



Roj: **STS 7855/1992 - ECLI:ES:TS:1992:7855**

Id Cendoj: **28079110011992102413**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/10/1992**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **FRANCISCO MORALES MORALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Núm. 930.-Sentencia de 20 de octubre de 1992**

PONENTE: Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales.

PROCEDIMIENTO: Menor cuantía.

MATERIA: Sucesiones: Partición de común acuerdo por los herederos sin contador-partidor.

Transformación de la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria. Prelegado: Refundición en la masa hereditaria por acuerdo unánime.

NORMAS APLICADAS: Arts. 392, 882 y 1.282 del Código Civil . Art. 14 de la Constitución en relación con la Ley 344 del Fuero de Navarra y con el art. 57 del Código de Sucesiones por causa de Muerte de Cataluña.

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1907; 7 de noviembre de 1935; 7 de enero de 1949; 28 de enero de 1964; 25 de febrero de 1966, y 20 de febrero de 1984.

DOCTRINA: Los herederos mayores de edad, que tengan la libre administración y disposición de sus bienes, pueden, por acuerdo unánime de todos ellos (netnine discrepante) partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento y creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla, y ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero.

En el caso el documento básico patentiza que los tres beneficiados con el prelegado estaban plenamente de acuerdo en que el referido prelegado se refundiera en la masa de la herencia.

Aunque no se trata de una cuestión doctrinalmente pacífica, el más amplio sector de la doctrina sostiene el criterio, compartido por esta Sala, de que, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad pueden prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar por sí solos la partición del modo que tengan por conveniente.

En la villa de Madrid, a veinte de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al final indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, como consecuencia de juicio declarativo ordinario de menor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Verín, sobre entrega legado de cosa específica; cuyo recurso ha sido interpuesto por





Plácido , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Rosina Montes Agustí y defendido por la Letrada doña María Luz Ruiz Villanueva; siendo parte recurrida Eugenio , Jesús María , Lucio , Antonia , Claudia , Lourdes , Paulino , Laura , Baltasar , Valentín , Begoña , Elvira y Inmaculada , representados por el Procurador don José Luis Pinto Marabotto y asistidos por el Letrado don José Domínguez Noya.

### Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador don Antonio Alvarez Blanco, en nombre y representación de Plácido , formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Verín demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra Lucio , Eugenio y Jesús María , Antonia , Lourdes y sus hijos, Valentín , Baltasar , Jesús María , Lourdes , Laura y Paulino , Elvira , Inmaculada y Begoña , sobre declaración de entrega de legado de cosa específica, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que se declare el derecho del actor a que se le haga entrega de legado de cosa específica dispuesto, con imposición de costas a la parte demandada en caso de continuidad temeraria a la oposición. Igualmente, y mediante otrosí se pedía la intervención judicial de la administración de los bienes que son objeto de la presente litis, en concreto, el actual establecimiento industrial conocido con el nombre de «Hotel, Restaurante y Cafetería Aurora», mandando al efecto formar pieza separada con citación de las partes.

Segundo: Admitida la demanda y emplazados los demandados, el demandado Plácido había fallecido, por lo que el actor instó para dar traslado de la demanda a la viuda de aquél y sus cuatro hijos. La Procuradora doña Nieves Rúa Pazos, en representación de Eugenio , contestó a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de Derecho que constan en autos y terminó suplicando se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente lo pedido por el actor en su demanda, sin que pueda haber lugar a ningún otro pronunciamiento al no contener el suplico de la demanda pedimentos subsidiarios o alternativos, apreciando sucesivamente y subsidiariamente las excepciones alegadas como fundamentos de Derecho, por el orden correlativo de su numeración, con imposición de costas en todo caso al actor, incluso por inadecuación del procedimiento. Con posterioridad, la Procuradora anterior fue sustituida por doña Mercedes Lema, por haber renunciado aquélla, en representación del demandado mencionado Sr. Plácido y de los demás demandados Eugenio , Jesús María , Antonia , Claudia y sus hijos Valentín , Baltasar , Jesús María , Lourdes , Laura y Paulino , Elvira , Inmaculada y Begoña , alegando los antecedentes y fundamentos de Derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente lo pedido por el actor en su demanda, sin que pueda haber lugar a ningún otro pronunciamiento al no contener el suplico de la demanda pedimentos subsidiarios o alternativos, apreciando sucesiva y subsidiariamente las excepciones alegadas como fundamentos de Derecho, por el orden correlativo de su numeración, con imposición de costas al actor. Siendo declarados en rebeldía procesal los demandados Patricia , Abelardo , Serafin , Donato y Luis Francisco al no haberse personado en autos.

Tercero: Convocadas las partes para comparecencia, se celebró en el día y hora señalados con los resultados que obran en autos. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas separadas. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes, por su orden, para conclusiones.

Cuarto: El Juez de Primera Instancia dictó Sentencia en fecha 26 de enero de 1989 , cuyo fallo es el siguiente: «Que estimando la excepción propuesta por los demandados de inadecuación del procedimiento, debo absolverlos y los absuelvo de la demanda formulada contra ellos por el Procurador Sr. Alvarez Blanco, en nombre y representación de Plácido , sin entrar en el fondo del asunto litigioso y con imposición al actor de las costas del procedimiento.»

