



Roj: **STS 8012/1986 - ECLI:ES:TS:1986:8012**

Id Cendoj: **28079110011986101272**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/1986**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MATIAS MALPICA GONZALEZ ELIPE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 532. Sentencia de 26 de septiembre de 1986

PROCEDIMIENTO: Juicio declarativo ordinario de mayor cuantía.

MATERIA: Sucesiones. Albaceazgo. Duración. Testamentos. Interpretación extrínseca. Partición de la herencia; supuesto de que una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división.

DOCTRINA: La escritura pública de protocolización del cuaderno particional confeccionado por los albaceas, comisarios y contadores-partidores en modo alguno se extiende a determinar la vigencia de su cargo en la fecha de confección y protocolización ya que, por radicar esa vigencia en supuestos fácticos como los previstos en los artículos 904 a 906 del Código Civil, escapan a la apreciación del notario. La labor de interpretación del testamento, con tal de inducir la verdadera voluntad del "de cuius", puede y debe acudir a elementos exteriores al testamento.

La conservación de la cosa o bien que sea indivisible físicamente o desmerezca también físicamente es el objeto del artículo 1.061 (1) del Código Civil; pero el condominio sobre el mismo ya existente con anterioridad al fallecimiento del testador, no le afecta ni estática ni funcionalmente como tal industria en su explotación y desarrollo, lo que enerva la aplicación de dicho precepto.

En la villa de Madrid, a veintiséis de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados del margen, el recurso de casación por Infracción de Ley y Doctrina legal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Toledo, sobre nulidad de cuaderno particional y otros extremos, cuyo recurso fue interpuesto por don Jose Antonio, don Alvaro, don Iván, don Carlos María, doña Estefanía y doña María Dolores, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Elisa Hurtado Pérez y asistidos del Letrado don Gonzalo Iturmendi Morales, en cuyo recurso son parte recurrida don Ernesto y doña Natalia, personados, representados por el Procurador de los Tribunales don Isacio Calleja García y asistidos del Letrado don Paulino Basco Plaza.

Antecedentes de hecho

1. El Procurador don Ricardo Sánchez Calvo, en representación de don Ernesto y doña Natalia, formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Toledo, demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, contra don Jose Antonio, don Alvaro, don Iván, don Carlos María, doña Estefanía y doña María Dolores, sobre nulidad partición, estableciendo en síntesis los siguientes hechos: Primero. Las acciones de nulidad y de reclamación de indemnización por daños y perjuicios que se ejercitan, tienen hoy su motivación



