



Roj: **STS 3192/1992 - ECLI:ES:TS:1992:3192**

Id Cendoj: **28079110011992100867**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/04/1992**

Nº de Recurso: **1519/1990**

Nº de Resolución: **357/1992**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ALFONSO VILLAGOMEZ RODIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Abril de mil novecientos noventa y dos.

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 Audiencia Provincial de Madrid -Sección Novena-, en fecha cinco de marzo de mil novecientos noventa, como consecuencia de los autos de juicio de mayor cuantía, sobre remoción del cargo de albacea, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia número 16 de los de Madrid, cuyo recurso fué interpuesto por D. Federico , D. Jose Luis y D. Armando , representados por el Procurador de los Tribunales, D. Jorge García Prado, asistidos del Letrado D. Armando , en el que es parte recurrida, D^a Gabriela , a la que representó el Procurador D. Victor Requejo Calvo y defendió el Letrado, don Emilio-José Lizarraga Bonelli.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Juzgado de Primera Instancia nº 16 de los de Madrid, tramitó los autos de juicio de mayor cuantía -Nº 1390/85, en base a la demanda que planteó D^a Gabriela , la que contiene relación de los hechos, con alegación de la fundamentación jurídica que tuvo por conveniente y por la que se suplicó al Juzgado: ""Que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que de todo ello se adjunta, se sirva admitirlo y tenga por interpuesta la presente demanda en nombre de mi representada contra las personas que figuran como demandadas en el encabezamiento de este escrito y en su virtud y previa la tramitación que sea adecuada en Derecho, dicte en su día sentencia por la que estimándose íntegramente la pretensión deducida en la presente demanda instando la remoción en el cargo de Albaceas de los demandados, se declare la terminación y extinción del albaceazgo ejercido por los demandados D.

Federico , D. Jose Luis y el Excmo. Sr. Don Armando , según fueron designados para dicha función por el causante D. Federico en su testamento de 25 de junio de 1982, condenando a los citados demandados a estar y pasar por dicha declaración y a realizar inmediata y detallada rendición de cuentas de los bienes de la herencia, haciendo entrega de los mismos a los herederos del fallecido D. Juan Ramón y con los demás pronunciamientos que en Derecho procedan, así como al pago de las costas causadas en este pleito.""

SEGUNDO.-Los demandados D. Federico , D. Jose Luis y D. Armando , se personaron en el juicio y aportaron contestación, planteando como cuestión previa la inadecuación de procedimiento y aportando la normativa jurídica que estimaron de aplicación, así como con la doctrina jurisprudencial que reseñaron, suplicando: ""Que teniendo por presentado este escrito, documentos que se acompañan y copias de todo ello me tenga por comparecido en representación de los demandados D. Federico , D. Armando y D. Jose Luis , por contestada en tiempo y forma la demanda contra ellos formulada por la representación de D^a Gabriela y previos los trámites legales correspondientes dicte resolución decretando que el procedimiento de juicio de menor cuantía señalado en la demanda es inadecuado, debiendo sustanciarse por los del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía; y, previos los trámites legales que se decreten, dicte, en su día, sentencia por la que, acogiendo y estimando todas o cualesquiera de las excepciones formuladas en esta contestación y desestimando las



pretensiones deducidas de adverso, se absuelva de la demanda a mis representados y se impongan las costas procesales a la actora."''

TERCERO.-El Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Madrid, dictó sentencia el 13 de junio de 1.988, cuyo Fallo es como sigue: ""Que estimando la demanda formulada por Dª Gabriela como usufructuaria universal de los bienes relictos por su esposo D. Juan Ramón debo declarar y declaro: 1º Que se accede a la remoción de los albaceas que fueron nombrados en testamento por D. Juan Ramón , D. Jose Luis y D. Armando . 2º Se condena a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración y como consecuencia deberán rendir cuentas de los bienes de la herencia, hacer entrega de los mismos a los herederos de D. Juan Ramón "".