Quinto: Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó Sentencia en fecha 9 de octubre de 1990 , cuya parte dispositiva a tenor literal es la siguiente: «Que rechazando la excepción de inadecuación de procedimiento y desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación del actor Plácido , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de 930 Verín, en el presente juicio de menor cuantía núm. 44/1986, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y con desestimación de la demanda interpuesta por el referido Plácido , debemos absolver y absolvemos libremente de la misma a los demandados Lucio , Donato y Eugenio , Antonia , Elvira , Inmaculada y Begoña , Claudia , Baltasar , Valentín , Paulino , Jesús María , Laura y Lourdes , y a los también demandados rebeldes, Patricia , Abelardo , Serafin , Donato y Luis Francisco , todo ello con imposición al referido actor y apelante de las costas causadas en ambas instancias.»

Sexto: La Procuradora doña Rosina Montes Agustín, en representación de Plácido , interpuso recurso de casación con apoyo en cuatro motivos, el primero de los cuales le fue inadmitido por esta Sala. 2.º Por inaplicación del art. 1.058 del Código Civil . Se invoca el motivo al amparo del ordinal 5.º del art. 1.692 de la Ley





de Enjuiciamiento Civil . 3.º Violación del art. 987 del Código Civil . Se invoca al amparo del art. 1.692, ordinal 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil . 4.º Inaplicación de los arts. 821 y 828 del Código Civil . Se invoca al amparo del art. 1.692, ordinal 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Séptimo: Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción, se señaló para la celebración de la vista el día 1 de octubre de 1992.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales.

### Fundamentos de Derecho

Primero: Para la adecuada comprensión y subsiguiente resolución de la cuestión litigiosa a que se refiere este recurso, y sin perjuicio de otras ampliaciones que más adelante sea necesario hacer, se estima imprescindible dejar consignados, desde ahora, los siguientes presupuestos fácticos: 1.º El día 31 de diciembre de 1947, ante el Notario de Verín don Gustavo Fernández Arias (bajo los núms. 498 y 499 de su protocolo, respectivamente) los cónyuges Ismael y Teresa otorgaron sendos testamentos abiertos, de los que, para el objeto litigioso que aquí nos va a ocupar, deben transcribirse las siguientes cláusulas (cuyos números y contenido son idénticos en ambos testamentos, salvo las lógicas referencias que cada testador hace a su cónyuge): «... 2ª Lega a su esposa Teresa (a su esposo Ismael , se dice en el otro testamento) el usufructo vitalicio de todo su caudal, relevándole de las obligaciones de hacer inventario y de constituir fianza. 3º Lega a sus tres hijos Plácido , Eugenio y Jesús María la mitad indivisa de los bienes siguientes: La casa en que está instalado el Hotel, sita en la calle de DIRECCION000 , y los establecimientos industriales destinados a café, hotel y mueblería, conocidos, respectivamente, con los nombres comerciales de "Bar Aurora", "Hotel Aurora" y "Muebles Aurora", incluyendo también la mitad indivisa de todos los enseres, mobiliario y mercaderías que existan en dichos establecimientos con destino a la explotación de los mismos. Es voluntad del testador (de la testadora, se dice en el otro testamento) que cada uno de los legatarios tenga igual participación en la casa del hotel y en cada una de aquellas industrias, a cuyo efecto, la mitad indivisa de la casa y de cada uno de los establecimientos industriales habrá de adjudicarse a los tres proindiviso y por terceras partes. Se exceptúa el caso de que los tres legatarios, de común acuerdo, convengan otra forma de adjudicación. Este legado se entenderá hecho únicamente en cuanto a la nuda propiedad de los bienes legados, si su esposa Teresa (si su esposo Ismael , se dice en el otro testamento) sobreviviese al testador (a la testadora, en el otro). 7º Instituye únicos y universales herederos, por iguales partes, en el remanente de todos sus bienes a sus siete hijos Plácido , Eugenio , Jesús María , Luis Carlos , Joaquín , Eugenio y Carlos Ramón , en nuda propiedad, si le sobrevive su esposa (su esposo, se dice en el otro) y en caso de premoriencia de ésta (de éste, en el otro), en pleno dominio. 8." Sustituye a los legatarios Plácido , Eugenio y Jesús María y a todos los herederos por sus respectivos descendientes legítimos. 9." Nombra contadores-partidores, con carácter solidario, a Paulino Vega Castro, Abogado y vecino de Feces de Abajo, y a César Fernández Rodríguez, perito agrícola, vecino de esta villa, facultándoles para que puedan realizar todas las operaciones particionales de su herencia, incluso para la entrega de los legados que deja dispuestos. Les proroga el plazo legal por dos años más, prórroga que se entenderá ampliada, en caso de supervivencia de su esposa (de su esposo, se dice en el otro testamento) hasta que transcurran dos años contados a partir del fallecimiento de aquélla (de aquél, en el otro).» 2.º El día 23 de abril de 1960 murió Ismael bajo el testamento abierto anteriormente dicho (de fecha 31 de diciembre de 1947), sin que, a raíz de su fallecimiento, se liquidara su sociedad de gananciales, ni se practicara operación particional alguna de su herencia. 3.º El día 4 de septiembre de 1972 murió Teresa bajo el testamento abierto anteriormente dicho. 4.º El día 31 de diciembre de 1972 los siete hermanos Plácido , Eugenio , Jesús María , Luis Carlos , Joaquín , Lucio y Carlos Ramón (aunque siendo nominados cinco de ellos con los apelativos o seudónimos con que, en el ámbito familiar y amical, son conocidos y que luego expresaremos) suscribieron un documento privado, cuyo contenido, dada su relevante trascendencia, consideramos necesario transcribir literalmente, pero que, por no hacer desmesurada la extensión de este fundamento jurídico, su imprescindible transcripción se hará más adelante, bastando, por ahora, con constatar aquí su existencia (por ser éste el lugar que le corresponde en el iter cronológico del acontecer de los hechos) y con dejar anunciada ya la que consideramos angular relevancia del mismo. 5.º En 9 de abril de 1975 y 23 de octubre de 1981 fallecieron, respectivamente, los hermanos Luis Carlos y Carlos Ramón . 6º Con fecha 3 de marzo de 1985 y ante el Juzgado de Distrito de Verín, Eugenio demandó de conciliación a sus hermanos Plácido , Eugenio , Jesús María y Joaquín para que reconozcan: «Que por fallecimiento de nuestros padres, somos dueños, en unión de los herederos de Luis Carlos y de Carlos Ramón , y en la proporción de séptimas partes iguales, de los siguientes bienes: a) Edificio sito en la avenida de DIRECCION000 , núm. NUM000 , con todas sus pertenencias, y en el que está instalada la industria de "Hotel-Restaurante-Bar Aurora", y que linda...; b) Finca sita en la avenida DIRECCION001 , al núm. NUM001 que linda...; c) Finca adquirida por compra, ya fallecido nuestro padre, aun cuando figure a nombre de Plácido , sita en la DIRECCION001 que linda...; d) Que desde el 1 de enero de 1973, Plácido ,





