

Roj: **STS 90/2012 - ECLI:ES:TS:2012:90**Id Cendoj: **28079110012012100001**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **05/01/2012**Nº de Recurso: **2187/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Civil**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Enero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, por Dª Elisabeth , representado por el Procurador de los Tribunales D. Diego Sánchez de la Parra y Septién, contra la Sentencia dictada, el día 17 de septiembre de 2007, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 240/2008, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Salamanca en los autos del procedimiento ordinario nº 1002/2004. Ante esta Sala comparece la Procuradora Dª Teresa Uceda Blasco, en nombre y representación de Dª Elisabeth , en calidad de parte recurrente. El Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de D. Eutimio y D. Geronimo , personándose en calidad de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Salamanca, interpuso demanda de juicio ordinario, Dª. Elisabeth , contra los albaceas y contadores-partidores testamentarios de D. Eutimio y D. Geronimo , y contra los herederos doña Sofía , doña Aida , doña Camino y doña Elsa . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia que verse sobre los siguientes extremos:

Primero , que se decrete la remoción de don Eutimio y de don Geronimo de sus cargos de Albaceas y Contadores-Partidores para lo sucesivo, por notoria ineptitud en el desempeño de sus cargos.

Segundo, que se declare rescindida, por causa de lesión a la actora, la partición realizada por los contadores-partidores don Eutimio y don Geronimo mediante cuaderno particional elevado a público mediante escritura otorgada en fecha de 21 de noviembre de 2003 ante el Notario de Madrid, don Luis Núñez Boluda, con el número de protocolo 3.198.

Tercero, que, como consecuencia de lo anterior:

- se ordene una nueva partición hereditaria (incluyendo la liquidación de la sociedad de gananciales, como previa a aquélla) que habrá de encargarse a un contador-partidor designado por este Juzgado (cuyos gastos correrán de cuenta del caudal hereditario); quien deberá incluir los bienes omitidos en el inventario por los Contadores-Partidores testamentarios (esto es, los señalados en las razones" tercera, cuarta y quinta del HECHO OCTAVO del presente escrito) y deberá, asimismo, tomar como base -en cuanto a todos los bienes objeto de partición- las valoraciones practicadas en autos por los peritos judicialmente designados;

- o bien, en el caso de que los herederos demandados se acojan al derecho que les proporciona el art. 1077 del C.c. de optar por indemnizar el daño causado a la actora, se condene a los herederos demandados a pagar a la demandante aquella cantidad que resulte de la prueba pericial practicada en juicio como diferencia entre lo adjudicado como legítima estricta a mi poderdante y lo debido percibir si no hubiera habido lesión; más los frutos, rentas e intereses que ha dejado de percibir mi representada por causa de dicha lesión.



Cuarto , que subsidiariamente, para el caso de no estimar la partición rescindible, se decrete que haya de ser:

1º) *adicionada con los bienes omitidos, esto es, con los bienes señalados en las "razones" tercera, cuarta y quinta del HECHO OCTAVO del presente escrito, y sus frutos y rentas desde la muerte del causante; y*

2º) *rectificada en cuanto al avalúo de los bienes sí inventariados por los contadores-partidores testamentarios (muy especialmente en lo que respecta a los manifiestamente errados valores asignados a las acciones y participaciones de las sociedades familiares inventariadas); rectificación ésta que ha de hacerse ajustándose a las valoraciones practicadas en autos por los peritos judicialmente designados.*

Debiendo ser practicada esta partición complementaria por los propios herederos demandados con la demandante, con apercibimiento de ejecutarse a costa de aquellos si no lo hicieran voluntariamente en el plazo que se les señale por el Juzgado.

Quinto, que para el caso de tampoco estimarse procedente el complemento de la partición solicitado, se declare nulo y sin efecto alguno el cuaderno particional al que se refiere la demanda por error substancial en la valoración y cantidad de los bienes de la herencia.

Sexto, que se ordene a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones."

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D^a. Camino , D^a Elsa y D^a Sofía , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"...dictar sentencia por la que, desestimando íntegramente la demanda formulada contra nuestras demandantes, se absuelva de la misma a DOÑA Camino , DOÑA Elsa y DOÑA Sofía , imponiendo a la parte actora de las costas del juicio, con especial declaración de temeridad en su proceder".*

La representación de D^a Aida alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: *"...dictar sentencia por la que, desestimando íntegramente la demanda formulada contra DOÑA Aida por contrario, se absuelva de la misma a DOÑA Aida imponiendo a la parte actora de las costas del juicio, con especial declaración de temeridad en su proceder".*

La representación de D. Eutimio y D. Geronimo , alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: *"... dicte en su día Sentencia, por la que, desestimando íntegramente la demanda, absuelva a mis representados DON Eutimio y DON Geronimo , de los pedimentos de la actora, debiendo imponerse las costas del presente procedimiento, por expresa disposición legal y por temeridad al proponer la demanda, a la parte actora".*