CUARTO.-Contra dicha decisión judicial interpusieron recurso de apelación los demandados de referencia antes la entonces Audiencia Territorial de Madrid (Rollo nº 495/88), habiendo dictado sentencia la Audiencia Provincial de dicha capital (Sección Novena), en fecha 5 de marzo de 1.990, con la siguiente parte dispositiva, FALLAMOS: ""Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los albaceas demandados contra la sentencia dictada el tres de junio de mil novecientos ochenta y ocho por el Il'tmo. Sr. Magistrado-Juez Actal. del Juzgado de Primera Instancia número Dieciseis de Madrid en los autos de Juicio Declarativo de Mayor Cuantía allí seguidos con el número 1.390/85, debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al mismo, y, en consecuencia, CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución, sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada."''

QUINTO.-El Procurador de los Tribunales Don Jorge García Prado, causídico de D. Federico , D. Jose Luis y D. Armando , formuló ante esta Sala recurso de casación en base a los siguientes motivos: PRIMERO.-Al amparo del nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en los autos. SEGUNDO.-Infracción del artículo 910 del Código Civil, alegado conforme al ordinal 5º del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil y doctrina jurisprudencial. TERCERO.-Por idéntica vía procesal a la anterior, se denunció infracción de los artículos 244-4º y 247 en relación al 904, todos ellos del Código Civil.CUARTO.- Con el mismo amparo procesal, infracción de los artículos 904 y 905 en relación al 1252 del Código Civil.

SEXTO.-Evacuado el trámite de instrucción a las partes, se señaló para la vista pública y oral del recurso el pasado día treinta de marzo, la que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Los recurrentes alegaron error en la apreciación de la prueba, cometido por el Tribunal de Apelación, lo que autoriza el el nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que se cumpla la obligada carga de aportación, consistente en precisar de manera y modo suficiente los documentos que, incorporados al pleito, demuestren por sí mismos, sin necesidad de exégesis, hipótesis, deducciones y pesquisas indagatorias o interpretaciones subjetivas de aproximación, el error que se denuncia (Sentencias de 25 de mayo de 1986, 14 de marzo y 24 de noviembre de 1988 y 28 de enero y 25 de junio de 1991), debiendo el material instrumental invocado no resultar contradicho ni desvirtuado por la concurrencia opositora de otros elementos probatorios (Artículo 1707, en relación al 1710-2º de la citada Ley Procesal).

El motivo agrupa en cinco apartados los errores que denuncia y en ninguno de ellos se contiene designación concreta de documento expresivo al respecto, pues toda la argumentación se concentra y proyecta a impugnar la remoción del cargo de albaceas de la herencia del fallecido D. Juan Ramón , que la sentencia combatida decretó en razón a la existencia de importantes conflictos de intereses.

De esta manera el ataque casacional tiene exclusivo apoyo en los dos pleitos pendientes sobre bienes que se reclaman para su integración en el haber hereditario del causante mencionado, promovidos, uno por Dª Gabriela (Juicio de mayor cuantía, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Madrid, al número 233/85-B), contra los recurrentes, en su condición de albaceas y otros interpelados; así como en el proceso también de mayor cuantía correspondiente al Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Madrid (Juicio nº 142/85-Y), en el que figura como demandante la hija de la recurrida, Dª Carolina y fué dirigido contra el albacea D. Federico .

Evidentemente estos procesos no son constitutivos de los documentos que contempla el precepto en el que se residencia el motivo y menos corresponde en el actual litigio hacer consideración alguna que afecte en lo más mínimo a lo que constituye materia de contienda en dichas litis, pues la actual debe quedar plenamente al margen de estas relaciones procesales, determinando todo ello la claudicación de esta concreta alegación, pues, en todo caso, resulta improcedente pretender una nueva valoración en conjunto de las pruebas



practicadas en los autos, lo que supone convertir la casación en una tercera instancia, mutación no autorizada ni aún después de la reforma legislativa operada por Ley 34/84 de 6 de agosto y que esta Sala reiteradamente ha rechazado (Sentencias de 2 de diciembre de 1988, 3 de enero, 16 de abril, 19 de mayo, 7 de junio y 21 de octubre de 1991).