Eugenio y Jesús María percibieron para atender a sus necesidades y que se contabilizaron al final de cada año, la cantidad, cada uno, de 500.000 pesetas, anuales, como directores y administradores de los negocios 'Hotel- Restaurante-Bar Aurora', cantidad que a Plácido se elevó, en el año 1980, a 600.000 pesetas, y desde enero de 1983 a 840.000 ptas. anuales y en Navidades de 1983 recibió a cuenta 500.000 ptas. e) Que Plácido, por su propia y personal decisión, cesó en la gestión de los negocios 'Hotel- Restaurante-Bar Aurora', en el mes de agosto de 1984, concretamente el día 20 en que cubrió la última hoja de contabilidad. Reconocido todo lo que antecede se avengan: 1.º A que, dada la indivisibilidad de los inmuebles, se adjudiquen a alguno, o algunos de los hermanos, con la obligación en éste o éstos, de abonar a los demás, a cada uno de los que no se les adjudique, la séptima parte de su valor; valor que se determinará por el valor en venta de los inmuebles, único valor real, ya que las cosas, desprovistas del valor afectivo, valen lo que por ellas den. 2.º Si no hubiere acuerdo en la adjudicación, o a nadie interesase, se proceda a la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, de los citados inmuebles, y el precio así obtenido se reparta en siete partes iguales, una para cada parte.

3.º Que en la rendición de cuentas que oportunamente se formalice, Plácido, Eugenio y Jesús María deberán tomar de menos, tanto como hubieren recibido de más». El día 20 de marzo de 1985, en el Juzgado de Distrito de Verín se celebró el correspondiente acto de conciliación, al que no asistió Plácido, haciéndolo sólo Eugenio, Jesús María y Joaquín, los cuales manifestaron: «Que están completamente de acuerdo en las pretensiones de la papeleta de demanda.» 7.º Mediante sendas actas notariales de fechas 20 y 21 de marzo de 1986, Plácido requirió, respectivamente, a los contadores-partidores Paulino Vega Castro y César Fernández Rodríguez para que manifestaran lo que tuvieran a bien sobre la aceptación de dicho cargo, sin que los requeridos lo aceptaran.

Segundo: En junio de 1986, Plácido promovió contra sus hermanos Eugenio, Jesús María, Lucio y Joaquín (luego fallecido éste y ampliada la demanda a sus herederos) y contra los herederos (viudas e hijos) de sus también fallecidos hermanos Luis Carlos y Carlos Ramón, el proceso de que este recurso dimana en el que alegando, en esencia, que el legado hecho por sus padres en la cláusula tercera (anteriormente transcrita) de sus respectivos testamentos le pertenece a él en su totalidad, a virtud del derecho de acrecer por la renuncia, dice, que sus hermanos Eugenio y Jesús María habían hecho en el acto de conciliación (también transcrito anteriormente) a sus respectivas participaciones en dicho legado, postuló que se dicte sentencia declarando su derecho «a que se le haga entrega del legado específico dispuesto»; por su parte, los demandados personados (que lo fueron todos menos los herederos del fallecido Joaquín), además de aducir la excepción de inadecuación del procedimiento (por entender que el adecuado era el de mayor cuantía y no el promovido de menor cuantía), se opusieron a la pretensión de fondo, aduciendo la renuncia al legado por parte del demandante Plácido a virtud del documento privado de 31 de diciembre de 1972 (ya citado anteriormente y que luego transcribiremos); la nulidad del legado por serlo de cosa ajena ignorándolo los testadores; ineficacia del legado por transformación de la cosa legada por los testadores e inoficiosidad del legado. El Juez de Primera Instancia, estimando la excepción de inadecuación del procedimiento, dictó una sentencia absolutoria en la instancia y se abstuvo de entrar a conocer del fondo de la cuestión litigiosa. En el correspondiente recurso de apelación, interpuesto por el demandante, recayó sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña por la que, revocando la de primer grado y entrando a conocer del fondo de la cuestión litigiosa, desestimó la demanda y absolvió libremente de la misma a los demandados. Contra la referida sentencia de la Audiencia, el demandante Plácido ha interpuesto el presente recurso de casación a través de cuatro motivos, el primero de los cuales fue inadmitido por esta Sala, en su momento.