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se señaló día y hora para la celebración de Audiencia Previa la que tuvo lugar con asistencia de las partes, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº uno de Salamanca dictó Sentencia, con fecha 7 de febrero de 2008 , y con la siguiente parte dispositiva: *"DESESTIMO la demanda interpuesta por Dña. Elisabeth representada por el Procurador Sr. CORTES GONZÁLEZ contra D. Eutimio y D. Geronimo , representados por la Procuradora Sra. MARTIN RIVAS y contra Dña. Sofía , Dña. Aida , Dña. Camino y Dña. Elsa representadas por el Procurador Sr. MARTIN TEJEDOR absolviendo a estos de los pedimentos contra ellos contenidos. Respecto a las costas procesales, la parte actora abonará las propias, las generadas por los albaceas, contadores-partidores y las comunes del procedimiento por mitad; siendo la otra mitad a cargo de las coherederas demandadas, que también afrontarán sus propias costas procesales".*

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a. Elisabeth . Sustanciada la apelación, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca dictó Sentencia, con fecha 17 de septiembre de 2007 , con el siguiente fallo: *"Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la demandante DOÑA Elisabeth , representada por el Procurador Don Diego Sánchez de la Parra y Septién, confirmamos la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 1 de esta ciudad con fecha 7 de febero de 2008 en el Juicio Ordinario del que dimana el presente rollo, con imposición a la expresada recurrente de las costas causadas en esta segunda instancia".*

TERCERO. Anunciados recursos extraordinario por infracción procesal y de casación por D^a Elisabeth , representada por el Procurador de los Tribunales D. Diego Sánchez de la Parra y Septién, formalizó *recurso extraordinario por infracción procesal* articulándolo en los siguientes motivos:

Primero y Único.- Infracción del art. 218, AP.1, de la LEC .

El *recurso de casación* , se formalizó articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del art. 1057 del Código Civil .



Segundo.- Infracción por inaplicación del art. 910 del Código Civil .

Por resolución de fecha 1 de diciembre de 2008, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora D^a Teresa Uceda Blasco, en nombre y representación de D^a Elisabeth , en calidad de parte recurrente. El Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de D. Eutimio y D. Geronimo , personándose en calidad de parte recurrida.

Admitido los recurso por auto de fecha 19 de enero de 2010 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de D. Eutimio y D. Geronimo , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el siete de diciembre de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º El padre de la recurrente D. Clemente , falleció en 2002. Había otorgado testamento en el que nombró herederas universales a sus cuatro hijas. Entre otras disposiciones que no se han planteado en la casación, nombró albaceas contadores- partidores en la siguiente cláusula: *"Nombra albaceas, contadores partidores, solidariamente, con facultad de entregar legados y prorrogándoles el plazo legal hasta un año después del fallecimiento del testador y de su cónyuge, y sin perjuicio de que los interesados puedan realizar por sí solos la partición, a D. Eutimio y D. Geronimo [...]"*.

2º Los albaceas otorgaron el cuaderno particional. La recurrente D^a Elisabeth impugnó el cuaderno por entender que la partición le producía una lesión en más del 25%. En su demanda, pidió que *"se decrete la remoción de D. Eutimio y D. Geronimo , de sus cargos de Albaceas y Contadores partidores para lo sucesivo por su notoria ineptitud en el desempeño de sus cargos"* . Esta es la única cuestión que se discute en el recurso de casación.

Las demandadas se opusieron a la demanda. Los albaceas alegaron, entre otras cuestiones, falta de legitimación porque sus funciones se habían agotado con la práctica de las operaciones particionales.

3º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Salamanca, de 7 febrero 2008 , desestimó la demanda. En primer lugar constató que no se produjo la lesión que se denunciaba y por ello debía desestimarse la demanda y a continuación dijo que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, las funciones del contador-partidor quedaban agotadas una vez que se habían realizado las operaciones particionales, por lo que *"[...] procede absolver a los albaceas, contadores-partidores, porque ya habían realizado la partición; porque además esta partición ha sido válida y mantenida, tras acreditarse en estos autos que no puede prosperar ninguna de las acciones ejercitadas"*. La sentencia imponía a la demandante las costas generadas por la demanda dirigida contra los albaceas contadores-partidores, porque *"ya habían realizado su función y aquí no podía exigírseles ninguna responsabilidad, ni en ningún caso iban a continuar en labores de partición, ya realizada y extinguido su mandato"*.