Así mismo no integran error probatorio las conclusiones a que llegó el Tribunal "a quo", en cuanto son integrantes de aspectos jurídicos de la controversia y no fácticos. La asimilación de la "quaestio iuris" a la "quaestio facti", no es procedente, pues supone desbordar el cauce adjetivo por el que debe de conducirse el motivo, ya que no cabe acogida alguna a la pretensión de sustituir el criterio objetivo y necesariamente imparcial, en el marco de estricta justicia del Tribunal de Apelación, por interpretaciones propias y subjetivas, siempre interesadas de las partes (Sentencias de 12 de marzo de 1987, 21 de diciembre de 1990, 18 de marzo, 10 de junio, 11 de octubre y 27 de noviembre de 1991), aunque estas representen un destacado esfuerzo doctrinal en aras del legítimo derecho de defensa que les asiste.

SEGUNDO.-El albaceazgo es un cargo especial testamentario (Artículo 892 del Código Civil), en el que predominan las funciones tuitivas y gestoras amplias -etimológicamente proviene del vocablo árabe "al waci" (gestor) y tiende a la ejecución de la voluntad del "de cuius" designante, reflejado en correspondiente testamento, como plan y proyecto que sujeta su actuación, para culminar la testamentaria y en la mayoría de los supuestos y con funciones acumuladas de contadores-partidores (Artículo 1057), con la liquidación, división y adjudicación de los bienes a los coherederos y sucesores, concurriendo en el mismo las características de ser un cargo de confianza entre el causante y su executor, para lo que suele tenerse muy en cuenta las especiales cualidades concurrentes en las personas designadas, que se reputan como las idóneas a fin de actuar correcta y eficazmente en la condición jurídica de fiduciarios de aquél que los eligió, perdiendo éste todo control sobre las mismas por la imperativa causa de fallecer; Así mismo es cargo gratuito, salvo las excepciones del artículo 908; voluntario, ya que no hay ninguna obligación legal de aceptarlo (Artículos 899 y 900); personalísimo e indelegable (Artículo 909 y Sentencia de 2-6- 62), y temporal (Artículo 910), con posibilidades de poder ser prorrogado, bien por la voluntad del testador (Artículo 904 y 905), de los herederos y legatarios (Artículo 906) o por decisión judicial (Artículo 905, párrafo segundo).

Asimismo resulta difícil y en todo caso forzado pretender darle dimensión contractual, como en ocasiones se ha verificado, al equiparlo a la institución de mandato "post mortem", lo que ha sido superado jurisprudencial y doctrinalmente, incluso la figura de la representación, pues no se puede representar, a efectos del tráfico jurídico a quien se le extinguió la personalidad civil por muerte (Artículo 32 del Código).

Evidentemente la actividad de los albaceas no es en sí negocial, aunque pueden proyectar su función no sólo a la realización de todas las facultades que expresamente les hubiera conferido el causante (Artículo 901), sino también a aquellas otras que enumera el artículo 902, incluso la de practicar enajenaciones de bienes que autoriza el precepto 903. Los amplísimos poderes que pueden gozar los albaceas, no quiere decir que no tengan límites y hayan de reputarse como omnimódos, ya que, aparte de tener que ajustar sus actos a la legalidad (Artículo 901), han de rendir cuentas de su encargo a los herederos o en su caso al Juez, conforme al precepto 907.

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 mencione expresamente la Ley, sin embargo ha sido admitida por la jurisprudencia casacional (Sentencias de 3 de enero y 9 de junio de 1962, 22 de abril de 1967 y 25 de enero de 1971).

El motivo que se estudia, con residencia en el nº 5 del precepto 1692 de la Ley Procesal Civil, a fin de combatir la decisión del Tribunal de Apelación que decretó la remoción de los creadores de la casación en el cargo de albaceas testamentarios del obitado D. Juan Ramón , denuncia infracción del artículo 910, en relación al 675, ambos del Código Civil. Dicho causante en la cláusula tercera del testamento abierto que otorgó en fecha 25 de junio de 1982 y en el que instituyó como herederos a los siete hijos habidos de su matrimonio con la recurrida D^a Gabriela -a la que legó el usufructo vitalicio-, vino a nombrar como albaceas y contadores-partidores a los tres recurrentes en casación, con carácter solidario, relevándoles de prestar fianza y con "amplias facultades para inventariar, tasar, liquidar, dividir y adjudicar el caudal hereditario".

