



Roj: **STS 2823/1974 - ECLI:ES:TS:1974:2823**

Id Cendoj: **28079110011974100460**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/1974**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL TABOADA ROCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Núm. 467.-Sentencia de 23 de noviembre de 1974.**

PROCEDIMIENTO: Infracción de ley.

RECURRENTE: Don Ignacio y otro.

FALLO: No ha lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia de La Coruña, sobre nulidad de operaciones

divisorias y otros extremos.

DOCTRINA: Albaceas. Naturaleza. Mandato "post mortem". Requisitos.

El trasplante al Derecho sucesorio de los institutos de la mancomunidad simple y solidaria, que tan perfecto encaje encuentra en

el Derecho de obligaciones, tenía que producir desafortunadas consecuencias en la práctica si la doctrina científica y la

jurisprudencia no se hubieran encargado de paliarlas porque, si bien se comprende que nada tiene que ver la mancomunidad

simple y la solidaria que se predicen de una obligación o de un crédito, con esas mismas calificaciones atribuidas a unos

albaceas y a unos contadores que no pueden asimilarse a un conjunto de obligaciones o a un crédito, sino simplemente a

cargos o mandatos "post mortem".

La mayoría o unanimidad a que se refiere el artículo 897 del Código Civil es la que se exterioriza solamente por los supervivientes

que sean capaces, no tengan incompatibilidad, hayan aceptado el cargo y quieran desempeñarlo, porque lo contrario supondría

dejar la supervivencia del órgano particional a las imprevisibles contingencias de que todos los designados habrían de sobrevivir

al testador, conservar su capacidad para ejercer el cargo, no habrían de incurrir en causa de incompatibilidad o remoción y

habrían de querer ejercerlo; contingencias todas que podrían producirse en muy pocos casos, con lo que se privaría de seguridad

jurídica a una institución nacida precisamente para producirla.



En la villa de Madrid, a 23 de noviembre de 1974; en los autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Chantada y en grado de apelación ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de

La Coruña, por don Ignacio y don Clemente, mayores de edad, el primero ebanista y vecino de Lugo y el segundo, labrador y vecino de Marzán (Monterroso), con don Enrique, mayor de edad, industrial y vecino de Lugo; doña Aurora, mayor de edad, sin profesión especial, casada y con licencia de su esposo, don Carlos Alberto, vecino de Buenos Aires (República Argentina); don Claudio, mayor de edad, sacerdote y vecino de Recelle (Puertomarín); don Jose Ángel, don Antonio y don Jorge, doña Dolores y don Jesús Ángel, mayores de edad, el primero labrador y vecino de San Fiz de Rozas (Puertomarín) y los restantes ausentes en el extranjero, sobre declaración de nulidad de operaciones divisorias y otros extremos; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los actores, representados por el Procurador don Gabriel Sánchez Malingre y dirigidos por el Letrado don Felipe Ruiz de Velasco; habiendo comparecido únicamente en el presente recurso el demandado recurrido don Enrique, representado por el Procurador don Saturnino Estévez Rodríguez y dirigido por el Letrado don Pedro González López.

