

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1999 (R.J. ARANZADI 1999/6361)**

Por D.^a VIRGINIA MARTÍN MÁRQUEZ
Becaria de Investigación
Derecho civil

Recurso de casación Núm.: 1561/1995
Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz
Votación y Fallo: 06/09/99
Secretaría de Sala: Sr. Cortés Monge

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

SENTENCIA NÚM. 744/1999

Excmos. Sres.:

D. José Almagro Nosete
D. Antonio Gullón Ballesteros
D. Xavier O'Callaghan Muñoz

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 Ávila, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ávila; cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de doña Benedicta y doña María M.M.; siendo parte recurrida D. Atilano M.M. (por fallecimiento de éste su viuda doña Celedonia S.R. y D. Alfonso M.S.), representados por la Procuradora doña Pilar Cortés Galán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. 1.–La Procuradora doña María Jesús Sastre Legido, en nombre y representación de doña Benedicta y doña María M.M., interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra D. Atilano M.M., D. José R. del O. y G.C. y D. Isaac D. San R. 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 **1.º La nulidad radical y absoluta de las operaciones particionales de la causante doña Cesárea M.H., contenidas en documento privado fechado el 22 de junio de 1991 firmado por los albaceas testamentarios D. José R. del O. y D. Isaac D. San R. 2.º 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 doña Cesárea M.H. anulando las mismas y dejándolas sin valor ni efecto alguno. 3.º Para el caso de no prosperar ninguna de las peticiones contenidas en los anteriores apartados 1.º y 2.º, se declare y decrete la rescisión de las operaciones particionales de la causante doña Cesárea M.H., contenidas en documento privado fechado el 22 de junio de 1991 firmado por los albaceas testamentarios D. José R. del O. y D. Isaac D. San R., por lesionar las mismas en más de una cuarta parte el haber de mi representada doña Benedicta M.M., 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. Atilano M.M. 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 doña María M.M. en beneficio del demandado D. Atilano M.M., como consecuencia de las omisiones de valor contenidas en lo adjudicado a tal heredero y correlativa supervaloración de lo adjudicado a doña María M.M. Lo que se llevará a cabo mediante una partición complementaria que rectifique los expresados extremos. b) Que si el demandado D. Atilano M.M. 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 doña María M.M., por ser ésta también perjudicada y haber percibido menos de lo justo. 4.º Para el caso de que no prosperasen cualquiera de las peticiones formuladas en los precedentes apartados 1.º, 2.º o 3.º, se declare y decrete: a) que las operaciones particionales de la causante doña Cesárea M.H., contenidas en documento privado fechado el 22 de junio de 1991 firmado por los albaceas testamentarios D. José R. del O. y D. Isaac D. San R., 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 doña María M.M. en beneficio del demandado D. Atilano M.M., como consecuencia de las omisiones de valor (infravaloraciones) contenidas en lo adjudicado a tal heredero y correlativa supervaloración de lo adjudicado a doña María M.M. 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 doña Benedicta M.M. en beneficio del demandado D. Atilano M.M., como consecuencia de las omisiones de valor (infravaloraciones) contenidas en

lo adjudicado a tal heredero y correlativa supervaloración de lo adjudicado a doña María M.M. 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. 5.º Que para el caso de prosperar las peticiones contenidas en los apartados 3.º y 4.º 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 señores R. del O. y/o D. San R. o, en otro caso, y de entenderse que los mismos tienen su cargo caducado o finalizado, directamente por el demandado D. Atilano 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. José R. del O. y G.C. y D. Isaac D. San R., 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 doña Beatriz González Fernández, en nombre y representación de D. Atilano M.M., 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 Ávila, 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 doña María Jesús Sastre Legido, en nombre y representación de doña Benedicta y doña María M.M., contra D. Atilano M.M. representado por la Procuradora doña Beatriz González Fernández, debo declarar y declaro: 1. La nulidad radical y absoluta de las operaciones particionales de la causante doña Cesárea M.H., contenidas en documento privado fechado el 22 de junio de 1991 firmado por los albaceas testamentarios D. José R. del O. y D. Isaac D. San R., 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. José R. del O. y G.C. y D. Isaac D. San R., 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. Atilano M.M., la Audiencia Provincial de Ávila, dictó Sentencia con fecha 16 de marzo de 1994, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS:

«Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto a nombre de D. Atilano M.M. contra la Sentencia dictada el 1 de septiembre de 1992, por el Sr. Juez de 1.^a Instancia del Juzgado número Uno de Ávila, debemos estimar y estimamos la petición formulada en la demanda esgrimida por doña María y doña Benedicta M.M. contra D. Atilano M.M. de que las operaciones particionales de la causante doña Cesárea M.H. contenidas en el documento privado fechado el 22 de junio de 1987 firmado por los albaceas testamentarios D. José R. del O. y G.C. y D. Isaac D. San R. 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 doña María y doña Benedicta M.M. contra D. Atilano M.M., D. José R. del O. y G.C. y D. Isaac D. San R. 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. José R. del O. y G.C. y D. Isaac D. San R. 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 doña Benedicta y doña María M.M., interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes:

MOTIVOS DE RECURSO:

I.—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.

