por no desempeño del cargo por los anteriores) habrá de contarse a partir de que aquéllos sean requeridos para ello (y acepten), como en el caso que nos ocupa fue la voluntad del testador (que es a la que, en todo caso, ha de atenderse), cuando dice expresamente que "les amplía el plazo legal por dos años, a partir de la fecha en que para ello sean requeridos por cualquiera de los interesados". Por otro lado, como la entrada en el cargo de los posteriormente nombrados se halla condicionada también expresamente por el testador al "caso de fallecimiento o renuncia (de los anteriores), por el orden en que quedan designados, y, en último extremo, podrá actuar uno solo de ellos, individualmente", entendemos que dicha renuncia no ha de producirse forzosamente en el momento del requerimiento, sino que también es viable cuando, después de haber aceptado el cargo, decidan no desempeñarlo, lo que indudablemente entraña también un supuesto de renuncia, que fue lo ocurrido en el presente caso, en que habiendo aceptado el cargo los nombrados en tercero y cuarto lugar (los dos primeros no lo habían hecho), luego manifestaron (a virtud del requerimiento que les fue hecho) que estaban conformes en que le fuera encomendado el cumplimiento del encargo testamentario a la persona que corresponda, según el contenido del testamento de D. Juan , ante lo cual los dos herederos instituidos como tales (D. Jose Ángel y D<sup>a</sup> María Inés ) requirieron para el desempeño del cargo al nombrado en último lugar (D. Oscar ), pues de no haberlo hecho así habían dejado de cumplir la voluntad del testador, quien tenía ordenado que "en último extremo, podrá actuar uno solo de ellos, individualmente", el cual, obviamente, habría de desempeñar el cargo dentro del plazo correspondiente (el legal más los dos años de prórroga), contado a partir de la fecha en que fuera requerido para ello,



como ocurrió en el caso que nos ocupa. Por todo lo cual, el presente motivo también ha de fenecer.

SEXO.- Antes de entrar en el examen de la segunda cuestión, que ya hemos dejado enunciada en el apartado b) del Fundamento jurídico segundo de esta resolución y a la que el recurrente D. Alfonso dedica el motivo tercero de su recurso, han de dejarse consignados los siguientes presupuestos fácticos: 1º Dª Rosa (hermana de D. Juan ) estaba judicialmente declarada incapaz, siendo su tutor su referido hermano.- 2º El día 28 de septiembre de 1964, Dª Rosa (ante el Notario de Vigo, D. Emilio Durán Corsanego, con el número 2.073 de protocolo) otorgó testamento abierto, cuya única disposición testamentaria es del siguiente tenor literal: " OTORGA: que es su deseo; que su hermano y tutor, D. Juan , no perciba beneficio alguno de la testadora, ni que sea llamado, bajo ningún aspecto, a recibir bienes de su herencia, de la que lo aparta en absoluto. Y ello, por razón del abandono en que la tiene".- 3º Dª Rosa , en estado de soltera, falleció el día 12 de Agosto de 1967.- 4º D. Juan promovió juicio de mayor cuantía, en el que impugnó la validez del referido testamento de su hermana Dª Rosa y solicitó su declaración como único heredero abintestato de la misma. En dicho juicio, recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Vigo, de fecha 28 de Noviembre de 1969, por la que declaró nulo e ineficaz el expresado testamento y a D. Juan único y universal heredero abintestato de su hermana Dª Rosa . En el recurso de apelación que contra dicha sentencia interpuso D. Alfonso , la misma fue confirmada por sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, de fecha 10 de Abril de 1971, y ésta, a su vez (en el correspondiente recurso de casación), fue confirmada por sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 8 de Marzo de 1972.- 4º D. Juan falleció el día 10 de Enero de 1971, o sea, después de haber sido dictada la referida sentencia del Juzgado de Primera Instancia (de fecha 28 de Noviembre de 1969) y antes de que lo fueran las ya mencionadas de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña (de fecha 10 de Abril de 1971) y de esta Sala Primera del Tribunal Supremo (de fecha 8 de Marzo de 1972), confirmatorias de la de primera instancia.