### RESULTANDO:

RESULTANDO que por el Procurador don Alfredo Costa Clavell, en nombre de don Ignacio y don Clemente y mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Chantada, se dedujo demanda contra don Enrique, doña Aurora, don Claudio, don Jose Ángel, don Antonio y don Jorge, doña Dolores y don Jesús Ángel, sobre nulidad de operaciones particionales y en cuya demanda se alegó: los cónyuges don Luis Miguel y doña Nuria, fallecieron en Recelle (Puertomarín) en 11 de marzo de 1953 y 18 de enero de 1961, respectivamente, bajo testamento que cada uno había otorgado el 11 de abril de 1951, dejando siete hijos y dos nietos - hijos del que lo era de los causantes y que premurió a los mismos, Isidro -; que en los testamentos de los causantes -ambos iguales en sus disposiciones- se consignan estas cláusulas: "Tercera. Lega al otro cónyuge el usufructo vitalicio de todos sus bienes, con relevación de inventario y fianza.-Cuarta. Mejora a su hijo Enrique en el tercio destinado legítimamente a este fin y le lega además el tercio de libre disposición señalando como primera partida para pago de los mismos la casa donde habita, llamada de Lama, con todos los bienes muebles y ganados que se encuentren en ella, la era de majar, pajar, alpendes, hórreos, huerta y prado que la circunda, el pasterío, el labradío das DIRECCION000 y la cortina de DIRECCION001.-Quinta. Ordena el testador que se añada a las fincas anteriores, para pago de la mejora y legado de su hijo Enrique, las conocidas como Cortina de DIRECCION002 y si con ello resultare un exceso de dichos dos tercios deberá el expresado hijo abonar en metálico la legítima de sus hermanos y sobrinos. Sexta. Nombra contadores-partidores de su herencia, con amplias facultades, a don Claudio, Cura Párroco de San Pedro de Recelle, ya don Mariano, vecino de Recelle, prorrogándoles el plazo por todo el tiempo que sea necesario.-Séptima. En el remanente de sus bienes, derechos y acciones instituye herederos a sus siete hijos nombrados en la segunda cláusula y a sus nietos, hijos de su hijo, en representación de éste; el nombramiento de contadores lo había sido con carácter mancomunado y aquéllos eran sabedores de su designación con anterioridad incluso al fallecimiento de los testadores; después de fallecer éste, finó también el contador don Mariano, sin que se hubiese realizado la partición a pesar de haber transcurrido más de cuatro años desde la ocurrencia del óbito de la causante doña Nuria, a la cual había premuerto el esposo; después de fallecer dicho contador, el otro nombrado, don Claudio, pretendió realizar la partición, a lo cual se opusieron varios de los herederos que estimaban no podía hacerlo ya, entre ellos el actor don Clemente, que le llamó a conciliación ante el Juzgado de Paz de Puertomarín sin que el señor Claudio concurriese al acto; a pesar de ello, don Claudio realizó la partición protocolizando el cuaderno en la Notaría de Lugo de don Manuel Andrino Hernández, con fecha 18 de marzo de 1970; aparte de que los actores estiman que la partición tenía que realizarse de consuno por los dos contadores nombrados y de que, en todo caso, la efectuada por el señor Claudio lo fue después de transcurrido el plazo concedido por los testadores, lesionando en ella en más de la cuarta parte de los intereses de los demandantes y posiblemente los de otros herederos, aplicando unos desproporciones en los criterios de valoración que producían aquella lesión, beneficiando al heredero mejorado don Enrique, uniéndose a ello notables diferencias en cuanto a la adjudicación de fincas de inferior calidad, mas difíciles de cultivar y alejadas del núcleo urbano, etc., destacando el valor asignado al " DIRECCION003 " (partida dos del inventario), que se cifraba en 58.864-pesetas, y en comparación con esta finca, por ejemplo, el " DIRECCION003 y DIRECCION004 " (partida catorce) a la que se fija un valor de 39.612 pesetas, cuando la última de tales fincas nunca fue prado de regadío como se dice en la partición, no pasando de ser un mal pastero, en tanto que la primera es un magnífico prado como no hay (michos en la comarca, deduciéndose de ello que si el " DIRECCION003 " se valora en la cantidad que se le asigna en la partición, la otra finca nombrada no podría valorarse, teniendo en cuenta su extensión, calidad y situación, en más de 12.000 pesetas, ya que su valor es seis o siete veces inferior, como mínimo, a la otra finca; en esta misma desproporción, o mayor todavía, se



encuentra la " DIRECCION005 ", de la cual una quinta parte se adjudica al actor don Ignacio , ocurriendo lo propio con otras fincas adjudicadas al mismo heredero; lo propio concurría con las fincas adjudicadas al también demandante don Clemente en comparación con las asignadas a sus coherederos don Enrique y don Jose Ángel , favoreciendo a éstos notablemente la falta de un criterio fijo en la valoración de los bienes, puesto que los a ellos adjudicados, los mejores de la herencia, al ser tasados muy por debajo de su verdadero valor, y por el contrario, al tasar excesivamente el resto de los adjudicados a otros herederos, acarrea la consecuencia de que las donaciones hechas a don Jose Ángel por sus padres, sin duda de valor muy superior a la legítima corta que le corresponde por herencia, no se detraen del tercio de libre disposición como está establecido, lo cual supondría una reducción en los bienes de don Enrique , sino que se inclinen como parte integrante de su legítima en perjuicio, naturalmente, de los demás herederos; desde el momento en que fueron protocolizadas las operaciones divisorias, el heredero y demandante, don Enrique , efectuó la venta de ganados y arrendó algunas fincas; alegó en Derecho lo que estimó oportuno y suplicó se dictase sentencia declarando nula y sin ningún efecto la partición realizada por don Claudio en las herencias de don Luis Miguel y doña Nuria , protocolizada ante el Notario de Lugo don Manuel Andrino Hernández, en 18 de marzo de 1970, con todas sus consecuencias. Y, de no estimarse así, declarando rescindida dicha partición por lesión en más de la cuarta parte y, por consiguiente, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración. Condenando a los demandados a estar y pasar por esos pronunciamientos y al pago de las costas.