II.—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 con el art. 1057 ambos del Código Civil. III.—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. IV.—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. V.—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. VI.—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 artículo segundo apartado c) de la Ley 12/1986 de 1 de abril.

2.—Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora doña Pilar Cortés Galán, en nombre y representación de D. Atilano M.M., 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 [RJ 1992\3103] y 20 de febrero de 1993 [RJ 1993\1004]) *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 [RJ 1982\581]) *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 aquella, el encomendar a otro gestiones concretas y singulares* (así, Sentencia de 2 de junio de 1962 [RJ 1962\2665]).

SEGUNDO. En el caso concreto objeto de la litis, en el testamento de la causante doña Cesárea M.H. 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 Lázaro y a sus buenos amigos vecinos de Ávila, D. Isaac D. San R. y D. José R. del O. y G.C...».** 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 [RJ 1995\2157]) 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 –doña María y doña Benedicta M.M.– 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 Ávila, 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 núm. 4.º 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 ejer-

citada en forma principal, confirmar y hacer nuestra la de primera instancia, aplicando lo dispuesto en el artículo 1715.1.3.º 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 doña Benedicta y doña María M.M., respecto a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila, con fecha 16 de marzo de 1994, 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.—**José Almagro Nosete.**—**Antonio Gullón Ballesteros.**—**Xavier O'Callaghan 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.

COMENTARIO

Se plantea el caso de una sucesión testamentaria en la cual la testadora nombra a unos albaceas contadores-partidores solidarios para que realicen la partición de la herencia y que estos encargaron a su vez a un abogado en ejercicio, el cual, una vez elaborado el cuaderno particional, lo presenta a los albaceas para su aprobación y firma.

En la sentencia de primera instancia se estima la demanda por la que se solicitaba la nulidad de la partición por infracción del art. 909 del Código civil. Recurrida en apelación es revocada, y se decreta la modificación de la partición por omisión de bienes. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de primera instancia y casa la de la Audiencia Provincial estimando que la valoración jurí-

dica que ésta hace del encargo de hacer la partición a un tercero es errónea, pues no se trata de la realización de trabajos meramente auxiliares, sino de una delegación expresamente prohibida por el art. 909.

La cuestión principal, por tanto, en la que centraremos el análisis de esta resolución, es la *naturaleza del cargo de albacea*.

Es el albaceazgo una institución jurídica fundamentalmente basada en la confianza que al testador le inspira el albacea para encargarle la ejecución de sus últimas voluntades¹. La función del albacea se presentará sobre todo como un cargo de confianza, como un fiduciario con facultades tuitivas y gestoras tan amplias como pueda haberlas establecido el testador en uso de su autonomía privada². Señala Puig Peña³ que son presupuestos informadores propios de la figura la confianza, la utilidad y la imparcialidad: la primera en el sentido de que el albacea, por sus condiciones personales y/o técnicas, responde a una situación de *confianza* en el causante por la que se produce una especie de asignación personalísima, intransferible a terceros. Como consecuencia de esto, si el albacea muere o se incapacita permanentemente, termina el albaceazgo; *imparcialidad* por la exclusión de todo interés personal; y *utilidad* entendida de forma conjunta o global, en el sentido de que el albacea debe defender los intereses de los herederos y legatarios, pero también los de la sucesión en general.

Este carácter personalísimo basado en la confianza depositada en un tercero es el que imprime la nota de *indelegabilidad* al cargo de albacea, pues iría en contra de sus propia naturaleza el poder delegar en otro, sin más, todas las funciones que le han sido encomendadas precisamente por ser quien es; ya que en el supuesto de verse incapaz de desempeñar su función o simplemente no querer hacerlo, el Código ofrece la posibilidad de renunciar⁴.

Consagra este principio el art. 909 del Código civil que establece que «*El albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador*»⁵. Incluso esta excepción se basa también en la confianza que al causante le inspiraba el

¹ «Tiene por fundamento la confianza y lealtad que los testadores fundadamente se prometen de amigos, parientes o deudos, que deban representarles cerca de los herederos y legatarios cuando éstos no sean al propio tiempo albaceas» (Q. M. Scaevola, *Código civil*, tomo XV, arts. 858 a 911, comentado, concordado, revisado y puesto al día por F. Ortega Lorca, 4.ª ed., Madrid, 1945, pág. 482).