No constando que a la actualidad se hubiera llevado a cabo la efectiva realización de la testamentaria y por lo tanto haberse producido la extinción de albaceazgo, la remoción de los albaceas, -que es el núcleo del debate-, opera como una extinción anticipada del cargo al ser destituidos del mismo los que lo ostentan y les priva de ejecutar el mandato testamentario.

El artículo 910 del Código Civil sólo menciona la remoción como terminación del albaceazgo, sin referencia alguna a las causas motivadoras de tal remoción, por lo que ha sido la jurisdicción casacional la que ha ido



completando el vacío legal, sin haber logrado una definitiva determinación de los supuestos integradores de tal caso.

Del examen de la doctrina positiva se puede llegar a admitir ciertas conclusiones orientadoras y determinantes en torno a la cuestión.

En este sentido es factible tener en cuenta la concurrencia de causas exclusivamente personales, que hacen imposible el ejercicio del cargo, como son la pérdida y suspensión o carencia de plenos derechos civiles y capacidad de obrar, incapacitación y minoría de edad (Artículos 893, 322, 199 y siguientes del Código Civil) o lo hagan sumamente dificultoso (enfermedades, senectud con disminución de las facultades intelectuales - Sentencia de 2 de diciembre de 1991)-, ausencia, privación de libertad por cumplimiento de ejecutoria penal), e incluso las que son determinantes de indignidad para suceder (Artículo 756 del Código Civil), desconocidas por el testador o al menos no suficientemente ponderadas, pero con influencia notoria y acreditada de matiz negativo en la ejecución de voluntad testamentaria.

Asimismo también puede atribuirse cualidad de remoción a los supuestos relacionados con la actividad propia y encomendada a los albaceas, así cuando realizan conductas dolosas civiles o penales en perjuicio del caudal relicto y derechos de los herederos (Sentencias de 4 de febrero de 1902, 23 de febrero de 1973 y 5 de julio de 1947) y a su vez si su actividad resulta totalmente inoperante o ineficaz por negligencia maliciosa o indiferencia, omisión y desatención constatada, que rebasan el simple descuido (Sentencias 6 de octubre de 1897, 18 de febrero de 1908, 3 de octubre de 1931 y 23 de febrero de 1973). También se procede contraviniendo la confianza que genera el mandato delegando las funciones en contra de lo dispuesto en el artículo 909 del Código Civil.

En línea del análisis que se efectúa, así mismo ha de considerarse que la remoción puede ocasionarse por causas sobrevenidas, determinadas por actuaciones y conductas concretas, como sucede si se infringe la regla prohibitiva que contiene el artículo 1459-3º del Código Civil, mediante la cual el albacea no puede adquirir lícitamente por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, los bienes confiados a su cargo o gestión, y, a su vez, cuando concurre, como en el caso de autos, una colisión clara, precisa y notoriamente influyente de los intereses de uno de los albaceas, con la anexión solidaria de los otros dos, con parte de los herederos, determinada por los procesos civiles referidos que mantienen y los relacionan y que ocasionan un enfrentamiento que suele superar los cauces procesales, para degenerar en enemistades, rencores y suspicacias, no ostante la honorabilidad de los albaceas de referencia.

La necesaria transparencia en el desempeño de un cargo tan especial y delicado como es el de albacea, la misma dignidad de los nombrados, la paz y la convivencia en adecuada armonía familiar de los herederos e incluso la voluntad del testador que refleja su disposición testamentaria, dictada sobre bases firmes de escrupulosa igualdad para sus sucesores, la independencia profesional de dos de los recurrentes, conlleva la necesaria liberación de toda sospecha respecto a su hacer, y hacen ajustada a Derecho y del todo conveniente la decisión judicial recurrida, pues los intereses enfrentados resultan suficientemente acreditados y los pleitos en los que se debaten; correspondiendo en todo caso a los Tribunales la procedente y justificada apreciación de la convergencia de las causas de remoción justa, transcendente y necesaria, que es lo que sucede en el caso que se enjuicia, en adecuada y actualizada interpretación de la norma (Artículo 3 del Código Civil), incluso por la vía de la analogía (Artículo 4), sin perder el norte de la institución del albaceazgo y las funciones que integran su actividad operativa de gestión de las testamentarías, conforme a las directrices del verdadero interesado que no es otro que el testador y que se proyectan a que sus sucesores acaten y cumplan su última voluntad, siquiera valiéndose para su realización material del actuar de los albaceas, que, en todo caso, deben de estar asistidos de la más exquisita corrección, no debiendo de dejar resquicios a su labor, ni huellas de suspicacia de un mal hacer, que tiene que ser imparcial y laboriosamente positivo, sin trabas que puedan proceder de la indiscutible incomodidad moral e incluso material que generan los pleitos que sostienen los litigantes y pueden presentarse con apariencias fundadas de limitaciones a la necesaria independencia de los afectados, conllevando lo expuesto a que el motivo sea desestimado.