RESULTANDO que por el Procurador don Juan Fernández López, en nombre del demandado don Enrique , se contestó a la demanda alegando: el contador don Mariano , falleció el 21 de septiembre de 1964, correspondiendo al otro contador, don Claudio , la plenitud de facultades que en el testamento de cada uno de los causantes se contienen respecto a la partición de las herencias; don Claudio no tuvo conocimiento de su designación como contador hasta que se lo hizo presente el heredero don Enrique sobre los meses de octubre o noviembre de 1969, siendo entonces cuando aceptó el nombramiento, cumpliendo seguidamente el encargo hasta llegar a la protocolización del cuaderno particional y todo ello sin parar mientes a que, según las disposiciones testamentarias de los causantes, se prorroga el plazo a los contadores por "todo el tiempo que sea necesario"; el señor Mariano efectuó la partición a los cuatro meses de haber tenido conocimiento de su designación; que no existía lesión alguna en la partición y menos en la cuarta parte;\* el evalúo de los bienes en el inventario se hizo manteniendo la misma ponderación o criterio valorativo desde la primera a la última de las partidas: el " DIRECCION003 » es la finca de la herencia con mayor valor por unidad de superficie, teniendo en cuenta su calidad y situación, habiéndole asignado por ello un valor de 452 pesetas área, muy superior al del resto de las fincas rústicas, guardando tal valor la debida proporcionalidad con los a que se estimaron al resto de las fincas; que de " DIRECCION003 y DIRECCION004 " está destinado a los cultivos de robleda, piado de regadío y pastero, habiéndosele fijado a la parcela destinada a robleda un valor por área de 105 pesetas, igual que a otras fincas de la misma calidad y cultivo; a la parcela de prado que cuenta con regadío se le señaló un valor de 276,50 pesetas por área, siendo este prado de inferior calidad que el " DIRECCION003 ", por lo que su valoración por unidad de superficie también es inferior, llegando a casi la mitad; tal parcela de regadío se adjudicó por partes iguales a don Antonio , don Ignacio y a los nietos de los causantes, hijos de don Isidro ; la parcela de pastero valorada a 179,30 pesetas área, guardando la debida relación, tanto con los valores de las otras parcelas de esta finca, como con el señalado al " DIRECCION003 "; en cuanto a la finca " DIRECCION005 ", se trata de una finca por cultivos de labradío en una superficie de 1,3997 hectáreas situada en la parte Sur de la misma y de viña e inculto en la parte Norte en 0,4123 hectáreas y que la calidad del labradío adjudicado a don Ignacio , doña Aurora , don Antonio e hijos de don Isidro , es de calidad intermedia entre las dos fincas " DIRECCION006 " y " DIRECCION007 " y su valor está en la misma proporción, mientras que la parcela de esta finca destinada a viña e inculto, adjudicada a don Enrique , es de inferior calidad que el resto de la misma y, sin embargo, se valoró toda ella al mismo precio de 108,80 pesetas área; así, pues, si al uno de los interesados podía argüir perjuicio sería precisamente el demandado don Enrique ; después de alegar los fundamentos de Derecho que estimó de aplicación terminó suplicando se dictase sentencia desestimando la demanda y absolviendo de la misma a los demandados, con imposición de costas a los actores.

RESULTANDO que evacuados por las partes los traslados de réplica y súplica, insistiendo en sus respectivas pretensiones, y practicada la prueba declarada pertinente, que se unió a los autos, el Juez de Primera Instancia de Chantada dictó sentencia con fecha 14 de abril de 1973 , estimando parcialmente la demanda, declarando rescindida la partición realizada por el contador don Claudio , por lesión en más de la cuarta parte del importe de los derechos hereditarios correspondiente al actor don Ignacio ; condena al demandado don Enrique , único beneficiado, a indemnizar a aquél el daño, que se fija en la cuantía de 17.844 pesetas; absuelve a dicho demandado del resto de las pretensiones de la demanda, así como también absuelve a los demás demandados de todas las peticiones contenidas en la misma, sin costas.

RESULTANDO que apelada la anterior resolución por la representación de la parte actora, a la que se adhirió el demandado, y sustanciada la alzada con arreglo a Derecho, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia



Territorial de La Coruña, dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 1973 , confirmando la del Juzgado sin costas en esta instancia.

