

Id Cendoj: 28079110012006100606  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 4228/1999  
Nº de Resolución: 643/2006  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: ANTONIO GULLON BALLESTEROS  
Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

Plazo de ejercicio del cargo de albacea contador-partidor: las normas legales sobre ello no pueden desplazarse por un acuerdo con los herederos, que, además, en la sentencia no consta como probado, sin que ello se haya combatido en casación por infracción de las normas atinentes a la valoración probatoria.

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Junio de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada con fecha 13 de julio de 1.999 , como consecuencia de los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Motril, sobre nulidad de cuaderno particional de herencia; cuyo recurso ha sido interpuesto por DON Arturo , representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Begoña Fernández Pérez Zabalgoitia; fue caducado por su incomparecencia el preparado por DON Emilio , DOÑA Luis Manuel y DON Iván , DOÑA Estefanía , DOÑA Cesar , DOÑA Carlos Jesús y DON Ignacio ; siendo parte recurrida DOÑA Luisa , no comparecida en este recurso.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Motril (Granada), fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía instados por DOÑA Luisa , contra DON Emilio , DOÑA Luis Manuel y DON Iván ; DOÑA Estefanía (por sí y en nombre de su hijo menor Ignacio ), DOÑA Cesar , DOÑA Carlos Jesús , y DON Arturo , sobre nulidad de cuaderno particional realizado por el albacea contador-partidor de la herencia.

Por la parte actora se formuló demanda con arreglo a las prescripciones legales, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando se dictase sentencia "estimando la demanda y declarando nula la partición realizada al cuaderno particional realizado por el albacea contador-partidor y ratificada por los demandados que acompañados a esta demanda y, subsidiariamente para el caso de no estimarse nuestro anterior pedimento, se declarase rescindida la citada partición de la herencia de los causantes Don Emilio y Doña Luisa , en tanto y en cuanto lesiona los legítimos derechos de mi representada, procediendo en consecuencia, en cualquiera de los casos a realizar una nueva partición con sujeción a las disposiciones del Código civil sobre la herencia, salvo que por los demandados, para en el caso de tenerla por rescindida, se optase por indemnizar el daño condenándoles igualmente al pago de las costas que se ocasionen en este procedimiento".

Admitida a trámite la demanda y emplazadas las mencionadas partes demandadas, compareció DON Arturo , que mediante su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia "que declarase no haber lugar a la demanda, absolviéndole al demandado como albacea de todas y cada una de las pretensiones deducidas en su contra, declarando conforme a derecho el cuaderno particional protocolizado, con expresa imposición de las costas a la actora".- Los restantes demandados comparecieron en legal forma, asimismo alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por

conveniente, suplicando se dictase sentencia "en virtud de la cual se declarase no haber lugar a la demanda, absolviéndoles de todas y cada una de las pretensiones deducidas en su contra, con expresa imposición de las costas a la actora".

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 1 de julio de 1.998 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO.- Que estimando la demanda formulada por la Procuradora Sra. Pastor Cano en nombre y representación de DOÑA Luisa frente a DON Emilio , DOÑA Luis Manuel y DON Iván , DOÑA Estefanía , DOÑA Cesar , DOÑA Carlos Jesús y DON Ignacio , y DON Arturo , debo declarar y declaro sin efecto la partición de la herencia cuyos causantes son D. Juan Francisco y Doña María Consuelo , realizada por el albacea, contador-partidor DON Arturo , y como consecuencia de ello, debo conferir y confiero a los herederos la ejecución de la voluntad del testador, debiéndose satisfacer las costas en la forma establecida en el último de los Fundamentos de Derecho de esta resolución".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1ª Instancia por la representación de DOÑA Luisa y tramitado el recurso con arreglo a derecho, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada con fecha 13 de julio de 1.999, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS.- Se desestima el recurso de apelación interpuesto, confirmándose la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de los de Motril, en autos de menor cuantía nº 301/97 , de los que el presente rollo dimana. Con imposición de las costas de la alzada a la parte apelante".