TERCERO.- Conforme al ordinal nº 5 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tercer motivo de los formulados, argumentó infracción de los artículos 244-4ª, 247 e inaplicación del 904 todos ellos del Código Civil.

La jurisprudencia antigua se mostró contraria a aplicar a la remoción de los albaceazgos las causas previstas al efecto para las tutelas y así efectivamente se hace constar en la sentencia de la instancia, pero hay que tener en cuenta y ello es eludido en el recurso, que la institución tutelar ha sido objeto de importantes reformas legislativas -entre ellas las operadas por la Ley de 24 de abril de 1958, Ley 2 de mayo de 1975,- en los artículos a tener en cuenta 237 y 238-, y la última correspondiente a la Ley 31/83 de 24 de octubre, mediante la cual (Artículo 247, en relación al 244-4º) se prevé como uno de los supuestos de remoción de los designados como



tutores, los de incompatibilidades por tener importantes conflictos de intereses, a parte de mantener pleitos sobre la titularidad de los bienes.

De esta manera se introduce una nueva situación motivadora de remoción, superando el criterio enumerativo anterior, adoptando mayor amplitud jurídica a la libre decisión de los jueces en cada caso concreto, de tal manera que se llega así a una más amplia cobertura en la fijación de las causas de remoción, que fué la línea interpretadora seguida por el Tribunal de Apelación, al acudir al apoyo de los preceptos cuya violación ataca el motivo, por la vía analógica del artículo 4 del Código Civil, en relación a su actualización, pues no existe norma prohibitiva alguna que impida tener en cuenta su incidencia en el caso presente.

De la lectura atenta del fundamento jurídico tercero de la sentencia de la instancia, se desprende que dicha referencia legal opera como aportación de apoyo al criterio del Tribunal que determinó su decisión de darse efectiva y constatada causa de conflicto de intereses o contraposición influyente y decisiva de los mismos, objeto de discusión en los juicios pendientes, pues no consta acreditado que el testador hubiera conocido al tiempo de otorgar la escritura pública de su testamento dichas circunstancias conflictivas, que se presentan como realidades posteriores, sobrevenidas y decisivas a la hora de fijar y concretar el haber hereditario objeto de partición y adjudicación a los correspondientes herederos y que se refieren a la titularidad de bienes de notorio valor económico, cual es el complejo inmobiliario y deportivo correspondiente a la Escuela de Deportes Apostol Santiago, ubicado en esta capital, discurriendo la disputa sobre si los mismos pertenecen al dominio del albacea Don Federico o han de integrarse en el caudal sucesorio que correspondía a su hermano Don Juan Ramón, fallecido el primero de junio de 1983.

Consecuentemente a lo expuesto el motivo ha de rechazarse, ya que si bien también se hace referencia por inaplicación del artículo 904 del Código Civil, no se explica debidamente por ser objeto de otra motivación (la cuarta), y, además, el relato que se lleva a cabo de actuaciones de los albaceas en defensa de la testamentaria, son efectivos y plausibles; pero dado el delimitado y preciso cauce procesal por el que se aportó la argumentación que se rehusa para efectuar alegaciones fácticas que han de ser depuradas del mismo por su improcedencia legal-procesal.

CUARTO.-El último motivo que contiene el recurso, vino a aducir infracción de los Artículos 904 y 905, en relación al 1252 todos ellos del Código Civil, con residencia en el número 5 del artículo 1692 de la ley Procesal Civil.