4º D^a Elisabeth apeló la anterior sentencia, que fue desestimada por la SAP de Salamanca, de 17 septiembre 2007 . La apelación se limitaba a impugnar el pronunciamiento de la sentencia de 1ª instancia referido a las costas generadas por la llamada al proceso de los albaceas, impuestas a la apelante y se pretendía que fueran atribuidas a los albaceas, por la razón básica de que se había infringido la doctrina de esta Sala referida al momento de la finalización de su función. La sentencia recurrida dijo: **a)** que *"el consentimiento y la aceptación de las operaciones particionales realizadas por el contador, no constituye presupuesto necesario para afirmar la falta de legitimación de éste respecto de las acciones de nulidad, rescisión o complemento de tal partición que puedan ejercitar los herederos e interesados en la herencia"* ; **b)** como la demandante ejercitó la acción de rescisión de la partición, como principal, y otras del mismo tipo en forma subsidiaria, *"[...] no se ve la necesidad de dirigir también la demanda contra los albaceas designados por el causante ya que, ni se cuestiona la validez y eficacia del testamento, ni tampoco la integridad de la herencia o de alguno de sus elementos"* , y **c)** al haberse rechazado la petición efectuada en la demanda relativa a la remoción de los albaceas, se consideró correcta la imposición de las costas generadas por la intervención de los albaceas.



5º Dª Elisabeth interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Ambos recursos fueron admitidos por auto de esta Sala, de 19 enero 2010 . Figuran las alegaciones de los albaceas.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO. El recurso contiene un largo resumen de antecedentes, que no constituyen contenido propio del recurso, y al mismo tiempo expone algunos razonamientos que no forman parte ni del recurso extraordinario por infracción procesal, ni del recurso de casación.

El *Motivo único* de este recurso, denuncia la infracción del art. 218.1 LEC , por haber incurrido la sentencia recurrida en defecto de incongruencia. Su parte dispositiva se aparta de las acciones ejercitadas en la demanda, al decir que ésta incluía la acción de remoción de los albaceas y ello constituye una mutilación del supuesto contenido en la pretensión, que por ello no se corresponde en realidad con el "petitum" de la demanda.

El motivo no se estima.

En primer lugar, según reiterada doctrina de esta Sala, no existe incongruencia en las sentencias absolutorias, porque resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito. Habiéndose desestimado la demanda en su totalidad en este litigio, se aplica esta regla, por lo que resulta correctamente aplicado el art. 394.1 LEC .

En segundo lugar, debe señalarse que de acuerdo con los antecedentes que se han resumido en el FJ 1 de la sentencia, en la demanda rectora del pleito se demandó a los albaceas juntamente con las coherederas y en el primer apartado del *petitum* de la demanda se pidió su remoción, porque al pedirse la declaración de nulidad de la partición y subsidiariamente, la rescisión, quería evitarse que en una eventual admisión de estas peticiones, fueran los mismos albaceas quienes debieran efectuarla de nuevo. No puede ahora alegarse incongruencia tal como efectúa la parte recurrente, porque sus argumentos no se ajustan a lo pedido en la demanda y, con lo resuelto en la sentencia recurrida.

TERCERO. La desestimación del motivo único del recurso comporta la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal, con imposición de las costas a la recurrente, por aplicación del art. 398.1 LEC , en relación con el art. 394.1 LEC .

De conformidad con lo establecido en la DF 16.ª, 1 , 6.ª, LEC , desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, procede examinar y resolver el recurso de casación interpuesto conjuntamente, por la misma parte litigante.

II. RECURSO DE CASACIÓN

CUARTO. Se van a examinar conjuntamente los dos motivos del recurso de casación, por tratar de la misma temática.

El *Primer motivo* denuncia la infracción del art. 1057 CC , y de la jurisprudencia que lo interpreta en las SSTs de 19 diciembre 2002 , 16 marzo 2001 y 25 abril 1994 . El momento en que terminan sus funciones los contadores-partidores y que determina su falta de legitimación pasiva, se les aplica única y exclusivamente a ellos y no a aquellos que sean a la vez albaceas, porque en este caso su función termina cuando, habiendo sido aprobadas todas las operaciones particionales, se incorporan los bienes a los respectivos patrimonios.

Segundo motivo . Infracción por falta de aplicación del art. 910 CC , de acuerdo con el sentido y alcance que le dieron las SSTs de 14 febrero 1952 y 8 octubre 1932 . De acuerdo con ello, la función de los albaceas no termina hasta que habiendo sido aprobadas por todos los interesados las operaciones particionales, los bienes de la herencia son incorporados a los respectivos patrimonios, en cuyo momento concurriría una falta de legitimación pasiva respecto de cualquier acción de impugnación que se interpusiese contra la partición, porque el albacea está encargado de ejecutar la completa voluntad del testador desde la apertura de la sucesión hasta la completa liquidación de la herencia.

Los motivos primero y segundo del recurso de casación no se estiman.

Se exponen a continuación los argumentos de la desestimación.