RESULTANDO que por el Procurador don Gabriel Sánchez Malingre, en nombre de don Ignacio y don Clemente , se ha interpuesto contra la anterior sentencia recurso de casación por infracción de ley al amparo de los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alega infracción de ley, consistente en la violación de los artículos 895 , 897 y 1.910 del Código Civil . Como muy bien dicen las sentencias del Juzgado de primera instancia de Chantada y de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia, el problema casi único que se planteó en el litigio y que ahora es objeto del presente recurso de casación, queda referido a precisar si la partición que llevó a cabo individualmente al Contador Partidor, don Claudio , y al Párroco de San Pedro de Recelle, debe o no estimarse nula, en atención a unas circunstancias de hecho que, afortunadamente, para el recurrente, no son objeto de discusión. Dos causas fundamentales fueron la base de la petición de la súplica de la demanda, súplica referida a la nulidad e indicada de la partición ejecutada por don Claudio ; estas dos causas eran las siguientes: 1) Que al ser designado don Claudio como Contador Partidor y mancomunadamente con don Mariano , el fallecimiento de don Mariano , extinguió el albaceazgo y en su caso la función del Contador, que no podía individualmente llevar a cabo su misión; y 2) Que en todo caso, la partición se había llevado a cabo fuera de plazo. El último testador -doña Nuria -, había fallecido el 18 de enero de 1961. La partición se firma el 18 de marzo de 1970. Han pasado nueve años y dos meses. Tanto el Juzgado como la Audiencia llegaron a la conclusión de que ninguna de las dos causas alegadas, provocaban la nulidad de la partición de los bienes de don Luis Miguel y doña Nuria . Ambas sentencias coinciden realmente en el razonamiento, si bien no puede por menos de advertir en todo caso que la línea del Juez, es infinitamente más comprensible, ya que resulta difícilísimo por no decir imposible, captar los argumentos por virtud de los cuales, la Audiencia decide que la partición es perfectamente válida. Sostiene que el Albacea don Claudio , podía hacer la partición sin necesidad de contar con la colaboración del Albacea don Mariano anteriormente fallecido. De conformidad con el artículo 895 del Código Civil , cuando los Albaceas son designados mancomunadamente, es posible prescindir de la actuación conjunta, mientras ambos tengan la capacidad legal requerida y vivan al fallecimiento del testador; la muerte de cualquiera de los Albaceas, no produce, sin embargo, la descalificación del otro para llevar a efecto por si solo la partición, pues ello equivaldría a revocar totalmente el extremo de la ejecución testamentaria que la voluntad de los causante dejó prevista con mención nominal de uno y otro de los Comisarios, sin ningún condicionamiento de rango o función; no se deduce del ánimo del testador, dejar sin efecto la designación de uno de los Albaceas, si el otro, no aceptaba o moría; la función representativa del Albaceazgo mancomunado, debe permanecer íntegra en las personas designadas por el testador, acreciendo las facultades de los que legítimamente no entren o dejen de entrar en la posesión de su cargo, como para los efectos de su retribución establece el párrafo segundo del artículo 908 del Código Civil ; no cabe duda alegar lo que dispone el artículo 895 del Código Civil , que exige la actuación de la mayoría de los nombrados, porque el nombramiento no implica en todo caso ejercicio y mucho menos si se tiene en cuenta que el cargo es voluntario. Lo cierto es, vistos los argumentos indicados, que la tesis de ambas sentencias infringe abiertamente los preceptos sustantivos que sirven de base a este primer motivo de casación. Cuando el nombramiento es mancomunado, la muerte de uno de los Albaceas en estas condiciones designado, representa de hecho la extinción del albaceazgo. Y ello es 'así, por muchas razones que se desprenden de la interpretación de los preceptos indicados y del concepto mancomunidad referido al albaceazgo. Vaya por delante, que en el presente supuesto los Contadores Partidores, don Claudio y don Mariano , fueron designados mancomunadamente. Así lo reconocen las sentencias recurridas y así, ha sido expresamente reconocido por las partes litigantes. Cuando los testadores nombran a don Claudio , Cura Párroco de San Pedro de Recelle y á don Mariano , vecino del expresado Rocelle, lo hacen con la necesaria claridad para poder deducir: A) Que designan los dos; a Claudio y a Mariano . B) Que utilizan la conjunción copulativa y, lo que representa conjunción, mancomunidad. C) Que si hubieran querido decir otra cosa, o el Notario hubiera querido decir otra cosa, a instancia de los testadores, lo hubiera hecho, pero entonces, en Ley, hubiera sido constituido por otro. Todo ello, resulta muy claro, y lo que es más si se piensa que en el artículo 897 del Código Civil se establece la presunción de que los Albaceas se entenderán nombrados mancomunadamente. La diferencia estaría en que cuando las designaciones sean mancomunadas es necesaria la actuación conjunta de los contadores partidores, mientras que en el caso de designación solidaria, podrían actuar todos juntos, o cada uno por sí solo; de forma que la ejecución del testamento, cabría que la llevase a cabo aisladamente cualquiera de los solidarios, pero debería llevarse a cabo conjuntamente, por todos los mancomunados. En conclusión, en un caso -solidaridad- cabría la ejecución individual. En otro -mancomunidad-, sería precisa la colectiva. Por eso puede afirmarse, que si los Albaceas son mancomunados, como se requiere la actuación conjunta, la falta de alguno, acaba con el albaceazgo. La consecuencia frente a la resolución sentada por la Sala Segunda, es evidente, porque siendo mancomunados los Contadores Partidores designados por los testadores y siendo dos los nombrados, el fallecimiento de uno





de ellos, sin que la partición se realizara, hace inútil pretender la continuación de la función, y evidentemente, al morir.