La alegación no puede prosperar, pues la sentencia atacada, hace constar que los entonces apelantes y hoy recurrentes, no hicieron reparo alguno en la vista de la apelación a la excepción de litispendencia que por tanto quedó resuelta.

El Tribunal "a quo", en la fundamentación jurídica de la sentencia rechazó la aplicación de la presunción "iuris et iure" que contiene el artículo 1252 del Código Civil, pues de manera muy clara se da plena ausencia de las condiciones necesarias para que el precepto pueda ser tenido en cuenta y con relación concreta a la paridad de las cuestiones que incluyen la identidad de la cosa y la identidad de la causa y suponen coincidencia sobre los hechos e igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad (Sentencias de 22 de junio de 1982 y 10 y 17 de febrero de 1984), con correspondencia a las peticiones que se suplicaron, de tal manera que para operar la presunción en pleito que se invoca, como determinante de la misma, ha de representar su absorción en el actual o una relación de medio a fin entre litigios (Sentencias de 3 de abril y 5 de junio de 1987).

No hay identidad de "causa petendi", entre el presente juicio, que tiene un objeto bien definido cual es la remoción del cargo de albaceas que ostentan los recurrentes, con los precedentes que se invocan, ya que el juicio 223/85 del Juzgado nº 10 y el 142/85 del Juzgado nº 20, ambos de esta capital, se promovieron a fin de reivindicar la titularidad dominical de determinados inmuebles y sus consecuencias jurídicas. Según se alegó en el primer procedimiento, se dictó auto el 24 de julio de 1987, que por no ser precisamente sentencia no puede invocarse a efectos de cosa juzgada, y en el año se pronunció sentencia el 18 de febrero de 1987, incorporada a los autos por simple copia, sin que se hubiera acreditado su firmeza, aunque también se dice fué confirmada por la Audiencia el 29 de abril de 1988, pero no constando sea ejecutoria, lo que efectivamente, en razón a los términos en que se planteó el debate que decidió dichas resoluciones provisionales es carente del necesario efecto incisivo para impedir el fallo del actual proceso, por consecuencia del reconocimiento de los efectos de aquellas resoluciones precedentes y así se ha pronunciado reiteradamente esta Sala de forma contundente y mantenida (Sentencias de 10 de mayo de 1982, 3 de abril y 5 de junio de 1987, 11 de octubre de 1988, 1 de febrero, 1 y 15 de octubre de 1991, entre otras).

Por otra parte tampoco es de influencia el alegato de que en expediente de jurisdicción voluntaria -los que no son acumulables a los pleitos contenciosos, según el artículo 1823 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, se hubiera dictado auto en fecha 28 de setiembre de 1984, prorrogando por un año el plazo concedido a los albaceas



para formalizar las operaciones liquidatorias y de división del caudal hereditario y por auto de 30 de mayo de 1985, se dispusiera la prolongación hasta que dictasen sentencias firmes en los contenciosos referenciados, ya que dichas resoluciones no contienen, como pretenden los promotores de la casación, declaración expresa autorizando a los albaceas a intervenir en dichos litigios precedentes, lo que no se podía conceder, pues se trata de un derecho propio, de la libre disponibilidad de los interesados, al gozar de la capacidad civil y procesal, sino que se mantuvieran sus funciones de albaceas en este período de tiempo no concretado y más bien indeterminado en su duración, pero que, en todo caso, no constituye causa impeditiva para que se pueda postular su remoción por causas justas. Las razones acertadas y oportunamente tenidas en cuenta por el Tribunal "a quo", producen la confirmación de la sentencia recurrida, con la desestimación de la casación y la obligada imposición a los recurrentes de las costas de este trámite, conforme al artículo 1715 de la Ley de Procedimiento Civil, con pérdida del depósito constituido.

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

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y ASÍ LO DESESTIMAMOS, el recurso de casación formulado por don Federico , don Jose Luis y don Armando , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid -Sección Novena-, el 5 de marzo de 1.990, en las actuaciones procedimentales de referencia, inaccediéndose a su casación. Se imponen las costas de este recurso a los recurrentes mencionados y se decreta la pérdida del depósito constituido, al que se le dará el destino legal. Remítase certificación de la presente con los autos originales y rollo de apelación al Tribunal de procedencia, que deberá acusar recibo.