como consecuencia de no haber respetado los demandados los siguientes antecedentes, que ya han sido conocidos y sentenciados por el Juzgado de Primera Instancia de Toledo. Segundo. Sublevándose contra lo que antecede, comienzan otra vez los demandados con la ilícita pretensión de quedarse una vez más, con los bienes del padre, maquinando, contra toda razón y derecho, unas nuevas particiones por las que se adjudican exclusivamente a los anteriores compradores don Iván y don Carlos María las tres fincas y bienes objeto de la expresada compraventa anulada. Estas nuevas particiones motivan otra vez la presente acción de nulidad y de reclamación de indemnización por daños y perjuicios. Efectivamente, contraviniendo y no respetando lo establecido y declarado en la sentencia de treinta y uno de julio de mil novecientos setenta y ocho, los albaceas vuelven a adjudicar rápidamente a los dos hijos supuestos compradores don Iván y don Carlos María, volviendo asimismo a lesionar la legítima de mis representados don Ernesto y doña Natalia. Tercero. Así pues, estos albaceas, al redactarle y proceder de esta forma, saben que han actuado, intencionadamente y de propósito, contra sus propios actos; contra lo declarado en la anterior sentencia, de este Juzgado, contra la voluntad del testador y en perjuicio de la legítima que corresponde a mis mandantes, y en general, compraventa, pues, al actuar fuera del plazo legal, no tenían ya atribuciones para confeccionar este cuaderno particional en calidad de albaceas, comisarios y contadores, partidores con carácter solidario. Cuarto. Los daños y perjuicios sufridos por mis representados son, por un lado, no disfrutaban ni tienen acceso a los bienes de su padre, por haber pasado tales bienes a la posesión exclusiva de los dos hijos don Iván y don Carlos María a virtud del arbitrario cuaderno particional que adjudica dichos bienes solamente a los dos indicados hijos. Quinto. En el acto previo de conciliación, una vez más mis mandantes han requerido a los demandados para que se avengan a revocar las operaciones de inventario, avalúo, liquidación del caudal de bienes, partición y adjudicación de los bienes quedados al fallecimiento de don Carlos María, practicadas por los albaceas don Jose Antonio y don Alvaro; para que se avengan a indemnizar a mis representados por los daños y perjuicios por no haber tenido acceso a los bienes de su padre ni participar en los beneficios desde el veintiuno de junio de mil novecientos setenta y nueve; y para que asimismo se avengan a reintegrar a indemnizar los gastos ocasionados por el indebido cuaderno particional. Dichos demandados tampoco se han avenido a lo que es de Ley. Terminó suplicando se dictase sentencia condenando a los demandados a estar y pasar por las declaraciones y que se impongan expresamente las costas del juicio a los demandados. Admitida la demanda y emplazados los demandados don Jose Antonio, don Alvaro, don Iván, don Carlos María, doña Estefanía y doña María Dolores, compareció en los autos en su representación el Procurador don Juan Bautista López Rico, que contestó a la demanda, oponiendo a la misma en síntesis los siguientes hechos: Primero. Los actores omiten datos tan esenciales para la presente controversia procesal, como el contenido de su demanda presentada ante este Juzgado y origen de mayor cuantía trescientos sesenta y siete mil novecientos setenta y siete, donde alegaban algunos hechos coincidentes con los mismos que ahora reiteran, en los que se dictó sentencia de la que resaltó el pronunciamiento de que son válidas las valoraciones de las fincas en las operaciones sucesorias de doña Rita, contenidas en el cuaderno particional protocolizado el tres de diciembre de mil novecientos setenta y seis, en la Notaría de Villaluenga de la Sagra, mediante la comparecencia del viudo don Juan Manuel y de los albaceas, contadores-partidores don Jose Antonio y don Alvaro, aunque la sentencia anulada la liquidación de la sociedad conyugal y la participación de la herencia de doña Rita, fallecida en veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y seis, en cuanto incluía para la mejora de los dos hijos don Iván y don Carlos María, tres fincas inventariadas y debió incluirse en dicha mejora solamente uno de ellos: la fábrica de cerámica. Segundo. En ejecución judicial del fallo firme de la indicada sentencia se somete la liquidación el período siguiente: Desde el veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y seis, hasta el veintiuno de junio de mil novecientos setenta y nueve. Tercero. El viudo don Juan Manuel falleció el veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y seis, después de otorgar su último testamento el veintisiete de marzo de mil novecientos setenta y tres, donde mejora a sus hijos don Iván y don Carlos María, en una sexta parte o cada uno de ellos, sobre cuantos derechos le correspondían en la fábrica de cerámica, instituye herederos universales del remanente de sus bienes a todos los hermanos litigantes y designa como albaceas, comisarios, contadores, partidores, solidariamente a sus sobrinos carnales don Jose Antonio y don Alvaro. Cuarto. Tales albaceas, comisarios y contadores participaron las operaciones sucesorias, acatando y cumpliendo extrajudicialmente la sentencia de este Juzgado de primero de julio de mil novecientos setenta y ocho, dejando sin efecto y anulando el anterior cuaderno de veinte de diciembre de mil novecientos setenta y siete. Quinto. El nuevo cuaderno particional se realizó sin haber transcurrido dos años desde el fallecimiento del ausente, prórroga que concedieron los cuatro hermanos y herederos que represento y que constituyen la mayoría, don Carlos María, don Iván, doña Estefanía y doña María Dolores, a los albaceas, comisarios, contadores y partidores, según acreditamos con la carta de tales herederos, los que distribuyen todos los bienes de la herencia, poniéndolas a disposición de los herederos. Sexto. Rechazamos los hechos de la demanda en cuanto modifiquen o alteren los anteriores y muy especialmente los motivos de nulidad de las operaciones particionales de la herencia de don Juan Manuel, protocolizada el diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, que alegan los actores. Séptimo. Los actores no han entablado demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones de las fincas del causante en el Registro de la Propiedad a favor de los demandados adjudicatarios, lo que