SEPTIMO.- Como ya se tiene dicho en el apartado b) del Fundamento jurídico segundo de esta resolución, el actor D. Alfonso basó también su pretensión de nulidad de la partición hecha por el contador-partidor D. Oscar en la alegación de que en dicha partición se habían incluido, como formando parte del caudal hereditario del causante D. Juan , los bienes que éste



había heredado de su hermana D<sup>a</sup> Rosa , cuando dicho causante, dice el actor, había fallecido antes de haber aceptado la herencia de su referida hermana. La expresada pretensión anulatoria también fue desestimada por la sentencia recurrida, por entender, en plena coincidencia con la de primer grado, que D. Juan , antes de fallecer en 10 de Enero de 1971, ya había aceptado la herencia de su hermana D<sup>a</sup> Rosa . La aludida tesis resolutoria de las coincidentes sentencias de la instancia aparece impugnada en el motivo tercero y último del recurso de D. Alfonso , con la misma apoyatura procesal que los dos anteriores, por el que, denunciando violación del artículo 991, en relación con el 1006, ambos del Código Civil, el recurrente viene a sostener, en esencia, que D. Juan falleció sin haber aceptado la herencia de su hermana D<sup>a</sup> Rosa , al haber ocurrido dicho fallecimiento antes de que quedara firme la sentencia por la que se declaró nulo e ineficaz el testamento de D<sup>a</sup> Rosa y se declaró también al Sr. Juan único y universal heredero abintestato de su referida hermana. Partiendo del supuesto de que, declarada la nulidad e ineficacia del testamento de D<sup>a</sup> Rosa , con la eficacia "ex tunc" que corresponde a toda nulidad radical o absoluta, la vocación "ex lege" ( artículos 657, 912.1º y 946 del Código Civil) de D. Juan a la herencia de su hermana D<sup>a</sup> Rosa ha de entenderse producida desde el momento del fallecimiento de ésta, a partir de cuya fecha podía aceptarla, el motivo ha de ser desestimado, ya que toda herencia puede ser aceptada de forma tácita, una de cuyas manifestaciones es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptarla (artículo 999 del Código Civil), es decir, por actos concluyentes que revelen de forma inequívoca la intención de adir la herencia, o sea, aquellos actos que, por sí mismos o mero actuar, indiquen la intención de querer ser o manifestarse como herederos; de actos que revelen la idea de hacer propia la herencia o, en otro sentido, que el acto revele sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia ( Sentencia de esta Sala de 15 de Junio de 1982). La expresada calificación de aceptación tácita ha de atribuirse, sin duda alguna, a la conducta de D. Juan , al impugnar la validez del testamento de su hermana D<sup>a</sup> Rosa , cuya única disposición testamentaria (ya transcrita en el Fundamento jurídico anterior de esta resolución) se limitaba únicamente a excluirle de participar en su herencia y cuyo proceso impugnatorio (en el que, al mismo tiempo, pidió se le declarara único y universal heredero abintestato de su referida hermana), terminó por sentencia estimatoria de sus pretensiones, dictada en primera instancia con fecha (28 de Noviembre de 1969) anterior a su fallecimiento, aunque la firmeza de la misma, a virtud de los sucesivos recursos (de



apelación y casación) interpuestos por su hijo D. Alfonso (aquí recurrente) se produjera después de su muerte, antes de la

cual había dejado patentizada ya, de modo concluyente e inequívoco, como acaba de decirse, su aceptación de la expresada herencia de su hermana, por lo que la sentencia recurrida no sólo no ha incurrido en la denunciada infracción de los preceptos invocados por el recurrente, sino que ha hecho una correcta aplicación del artículo 999 del Código Civil, en cuanto viabilizador de la aceptación tácita de la herencia, que se produjo en el caso aquí enjuiciado, lo que ha de comportar, como ya se tiene dicho, también el fenecimiento de este motivo y, por tanto, la desestimación del recurso interpuesto por D. Alfonso , con expresa imposición a éste de las costas causadas con el mismo y la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal que corresponda.