TERCERO.- La Procuradora de los Tribunales Doña Begoña Fernández Pérez Zabalgoitia, en nombre y representación de DON Arturo , ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada con fecha 13 de julio de 1.999 , con apoyo en cuatro motivos todos ellos formulados al amparo del *artículo 1.693.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881* .- El motivo primero acusa infracción del *artículo 898 del Código civil, en relación con los artículos, también del mismo Código, 899, 901, 902, 903, 904 y 905.1º, 906 y 907* , y doctrina jurisprudencial contenida en las numerosas sentencias que cita únicamente por su fecha.- El motivo segundo acusa infracción del *artículo 905, párrafo 1º, en relación con los artículos 906 y 910, todos del Código civil* , y de la doctrina de las sentencias que reseña por su fecha, y de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.- El motivo tercero acusa infracción del *artículo 906, en relación con los artículos 1.261.1º y 1.262, todos del Código civil* , y de las sentencias que mencionando sus fechas.- El motivo cuarto acusa infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la doctrina jurisprudencial de los actos propios.

CUARTO.- Admitido el recurso, no fue evacuado el traslado conferido para impugnación por incomparecencia de la parte recurrida, y no habiéndose solicitado por la parte recurrente la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 5 de junio de 2.006, en que ha tenido lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Son hechos básicos para la resolución de este litigio:

1º. DON Juan Francisco falleció el 30 de diciembre de 1.989, habiendo otorgado testamento notarial abierto el 23 de enero de 1.987, en el que nombraba albacea contador-partidor de su herencia, con prórroga del plazo por un año para el desempeño de su cometido, a DON Arturo .

2º. DOÑA María Consuelo , esposa de DON Emilio , falleció el 22 de noviembre de 1.990, habiendo otorgado testamento notarial abierto el 23 de enero de 1.987, en el que también nombraba albacea contador-partidor de su herencia, con prórroga del plazo por un año, a DON Arturo .

3º. El citado albacea realizó la partición de ambas herencias en documento privado de 30 de diciembre de 1.996, que fue protocolizado notarialmente el 18 de enero de 1.997 por DON Emilio , DOÑA Luis Manuel y DON Iván ; y por DOÑA Estefanía , que actuó por sí y en representación legal de su hijo menor hijo Ignacio , y DOÑA Carlos Jesús y DOÑA Cesar .

Todos los nombrados ratificaron las operaciones particionales del contador partidor.

Los Juan Francisco son hijos y herederos universales de los causantes, con su hermana la actora DOÑA Luisa , que no compareció en el acto ni ratificó por tanto las operaciones particionales.

Los Cesar Ignacio son hijos de un hermano premuerto de los Luis Manuel casado con DOÑA Estefanía .

DOÑA Luisa demandó por los trámites del juicio de menor cuantía a DON Emilio , DOÑA Luis Manuel y DON Iván , DOÑA Estefanía (por sí y en nombre de su hijo menor Ignacio ), DOÑA Estefanía , Y DOÑA Carlos Jesús , y DON Arturo , solicitando que se declarase nula la partición realizada por el albacea contador-partidor, ratificada por los demandados, y subsidiariamente, que se declarase rescindida por lesión a los derechos de la actora, y que se procediese en cualquiera de los dos casos, a "realizar una nueva partición con sujeción a las disposiciones del Código civil sobre la herencia, salvo que por los demandados, para en el caso de tenerla por rescindida, se optase por indemnizar el daño condenándoles igualmente al pago de las costas que se ocasionen en este procedimiento".

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, acogiendo su petición principal. Declaró la nulidad en base a la realización de la partición fuera del plazo legal. La Audiencia, en grado de apelación, confirmó la sentencia.

Contra la de la Audiencia ha interpuesto recurso de casación DON Arturo por los siguientes motivos, formulados al amparo del *artículo 1.692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881* .