opera como excepción procesal. Terminó suplicando se dictase sentencia desestimando la demanda, en todas sus partes y absolviendo a los demandados de la misma, con expresa condena en costas a los actores. Las partes evacuaron los traslados que para réplica y duplica les fueron conferidos, insistiendo en los hechos, fundamentos de derecho y súplica de sus escritos de demanda y contestación. Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas. Unidas a los puntos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron en respectivos escritos, en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con lo que tenían interesado en los autos. El señor Juez de Primera Instancia de Toledo, dictó sentencia con fecha 17 de noviembre de 1981, cuyo fallo es como sigue: Que debo desestimar y desestimo en lo sustancial la demanda formulada por don Ernesto y doña Natalia, sobre nulidad de cuaderno particional de la herencia de don Juan Manuel, contra los demandados, don Jose Antonio, don Alvaro, y don Iván, don Carlos María, doña Estefanía y doña María Dolores, absolviendo a dichos demandados y estimando parcialmente la demanda, debo declarar y declaro la nulidad de la declaración final primera del referido cuaderno particional, condenando a los demandados a pasar por esta declaración, sin condena en costas.

2. Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1.ª Instancia por la representación de los demandantes don Ernesto y doña Natalia, y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, dictó sentencia con fecha 10 de noviembre de 1983, con la siguiente parte dispositiva: "Que debemos confirmar y confirmamos parcialmente, revocando en el resto, la sentencia dictada en los autos originales, de que dimana el rollo de Sala, con fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y uno por el Ilustrísimo señor Juez de Primera Instancia de Toledo, y, en su consecuencia, estimando parcialmente la demanda debemos declarar y declaramos: Primero. La nulidad del cuaderno particional de los bienes quedados al fallecimiento de don Juan Manuel realizado por los contadores don Jose Antonio y don Alvaro, en doce de diciembre de mil novecientos setenta y ocho y protocolizado con el número mil novecientos setenta y ocho. Segundo. La nulidad de los contratos públicos y privados otorgados o celebrados por don Iván y don Carlos María sobre los bienes que les fueron adjudicados en dicho cuaderno particional y cuantas inscripciones se hubieran practicado en el Registro de la Propiedad. Asimismo debemos condenar y condenamos a los demandados don Iván, don Carlos María a que indemnicen a los actores doña Natalia y don Ernesto a los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de no haber tenido acceso a los bienes del causante desde el día veintiuno de junio de mil novecientos setenta y nueve, por estar disfrutando y explotando la fábrica de cerámica únicamente dichos demandados, cuya cantidad se determinará en ejecución de sentencia, todo ello sin hacer expresa condena de las costas causadas en ambas instancias."