e) el Albacea mancomunado, señor Mariano , la misión quedó definitivamente extinguida, y el sobreviviente no podría sin infringir los preceptos sustantivos a que ha hecho referencia, realizar la partición. Que el artículo 895, permite prescindir de la mancomunidad, es una afirmación carente de toda garantía, porque el precepto lo que dice es exactamente todo lo contrario, en cuanto elige la conjunción de los albaceas nombrados. Que la muerte de un albacea no produce la descalificación del otro, es tesis aceptable, si el nombramiento fuera solidario, pero no admisible cuando el llamamiento es conjunto y se hace preciso la actuación colectiva, criterio que, además, refleja muy claramente la sentencia de 12 de mayo de 1906 . Que no se deduce del ánimo del testador dejar sin efecto la designación de uno de los albaceas, si el otro moría. Se puede afirmar todo lo contrario, porque si el testador hubiera querido que cualquiera de los dos albaceas - Claudio o Mariano - hubiera hecho la partición, se hubiera cuidado de hacerlo constar así en la cláusula sexta de su testamento, pero lejos de seguir tal sistema, lo que el testador hace es todo lo contrario, en cuanto lleva a cabo una designación conjunta. Quiero que mi partición la hagan Claudio y Mariano conjuntamente. No quiero que Ja haga sólo Claudio , ni quiero que la haga sólo Mariano . Que la función representativa del albaceazgo debe permanecer íntegra en las personas designadas, acreciendo las facultades de aquellos que no entren en la posesión del cargo, es tesis totalmente contraria a la vocación y llamamiento de los albaceas mancomunados, porque eso sería posible sino existiera la mancomunidad o la conjunción, pero existiendo no cabe admitir un incumplimiento de lo que realmente el testador quiso. Por último, que no es aplicable el artículo 895 del Código Civil , constituye una afirmación más, carente de eficacia, ya que precisamente la aplicación del precepto indicado, es clave para el éxito de este primer motivo de casación. Y no se olvida al cerrar el cuadro ni la sentencia de 14 de diciembre de 1891 de criterio diferente, pero apoyada en la interpretación de la Ley de Partidas, ni la resolución de la Dirección General de los Registros, de 12 de julio de 1917, que tampoco permite el apoyo de la teoría mantenida por el Juzgado y por la Audiencia, tesis que al ser evidente el fallecimiento de uno de los Contadores Partidores nombrados mancomunadamente - Mariano -, habría de llevar a la extinción del albaceazgo, sin que fuera límite que el sobreviviente - Claudio -, pudiera llevar a cabo la partición que no se le había encomendado individualmente, sino en estrecha colaboración con el fallecido. Todo ello, conduce evidentemente, a la necesidad de dejar sin efecto la sentencia recurrida y declarar nula la partición, que el 18 de marzo de 1970 , don Claudio , llevó a cabo de los bienes de don Luis Miguel y de doña Nuria .

Segundo. Al amparo del número primero del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alega infracción de ley por violación- de los artículos 904 , 905 , 910 del Código Civil . Hace cita de las siguientes fechas: 1) 11 de abril de 1951. Es la fecha del testamento, y a los Albaceas, se les concede el plazo legal -un año- y se les prorroga por el que legalmente es posible -otro año-, 2) 18 de enero de 1961. Es la fecha del fallecimiento del último de los testadores, doña Nuria . En principio, los plazos deben contarse desde este preciso momento. 3) 18 de marzo de 1970. Es la fecha en que don Claudio , lleva a cabo al partición. No parece difícil advertir que entre el 18 de enero de 1961, fecha del fallecimiento del último de los testadores y el 18 de marzo de 1970, fechas en que la partición se lleva a cabo, ha transcurrido con exceso el plazo fijado por la Ley y en su caso por el testador. Se han agotado los plazos del año, y su prórroga que se concretan en los artículos 904 y 905 del Código Civil que integran la base de este segundo motivo de casación. Por eso, la alegación relativa a que la partición estaba hecha fuera de plazo, ha de añadirse a la desarrollada en el primer motivo de casación, en cuanto no sólo el señor Claudio se encontraba imposibilitado de partir al morir su colaborador indispensable el señor Mariano , sino que, además, lo estalla por haber dejado transcurrir todos los plazos posibles para llevar a cabo aquellas particiones. Sin embargo, el Juzgado y la Audiencia, tampoco aceptan esta causa -tan importante como la anterior-, relativa a la nulidad de la partición, por haber sido realizada fuera de plazo, y ello por sostener que no se ha podido acreditar que don Claudio , tuviera auténtico conocimiento de su designación como Contador-Partidor, hasta un año antes de llevar a cabo la partición. Ambas sentencias coinciden igualmente de escasa consistencia, cual es de afirmar que en el momento de efectuar o formalizar el Acto de Conciliación previo a la demanda, los demandantes no alegaron ni pusieron de manifiesto este motivo concreto de nulidad y relativo a que el Albacea había llevado a cabo la partición fuera de plazo. Prescindiendo de este segundo aspecto del problema, que en ningún caso, puede considerarse importante, es lo cierto que la tesis de las sentencias, es que los demandantes no han podido probar, que el señor Claudio , tuviera conocimiento de su nombramiento, en plazo que pudiera permitir la aplicación de los términos inexorables contenidos en los artículos 904 y 905 del Código Civil . Así configurado el problema, el recurrente tendría que demostrar que efectivamente, el señor Claudio , había alcanzado conocimiento de su nombramiento antes del plazo de prueba totalmente inútil de plantear y sin ninguna posibilidad de practicar. Realmente si ello fuera así, esta alegación, este motivo de nulidad de la partición, no tendría la menor posibilidad de éxito, porque ninguna prueba cabe articular para acreditar aquella circunstancia referida a una tercera persona; el albacea designado. Lo que ocurre, es que no se trata de un tema de hecho, en el que haya de probar o demostrar el momento en que el señor Claudio , tuvo conocimiento de su designación; se trata de un tema estrictamente