² Antonio Román García, *Instituciones de Derecho civil español*, vol. VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1999, pág. 182. Observa López Vilas («Configuración del albacea en Derecho español», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, tomo VI, Pamplona, 1969, pág. 401) que en la ejecución testamentaria se habla de *fiducia* no como concepto técnico, sino como factor psicológico o idea vulgar de confianza en el designado.

³ F. Puig Peña, *Compendio de Derecho civil español*, tomo VI, *Sucesiones*, 2.ª ed., Pamplona, 1972, págs. 774 y ss.

⁴ Art. 898: «*El albaceazgo es cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquél en que tenga noticia de su nombramiento, o, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador.*»

⁵ Obsérvese la diferencia entre este precepto y el 1721, relativo al mandato, que faculta al mandatario para nombrar sustituto, siempre que el mandante no se lo haya prohibido.

albacea designado, haciéndola extensiva a otras personas de confianza, a su vez, de éste último⁶. Apuntan Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida⁷ que la expresión «delegar el cargo» se refiere, como en el mandato, a la transferencia, incluso total, de sus funciones por el albacea a algún sustituto; no la mera realización de concretas tareas auxiliares. Lo que no puede hacer es cesar en el albaceazgo nombrando un albacea distinto.

Esto no quiere decir que todos los actos que conlleve el albaceazgo deban ser realizados personalmente por éste; ya que puede encargar la administración de bienes, llevar a cabo cualquier gestión, hacerse representar por procurador o defender por letrado,... pero siempre que lo haga por su función de albacea y bajo su responsabilidad⁸. Lo contrario supondría convertir el albaceazgo en una carga onerosísima, excesiva para un oficio de amistad y, en muchos casos, prácticamente imposible de cumplir.

En definitiva, lo que prohíbe el art. 909 es sustituir en bloque el albaceazgo en favor de otra persona y que esa otra persona, por tanto, adquiera la condición de albacea⁹.

Para completar el panorama de la indelegabilidad, conviene decir que el albaceazgo, por su carácter personalísimo, no es transmisible *mortis causa*. En tal sentido, dispone el art. 910 que dicho cargo termina por la muerte del albacea. Fallecido éste, sus obligaciones como tal no se transmiten a sus herederos, y no tendrán, en consecuencia, personalidad para cumplir o continuar el encargo confiado por el testador a su causante¹⁰.

⁶ Dicha autorización debe acomodarse a los términos del testamento y hacerse a favor de la persona o personas nominalmente designadas por el testador, o por la libre designación del albacea, si el testador le facultó para ello.

⁷ *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988, pág. 428.

⁸ Sánchez Román apunta que la regla en estos casos es que el albacea puede encomendar a terceras personas, pero sin atribuirles el carácter de tal, los mismos encargos que pudiera haber hecho el testador en vida, sin perder su condición de dueño o tenedor de los derechos de su patrimonio en actos y gestiones a él relativos; o lo que es lo mismo, lo que no puede delegar el albacea, ni transmitir por vía de sustitución, ni por cualquier otro título, si no le autorizó expresamente para ello el testador, es el albaceazgo en la totalidad de sus funciones, pero sí parcialmente aquellas gestiones, hechos o encargos singulares que sean producto de su ejercicio (*Estudios de Derecho civil*, tomo 6.º, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid, 1910, págs. 1423 y 1424). Ya García Goyena lo expresaba diciendo que «(...) podrá desempeñar por otro y bajo su responsabilidad algunos actos de su encargo, cuando no pueda hacerlo por sí mismo, pues que esto cede en beneficio de la ejecución, y no repugna a la voluntad del difunto, como la delegación íntegra de su encargo o facultades» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo II, Madrid, 1892, art. 738, págs. 161 y 162). Indica Lasarte Álvarez que las razones para el desempeño de algunas funciones por persona distinta pueden ser técnicas o de conveniencia (*Principios de Derecho civil*, tomo 7, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1998, pág. 210).

⁹ La S.T.S. de 2 de junio de 1962 (R.J. 2665) es clara cuando afirma que «Si bien el cargo de albacea es personalísimo, lo que prohíbe el art. 909 es la delegación íntegra y absoluta, no la parcial».