3. El 21 de marzo de 1984, la Procuradora doña Elisa Hurtado Pérez, en representación de don Jose Antonio, don Alvaro, don Iván, don Carlos María, doña Estefanía y doña María Dolores, ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal contra la sentencia pronunciada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, con apoyo en los siguientes motivos: Primero. Por infracción de Ley y de doctrina legal concordante, al amparo del artículo 1.692, ordinal séptimo en cuanto se refiere a error de hecho: por infracción del artículo 1.218 párrafo primero, en relación con el artículo 1.216 del Código Civil, infringido por el concepto de violación por inaplicación, ya que los documentos públicos en sus menciones emanadas del Notario, hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento, no habiendo lugar a dudas, en base al documento auténtico, escritura de protocolización de cuaderno particional, respecto de la vigencia de los cargos de albaceas, comisarios, contadores-partidores, en el momento de la autorización de la escritura, tal y como se apreció por parte del Notario autorizante, así como por parte del Juzgado de Primera Instancia de Toledo, y se recogió en la sentencia de la primera instancia; sin que sea admisible la interpretación de la sentencia de la Audiencia, que incurre en error de hecho en la apreciación de la prueba a tenor del cotejo con el documento auténtico mencionado, con exégesis atentatoria tanto a la letra como al espíritu de la norma violada. Debe proceder el presente recurso de casación del artículo 1.692 número 7 puesto que la sentencia recurrida ha incurrido en error en la apreciación de la prueba que resulta del documento auténtico, no habiendo sido éste respetado por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, aunque sí por el Juzgado de Primera Instancia de Toledo, en la medida en que en el mismo intervienen los ya mencionados albaceas, comisarios, contadores, partidores con carácter solidario, con plena vigencia de sus cargos en el momento del otorgamiento del documento auténtico, y así se refleja en el mismo, hecho éste que es inalterable y que ha sido desconocido en la sentencia recurrida con lo que se ha infringido por el concepto de violación por inaplicación en artículo 1.218, párrafo 1.º, en relación con el artículo 1.216 del Código Civil. Debiéndose declarar, en consecuencia, la validez del cuaderno particional. Segundo. Por infracción de Ley y de doctrina concordante, al amparo del artículo 1.692, ordinal primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Por infracción del artículo 675, párrafo 1º del Código Civil, infringido por el concepto de interpretación errónea ya que suscitada la duda sobre la interpretación errónea ya que suscitada la duda sobre la interpretación de una disposición testamentaria, no ha sido tomada en cuenta la auténtica voluntad del testador al no observarse lo más conforme con su intención, según el tenor del mismo testamento,



así como de actos del causante extrínsecos al mismo, infringiendo asimismo, por el mismo concepto, las normas que sobre interpretación de las disposiciones testamentarias contempla la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en la sentencia de 5 de junio de 1979 , doctrina según la cual, en toda interpretación testamentaria ha de conjugarse armónicamente "el elemento literal en el lógico, sistemático y ideológico, como procedimientos interpretativos y acudiendo incluso a circunstancias exteriores al testamento (los llamados medios extranjeros o extratestamentarios)", no dejando duda alguna respecto de la correcta interpretación del testamento realizada por los albaceas, comisarios, contadores, partidores con carácter solidario, plasmada en el correspondiente cuaderno particional. Como primer motivo de nulidad del cuaderno particional se menciona en la sentencia recurrida, que la partición ha sido efectuada por los contadores-partidores, contra la disposición testamentaria contenida en la cláusula quinta. Se plantea el fondo del asunto en este primer motivo: la correcta interpretación de la voluntad del testador y la igualdad de las adjudicaciones. Por lo que se refiere a la interpretación del testamento del causante, don Juan Manuel , hay que tener en cuenta los principios fundamentales en materia de interpretación testamentaria. La sentencia recurrida ha infringido, por el concepto de interpretación errónea, el artículo 675, párrafo 1.º del Código Civil , así como de la doctrina concordante ya citada. Tercero. Por infracción de Ley y de doctrina concordante, al amparo del artículo 1.692 ordinal primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil : Por infracción del artículo 1.062, párrafo 1.º del Código Civil , infringido por el concepto de violación por inaplicación ya que, practicándose las operaciones del cuaderno particional, cuando una cosa desmerezca mucho por su división, excesivo y perjudicial fraccionamiento, podrá adjudicarse a uno a calidad de abonarse a otros el exceso en dinero. El inconveniente de la excesiva división de los bienes que han sido adjudicados a don Iván y don Carlos María , se vería cualificado y agravado enormemente como consecuencia de la enemistad manifiesta entre los coherederos, siendo buena prueba de ello la existencia de los dos pleitos habidos hasta la fecha entre los mismos, argumentos todos ellos que no han sido tenidos en cuenta por parte de la sentencia recurrida, que al hacerlo así, ha infringido el artículo 1.062, párrafo 1.º del Código Civil por violación por inaplicación. Cuarto. Por infracción de Ley y doctrina legal concordante, con base en el artículo 1.692, ordinal primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil : Por infracción del artículo 904, en relación con el artículo 4, párrafo primero del Código Civil , infracción por el concepto de interpretación errónea, ya que de la recta aplicación de la excepción que consigna el artículo 904 del Código Civil acerca del plazo dentro del cual han de cumplir los albaceas las disposiciones testamentarias es indudable que, por debida y lógica analogía, ha de entenderse también comprendido entre los pleitos que puedan promoverse sobre la nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones, aquel que afecte directamente a la determinación precisa del caudal hereditario que se ha de inventariar y por tanto ser objeto del cuaderno particional, ya que por virtud de tal circunstancia, por parte de los albaceas, comisarios, contadores, partidores, no pudieron tener cumplimiento las disposiciones testamentarias hasta que, terminado el expresado juicio, se supo con certeza cuáles eran los bienes sobre los que realizar la partición, practicándose ésta en el plazo legal y sin la terminación de la vigencia de los cargos, por lo que el referido cuaderno particional debe ser declarado válido. La cuestión que se suscita es: A tenor del artículo 904 del Código Civil , si sin dar plazo el testador, con lo que en principio regiría el legal, encomienda a los albaceas un encargo que en sí implica un cierto tiempo para poder realizarlo o hasta que pueda ser realizado. Al no apreciarlo así la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid en la sentencia que ahora se recurre, ha infringido, por el concepto de interpretación errónea el artículo 904, en relación con el artículo 4, párrafo primero del Código Civil , supervalorando aisladamente la exigencia de que a falta de plazo señalado por el testador, el albacea deberá cumplir su encargo en un año, desde su aceptación o desde que terminen los litigios sobre la validez o nulidad del testamento, y omitiendo el verdadero alcance del mismo, en el sentido de que de la recta excepción que se consigna en el mencionado artículo 904, es indudable que, ha de entenderse comprendido el pleito de referencia, por las características del mismo, por lo que los albaceas, comisarios, contadores, partidores que elaboraron el cuaderno particional, lo hicieron dentro del plazo legal, no debiendo ser declarada nula la partición y en consecuencia tampoco los contratos públicos o privados otorgados por don Iván y don Carlos María sobre los bienes que fueron adjudicados en el cuaderno particional y cuantas inscripciones fueron practicadas en el Registro de la Propiedad; y en consecuencia de la validez del cuaderno particional no procede indemnización alguna.

4. Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción, se señaló para la celebración de la vista el día 17 de septiembre de 1986. ;

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr don Matías Malpica y González Elipe.

Fundamentos de Derecho

1. Con motivo del fallecimiento de don Juan Manuel acaecido el 21 de diciembre de 1976, bajo testamento vigente de 27 de marzo de 1973, en el que designaba como albaceas, comisarios, contadores-partidores



solidarios a sus sobrinos carnales don Jose Antonio y don Alvaro , fue promovido procedimiento por dos de sus hijos y herederos don Ernesto y doña Natalia , contra sus otros cuatro hermanos y coherederos, don Iván , don Carlos María , doña Estefanía y doña María Dolores , y contra los precitados albaceas, contadores-partidores, en cuya demanda se instaba la nulidad del cuaderno particional de fecha 12 de diciembre de 1978 y protocolizado el siguiente día 19, así como de los contratos públicos y privados que en su caso hubieren podido otorgar don Carlos María y don Iván , en favor de terceros sobre los bienes adjudicados en dicho cuaderno particional y de las inscripciones registrales correspondientes, tanto aquellas adjudicaciones, como los últimamente referidos contratos e igualmente al pago de una indemnización de daños y perjuicios por no haber tenido los actores acceso a los bienes del causante desde el día 21 de junio de 1979; pedimentos de la demanda que con carácter principal, previa desestimación en la sentencia de primera instancia, han sido aceptados y reconocidos en la de segundo grado, por lo que es la parte demandada la que recurre en casación.

2. Para la mejor comprensión de los términos del debate, ha de hacerse notar que, con motivo del fallecimiento de la madre de los señores Carlos María María Dolores Iván Natalia Estefanía Ernesto , doña Rita , el día 21 de febrero de 1976, esposa que fue del posteriormente fallecido, don Juan Manuel bajo testamento de igual fecha y contenido que el de su marido, fue promovido ante el Juzgado de Primera Instancia de Toledo, procedimiento señalado con el n.º 363/77 entre las mismas partes que el que ahora nos concierne, solicitando la declaración de nulidad de las operaciones particionales confeccionadas por los albaceas contadores-partidores, protocolizadas el 3 de diciembre de 1976 y la nulidad de la escritura de compraventa de 14 de diciembre de 1976, otorgada por el ya viudo don Juan Manuel a favor de sus hijos don Iván y don Carlos María , y de los contratos públicos o privados suscritos por estos últimos como consecuencia de dicho negocio de compraventa a favor de terceros y de las inscripciones registrales a que ello hubiere dado lugar y, por último, indemnización de daños y perjuicios a los actores por no haber tenido acceso a los bienes de sus padres desde el fallecimiento de la madre, que han sido usados y explotados, sobre todo en lo atinente a la fábrica de cerámica perteneciente a sus progenitores citados, si bien sólo en parte.