VOTO PARTICULAR

RECURSO N°: 1519/90

VISTA: 30-03-93

FECHA DE SENTENCIA: 13-4-92

SECRETARIA: Sr. Crevillen Sánchez

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Alfonso Villagómez Rodil, 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.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. DON MARIANO MARTIN-GRANIZO FERNANDEZ Y DON ANTONIO GULLON BALLESTEROS.

Los Magistrados que suscriben formulan el siguiente Voto Particular, favorable a la casación de la sentencia recurrida, manifestando previamente su absoluto respeto al parecer de la mayoría de la Sala que ha estimado lo contrario.

Este voto particular se funda en las siguientes consideraciones.

Toda la cuestión jurídica planteada se reduce a la interpretación y aplicación del art. 910 del Código civil, que señala como causa de extinción del albaceazgo la remoción del albacea, pero sin determinar las que pueden dar lugar a la misma, lo que ha dado lugar a decisiones de esta Sala que la sentencia de la mayoría recoge detallada y escrupulosamente.

Entendemos que las sentencias de primera instancia y de apelación debieron examinar si la actuación, o falta de ella, de los albaceas cuya remoción se solicitó se encuadraba en los supuestos que con la inevitable generalidad delinean las sentencias de esta Sala, en lugar de añadir a ellos el de este litigio. Esa labor hubiese dado un fruto negativo, pues nada tienen que ver con el conflicto de intereses que aquí se invoca para remover a los albaceas. Por otra parte, el que uno de los herederos del testador entable un pleito contra uno de los albaceas solidarios (SR. Juan Ramón) pretendiendo que unos bienes inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad desde el año 1947 pertenecían al causante, hermano del demandado, quien lo nombra albacea en su testamento de 1982, pretensión que es rechazada por sentencia ya firme, en modo alguno debe ser causa de remoción del mismo, so pretexto de un conflicto de intereses. El criterio de las sentencias de instancia, confirmado por la mayoría de esta Sala, supone indefectiblemente que la voluntad del testador en cuanto a la



institución del albaceazgo queda virtualmente supeditada a la de cualquier interesado en la herencia; le basta simplemente con interponer una demanda infundada contra el albacea en funciones para que prospere su decisión de removerlo.

La remoción de un albacea, cuando no es por incapacidad legal o de hecho, lleva en sí una nota de sanción de una conducta, y ello exige del juzgador, dado el poder que le confiere el art. 910 del Código civil con su silencio sobre las causas específicas de remoción, un cuidadoso análisis de la actuación del albacea. Examinados los autos, los Magistrados que suscriben no encuentran ninguna nota que pueda descalificar la actividad de los albaceas de la herencia de D. Juan Ramón , que puede estimarse de celosa en la protección de sus intereses. El albacea Don Federico no se ha limitado más que a defenderse en el pleito que contra él siguió uno de los siete hijos y herederos del causante, en otras palabras, a rechazar las no ajustadas a derecho -según las sentencias habidas en dicho pleito- pretensiones de la demandante sobre unos bienes que se ha declarado que eran de su propiedad desde mucho antes de la muerte del causante. El conflicto de intereses al que la Sala da absoluta relevancia se crea antijurídicamente por uno de los interesados en la herencia, no se ha probado que existiese con anterioridad al fallecimiento de D. Juan Ramón , es más, es el propio D. Juan Ramón el que designa albacea a su hermano revelando así su ausencia, pues en caso contrario no le habría llamado para un cargo de la máxima confianza. No es congruente que el que promueve al conflicto tenga como premio la remoción del albacea en cuyo favor fallan los órganos judiciales.

Esto mismo se puede decir del pleito que a los pocos días del primero inicia la viuda y legataria del causante contra sus siete hijos y los tres albaceas, pretendiendo en esencia lo mismo que su hija, y que se paralizó por litispendencia.

Por todo ello, estimamos que debió acogerse el motivo segundo del recurso de casación por infracción del art. 910 del Código civil, casando la sentencia recurrida y, con revocación de la de primera instancia, desestimar la demanda, condenando en costas en ella y en la apelación a la demandante.