

Roj: **STS 5616/1999 - ECLI:ES:TS:1999:5616**Id Cendoj: **28079110011999101663**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/09/1999**Nº de Recurso: **1561/1995**Nº de Resolución: **744/1999**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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 Avila, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Avila; cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de D^a Mónica y D^a Rosario ; siendo parte recurrida D. Luis Manuel (por fallecimiento de éste su viuda D^a Elsa y D. Tomás), representados por la Procuradora D^a Pilar Cortés Galán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora D^a María Jesús Sastre Legido, en nombre y representación de D^a Mónica y D^a Rosario , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra D. Luis Manuel , D. Roberto y D. Evaristo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se declare 1º.- la nulidad radical y absoluta de las operaciones particionales de la causante D^a Antonia , contenidas en documento privado fechado el 22 de junio de 1991 firmado por los albaceas testamentarios D. Roberto y D. Evaristo . 2º.- Para el caso de no prosperar la anterior petición que se formula con carácter principalísimo se declare la nulidad de las expresadas operaciones particionales de la causante D^a Antonia anulando las mismas y dejándolas sin valor ni efecto alguno. 3º.- Para el caso de no prosperar ninguna de las peticiones contenidas en los anteriores apartados 1º y 2º, se declare y decrete la rescisión de las operaciones particionales de la causante D^a Antonia , contenidas en documento privado fechado el 22 de junio de 1991 firmado por los albaceas testamentarios D. Roberto y D. Evaristo , por lesionar las mismas en más de una cuarta parte el haber de mi representada D^a Mónica , que según la distribución en ellas contenida y valoración real del inventario, le corresponde. Para el caso de que se decretase la rescisión de las expresadas operaciones, deberá además declararse: a) Que si el demandado D. Luis Manuel optase por la indemnización del daño, deberán en todo caso adicionarse y complementarse las expresadas operaciones particionales, con lo siguiente: -Incluyendo en las mismas la finca descrita en el hecho sexto de la presente demanda, que deberá dividirse entre los herederos conforme a lo dispuesto por la testadora, a cuyo fin habrán de hacerse en citadas operaciones las correspondientes rectificaciones en cuanto fuere menester. -Rectificando y haciendo en las mismas cuantas alteraciones sean precisas a fin de subsanar el perjuicio económico causado a D^a Rosario en beneficio del demandado D. Luis Manuel , como consecuencia de las omisiones de valor contenidas en lo adjudicado a tal heredero y correlativa supervaloración de lo adjudicado a D^a Rosario . Lo que se llevará a cabo mediante una partición complementaria que rectifique los expresados extremos. b) Que si el demandado D. Luis Manuel optase por consentir que se lleve a cabo una nueva partición, en esta nueva partición deberá incluirse la finca omitida en las impugnadas, descrita en el hecho sexto de la demanda, y además esta nueva partición alcanzará también a la heredera D^a Rosario , por ser esta también perjudicada y haber percibido menos de lo justo. 4º.- Para el caso de que no prosperasen cualquiera de las peticiones formuladas en los precedentes apartados 1º, 2º o 3º, se declare y decrete: a) que las operaciones particionales de la causante D^a Antonia , contenidas en



documento privado fechado el 22 de junio de 1991 firmado por los albaceas testamentarios D. Roberto y D. Evaristo , deben ser adicionadas, incluyendo en las mismas la finca descrita en el hecho sexto anterior, que deberá dividirse entre los herederos, conforme a lo dispuesto en el testamento de la causante. b) Que las expresadas operaciones particionales deben ser adicionadas y/o completadas, rectificando y haciendo en las mismas cuantas alteraciones sean precisas a fin de subsanar el perjuicio económico causado a D^a Rosario en beneficio del demandado D. Luis Manuel , como consecuencia de las omisiones de valor (infravaloraciones) contenidas en lo adjudicado a tal heredero y correlativa supervaloración de lo adjudicado a D^a Rosario . c) Que las expresadas operaciones particionales deben ser adicionadas y/o completadas, rectificando y haciendo en las mismas cuantas alteraciones sean precisas a fin de subsanar el perjuicio económico causado a D^a Mónica en beneficio del demandado D. Luis Manuel , como consecuencia de las omisiones de valor (infravaloraciones) contenidas en lo adjudicado a tal heredero y correlativa supervaloración de lo adjudicado a D^a Rosario . Todo lo cual deberá practicarse mediante una partición complementaria que rectifique la anteriormente practicada en lo preciso e indispensable pero con todas cuantas alteraciones fueren precisas a los anteriores fines. 5º.- Que para el caso de prosperar las peticiones contenidas en los apartados 3º y 4º anteriores, y a fin de que la sentencia que al efecto se dicte tenga plena virtualidad y eficacia, se decrete que lo que en ella se disponga habrá de llevarse a cabo en ejecución de sentencia mediante el otorgamiento de cuantos documentos públicos y privados con cuantas menciones y requisitos fuesen precisos, por los albaceas contadores Sres. Roberto y/o Evaristo o, en otro caso, y de entenderse que los mismos tienen su cargo caducado o finalizado, directamente por el demandado D. Luis Manuel y mis representadas, y para el caso de que el citado demandado no lo efectuase voluntariamente, se lleve a cabo en su nombre y rebeldía por el Juzgado. Se impongan expresamente las costas a quien de los demandados se opusiere a la presente demanda.