3. La sentencia de Primera Instancia recaída en el procedimiento últimamente reseñado n.º 363/77 declaró nula la liquidación de la Sociedad de gananciales y la partición de herencia en cuanto que incluía para la mejora de los hijos don Iván y don Carlos María dos fincas independientes de la fábrica de cerámica, que era la única sobre la que recaía dicho beneficio dispuesto en la cláusula 4.ª del testamento y también la escritura de compraventa, que fue otorgada siete días antes de su fallecimiento por el viudo a favor de don Iván y don Carlos María y que tenía por objeto la transmisión dominical de aquél a éstos, de las cinco sextas partes de la mitad indivisa de la fábrica de cerámica y de las otras dos fincas que siendo independientes de aquélla parece tienen cierta conexión en su disfrute o explotación, y por último la indemnización de daños y perjuicios en la forma instada en la demanda que fue concretada posteriormente por auto dictado en ejecución de sentencia de fecha 17 de diciembre de 1979 en 2.370.066 pesetas, y por ello en cuanto al período de tiempo a que se constreñía tal condena era desde el 21 de febrero de 1976 -fallecimiento de la madre- al 21 de junio de 1979, en que se solicitó la ejecución de la sentencia, que siendo de fecha 31 de julio de 1978 , aunque recurrida en apelación, quedó firme ante el desistimiento de los apelantes según auto de 19 de enero de 1979 de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid .

4. La sentencia de segundo grado que aquí viene impugnada en casación, se basa principalmente para la declaración de nulidad del cuaderno particional practicado y protocolizado en diciembre de 1978, en que ha sido efectuada la partición contraviniendo la cláusula 5.ª del testamento en relación con la cláusula 4.ª referente a la mejora en la fábrica de cerámica de los dos hijos don Iván y don Carlos María y en el transcurso del plazo de vigencia del albaceazgo señalado en el artículo 904 del Código Civil , habiendo incurrido en caducidad los poderes testamentarios al tiempo de efectuar la partición.

5. El primer motivo del recurso, por la vía del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia "error de hecho: por infracción del artículo 1.218-1.º en relación con el artículo 1.216 del Código Civil ", infringido por inaplicación; ya la exposición del motivo incurre en defecto formal casacional, puesto que tal exposición se debería traducir en error de derecho supuesto, al invocar los preceptos valorativos de la prueba que se estiman vulnerados por inaplicación, lo que técnicamente acarrearía de por sí el fracaso del motivo, pero este fracaso, viene además imperado por la circunstancia de que si bien los documentos notariales hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha, esa prueba o fe notarial que acredita la cualidad de albaceas, comisarios, contadores-partidores de don Jose Antonio y don Alvaro , como otorgantes de la escritura pública de protocolización del cuaderno particional por ellos confeccionado, en modo alguno se extiende a determinar la vigencia de su cargo en la fecha de confección y protocolización ya que por radicar esa vigencia en supuestos fácticos como los previstos en los artículos 904 a 906 del Código Civil , que escapan de la apreciación del Notario, desbordan lógicamente el crédito protector de su fe pública y en cierto sentido le es aplicable la doctrina de esta Sala sobre la materia que tratamos, según la cual no entra dentro de la proyección de la fe notarial la verdad o certeza intrínseca ni de las declaraciones de los



comparecientes ni de las constataciones de hechos o circunstancias según la apreciación externa o extrínseca de que pueda ser objeto por el fedatario público, cuando como aquí acontece, aquella verdad esencial viene condicionada por factores o elementos fácticos que desprendiéndose de otros instrumentos probatorios sólo pueden ser valorados por el Juzgador (sentencias de 31 de octubre de 1983 ; 18 de mayo de 1984 y 27 de noviembre de 1985).