jurídico, en el cual basta tener en cuenta la fecha del fallecimiento del testador y la fecha en que la partición se realizó para obtener la conclusión de que dicho plazo estaba caducado. Y no es posible otro sistema, porque de lo contrario no habría manera de aplicar los preceptos sustantivos que sirven de base a la cuestión, en cuanto siempre se encontraría una disculpa que permitiera sostener que el albacea no tenía conocimiento de su designación, criterio tanto más extraño cuanto que lo normal es que ese conocimiento se produzca incluso en vida del testador; mucho más al producirse su fallecimiento, momento en el cual es patente que los albaceas adquieren a través de los herederos el conocimiento exacto de su nombramiento. Esas razones justifican cumplidamente la tesis que sostiene este segundo motivo de casación, tesis consistente en que basta el transcurso del plazo y más cuando es tan acentuado como en el presente supuesto, para que el término se considere caducado, y nula la partición en estas condiciones realizada.

Visto siendo Ponente el excelentísimo señor Magistrado don Manuel Taboada Roca Conde de Borrajeiros.

#### CONSIDERANDO:

CONSIDERANDO que aunque nuestro Ordenamiento civil admite la institución de los Testamentarios Contadores-Partidores o Comisarios, no los regula debidamente, limitándose a disponer, en el artículo 1.047 del respectivo Código, que "el testador podrá encomendar, por actos intervivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los herederos"; no determina, por consiguiente, ni la naturaleza del cargo, ni especifica las clases, ni señala, siquiera, el plazo dentro del cual deben desempeñar su cargo, ni los derechos y deberes de los designados, ni las maneras de extinguirse dicho cargo, en cuanto a cada uno de los individualmente designados, ni en cuanto al órgano colegiado cuando se organiza, con carácter pluripersonal.

CONSIDERANDO que, por ello, la jurisprudencia, en su función integradora, vino a llenar parte de esas lagunas, proclamando, con carácter general, que con respecto al mandato especial post mortem guardaba cierta analogía con el cargo de albacea, y, por tanto, que le eran aplicables las disposiciones que regulan éste, en cuanto resultan compatibles con la naturaleza de aquel - sentencias de 24 de febrero de 1903 , 5 de febrero de 1908 , 14 de enero y 13 de noviembre de 1912 , 23 de octubre de 1923 , 22 de febrero de 1929 y 5 de julio de 1937 .

CONSIDERANDO que, por tanto, en el organismo particional, al igual que el albaceazgo, podrá ser unipersonal o colectivo, y en este último supuesto, los designados podrán venir llamados para actuar sucesivamente -unos en defecto de otros-, o para actuar simultáneamente, pudiendo, a su vez, éstos, estar designados con carácter mancomunado simple, o con carácter llamado "solidario" - artículo 894 del Código Civil , aplicable por analogía a los Contadores, según la doctrina jurisprudencial que queda aludida.

CONSIDERANDO que el trasplante al Derecho sucesorio de los institutos de la mancomunidad simple, y la solidaria, que tan perfecto encaje encuentra en el Derecho de obligaciones, tenía que producir desafortunadas consecuencias en la práctica, si la doctrina científica y la jurisprudencia, no se hubieran cuidado de paliarlas, porque, bien se comprende que nada tienen que ver la mancomunidad simple y al mancomunidad solidaria que se predicán de una obligación o de un crédito, con esos mismas calificaciones atribuidas a unos albaceas o a unos Contadores, que no pueden asimilarse a conjunto de obligaciones o créditos, sino simplemente a cargos o mandatos especiales "post mortem".

CONSIDERANDO que para poder calificar debidamente la naturaleza de los Contadores designados por la causante de este litigio, se hace necesario tener en cuenta que la cláusula de designación dice literalmente: " nombra Contadores partidores de su herencia con amplias facultades a don Claudio , Cura Párroco de Recelle, y a don Mariano , vecino del expresado Recelle, prorrogándoles el plazo por todo el tiempo necesario".

CONSIDERANDO que de acuerdo con lo que dispone el artículo 897 del referido Código Civil , y toda vez no se establece claramente la solidaridad, ni se fija el orden en que deben desempeñar su cargo, "se entenderán nombrados mancomunadamente y desempeñarán el cargo como previenen los artículos anteriores", es decir, que "sólo valdrá lo que todos hagan de consuno, o lo que haga uno de ellos, legalmente autorizado por los demás, o lo que, en cada caso de desidencia, acuerde el mayor número".