PRIMERO.- El motivo primero acusa infracción del *artículo 898 del Código civil, en relación con los artículos, también del mismo Código, 899, 901, 902, 903, 904 y 905.1º, 906 y 907* , y doctrina jurisprudencial contenida en las numerosas sentencias que cita únicamente por su fecha. Su fundamentación radica esencialmente en el argumento de que hubo un acuerdo entre la madre de la actora, herederos y albacea para proceder a la confección del cuaderno particional una vez que la Administración aprobara el valor de los bienes que constituían el caudal relicto, para evitar así el exceso de adjudicaciones y el consiguiente pago de impuestos por las referidas adjudicaciones. Dice también el recurrente: "es evidente que las facultades del albacea, en su carácter de contador partidor, no se limitan a redactar el cuaderno particional dentro del año de ocurrido el fallecimiento del causante, sino que su función abarca la ejecución de las gestiones precisas y necesarias para llevar a cabo la liquidación de la sociedad conyugal, realización de todo tipo de actos tendentes a la liquidación provisional del Impuesto con el fin de abonar a la Administración la menor cantidad posible en Impuestos, la aceptación o rechazo (con conocimiento y consentimiento de los herederos) de los valores fijados a los bienes hereditarios, y una vez obtenida la oportuna comprobación de valores y determinación definitiva de las bases imponibles a los efectos del impuesto, redactar el cuaderno procurando que las adjudicaciones sean concordes con las valoraciones fijadas por la Administración para evitar que se produzcan excesos de adjudicación, y lógicamente obtener la exención en el pago de impuestos de cualquier índole, tanto en el de sucesiones, como en el impuesto de transmisiones patrimoniales".

La Sala, considera inadmisibile la extravagante tesis que se sustenta para determinar el dies a quo del plazo para que el contador-partidor cumpla con su obligación de realizar la partición. Es claro el *artículo 904 del Código civil* cuando preceptúa que el mismo debe desempeñar su función en el plazo de un año, cuando el testador no señaló otro (como en el caso litigioso), y que aquel plazo se cuenta desde la aceptación, o desde la terminación de los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o algunas de sus disposiciones, y estas circunstancias no equivalen a la finalización de las operaciones fiscales a que da lugar el fallecimiento del testador, ni impiden las mismas que los bienes relictos sean objeto de valoración mientras la Administración Tributaria no la fije.

Ahora bien, el recurrente también se refiere a un acuerdo entre los herederos y él para confeccionar el cuaderno particional de las herencias de los causantes una vez que la Administración aprobara los valores del caudal relicto, para evitar así el exceso de adjudicaciones y el consiguiente pago de impuestos. Pero la sentencia recurrida ni la de primera instancia que confirmó dan por probado tal acuerdo, y el recurrente no ha articulado ningún motivo casacional específico por error de derecho en la valoración probatoria. Olvida que el recurso de casación no es una tercera instancia del pleito, en la que esta Sala pueda valorar de nuevo el material probatorio, llegando a sus propias conclusiones.

Por otra parte, ese hipotético acuerdo no le eximiría al recurrente de su deber de hacer la partición en el plazo marcado por la ley, al no haber sido determinado por los testadores, y de cumplir, en su caso, los preceptos legales sobre la prórroga del albaceazgo, ya que tiene completa facultad para cumplir la voluntad de los testadores obrando unilateralmente, no necesita para la validez y eficacia contar con la voluntad de los interesados ( sentencias de 29 de mayo de 1950 y 17 de junio de 1.963 ). Los interesados en la partición no pueden desplazar por su voluntad aquellos preceptos. Si conforme a ellos una partición es nula, podrán aceptar la realizada pero no porque el que la haya hecho sea el contador-partidor nombrado por los

testadores, y en base a sus facultades legales.

Por todo ello el motivo se desestima.