Tercero: La sentencia aquí recurrida basa, esencialmente, su pronunciamiento desestimatorio de la demanda en que, de conformidad con la doctrina que cita de esta Sala (Sentencias de 24 de noviembre de 1900; 11 de diciembre de 1913; 6 de noviembre de 1934; 3 de junio de 1947 y 25 de mayo de 1971) y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (resoluciones de 27 de febrero de 1982 y 20 de septiembre de 1988), «no es posible la entrega de los legados sin que proceda la liquidación y partición de la herencia con expresión de las operaciones particionales de las que resulte cuál es el haber y lote de bienes correspondientes a la herencia forzosa, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos, a no ser que los expresados herederos concurran a la entrega o manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad, supuesto que aquí no se da», con base en lo cual concluye lo siguiente: «La pretensión de demanda no puede prosperar, sobre todo teniendo en cuenta que en la misma se afirma que sólo existe otra finca en la herencia, cuyo valor se desconoce en relación con el legado que se reclama, y porque en el fundamento de Derecho VI de la expresada demanda se reconoce que es necesario hacer previo inventario y avalúo de los bienes de los causantes y, pese a ello, tales operaciones ni se han solicitado ni, por tanto, practicado. Las referidas afirmaciones -y doctrina expuesta- son por sí solas suficientes para rechazar la entrega del legado que se pretende, sin necesidad de examinar otras cuestiones como la





relativa al derecho de acrecer -de todo el legado- en favor del actor» (fundamento de Derecho cuarto de la sentencia recurrida). A continuación de la transcrita argumentación, que parece contener la verdadera ratio decidendi del fallo, el fundamento jurídico quinto de la citada sentencia dice: «A idéntica conclusión se habría de llegar desde el punto de vista de la tesis que se sustenta por los demandados, respecto a la extinción de la comunidad hereditaria y su transformación en una comunidad ordinaria, de naturaleza convencional, en virtud de lo pactado por todos los herederos -hijos de los causantes- en el documento privado de 31 de diciembre de 1972. Un somero análisis de dicho documento evidencia que el mismo no sólo comprende la herencia de ambos causantes, sino los bienes que han sido objeto de legado -inmueble y establecimientos industriales-, por lo que tal circunstancia comporta un hecho obstativo a su entrega, dado que dicho legado había perdido su sustantividad -como tal legado- al quedar refundido por voluntad de todos los legatarios en los bienes que integran la comunidad proindiviso ( arts. 392 y siguientes del Código Civil ). En consecuencia, en tanto, no se dilucide la validez, eficacia y alcance de dicho documento es claro que no puede accederse a la entrega que ahora se pretende, y ello sin necesidad de examinar si se ha producido -también- una posible ineficacia del repetido legado por transformación de la cosa legada, en virtud de lo dispuesto en el art. 869.1.º del Código Civil .» Esta Sala de casación se encuentra ante el ineludible, aunque poco grato, deber de poner de manifiesto la perplejidad que produce la expresada motivación jurídica de la sentencia recurrida, y ello por las consideraciones siguientes: a) En su fundamento jurídico cuarto (contenedor, como antes se ha dicho y según se desprende de su redacción, de la verdadera ratio decidendi de su fallo) parece que está admitiendo la subsistencia actual del legado litigioso (aunque sin entrar a examinar el derecho de acrecer invocado por el actor) y sólo supedita la efectividad del mismo a que previamente a su entrega se practiquen las pertinentes operaciones particionales de la herencia para que quede salvaguardada la intangibilidad de las legítimas, mientras que, por el contrario, en la primera parte del fundamento jurídico quinto parece que sostiene que, como consecuencia de lo pactado entre los siete hermanos en el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, el referido legado ha dejado de existir (al afirmar que el mismo «había perdido su sustantividad -como tal legado- al quedar refundido por voluntad de todos los legatarios en los bienes que integran la comunidad proindiviso»), cuando si ello es así. ésta tendría que haber sido la verdadera y única razón determinante de la desestimación de la demanda y no la argumentación principal contenida en el fundamento cuarto, pues ésta presupone la subsistencia o pervivencia del legado, b) Por un lado, en la primera parte del fundamento jurídico quinto, parece que está interpretando (aunque con «un somero análisis») el referido documento privado y obteniendo del mismo la conclusión ya dicha, mientras que en la segunda parte de ese mismo fundamento jurídico parece estar relegando para otro proceso posterior la dilucidación de «la validez, eficacia y alcance de dicho documento», c) Resultan difícilmente captables las razones que el Tribunal de apelación haya podido tener para hacer esa última afirmación («en tanto no se dilucide la validez, eficacia y alcance de dicho documento»), cuando tenía el deber inexcusable de hacerlo dentro de este proceso, al ser el expresado documento el pilar básico en que los demandados han apoyado su oposición a la pretensión del actor. No obstante todo ello, la dirección letrada del recurrente, con una muy encomiable sensibilidad jurídica, atendiendo solamente a la primera parte del fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida (que ya hemos transcrito literalmente en su totalidad) y teniendo por no hecha la sorprendente afirmación contenida en la segunda parte del mismo, ha captado que la verdadera piedra angular de la cuestión litigiosa la constituye el repetido documento privado de 31 de diciembre de 1972, al articular su motivo segundo (que es el primero de los admitidos), el cual permite que esta Sala, dentro de los estrictos cauces casacionales, pueda examinar y valorar dicho documento, que a continuación será transcrito.