CONSIDERANDO que la ícela interpretación de esta última norma -tanto para los Albaceas, como para los Contadores-, aconseja entender que la mayoría o la unanimidad a que se refiere, es la que se exterioriza solamente por los supervivientes que sean capaces, no tengan incompatibilidad, hayan aceptado el cargo, y quieran desempeñarlo; ya que la contraria exégesis, vendría a dejar supeditada la pervivencia del órgano particional, a las imprevisibles contingencias de que todos los designados, habrían de sobrevivir al testador, habrían de conservar su capacidad para desempeñar el cargo, no habrían de incurrir en ninguna causa de incompatibilidad o remoción, y habrían de querer ejercerlo; contingencias todas ellas, que en muy pocos casos



se podrían producir, con lo que se privaría de seguridad jurídica a una institución, nacida, precisamente para procurar ésta.

CONSIDERANDO que si acudimos a nuestro Derecho histórico tradicional, comprobamos que, efectivamente, cuando eran varios los Contadores designados, valía lo que hiciesen los que tenían capacidad para realizar la partición, ya que, como decía la Ley sexta del Título diez, de la Partida sexta, "si muchos fueren los testamentarios en cuya mano dejare alguno su testamento, todos deben ser en uno para cumplirlo, si pudieren en aquella manera. Pero si acaeciére que todos no pueden y ser o no quieren, lo que hicieren los dos o el uno, debe valer maguer los otros no se acierten"; y siguiendo esa tradicional doctrina, el propio Proyecto de 1851, "prescribía que cuando son dos o más los albaceas, y no puedan o no quieran intervenir todos, valdrá lo que haga el menor número, aunque sea uno sólo.

CONSIDERANDO que nuestra antigua jurisprudencia, se manifestó de acuerdo con tal doctrina, siendo ejemplo de ello, la sentencia de 18 de junio de 1964, que declaró "que si son tres los Albaceas nombrados, la incapacidad de uno no basta para privar a los otros, de sus facultades ", y la de 18 de marzo de 1865 , que estableció que "si la mayor parte de los Albaceas designados, no quisieran o no pudieran desempeñar el Albaceazgo, podrán hacerlo los que queden".

CONSIDERANDO que este Tribunal Supremo, posiblemente teniendo en cuenta estos antecedentes históricos, siguió esa línea tradicional, siendo ejemplo de ello, los siguientes fallos: al la sentencia de 14 de mayo de 1891 , que se enfrentó con una cláusula en la que la testadora nombraba tres ejecutores testamentarios, a los cuales -decía- "doy pleno poder y facultad" de cumplir este testamento", y cuya sentencia proclamó que "ni de la cana inteligencia de las palabras de la testadora en la cláusula ni del sentido general del testamento puede deducirse que fuera la voluntad de aquélla, dejar sin efecto el nombramiento de uno de sus albaceas, si los otros dos no aceptaban o habían muerto"; b) la sentencia de 18 de junio de 1899 , que estableció que "siendo tres los albaceas nombrados mancomunadamente, los actores constituyen la- mayoría, a la que expresamente se confieren en el testamento las más amplias facultades, y entre ellas la de enajenar los bienes para la ejecución de lo ordenado en el mismo, y porque si en caso de disidencia entre los albaceas mancomunados debe prevalecer el voto de la mayoría, según el artículo 895 del Código, o que ésta acuerde dentro del círculo de sus facultades, es válido, aunque dejen de concurrir a la deliberación la minoría de los que ejercen el cargo"; y c) la sentencia de 24 de mayo de 1954 , que casó un fallo de apelación que había declarado nula una cláusula testamentaria porque en ella se había designado Contador al Notario autorizante del testamento en unión de otra persona, sentando este Tribunal, como doctrina, que aunque el Notario no pudiera ser Contador, "su incapacidad no acarrearía la del otro nombrado con carácter mancomunado, ya que no puede equipararse el caso de disidencia que determinaría la cesación del albaceazgo, con el de incapacidad de uno de los Albaceas", doctrina esta última sobre la disidencia, que es conformada la establecida en la sentencia de 12 de mayo de 1906 , que contempló el caso de así Albaceas nombrada mancomunadamente, y que se manifestaban disidentes, "por lo cual ninguno de ellos podrá ostentar la representación del Albaceazgo, porque, en realidad no había mayoría para poder resolver tal disidencia, como el artículo 897 del Código Civil , prevé".

CONSIDERANDO que contra esta interpretación de la norma, no cabe argumentar que el albaceazgo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 910 del Código Civil , termina "por la muerte, imposibilidad, renuncia o remisión del albacea", porque tales causas de remoción se refieren en concreto al Albacea en quien concurren, y no al Albaceazgo como organismo colegiado.