6. El cuarto motivo del recurso que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa de infracción del artículo 904 en relación con el artículo 4-1.º del Código Civil , por interpretación errónea, de la sentencia que basó la declaración de nulidad de las operaciones particionales -como uno de sus fundamentos-, en que no se había practicado dentro del plazo legal habida cuenta de que no había sido prorrogado en ninguna de las formas permisibles en derecho, por su íntima ligazón con el motivo primero ya analizado, debe ser estudiado a continuación de aquél; pues bien, como quiera que la escritura pública de venta de 14 de diciembre de 1976 otorgada por don Juan Manuel a favor de sus hijos don Iván y don Carlos María , fue declarada nula en el litigio n.º 363/77 del Juzgado de Toledo - sentencia que como se dijo adquirió firmeza-, y en ella se enajenaban las cinco sextas partes indivisas de la mitad igualmente indivisa de tres fincas, que habían sido adquiridas por el vendedor en pago de la liquidación de la sociedad de gananciales constituida con su prefallecida esposa doña Rita y del legado testamentario dispuesto por dicha causante, es evidente que como tal litigio fue promovido por los hoy recurridos contra sus hermanos coherederos en la herencia de la madre y los albaceas de los dos testamentos -del padre y de la madre-, dichos albaceas estaban imposibilitados de practicar ninguna operación particional al óbito del padre don Juan Manuel , que tuvo lugar a los siete días de la escrituración de la compraventa, sin poder concretar los bienes de su caudal relicto cuya especificación estaba condicionada por el resultado del mencionado procedimiento, con lo que nos hallamos en la situación prevista en el artículo 904 del Código Civil en su último inciso y toda vez que la sentencia declarando la nulidad adquirió firmeza el 19 de enero de 1979 , es patente que la confección del cuaderno particional al óbito del enajenante don Juan Manuel verificada en 12 de diciembre de 1978 y protocolizado en 19 de diciembre del mismo año -la sentencia del Juzgado, luego firme, es de fecha 31 de julio de 1978 -, fue practicada en plena vigencia de sus facultades o poderes testamentarios, ya que el precepto violado por interpretación errónea, no sólo se puede referir al testamento como institución sucesoria "strictu sensu", sino también a sus disposiciones tanto en el orden jurídico atributivo, como en el de su contenido material o económico ya que es este aspecto sobre el que opera aquél y le da trascendencia tangible, sin que ello comporte la estimación del motivo, por cuanto la nulidad de las operaciones particionales declarada por la Sala "a quo", se funda también en la contravención de la voluntad del testador.

7. El segundo motivo por la vía casacional del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción del artículo 675-1.º del Código Civil por interpretación errónea, al entender los recurrentes que la auténtica voluntad del testador consistía en que la fábrica de cerámica fuera íntegramente destinada a sus hijos don Iván y don Carlos María , infiriéndolo de la mejora al respecto establecida en la cláusula 4.ª del testamento y de la escritura de compraventa, después anulada, en que se vislumbraba esa voluntad sucesoria de atribución de ese bien inmueble e industrial a esos hijos por el padre testador; y de ahí quíere redargüir el razonamiento de la sentencia impugnada según la cual, la cláusula 5.ª del testamento exigía una mayor equidad o "igualdad en cuanto a la calidad de las adjudicaciones efectuadas y las necesidad de guardar la debida proporción en la clase de bienes", lo que no se había cumplido en el cuaderno particional; es evidente desde luego, que la labor de interpretación del testamento, con tal de inducir la verdadera voluntad del "de cuius", puede y debe acudir a elementos exteriores al testamento (sentencias de 1 de julio de 1946 ; 6 de diciembre de 1952 ; 11 de abril de 1958 ; 5 de octubre de 1970 y 26 de marzo de 1983); ahora bien, es ineficaz casacionalmente, apoyarse como tal factor exterior de interpretación, en un acto del propio testador que ha sido judicial y firmemente declarado nulo y que tuvo lugar siete días antes de su fallecimiento, cuando realmente si la voluntad del testador, era la de atribuir íntegramente su participación en la fábrica de cerámica a los hijos, pudo hacer uso de la facultad del artículo 1.056 del Código Civil , con la misma actividad de acudir al Notario, pero en lugar de interesar el otorgamiento de la escritura de compraventa -después declarada nula-, hubiera consistido en una modificación o enmienda del testamento y con mayor eficacia.