Cuarto: Aparece probado en el proceso, y nadie lo cuestiona, que salvo Plácido y Luis Carlos , los cinco restantes hermanos Jesús María Carlos Ramón Lucio Eugenio son (o eran) conocidos en su ambiente familiar y social por los siguientes seudónimos: Eugenio por « Pitufo »; Jesús María por « Santo »; Joaquín por « Moro »; Lucio por « Chapas », y Carlos Ramón por « Macarra ». Hecha la necesaria aclaración anterior, se estima imprescindible (como antes ya se ha anunciado) transcribir literalmente el documento privado que los siete hermanos Joaquín Luis Carlos Jesús María Carlos Ramón Lucio Eugenio Plácido pactaron y suscribieron el día 31 de diciembre de 1972 (o sea, cuatro meses después del fallecimiento de su madre; como ya se tiene dicho, el padre falleció en 1960), cuyo documento es del siguiente tenor literal: «Reunidos en Verín, a 31 de diciembre de 1972, los hermanos Luis Carlos , Plácido , Pitufo , Moro , Santo , Chapas y Macarra , en expresión de libérrima voluntad y conformes de toda conformidad. Convienen: 1.º Mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia recibida de sus padres, por período de diez años, sucesivamente prorrogable. 2.º La explotación, dirección y administración de los negocios "Hotel-Café" y de los demás bienes de la herencia corresponderá a los hermanos Plácido , Pitufo y Santo , y todo cuanto ellos hicieren en uso de esas facultades de administración será obligatorio para todos los hermanos, quienes, con la firma de este convenio, así lo admiten sin reservas; pero para vender y comprar, salvando la gestión de los negocios, necesitarán el acuerdo unánime de todos los hermanos. 3.º Las ganancias que anualmente se obtengan de la explotación de los negocios, serán repartidas de la siguiente forma: la mitad a repartir en siete partes iguales





para los hermanos Plácido , Pitufo y Tainas; y la otra mitad en siete partes iguales para cada uno de los siete hermanos. 4º Para atender a sus necesidades, que se contabilizará a final de cada año, Plácido podrá retirar mensualmente la cantidad de 16.500 ptas., y Pitufo y Santo , 12.500 ptas. cada uno, garantizándose un sueldo anual a Plácido de 200.000 ptas., y 150.000 ptas. a Pitufo y a Tainas, aun cuando la mitad de las ganancias no llegara a esa suma de 500.000 ptas., en cuyo caso el exceso de las 500.000 ptas. será repartido en siete partes iguales para cada uno de los siete hermanos; y si las ganancias no llegaran a 500.000 ptas. anuales Plácido , Pitufo y Santo cobrarán sus sueldos garantizados con los productos de los capitales puestos a rendimiento, en lo que faltare, garantía que no alcanzará a los que retiren sus ganancias anuales. 5.º En el improbable supuesto de que alguno de los hermanos quisiera abandonar la comunidad antes del plazo de los diez años, podrá hacerlo y la séptima parte del valor, en venta, de los negocios y demás bienes, lo recibirá en un período de cinco años, sin devengar intereses las cantidades aplazadas. 6.º Las cuentas bancarias figurarán a nombre de Plácido , Pitufo y Santo , y los talones y cheques contra las mismas serán firmados, indistintamente, por dos de ellos. 7º Plácido queda saldado de sus cuentas, compensándole sus deudas con la parte de las ganancias que le corresponden en los ahorros habidos -4.500.000 ptas.- hasta la fecha, cantidad que en dinero recibe en el día de hoy. 8º Los gastos del colegio de Chano, hasta que cumpla los veintiún años de edad, por expresa voluntad y deseo de nuestros padres, será a cargo de la comunidad, que se computarán en gastos generales. Así lo convienen y firman.»