CONSIDERANDO que en el motivo segundo del recurso se plantea una cuestión doctrinal, también de gran interés, pues se denuncia la infracción, por violación, de los artículos 904 , 905 y 910 del Código Civil que se refieren al plazo en que el Cantador- Partidor ha de desempeñar su cometido los dos primeros, y el último a las causas por las que termina, precepto este último que ya se invocó como violado en el motivo primero del presente recurso, todas cuyas violaciones -en sentir del recurrente- se cometen por la sentencia recurrida, al otorgar validez a una partición realizada en 18 de marzo de 1970 , cuando el testador había fallecido en 18 de enero de 1961 .

CONSIDERANDO que en el desarrollo de este motivo y en defensa de su estimación, se alega: a) que la sentencia impugnada, para rechazar la pretensión de nulidad fundada en haber sido practicada después de dos años del fallecimiento d el testador, se basa en que los demandantes no han podido probar que el señor Claudio tuviera conocimiento de su nombramiento un año antes de haber llevado a cabo dicha partición; y b) que esto constituye un tema estrictamente jurídico, en el que basta tener en cuenta la lecha del fallecimiento del testador y la fecha en que la partición se realizó para obtener la conclusión de que dicho plazo está caducado.

CONSIDERANDO que, realmente, el problema que se plantea en este motivo del recurso, es el relativo a la determinación del momento inicial en que comienza a correr el plazo para que el Contador pueda ejercer su cometido, pues mientras los demandados y los juzgados de instancia sostienen que es aquel en que,



ya fallecido el causante, llega a conocimiento del Contador su designación; por el contrario, el demandante alega, ahora, en su recurso, que dicho plazo comienza a correr desde el fallecimiento del testador, sin que al impugnante de la partición realizada le incumba probar que el designado tenía conocimiento de tal designación.

CONSIDERANDO que al argumentar de este modo el recurrente, olvida: a) que cuando planteó su demanda, sostenía en apoyo de su pretensión anulatoria de las particiones, "que el señor Claudio conocía perfectamente su nombramiento, incluso antes del fallecimiento del causante" -folio 33 vuelto, de los autos del Juzgado-, y que "al conocer su nombramiento, a partir desde ese mismo instante comienza a contar el plazo en que ha de realizar las operaciones particionales", por lo que ahora no puede alterar tal alegación; b) que la sentencia de primer grado, aceptada por la de apelación, proclama que no resulta acreditado aquel extremo tan trascendental, y esta afirmación no ha sido combatida; c) que la sentencia de segundo grado, recalca, además, que ese conocimiento ha de revestir siempre "una constatación probatoria muy caracterizada.. conocimiento que no se justifica en los autos haber obtenido el señor Claudio ", y cuya apreciación no se atacó por el debido cauce.

CONSIDERANDO que el momento inicial del plazo para que el Contador pueda realizar la partición, no es el de la aceptación del cargo, como parece indicar el artículo 904 del Código Civil , pues si así se entendiera, se vendría a dejar a merced de aquél, la prolongación excesiva de un plazo que la Ley quiere que sea corto y perfectamente definido en su inicio; ni lo es tampoco el hecho del conocimiento por dicho Contador, de su designación, porque ésta, por sí sola no le faculta para actuar, sino que su legal actuación sólo puede comenzarla después de que ocurra el fallecimiento del testador y se compruebe que tal designación no ha sido revocada por disposición testamentaria posterior.

CONSIDERANDO que en el caso de autos, estimándose probado por la sentencia recurrida, que el Contador señor Claudio , no "tuvo conocimiento de su designación hasta un año antes de preceder a la práctica de la partición, y no habiéndose combatido por la vía procesal adecuada -la del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - tal afirmación fáctica, resulta evidente que la ha realizado dentro del plazo legal, por lo que, también el segundo motivo del recurso, tiene que decaer.

CONSIDERANDO que la desestimación del recurso, comporta la imposición de costas al recurrente y la pérdida del depósito constituido para recurrir, por expresa disposición legal.

#### **FALLAMOS:**

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por don Ignacio y don Clemente , contra la sentencia que con lecha 22 de noviembre de 1973, dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña ; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso y a la pérdida de la cantidad que por razón de depósito ha constituido a la que se dará el destino que previene la Ley; y líbrese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos originales y rollo de Sala que remitió.

Así por está nuestra sentencia que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y Firmamos.-Mariano Gimeno Fernández.-Manuel Taboada Roca Conde de Borrajeiros - Federico Rodríguez Solano y Espín.-Antonio Peral García. Andrés Gallardo Ros.-Rubricados.

Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor Magistrado don Manuel Taboada Roca Conde de Borrajeiros, Ponente que ha sido en este recurso, estando celebrando audiencia pública la Sala Primera de lo Civil de este Territorio Supremo, en el mismo día de su fecha; de lo que como Secretario, certifico.

Madrid, a 23 de noviembre de 1974.-Victor Dorao.\_Rubricados.