

# Pasado y futuro del albaceazgo

## *Past and future of testamentary executor*

por

JUAN ÁLVAREZ-SALA WALTHER  
*Notario*

**RESUMEN:** Pocas instituciones en Derecho civil tienen un alcance tan elástico como el albaceazgo. Su importancia puede ser mínima o máxima, desde jugar un papel insignificante a tener como ‘factotum’ el máximo protagonismo en la sucesión. El cometido del albacea tropieza con frecuentes obstáculos legales, pero mediante un planteamiento menos rígido del sistema de legítimas y del beneficio de inventario, el albacea pasaría a ser (como en el modelo anglosajón o alemán) la pieza clave de la sucesión.

**ABSTRACT:** Few civil law institutions have such a flexible scope as the position of executor. They can be of the minimal or outmost importance: they can play an insignificant role or, on the contrary, be the principal star as nominee of the estate. The role of the executor encounters frequent legal hurdles, but through a less rigid approach of the system of compulsory inheritance and benefit of inventory, the executor would become (as in the Anglo-Saxon or German model) the inheritance key element.

**PALABRAS CLAVE:** Albacea. Albaceazgo. Ejecutor testamentario. Sistema sucesorio. Herederos forzados. Legítimas. Responsabilidad por deudas de la sucesión. Beneficio de inventario. Partición de la herencia. Venta de bienes hereditarios. Facultades legales típicas del albacea. Mandato testamentario. Carácter personalísimo del testamento. Certificado sucesorio europeo.

**KEY WORDS:** *Executor. Testamentary executor. Inheritance system. Legal mandatory heirs. Legal mandatory inheritance rights. Responsibility in front of inheritance debts. Limited responsibility in front of inheritance debts. Inheritance distribution. Sale of inheritance assets. Legal standard empowerment of testamentary executor. Testamentary empowerment. Personal nature of will. European certificate of sucesion.*

**SUMARIO:** I. EL MODELO DE ALBACEAZGO SEGÚN EL SISTEMA SUCESORIO.—II. EL DÉFICIT REGULATORIO DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LAS BARRERAS OPERATIVAS.—IV. PERSPECTIVA DE FUTURO.

## I. EL MODELO DE ALBACEAZGO SEGÚN EL SISTEMA SUCESORIO

Hace unas semanas vino a la Notaría un amigo de hacía tiempo. Me anunció que quería hacer testamento. «*Un testamento sencillo —dijo—: tengo dos hijos de mi primer matrimonio, ambos ya mayores y económicamente bien situados, con un piso cada uno, cuyo precio, en buena parte, además se lo pagué yo. Con quien tengo que cumplir ahora es con mi segunda esposa, de quien no he tenido hijos. Mi patrimonio es modesto: el piso en que habito con ella, todavía hipotecado, y un chalet en la sierra, libre de cargas. Como ella sola no podrá seguir con la hipoteca cuando yo me muera, lo que quiero es que se venda el chalet de la sierra para pagar la hipoteca, adjudicándole a ella el piso, y el dinero que sobre de la venta, después de extinguida la hipoteca, que se lo repartan mis hijos. El problema es que uno de mis hijos no se lleva bien con mi actual esposa, pero me he enterado de que puedo nombrar* (y puso un gesto así, extraño, como para pronunciar una palabra rara, como si fuera una especie de sortilegio) *un albacea, alguien que se ocupe de todo y... ¡santas pascuas! Eso es lo que yo quiero. Un albacea. Tú me explicarás qué significa, pero se puede, ¿verdad?...».*

Si mi amigo hubiera sido inglés o alemán, incluso catalán, su testamento hubiera sido cosa sencilla, desde luego, igual que su voluntad clara y simple. Lo difícil era explicarle: «Tú tienes un problema con tu testamento y es que eres de Valladolid».

Efectivamente, en todos los territorios españoles en que rige el Código Civil, el albacea, lejos de ser un quitapases, es más bien, al contrario, fuente de problemas y complicaciones. Una figura ambigua surgida en la evolución histórica del Derecho de Sucesiones por una especie de efecto colateral, si se me permite esta terminología tan manida para justificar el resultado de los conflictos bélicos (que no dejan de ser también a menudo conflictos territoriales particionales).