Quinto: A través del motivo segundo (que es el primero de los admitidos, como ya se ha dicho), con sede procesal en el ordinal 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y diciendo, en su encabezamiento, denunciar infracción, por inaplicación, del art. 1.058 del Código Civil , aunque invocando también, en el desarrollo del mismo, los arts. 1.281, 1.282 y 1.289 de dicho cuerpo legal, el recurrente viene, en esencia, a plantear dos cuestiones distintas, aunque parece relacionarlas entre sí, al sostener, por un lado, que mediante el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972 (que ha sido transcrito literalmente en el fundamento jurídico anterior de esta resolución) los siete hermanos Plácido Joaquín Luis Carlos Jesús María Carlos Ramón Lucio Eugenio no realizaron la partición de las herencias de sus padres y, por otro lado, que aunque así hubiera sido, dicha partición sería radicalmente nula por haber sido hecha la misma sin la intervención de los contadores-partidores nombrados por los testadores (padres de los hermanos litigantes) y con infracción, por tanto, dice el recurrente, de lo preceptuado en el art. 1.058 del Código Civil . Las expresadas cuestiones, aunque en el desarrollo del motivo aparecen planteadas en orden inverso, creemos que, por razones de lógica jurídica, deben ser examinadas en el que aquí las hemos enumerado, pues si respecto de la primera de ellas hubiera de aceptarse la tesis del recurrente (no realización de la partición de las herencias mediante dicho documento privado), devendría innecesario el examen de la segunda (denunciada nulidad de dicha partición), debiendo dejarse constatado también que, dada la atípica forma en que, como ya se ha dicho en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, la sentencia recurrida ha resuelto la cuestión litigiosa, esta Sala de casación habrá de examinar prácticamente ex novo las dos mencionadas cuestiones, salvo la conclusión a que, a modo de obiter dictum y en «un somero análisis» del referido documento privado parece llegar el Tribunal de apelación en la primera parte del fundamento de Derecho quinto de su sentencia (que ya ha sido transcrito literalmente con anterioridad).

Sexto: La primera de las enunciadas cuestiones, de índole estrictamente hermenéutica, es la atinente a conocer y concretar la verdadera intención que tuvieron los siete hermanos Plácido Joaquín Luis Carlos Jesús María Carlos Ramón Lucio Eugenio (únicos herederos de sus padres) al pactar entre ellos, de mutuo acuerdo, lo que aparece reflejado en el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, que redactaron y firmaron cuatro meses después de la muerte del último de sus progenitores (la madre). Para dicha indagación exegética ha de partirse, por un lado, de la incuestionable premisa de que los herederos mayores de edad, que tengan la libre administración y disposición de sus bienes, puedan, por acuerdo unánime de todos ellos (nemine discrepante), partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento y creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla ( Sentencias de esta Sala de 21 de enero de 1907, 7 de noviembre de 1935, 7 de enero de 1949, 28 de enero de 1964, 25 de febrero de 1966) y ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero, como tiene reconocido esta Sala cuando declara: «No pudiendo sostenerse seriamente que, por adjudicarse bienes en régimen de copropiedad y por cuotas indivisas, la partición no se llevara a efecto» ( Sentencia de 20 de febrero de 1984). Sobre la base de la doctrina anteriormente expuesta, ha de llegarse a la conclusión de que mediante el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, pese a no ser el mismo un paradigma de precisión técnico-jurídica, los siete hermanos Plácido Joaquín Luis Carlos Jesús María Carlos Ramón Lucio Eugenio (únicos herederos de sus padres y todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes) y entre los que, obviamente, figuraban Plácido , Eugenio (« Pitufo ») y Jesús María (« Santo ») que, además de herederos,