2.- El Procurador D. Fernando López del Barrio, en nombre y representación de D. Roberto y D. Evaristo , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado: Acepte la excepción dilatoria de falta de personalidad o legitimación pasiva en mis representados, declarándoles no obligados a intervenir en las operaciones rectificatorias que pretenden.

3.- La Procuradora D^a Beatriz González Fernández, en nombre y representación de D. Luis Manuel , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se acepte las excepciones propuestas y en todo caso se desestime íntegramente la demanda, sin más excepción que acordar se adicione al cuaderno particional la finca que se recoge en el hecho sexto del escrito de demanda, adjudicándose a los tres herederos por parte iguales y en proindiviso, pero rechazando, como queda dicho, los restantes pedimentos de ella. Se acuerde imponer las costas a la parte demandante.

4.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de Avila, dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 1992, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando en parte la demanda promovida por la Procuradora D^a María Jesús Sastre Legido, en nombre y representación de D^a Mónica y D^a Rosario , contra D. Luis Manuel representado por la Procuradora D^a Beatriz González Fernández, debo declarar y declaro: 1.- la nulidad radical y absoluta de las operaciones particionales de la causante D^a Antonia , contenidas en documento privado fechado el 22 de junio de 1991 firmado por los albaceas testamentarios D. Roberto y D. Evaristo , dejándolas si valor ni efecto alguno y condenando al demandado citado a estar y pasar por tal declaración; 2.- No haber lugar a verificar condena alguna frente a los demandados D. Roberto y D. Evaristo , representados por el Procurador D. Fernando López del Barrio, absolviendo a los mismos de todas las peticiones deducidas en su contra en el presente procedimiento; y todo ello sin expresa imposición de las costas de este juicio a ninguna de las partes, por lo que cada una abonará las causadas a su instancia y las comunes por partes iguales.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Luis Manuel , la Audiencia Provincial de Avila, dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 1.994, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto a nombre de D. Luis Manuel contra la sentencia dictada el 1 de septiembre de 1992, por el Sr. Juez de 1ª Instancia del Juzgado número uno de Avila, debemos estimar y estimamos la petición formulada en la demanda esgrimida por D^a Rosario y D^a Mónica contra D. Luis Manuel de que las operaciones particionales de la causante D^a Antonia contenidas en el documento privado fechado el 22 de junio de 1987 firmado por los albaceas testamentarios D. Roberto y D. Evaristo deben ser adicionadas incluyendo en las mismas la finca descrita en el hecho sexto de la demanda que deberá dividirse entre los tres herederos por partes iguales y proindiviso lo que se efectuará en ejecución de sentencia mediante el otorgamiento de cuantos documentos públicos y privados fuesen preciso por dichos herederos y desestimando, como desestimamos, todas las restantes peticiones de la demanda formulada por dichas D^a Rosario y D^a Mónica contra D. Luis Manuel



,D. Roberto y D. Evaristo les debemos absolver, y les absolvemos de las mismas y sin hacer imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias, así por esta nuestra sentencia, que en parte revoca y en parte confirma la apelada, y que será notificada a los demandados D. Roberto y D. Evaristo en la forma que determinan los artículos 282 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento civil a no ser que la parte contraria solicite su notificación personal dentro del plazo de cinco días, y de la que se remitirá testimonio junto con los autos originales al Juzgado de su procedencia.

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de D^a Mónica y D^a Rosario, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo de lo establecido en el art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo infringe por interpretación errónea el art. 909 del Código civil. SEGUNDO.- Al amparo de lo establecido en el art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo de la sentencia dictada por el Tribunal de apelación infringe la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, concretamente la que ha interpretado el art. 909 en relación el art. 1057 ambos del código civil. TERCERO.- Al amparo de lo establecido en el art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Error de derecho en la apreciación de las pruebas que resulta de la infracción, por no aplicación del art. 1232 del Código civil. CUARTO.- Al amparo de lo establecido en el art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Error de derecho en la apreciación de las pruebas que resulta de la infracción, por no aplicación del art. 1232 del Código civil. QUINTO.- Al amparo de lo establecido en el art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo infringe por no aplicación lo dispuesto en el art. 1057 del Código civil. SEXTO.- Al amparo de lo establecido en el art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo infringe por no aplicación lo dispuesto en el art. segundo apartado c) de la Ley 12/86 de 1 de abril.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora D^a Pilar Cortés Galán, en nombre y representación de D. Luis Manuel, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de septiembre de 1999, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión esencial que se plantea es la delegabilidad del albaceazgo. El albacea, persona encargada por el testador de dar ejecución a su última voluntad contenida en el testamento (en este sentido, sentencias de 13 de abril de 1992 y 20 de febrero de 1993) es un officium, basado en la confianza que el causante le ha depositado, que lo configura como vir bonus (como dice la sentencia de 6 de febrero de 1982) y tiene como consecuencia que sus funciones son personalísimas y no delegables mientras el testador no haga extensiva la confianza a esta facultad de delegación (tal como expresa la sentencia de 1 de febrero de 1910). Así lo dispone el art. 909 del Código civil: el albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador.