1º El testador puede encomendar la facultad de efectuar la partición a un contador partidor

o a un albacea. En este caso, se especifican unas concretas facultades del albacea, que de acuerdo con lo que dispone el art. 901 CC , quedan incluidas de forma expresa en las funciones que el testador les ha atribuido. Como afirma la ya antigua STS de 5 julio 1947 , "*cuando a los albaceas universales como es el recurrente está conferida por el testador la facultad de hacer la partición, no por ello ostentan dos cargos, sino solamente el de albacea, en el que caben, con arreglo al art. 901 CC , cuantas facultades conducen al cumplimiento de las disposiciones testamentarias que no sean contrarias a las leyes*".



En consecuencia, no puede haberse infringido el art. 1057 CC , que reconoce simplemente la facultad de encargar a un tercero, que no es necesario que sea albacea, la facultad de contar y partir los bienes hereditarios.

2º Es una regla interpretativa general que una vez otorgado el correspondiente cuaderno particional, cesan en su función los ejecutores testamentarios a quienes se haya otorgado dicha facultad. Las SSTs que el recurrente alega a su favor no contienen exactamente la doctrina que se les atribuye. Así la de 8 octubre 1932 desestimó el motivo relacionado con "[...] *la interpretación errónea del artículo 910 del Código civil [...]* por cuanto *la declaración del Tribunal a quo de haber terminado el albaceazgo fundada en haberse hecho la adjudicación de los bienes inventariados a los herederos en el año 1927, se halla conforme con el citado precepto legal y la jurisprudencia invocada que unánime sienta la doctrina de que cuando el heredero está en posesión de los bienes de la herencia por entrega formal que le hizo el albacea, queda terminada la testamentaría y el albaceazgo, a lo que se opone la omisión de algunos bienes en el inventario y subsiguiente adjudicación que pueden ser objeto de una nueva operación a realizar por los herederos, mas no por los albaceas que, por haber cumplido su encargo, ha terminado la función que les fue encomendada*" , y la STS de 14 febrero 1952 dice que "[...] *la aprobación por los interesados de las operaciones particionales y la incorporación a su patrimonio de los bienes de la herencia, ponen término a la testamentaría y al albaceazgo, y al cesar los Albaceas, por este modo normal, en su cargo, quedan desprovistos de la personalidad que durante el mismo tenían para accionar con aquel carácter, sin que les sea lícito practicar nuevas operaciones que modifiquen o sustituyan las ya aprobadas, aunque hayan incurrido en éstas en errores de valoración, omisiones de bienes o adjudicación indebida, cuya enmienda, como el ejercicio de las acciones que de ella se deriven, corresponde a los herederos*". Esta doctrina ha sido mantenida por la Sala en decisiones posteriores, así, por ejemplo, la de 11 junio 1955 dijo que "*la misión de los albaceas termina practicada la división de los bienes, y desde ese momento son los herederos quienes deben instar juicio promoviendo acciones reivindicatorias*" y la de 13 abril 1992, si bien referida a un caso de remoción de albaceas, dice que "*las funciones de los albaceas finalizan normalmente una vez cumplida la misión encomendada, es decir, realizado el encargo del testador, que en ellos depositó sus esperanzas de que su voluntad tuviera plasmación real y efectiva, y si bien esta causa, que es de extinción, no la menciona expresamente la ley, sin embargo ha sido admitida por la jurisprudencia casacional (SS de 3 enero y 9 junio 1962 , 22 abril, 1967 y 25 enero 1971) [...]*". De este modo, se entiende acabado el albaceazgo cuando haya terminado la partición y se haya hecho entrega de los bienes a los herederos.

De aquí se deduce que los albaceas contadores partidores nombrados en el testamento que rigió la sucesión del causante acabaron su función en el momento en que entregaron el cuaderno particional e hicieron entrega a las herederas de los bienes relictos. El desacuerdo entre las herederas y la legitimaria no resucita la función de los albaceas, por lo que la demanda debía ser desestimada en relación a ellos, como así ocurrió, al haber acabado ya su función.

QUINTO. La desestimación de todos los motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de la recurrente D^a Elisabeth , contra la SAP de Salamanca, de 17 septiembre 2007 , determina la de su recurso de casación.

Se imponen a la parte recurrente D^a Elisabeth , las costas de su recurso de casación.

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

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación procesal de la recurrente D^a Elisabeth , contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 17 septiembre 2007, dictada en el rollo de apelación nº 240/2008 .

2º Se desestima el recurso de casación formulado por la representación procesal de la recurrente D^a Elisabeth , contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 17 septiembre 2007, dictada en el rollo de apelación nº 240/2008 .

3º No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

4º Se imponen a D^a Elisabeth , las costas de su recurso extraordinario por infracción procesal.

5º Se imponen a D^a Elisabeth , las costas de su recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel .-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos .- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