El albaceazgo ha sido históricamente el artilugio para eludir el orden legal imperante en la sucesión. Como todos los trucos, tiene por eso mucha ambigüedad. También se ha dicho que la indefinición del albaceazgo en nuestro Código deriva de su falta de entronque con el Derecho romano que inspira, en general, nuestro Derecho sucesorio, aunque en Roma el mismo resultado se conseguía a través del fideicomiso bajo la fórmula codicular de un ruego (*rogo, peto, fidei tua commito*), que era el modo de favorecer por una vía indirecta a las personas afectadas en Roma por alguna incapacidad sucesoria, como la que clásicamente se aplicó, por ejemplo, a las mujeres y a los peregrinos (es decir, los extranjeros), y también, en la época de Augusto (que estaba, al parecer, obsesionado por el descenso de la natalidad), a los solteros y a los casados sin hijos (los *orbi*), salvo que tuvieran la dispensa del *ius liberorum*, es decir, que estuvieran dispensados por el Emperador del deber de tener hijos para poder heredar.

Esa ingeniería sucesoria —diríamos hoy— para burlar prohibiciones legales explica también los orígenes de la ejecución testamentaria en Inglaterra. La propiedad de la tierra estaba vinculada históricamente por un determinado orden sucesorio, inalterable, que eran los mayorazgos. De los inmuebles no se podía disponer por eso *mortis causa*. Todavía hoy el término en inglés con que se denominan los inmuebles, *real estate* o *real estate property*, hace referencia a una propiedad bajo un estatuto jurídico-real, a diferencia de los bienes muebles (o, en general, los bienes no inmuebles, incluidos créditos y derechos de todas clases), denominados, por el contrario, bienes personales o *personal property*, propiedad personal, por ser una propiedad vinculada solo a la persona, sus bienes personales o individuales. Por testamento se podía disponer así solo de los bienes personales, pero no de los inmuebles, cuya herencia estaba vinculada a un orden estatutario pre establecido que era el mayorazgo. Para conseguir la transmisión de un inmueble después de la muerte, eludiendo las reglas del mayorazgo, se acude entonces al artilugio de una supuesta transmisión *inter vivos* en favor de un fiduciario, un *trustee*, encargado de entregar los bienes, cuando muera el transmitente, a determinados destinatarios. Se trataba de un encargo basado en la confianza. Por eso era un *trust*, aunque más adelante la ley terminará atribuyendo a los beneficiarios una acción judicial para exigir su cumplimiento. Lo curioso es que esta forma indirecta de transmitir *mortis causa* los inmuebles a través de un intermediario se repite, por efecto reflejo, también en el testamento, quizás porque lo lógico era volver a encargar a la misma persona, pero ahora, sí, en el testamento, la entrega de los demás bienes (no inmuebles), la *personal property*, a los beneficiarios. A quien se le da este encargo en el testamento se le denomina, por ello, *personal representative*, es decir, representante personal o encargado de la propiedad personal. Tras la abolición de los mayorazgos, la actuación de ese encargado o ejecutor testamentario deja de estar ya limitada solo a la propiedad personal, y puede también extenderse (desde la *Land Transfer Act* de 1897) a los inmuebles. Por

eso en inglés los términos *personal representative* o *executor* se emplean hoy indistintamente.

El ejecutor testamentario pasa a ser entonces el gran protagonista de la sucesión, con un poder de actuación que alcanza a todos los bienes en general, tanto muebles como inmuebles. Ya no tiene las manos atadas por ninguna regla. Solo necesita la adveración por un tribunal del testamento en que se contiene su nombramiento, y esa corte judicial o tribunal que lo nombra, que es la *Court of Probate*, a la que incumbe (como su nombre indica) la prueba o comprobación de la autenticidad del testamento, procede a emitir entonces un certificado (*grant of probate*) que sirve como título de legitimación en el tráfico, de modo que el ejecutor testamentario inglés, sin necesidad de ningún consentimiento ulterior de los herederos ni del juez, queda investido de plenos poderes para llevar a cabo su misión, que es liquidar la herencia y entregar el remanente a los beneficiarios que corresponda según lo establecido en el testamento. Es así el liquidador plenipotenciario de la herencia, de una herencia que está en liquidación. Por eso él es el protagonista, no los herederos, que pasan a tener un papel secundario, con una posición meramente pasiva o expectante, a la espera de la liquidación que resulte, como simples beneficiarios del posible remanente. Lo importante es la actuación del ejecutor testamentario. La sucesión no puede concebirse sin él, sin liquidador. Tan es así que si no hubiera testamento (por tratarse de una sucesión intestada) o hubiera un testamento en el que faltase el nombramiento de un ejecutor, o coincidiera con el beneficiario mismo de la herencia, el propio juez proveería entonces a su designación dotándole de la carta o documento de habilitación para la administración o ejercicio del cargo (la denominada *letter of administration*).