eran los beneficiados (por terceras partes indivisas) con el legado (mejor, prelegado) litigioso, llevaron a efecto, con acuerdo unánime («en expresión de libérrima voluntad y conformes de toda conformidad», se dice en el referido documento privado), la partición de las herencias de sus padres y se atribuyeron el condominio ordinario, por séptimas partes iguales e indivisas, de todos los bienes integrantes de dichas herencias, al mismo tiempo que pactaron mantener la indivisión de los bienes durante diez años, pues ése es el único sentido que puede atribuirse a la cláusula primera, en la que convinieron «Mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia de sus padres por período de diez años, sucesivamente prorrogable», en íntima relación con la cláusula quinta en la que acordaron que «En el improbable supuesto de que alguno de los hermanos quisiera abandonar la comunidad antes del plazo de los diez años, podrá hacerlo y la séptima parte del valor, en venta, de los negocios y demás bienes, lo recibirá en un período de cinco años, sin devengar intereses las cantidades aplazadas». Entre los mencionados bienes también incluyeron expresamente (cláusula segunda) los negocios «Hotel-Café», que eran el objeto específico y único del prelegado (el negocio de «Muebles Aurora» había desaparecido con mucha anterioridad), cuyas ganancias acordaron repartir por séptimas partes iguales (cláusula tercera), lo que indudablemente patentiza que los tres beneficiados con el prelegado ( Plácido , Eugenio y Jesús María ), a los que se confió «la explotación, dirección y administración de los negocios "Hotel- Café" y de los demás bienes de la herencia» y por cuya actividad se les señaló un sueldo (cláusula cuarta), estaban plenamente de acuerdo en que el referido prelegado se refundiera en la masa de la herencia y, junto con los demás bienes del caudal hereditario, se repartiera entre los siete hermanos por séptimas partes iguales, pues si no hubiera sido así, carecería de todo sentido el pactado reparto igualitario de las ganancias o productos de los negocios de "Hotel-Café" (aparte de los referidos sueldos), cuyos productos o ganancias, de haberse querido mantener la subsistencia del prelegado, habrían correspondido exclusivamente a los tres legatarios ( art. 882 del Código Civil ), a lo que ha de agregarse, además, que el propio Plácido (único demandante) se declaró saldado de sus cuentas mediante la recepción de 4.500.000 de ptas. que le entregaron sus seis hermanos el mismo día de la firma del documento privado (cláusula séptima), cuyo saldo de cuentas resulta inconcebible si no es bajo la perspectiva ya dicha de que, junto con Eugenio y Jesús María (que reconocen haber sido ésa la intención que tuvieron al suscribir el meritado documento), Plácido prestó su expreso consentimiento a que el prelegado (del que los tres eran los beneficiarios) quedara refundido en la masa de la herencia para dividir ésta en siete partes iguales. No es aceptable el argumento aducido por el recurrente en el desarrollo del motivo de que en el acto de conciliación celebrado el día 20 de marzo de 1985 (ya referido en el apartado 5º del fundamento jurídico primero de esta resolución), al que él no asistió, fueron sus hermanos Eugenio y Jesús María los que renunciaron a su parte en el prelegado, con base en lo cual Plácido reclama (por derecho de acrecer) la totalidad del mismo, pues donde los tres prelegatarios, en unión de sus otros cuatro hermanos, verdaderamente pactaron la refundición del prelegado en la masa de la herencia y el reparto de la misma en siete partes iguales fue en el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, como antes se ha dicho. Asimismo, carece de consistencia jurídica, aunque no de originalidad, la alegación que, en el desarrollo del mismo motivo, también hace el recurrente de que lo estipulado en la cláusula quinta (ya transcrita anteriormente) de dicho documento privado fue una cláusula penal, pues en la misma lo único que se estipula es el reconocimiento a cualquiera de los siete hermanos de la facultad de no respetar el pacto de indivisión durante diez años, en cuyo supuesto se le consiente salir de la comunidad y (sin penalización alguna) percibir la parte que verdaderamente le corresponde («la séptima parte del valor, en venta, de los negocios y demás bienes»), cuyo pacto de indivisión, por otra parte, ha sido respetado por los siete hermanos y durante su vigencia se han repartido entre ellos las ganancias de los negocios por séptimas partes iguales (o penden de su liquidación) y, además, Plácido ha venido percibiendo el sueldo que se le señaló (cláusulas tercera y cuarta) por «la explotación, dirección y administración de los negocios "Hotel-Café" y de los demás bienes de la herencia», por lo que la pretensión que, después de transcurridos más de doce años de respetar dicha situación, ahora deduce en este proceso, no sólo choca frontalmente con lo que, «en expresión de libérrima voluntad», pactó con sus seis hermanos (todos «conformes de toda conformidad») en el repetido documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, sino que se halla en abierta contradicción con sus propios y continuados actos posteriores al mismo ( art. 1.282 del Código Civil ). En consecuencia, y como resumen de todo lo anteriormente razonado, esta Sala entiende que el prelegado litigioso quedó extinguido, pues fue voluntad de los tres legatarios ( Plácido , Eugenio y Jesús María ), concorde con la de sus otros cuatro hermanos, que el mismo quedara refundido en la masa hereditaria, cuya partición hicieron mediante el repetido documento privado y se adjudicaron en condominio ordinario ( arts. 392 y siguientes del Código Civil ), por séptimas partes indivisas, la propiedad de todos y cada uno de los bienes de la herencia (incluido el prelegado), a cuya conclusión, aunque a modo de mero obiter dictum y tras «un somero análisis de dicho documento», parece que llega también la sentencia aquí recurrida (primera parte de su quinto fundamento de Derecho).

Séptimo: La segunda de las ya enunciadas cuestiones la plantea también el recurrente en el alegato del mismo motivo segundo, en cuyo estudio aún nos hallamos, al sostener que, aun cuando se admitiera que los siete