8. En esta inteligencia, no queda como elemento interpretativo más que el propio instrumento sucesorio y del que combinando las cláusulas 4.ª y 5.ª, se deduce que si la primera de ellas señalaba una mejora precisa y concreta sobre la tan mentada fábrica de cerámica y en la siguiente se establecía una norma de igualdad en el remanente de sus bienes, quíere decir, que debe cumplirse dicha voluntad en correspondencia a lo dispuesto en el artículo 1.061 del Código Civil , haciendo honor, además, al principio jurídico "inclusio unius, excludit alterius" en lo atinente a la participación de don Iván y don Carlos María en la fabrica de cerámica, máxime cuando pudo orientarse una mejora o legado de libre disposición de distinta cuota participativa, por lo que queda patente la corrección interpretativa de la Sala de instancia y la declaración de nulidad que ello lleva aparejada de la partición; más aún, cuando con ella ha venido operativamente a dejarse sin efecto, o con



efecto puramente ilusorio la declaración de nulidad de la escritura de compraventa hecha por sentencia firme con detrimento de la seguridad jurídica.

9. El tercer motivo, al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 1.062-1.º del Código Civil por inaplicación, referido a la adjudicación de la cuota de participación que el testador ostentaba de la fábrica de cerámica y dicho motivo ha de declinar por cuanto: a) No se trata aquí de una cosa sino de una cuota dominical sobre ella, por lo que el supuesto del precepto ya no es equiparable al que aquí se contempla, pues el artículo 1.062 del Código Civil parte del principio de que la cosa o bien sea el soporte económico o físico de una titularidad unívoca y en el caso presente, incluso una mitad indivisa es propiedad de terceros, pues no debe olvidarse que el artículo 1.062-1.º del Código Civil propende a la conservación de la cosa o bien que sea indivisible físicamente o desmerezca también físicamente, pero el condominio sobre el mismo, ya existente con anterioridad al fallecimiento del testador, no le afecta ni estática ni funcionalmente como tal industria en su explotación y desarrollo, lo que enerva la aplicación del artículo 1.062-1.º del Código Civil, b) No se ha acreditado en autos o por lo menos no se ha hecho mención en la sentencia de esa indivisibilidad o desmerecimiento de la cosa que motiva la norma legal y como quiera que tal ausencia de declaración fáctica en ese o en contrario sentido, no se ha combatido por el cauce idóneo del artículo 1.692 número 7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo carece del sustrátum fáctico operativo para la aplicación de la regla que se dice violada por inaplicación. Y c) la pretendida aplicación del artículo 1.062 del Código Civil siempre estaría supeditada a la facultad que a los coherederos confiere el 2.º párrafo de dicho artículo.

10. El rechazo de todos los motivos, que implican la preservación de los pronunciamientos todos de la sentencia recurrida, determina la declaración de no haber lugar al presente recurso de casación, con los efectos prevenidos en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y procede la devolución del depósito indebidamente constituido al ser disconformes las sentencias de instancia.

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

FALLAMOS

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por Infracción de Ley y Doctrina legal interpuesto por don Jose Antonio, don Alvaro, don Iván, don Carlos María, doña Estefanía y doña María Dolores, contra la sentencia que, con fecha 10 de noviembre de 1983, dictó la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y devuélvase a la misma el depósito que fue indebidamente constituido. Líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los Autos y Rollo de Sala remitidos.

ASI por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Manuel González Alegre y Bernardo.- Jaime de Castro y García.- José Luis Albácar López.- Matías Malpica y González Elipe.- Eduardo Fernández Cid de Temes.- Rubricado.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado don Matías Malpica y González Elipe, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando en audiencia pública en el día de hoy de lo que como Secretario de la misma certifico