La prioridad tras la muerte es resolver cuanto antes las cuestiones pendientes del difunto. Aquí se demuestra el sentido práctico de la mentalidad inglesa. La herencia se entiende como un problema liquidatorio. Lo más importante, en interés de todos, es aclarar rápidamente las cuentas, poner blanco sobre negro para poder liquidar el activo y el pasivo, a fin de entregar a los herederos lo que resulte.

Esa prioridad liquidatoria, en cambio, no se daba en el Derecho romano. La muerte no planteaba tanto esa necesidad. La prioridad era otra. De tipo religioso. Asegurarse de que alguien continuara el culto de los antepasados en lugar del difunto, alguien que ocupara su lugar (*successio in loco et in ius*) como un continuador del causante, sucediéndole en esos deberes religiosos y, por lógica derivación, también en todos sus bienes y obligaciones patrimoniales. La herencia no era, por definición (como en el sistema inglés), un patrimonio en liquidación. No había necesidad de liquidar la herencia, pues el heredero sucedía en la universalidad del patrimonio del difunto, adquiriendo *per universitatem* todos sus bienes y sus deudas. Por virtud de esa *successio in universum ius* quedaba el heredero obligado a responder personal e ilimitadamente de las

deudas del causante y de las cargas de la herencia o el pago de legados, de modo que sobraba encargar a nadie más la ejecución del testamento. Habiendo heredero, no hacía falta ejecutor testamentario, pues esa función la cumplía el propio heredero, único protagonista de la sucesión, sin nadie que se le antepusiera o interpusiera en el proceso sucesorio.

Pero con la caída del Imperio romano y la invasión de los pueblos bárbaros, se impone un nuevo orden sucesorio en Occidente, gobernado por las costumbres germánicas, un Derecho consuetudinario en el que no tiene ya cabida el testamento, que pasa a ser una institución inaplicada o incluso con el tiempo desconocida, cuya práctica desaparece durante siglos. No es necesario el testamento, porque al heredero lo nombra Dios (*nur Gott, nicht der Mensch, macht den Erbe*), aunque ello no quita que una parte de sus bienes deba enterrarse con el muerto (el *Totenteil*) para que le sirva de ayuda en el mundo de ultratumba, como la espada y el yelmo o la mejor cabeza de ganado (la *Besthaupt* —probablemente la de su caballo—), o incluso, si bien se mira —según el párroco—, en sustitución de todo eso, con mejor resultado, probablemente, en beneficio de su espíritu, una ofrenda por su alma, la *portio animae, pars Christi* o legítima eclesiástica, de hasta una quinta parte, el quinto para el alma, por sufragios y exequias o en obras piadosas que cabe encomendar a la Iglesia. Como medio de ordenar ese donativo y designar quien lo reclame frente al heredero sí se necesita entonces un testamento. Un testamento y un ejecutor del testamento, capaz de enfrentarse al heredero. Ese ejecutor testamentario opuesto al heredero es una creación eclesiástica. Un cargo que, a falta de persona designada por el testador, puede corresponder incluso al Obispo. La ejecución testamentaria se convierte en una materia sometida a la jurisdicción eclesiástica. Se forja así una regulación extraña de origen canónico, luego incrustada en nuestro Derecho sucesorio, sin entronque con la tradición romana o germánica, de la que va a salir una figura un poco coja o de poco encaje, a la que se le denomina con una palabra en castellano también un tanto extravagante, de origen árabe, curiosamente, *al wazi* o alguacil... albacea.

Cuando más tarde se seculariza el albaceazgo y pierde sus oropeles canónicos, ya en pleno siglo XIX, con la Novísima Recopilación y el Decreto de Unificación de Fueros de 1868, el régimen que finalmente pasa a nuestro Código Civil acusa, por ese arrastre histórico, probablemente un exceso de recelo anticlericalista y animadversión contra los albaceas. Prueba de ello es la cicatería del Código a la hora de reconocerles facultades o asignarles competencias. El resultado es una figura ambigua (ya lo hemos dicho) con una regulación escasa en la que, por la indefinición del Código, contrasta la laxitud del concepto de albacea frente a la parquedad de su cometido. La nimiedad de sus tareas en el Código no se corresponde con las posibilidades de su desarrollo testamentario. Por eso, la importancia del albacea puede ser máxima o mínima. Pocas instituciones en Derecho civil presentan un contenido tan elástico. Asombra que pueda

haber una figura tan proteica. El albacea puede ser casi todo y casi nada. Desde actuar casi como un factótum de la sucesión a jugar un papel insignificante.