hermanos Plácido Joaquín Luis Carlos Jesús María Carlos Ramón Lucio Eugenio llevaron a efecto la partición de las herencias de sus padres mediante el repetido documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, dicha partición, dice el recurrente, sería radicalmente nula, al haber sido hecha sin la intervención de ninguno de los dos contadores-partidores que, con carácter solidario, habían nombrado los causantes en sus respectivos testamentos. Aunque no se trata de una cuestión doctrinalmente pacífica, pues algún autor opina en sentido contrario a lo que a continuación se expone, el más amplio sector de la doctrina sostiene el criterio de que, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime (nemine discrepante), pueden prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente, cuyo mayoritario criterio doctrinal lo comparte esta Sala, por las consideraciones siguientes: a) Si, en términos generales, y salvo supuestos excepcionales (existencia de algún interesado en la partición, que necesite de una protección especial), el nombramiento de contador-partidor se entiende hecho por el testador en beneficio de todos los herederos (para eliminar toda posible contención o litigiosidad entre ellos acerca de la forma de partir) parece evidente que si los herederos (desde luego, todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes), por existir acuerdo unánime entre ellos (y excluida, por tanto, dicha posible litigiosidad), deciden efectuar, por sí solos, la partición, desaparece la razón justificativa de la intervención del contador-partidor, b) Si los herederos (todos mayores de edad y con capacidad civil plena), con acuerdo unánime, pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento, según reiterada doctrina de esta Sala, que hemos expuesto en el fundamento jurídico anterior de esta resolución, es lógico que igualmente puedan hacerlo sin la intervención del contador-partidor (salvo, se repite, que el testador lo haya prohibido expresamente), c) Este es el criterio legislativo que siguen aquellos ordenamientos forales que, en sus previsiones normativas, se han ocupado de la regulación de esta materia. Así, la Ley 344 del Fuero de Navarra (tanto en su redacción originaria, como en la coincidente en ese extremo, que luego le ha dado la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril) y el art. 57 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, aprobado por Ley de la Generalidad 40/1991, de 30 de diciembre (coincidente el referido artículo, en cuanto al extremo que aquí nos ocupa, con lo que antes establecía el art. 274.2.º de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña). No parece existir razón (histórica, ni jurídica) alguna para que en el Derecho Civil común (no foral) no pueda seguirse el mismo criterio, cuando el Código Civil, que tan poca atención normativa presta a la figura del contador-partidor, no contiene ningún precepto en que expresamente lo prohíba, aparte de la debida concordancia que con el principio de igualdad de los españoles ante la ley (art. 14 de la Constitución) supone el mantenimiento de un criterio uniforme en la materia. A lo anteriormente dicho en sede de doctrina general, y con referencia al caso concreto que nos ocupa, ha de agregarse, por un lado, que Plácido (único demandante y ahora recurrente) que, no obstante conocer (desde la muerte de sus padres en 1960 y 1972, respectivamente) el nombramiento de los contadores-partidores, prescindió de los mismos y prestó su consentimiento (junto con el de sus otros seis hermanos) a la partición que, con acuerdo unánime («conformes de toda conformidad»), hicieron mediante el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972 y ha venido consintiéndola y ajustándose a ella durante más de doce años, no puede, sin violentar el respeto debido a lo pactado (pacta sunt servando; art. 1.091 del Código Civil) y sin conculcar la doctrina de los actos propios, tratar ahora de desconocer la eficacia del repetido documento y, por otro lado, que durante el plazo de vigencia del mandato de los contadores-partidores (que venció en septiembre de 1975) ninguno de los herederos, ni siquiera Plácido, requirió la intervención de los mismos, habiendo uno de ellos (César Fernández Rodríguez) declarado en la prueba testifical (folio 499 vuelto de los autos) que «tuvo conocimiento al otorgar testamento los citados esposos que, juntamente con Paulino Vega Castro, había sido designado contador-partidor, y tuvo también conocimiento de que fallecida la madre, los hermanos Plácido Joaquín Luis Carlos Jesús María Carlos Ramón Eugenio Lucio habían procedido a poner fin a la comunidad hereditaria, al proceder, manteniendo la unidad de la explotación, a fijar la forma en que, entre ellos, se distribuían los bienes heredados de sus padres fallecidos». De lo razonado en este y en el anterior fundamentos jurídicos se desprende la inexorable desestimación del motivo segundo, al que en ellos nos hemos venido refiriendo, la cual ha de comportar también el fenecimiento de los motivos tercero y cuarto, mediante los cuales se denuncia (en el tercero) infracción, por inaplicación, del art. 987 del Código Civil, que establece que el derecho de acrecer tiene lugar también entre los legatarios y (en el cuarto) infracción, por inaplicación, de los arts. 821 y 828 del Código Civil, que se refieren, respectivamente, a los legados sujetos a reducción y a la imputación al tercio de mejora o al de libre disposición de los legados hechos por el testador a uno de los hijos o descendientes, cuyo fenecimiento (de los dos expresados motivos) viene determinado por la simple y elemental razón de que la tesis impugnatoria que se desarrolla en los mismos viene montada sobre la ineludible premisa previa de la subsistencia o pervivencia del prelegado litigioso y dicha premisa no concurre en el presente caso, ya que el referido prelegado quedó extinguido y refundido en la masa de la herencia a virtud de lo pactado por los siete hermanos Plácido Joaquín Luis Carlos Jesús María Lucio Eugenio en el repetido documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, como ya se tiene dicho. Por tanto, ha de ser mantenido el pronunciamiento







desestimatorio de la demanda que hace la sentencia recurrida, aunque no por la argumentación desarrollada en el fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia (ya transcrito literalmente con anterioridad), que parece contener la única o principal ratio decidendi de su fallo, sino por los razonamientos que han sido expuestos en este y en el anterior fundamentos jurídicos de esta resolución.

Octavo: El decaimiento de los tres motivos aducidos ha de llevar aparejada la desestimación del recurso, con expresa imposición de las costas del mismo al recurrente. Habiendo sido el depósito constituido de forma totalmente innecesaria e improcedente, al no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad ( art. 1.703 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), debe acordarse la devolución del mismo al recurrente.

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 presente recurso de casación, interpuesto por la Procuradora doña Rosina Montes Agustí, en nombre y representación de Plácido , contra la Sentencia de fecha 9 de octubre de 1990, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña en el proceso a que este recurso se refiere, con expresa imposición de las costas del mismo al recurrente; devuélvase a dicho recurrente el depósito que constituyó de forma innecesaria e improcedente.

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

ASI, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Francisco Morales Morales.-Pedro González Poveda.-Jaime Santos Briz.-Rubricados.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Primera del Tribunal Supremo en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma certifico.-Crevillén Sánchez.-Rubricado.