SEGUNDO.- El motivo segundo acusa infracción del *artículo 905, párrafo 1º, en relación con los artículos 906 y 910, todos del Código civil*, y de la doctrina de las sentencias que reseña por su fecha sin más, y de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Su fundamentación parte de la base errónea sobre comienzo del plazo del albaceazgo expuesta ya en el motivo anterior, y de ahí puede afirmar que, comunicada por la Administración (mes de enero de 1.996) la comprobación de los valores de los objetos comprendidos en la herencia, desarrolló su cometido en el plazo legal de un año, que los causantes prorrogaron un año más, ello aparte de que tampoco se puede considerar el transcurso del plazo al no haber existido intimación judicial o extrajudicial para incurrir en mora el albacea, citando el recurrente en su apoyo la sentencia de esta Sala de 4 de enero de 1.911 .

El motivo se desestima en coherencia con la del anterior. Además, la necesidad de intimación al albacea no la estableció la susodicha sentencia para la extinción del plazo del albaceazgo, sino que la afirmación estaba referida a la obligación de rendir cuentas el albacea.

TERCERO.- El motivo tercero acusa infracción del *artículo 906, en relación con los artículos 1.261.1º y 1.262, todos del Código civil*, y de las sentencias que, una vez más, se limita a mencionar sus fechas. En él se hace hincapié de que todo lo que hizo como albacea contador- partidario tenía el consentimiento de los herederos, y si la actora no consintió, ha de estimarse que la prórroga concedida por aquéllos no fue unánime, luego no podía exceder de un año (art. 906).

El motivo ha de seguir la misma suerte desestimatoria de los anteriores porque su planteamiento arranca del mal cómputo del plazo legal del año y de la falta de prueba de cualquier acuerdo con los herederos. Ahora además, trata de convertir el no probado acuerdo de los herederos, en un acuerdo de prórroga, a la que se opuso la actora mediante un requerimiento notarial. Pero dando esta interpretación al requerimiento resulta acertada la tesis de la sentencia recurrida aquél se produjo el 7 de marzo de 1.996, cuando estaba ya más que agotado el plazo legal. Además, el susodicho requerimiento no era más que la manifestación de la actora de que se llevase a cabo la partición, si el albacea seguía en el ejercicio de su cargo; nada, pues, en relación con su prórroga.

CUARTO.- El motivo cuarto acusa infracción de la doctrina de los actos propios, porque la partición que se pretende anular respeta en su totalidad la realizada por lo herederos y su madre en documentos privados del año 1.990, porque consintió todas las actuaciones del albacea; y porque requirió al recurrente en marzo de 1.996 para que confeccionara la partición si continuaba en el cargo de albacea.

El motivo se desestima porque el hecho de que se hubiese hecho una partición privada entre los herederos nada significa para el incumplimiento de los plazos por el albacea con facultad de contar y partir, dado el carácter unilateral de su cargo, que le debió llevar a cumplir la ley con independencia de lo que dijeran o acordaran los herederos; no lo nombraron los testadores para que actuara de acuerdo con ellos o en su defecto.

La actora no se ha demostrado que consintiera todas las actuaciones del albacea, ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación que se recurre lo dicen. De nuevo, como en el motivo primero, ha de resaltarse que falta un motivo casacional que acuse infracción de las normas sobre apreciación probatoria.

Por último, la significación que da el recurrente al requerimiento de la actora no se especifica en qué se relaciona con la doctrina de los actos propios. En aquél se manifiesta simplemente que la actora no sabía si el albacea continuaba en el ejercicio de su cargo, y, para el caso de que continuase, le instaba a confeccionar la partición en un corto espacio de tiempo.

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

## **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por DON Arturo , representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Begoña Fernández Pérez Zabalgoitia contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada con fecha 13 de julio de 1.999 . Con condena en las costas ocasionadas en este recurso al recurrente, y a la pérdida del depósito constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller.- Antonio Gullón Ballesteros.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Gullón Ballesteros, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.