OCTAVO.- La desestimación que acaba de hacerse del recurso interpuesto por el demandado D. Alfonso nos lleva necesariamente al estudio y resolución del formulado por los demandados D. Jose Ángel y D<sup>a</sup> María Inés , que se orienta, como ya se dijo en el Fundamento jurídico primero de esta resolución, a combatir el pronunciamiento de la sentencia recurrida, por el que, estimando el pedimento subsidiario de la demanda, declara la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte y les condena a indemnizar al actor en la cantidad de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez (4.802.910) pesetas. El motivo único, integrador del expresado recurso, formulado al amparo del ordinal tercero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción del artículo 359 de la misma Ley, en atención a que, a juicio de los recurrentes, la petición contenida en el punto séptimo de la demanda envuelve la cuantificación del valor de su derecho hereditario en quince millones de pesetas, por lo que la Sala de instancia, al conceder al demandante una indemnización de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez pesetas, que añadidas a las adjudicaciones en partición, cifradas en diez millones setecientos veinticuatro mil ochocientos cuatro (10.724.804) pesetas, proyectan una suma total de quince millones quinientas veintisiete mil setecientos catorce (15.527.714) pesetas, lo que implica, dicen los recurrentes, una plus concesión a lo pedido, que entraña incongruencia. El motivo fracasa, porque parte de un supuesto inexacto, ya que la pretensión de la demanda, en el punto séptimo del "suplico", lo que cuantifica en quince millones no es el valor de su derecho hereditario, sino el daño producido en la adjudicación para el pago de su cuota hereditaria, que es la correspondiente a su legítima estricta, y, por ello, en la duda de que no llegue a esa cantidad el daño, añade -significativamente en orden a su



intención y voluntad de pedir- el párrafo siguiente: "o, y que se determine en período de prueba"; y la evidencia de que con esta postulación se refería al daño o minoración en la adjudicación que le había sido hecha en el cuaderno particional y no al valor de su cuota hereditaria, como certeramente se dice en las dos sentencias de la instancia, es que tal petición está en correcta correspondencia con el dictado del artículo 1074 del Código Civil, en que la lesión en más de la cuarta parte entraña una confrontación aritmética entre el valor de lo adjudicado y el caudal relicto, obviamente en función de la cuota hereditaria, que se simboliza en una fracción determinada, por lo que no hay plus concesión en la sentencia impugnada, lo que hace decaer el motivo. En definitiva, y haciendo caso omiso del juego de palabras que los recurrentes emplean, el daño cuya indemnización se pide es la diferencia entre el valor absoluto del caudal hereditario, proclamado en la sentencia combatida, y el correspondiente a la adjudicación real de bienes al demandante, según la participación fraccionaria que de aquél valor absoluto le correspondería, por lo que si, a tenor de lo expuesto, su cuota de valor hereditario era de quince millones quinientas veintisiete mil setecientos catorce (15.527.714) pesetas, novena parte (legítima estricta) del valor absoluto del caudal, ascendente a ciento treinta y nueve millones setecientos cuarenta y nueve mil cuatrocientas treinta y cuatro (139.749.434) pesetas, y sólo se han adjudicado bienes valorados, según los mismos parámetros, en diez millones setecientos veinticuatro mil ochocientos cuatro (10.724.804) pesetas, es evidente que el daño, por defecto de adjudicación, consiste en la diferencia de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez (4.802.910) pesetas, que es muy inferior al tope de los quince millones en que establecía el demandante el máximo de dicho perjuicio que, en todo caso, sometía a su especificación en período de prueba, habiendo los demandados, aquí recurrentes, optado en el proceso por hacer efectiva la referida indemnización de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez pesetas, a virtud de la facultad que les concede el artículo 1077 del Código Civil. El decaimiento de este único motivo del presente recurso ha de llevar aparejada también la desestimación del mismo, con expresa imposición a los recurrentes de las costas con él causadas y la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal que corresponda. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

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 a los recursos de



casación interpuestos, respectivamente, por el Procurador D. Santos Gandarillas Carmona, en nombre y representación de D. Alfonso , y por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de D. Jose Ángel y D<sup>a</sup> María Inés , contra la sentencia de fecha diecisiete de Mayo de mil novecientos ochenta y nueve, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña en el proceso a que este recurso se refiere, con expresa imposición a los recurrentes de las costas causadas con sus respectivos recursos y la pérdida de los depósitos constituidos, a los que se dará el destino legal que corresponda; 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

Mariano Martín-Granizo Fernández

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.