En caso de que el albacea se vea imposibilitado de forma total o relativa para cumplir el cargo de confianza, puede no aceptarlo o renunciar al mismo (arts. 898, 899 y 910) o bien puede encomendar a otra persona la colaboración o auxilio o cooperación material o jurídica que no implique delegación: ésta significa el traslado a otra persona de la función encargada al albacea y aquélla, el encomendar a otro gestiones concretas y singulares (así, sentencia de 2 de junio de 1962).

SEGUNDO.- En el caso concreto objeto de la litis, en el testamento de la causante D^a Antonia madre de los demandantes en la instancia y recurrentes en casación y del codemandado, otorgado el 19 de abril de 1969, consta la siguiente Disposición tercera: "Nombra albaceas testamentarios con el carácter de contadores-partidores, solidariamente y aunque haya interesados en la herencia menores, ausentes o incapacitados, a su hermano Emilio y a sus buenos amigos vecinos de Avila, D. Evaristo y D. Roberto ..." Tal como está acreditado y así se relaciona en la sentencia de instancia estos dos últimos encargaron las operaciones particionales a un Letrado en ejercicio y éste, cumplida la encomienda, envió el cuaderno particional a los albaceas contadores-partidores a fin de que, si lo estimaban pertinente, lo aprobasen y firmasen.

Por tanto, la testadora nombró albaceas particulares con la misión específica de hacer la partición (así, sentencia de 8 de marzo de 1995) y éstos la encomendaron a un abogado en ejercicio, que la hizo por entero, se la presentó y la aprobaron y firmaron. Lo cual no es una cooperación, ni simple encargo del trabajo material de redacción, ni, por tanto, auxilio material o jurídico, sino dar al tercero el encargo que han recibido por razón de su officium, para que haga sus veces, lo cual es el concepto gramatical y jurídico de delegación.

TERCERO.- Habiendo ejercitado la parte demandante -D^a Rosario y D^a Mónica - la acción de nulidad, como acción principal, de la partición por haberse hecho con infracción del artículo 909 del Código civil, dicha acción



fue estimada por la sentencia de primera instancia, que fue revocada en apelación por la de la Audiencia Provincial de Avila, de 16 de marzo de 1994, la cual estimó la subsidiaria de modificación -por omisión de bienes- de la partición. Contra esta sentencia ha interpuesto aquella parte demandante recurso de casación, en seis motivos, todos ellos fundados en el nº 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El primero de ellos alega infracción del artículo 909 del Código civil en relación con el 1057 del mismo cuerpo legal. Este motivo debe ser estimado por lo expuesto en el fundamento jurídico anterior. La sentencia de instancia expone unos hechos y deduce una valoración jurídica. Los hechos son que los albaceas contadores-partidores encargan hacer la partición a un tercero, éste la hace y aquéllos la firman; la valoración jurídica que hace la Audiencia Provincial es que esto no es una delegación, sino encargo de trabajos "meramente auxiliares". Lo que constituye una calificación jurídica errónea por desconocer el concepto de delegación que prohíbe el artículo 909 del Código civil que ha sido totalmente infringido.

CUARTO.- Al acoger este primer motivo que incide en la esencia de la cuestión, es baldío entrar en los restantes motivos que, en el fondo, no hacen sino reiterar el mismo. Procede, pues, estimar el recurso de casación, casar la sentencia de la Audiencia Provincial y, siendo procedente la acción de nulidad ejercitada en forma principal, confirmar y hacer nuestra la de primera instancia, aplicando lo dispuesto en el artículo 1715.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y aplicando el mismo artículo 1715.2, en cuanto a las costas, no se hace expresa condena en ninguna de las instancias ni en este recurso de casación, en que cada parte satisfará las suyas.

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

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de D^a Mónica y D^a Rosario , respecto a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Avila, con fecha 16 de marzo de 1.994, la cual CASAMOS y ANULAMOS y sustituimos por la de primera instancia confirmándola y haciéndola nuestra en todos sus pronunciamientos.

En cuanto a las costas, no se hace imposición de las mismas en ninguna de las instancias ni en este recurso de casación en que cada parte satisfará las suyas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- JOSE ALMAGRO NOSETE.- ANTONIO GULLON BALLESTEROS.- XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, 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.