¹⁰ En este punto, suele citarse la S.T.S. de 27 de marzo de 1896 (Jurisprudencia Civil, tomo I, pág. 720), que aclara además que esa intransmisibilidad no se refiere a las responsabilidades que el albacea hubiera podido contraer en el ejercicio del cargo, pues estas son transmisibles y exigibles a los herederos. En el mismo sentido se manifiestan Valverde y Valverde (*Tratado de Derecho civil espa-*

Visto el estado de la cuestión en la doctrina, cabría esperar de la jurisprudencia del Tribunal Supremo más nitidez sobre los límites de la delegación. Sin embargo, desde la S.T.S. de 2 de junio de 1962, antes citada, el Alto Tribunal no había vuelto a pronunciarse. Sí, en cambio, hay bastantes resoluciones respecto a la justificación del carácter personalísimo del albaceazgo¹¹. Por lo tanto, con la sentencia objeto de comentario se define claramente lo que debe entenderse por delegación distinguiéndola de lo que constituye la mera cooperación o encargos de trabajos específicos. Los albaceas nombrados por la testadora transmitieron directamente a un abogado las funciones expresamente asignadas a ellos, con lo cual no cumplieron con su obligación, pues en ningún sitio consta que la causante les autorizase una delegación de facultades. Llama la atención que la Audiencia Provincial calificase la actuación del abogado como de «trabajos meramente auxiliares», cuando lo único que hicieron los albaceas fue firmar el cuaderno particional que encima no incluía una finca que formaba parte del haber hereditario. No cabe ni la más mínima duda, por tanto, que lo que «hicieron» los albaceas se encuadra en la definición de lo que, como dice el Fundamento de Derecho Segundo, gramatical y judicialmente entendemos por delegación, esto es, dar a un tercero el encargo que han recibido por razón de su *officium*.

En el caso de que se hubiese autorizado la delegación, Puig Ferriol¹² estima que sólo debería hacerse cuando no le fuese posible por cualquier causa ejecutar personalmente lo dispuesto en el testamento, pues en caso contrario perdería virtualidad el primer inciso del art. 899 que establece que el albacea que acepta el cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo. Concluye, apoyándose en Cicu, que si el designado procede a la sustitución y se demuestra que podría haber continuado desempeñando su cargo, dicha sustitución será inválida.

Sin embargo, nos parece más acertada la opinión de Albaladejo¹³ que considera que el albacea autorizado tiene plena libertad para delegar si le conviene,

nol, tomo V, *Parte especial. Derecho de Sucesión «mortis causa»*, 4.ª ed., Valladolid, 1939, pág. 353) y Sánchez Román (*op. cit.*, pág. 1459).

¹¹ Así, la S.T.S. de 20 de febrero de 1993 establece que «el albaceazgo, más que un propio mandato, por la dificultad de ejercicio dado que el mandante ha fallecido (art. 1732-3.º C.c.), se configura como cargo testamentario de gestión y ejecución de las últimas voluntades del testador, ya que designa a persona de su confianza para llevar a cabo el cometido de liquidación, partición y adjudicación de sus bienes y demás que prevé el art. 902. Las funciones tuitivas que lo integran abarcan asimismo las acumuladas correspondientes a los contadores-partidores (art. 1057 C.c.)». La S.T.S. de 13 de abril de 1992 (R.J. 3103) dispone que «el albaceazgo es un cargo especial testamentario en el que predominan las funciones tuitivas y gestoras amplias (...) concurriendo en el mismo las características de ser un cargo de confianza entre el causante y su ejecutor, 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». La S.T.S. de 6 de febrero de 1982 (R.J. 581) lo califica como una «institución de confianza».

¹² L. Puig Ferriol, *El albaceazgo*, Barcelona, 1967, págs. 72 y 73.

¹³ M. Albaladejo García, *El albaceazgo en el Derecho español*, Madrid, 1969, págs. 382 y ss.

ya que es una muestra más de la confianza depositada en él por el causante para decidir quién quiere que sea su sustituto. Este mismo autor señala que los supuestos de delegación que pueden darse dependerán de la voluntad del testador, debidamente interpretado su testamento¹⁴.

La realización de encargos concretos o trabajos auxiliares están perfectamente admitidos sin necesidad de autorización expresa. De otro modo resultaría materialmente imposible en ciertos casos la ejecución de las disposiciones testamentarias¹⁵.

¹⁴ Apunta cuatro supuestos distintos: 1. El albacea pone fin a su cargo, nombrando otro albacea; es decir, traspasa su cargo (delegación en sentido amplio). El nuevo albacea será el único a partir de ese momento, con todas las facultades y obligaciones del anterior. 2. El albacea, sin dejar de serlo, delega todas o parte de sus funciones a otro (delegación en sentido estricto). El primero no actúa personalmente, pero conserva el cargo y la responsabilidad. 3. El albacea conserva su cargo pero desglosa parte de él y transfiere a otro su cumplimiento, por lo que el nuevo albacea es el único ejecutor en esa parte. 4. El albacea nombra otros albaceas para que mancomunada o solidariamente ejerzan el cargo con él (*op. cit.*, págs. 379 y ss.).

¹⁵ Piénsese, por ejemplo, que el testador tuviese bienes inmuebles en diversos países y solo hubiese nombrado un albacea. Éste podría encomendar la administración de cada inmueble a una persona distinta que se encargase de esa concreta gestión.