## II. EL DÉFICIT REGULATORIO DEL CÓDIGO CIVIL

Ese protagonismo tan dispar del albacea responde, en realidad, a un *déficit* regulatorio. Lo que demuestra es que el posible desarrollo testamentario del albaceazgo tiene un marco normativo demasiado estrecho. Como dijo GONZÁLEZ PALOMINO, el albacea del Código casi solo sirve para «*dar buenos consejos*». Cuando se plantea cualquier controversia acerca del alcance de sus facultades, el Código se queda corto. Por eso la discusión ante los tribunales ha consistido con frecuencia en la búsqueda de argumentos que den cobertura a los albaceas cada vez que su actuación no cuenta con suficiente apoyo explícito en el testamento. El problema es que la supletoriedad del Código no sirve para resolver esas dudas u omisiones testamentarias. La normativa legal resulta insuficiente o contradictoria. Para salir de este impás la doctrina ha hablado entonces de unas *facultades naturales* inherentes al cargo de albacea. Cuáles sean, sin embargo, queda en una nebulosa.

Una confusión que empieza por las medidas precautorias que deben tomar los albaceas sobre el caudal relicto, aunque con intervención (dice el artículo 902 para mayor aturdimiento) de los herederos presentes. No se entiende bien en qué consiste entonces esta función de los albaceas. El Código no llega a atribuirles, como es sabido (a diferencia de otros Códigos extranjeros), la administración de la herencia, que reserva, parece, a los propios herederos aun antes de su aceptación (en el artículo 990). No queda claro cómo deba resolverse entonces esa problemática concurrencia de albaceas y herederos para asegurar la conservación de los bienes hereditarios. VALLET hablaba aquí de una «*coposesión analíticamente integradora o impropria*», lo cual no nos resuelve tampoco mucho. Algunos de los primeros comentaristas de nuestro Código Civil, como MUCIUS SCAEVOLA y MANRESA, indicaron que el albacea tenía una posesión natural o una posesión transitoria de los bienes relictos, que comportaba, entre otras, la facultad provisoria de guardar bajo llave dinero y papeles, depositar valores, sembrar las tierras y recoger o almacenar las cosechas pendientes, es decir, proveer por lo menos a lo más inmediato.

Entre esos papeles del difunto, conforme a una interpretación actual, debieran probablemente incluirse hoy también los mensajes de correo electrónico y, en general, los archivos guardados en el disco duro del ordenador. No sé si esta función, a veces tan comprometida, entra o no dentro de las facultades naturales del albacea. Lo cierto es que la lucha sucesoria por el control de un ordenador portátil puede ser, en ocasiones, determinante para conocer las claves de localización de activos u otro aspectos relevantes de la herencia, como en el pleito

archimillonario, tras la muerte del novelista sueco STIEG LARSON, el autor de la famosa obra *Millenium*, abierto entre sus herederos y su pareja de hecho, la mujer con quien vivía, excluida del abintestato por no estar formalmente casada, pero que, por su derecho al mobiliario doméstico compartido con el difunto y a ser nombrada albacea, conforme a la legislación sueca, dada su relación análoga a la conyugal, pretende hoy retener, precisamente, un ordenador portátil en el que se guarda, al parecer, la continuación incompleta o fragmentaria de uno o varios volúmenes más de ese exitoso *best seller* mundial.

La discutible legitimación del albacea para abordar menesteres de lo más variopinto se ha tratado de justificar otras veces comparándolo con una especie de *alter ego* del difunto, capaz incluso de algo casi sobrenatural como es que alguien adopte una hija después de muerto. Ocurre en una sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1982, en que un albacea, con una instrucción testatoria tan genérica como «*cumplir y pagar obligaciones legítimas*» y realizar «*todo tipos de actos judiciales y extrajudiciales*», hace el insólito papel de adoptante por cuenta del difunto, otorgando una escritura de adopción, convalidada por el Tribunal Supremo, que, naturalmente, vino, al cabo, en aquel caso, a trastocar por completo el orden sucesorio.

Esta capacidad «cuasigenésica» del albacea cabe entreverla hoy también detrás del artículo 9.<sup>º</sup> de la polémica Ley de Reproducción Asistida, que plantea el interrogante de si cabe encomendar por testamento a un albacea la facultad de decidir sobre la custodia y utilización de los materiales genéticos crioconservados del difunto. La verdad es que la participación del albacea en la generación no ya de una persona física pero sí de una persona jurídica, como el caso de una fundación, se ha dado desde tiempo inmemorial en el Derecho sucesorio. Velar por la memoria del difunto es también, curiosamente, misión del albacea, legitimado para el ejercicio de las acciones en defensa del honor, la intimidad o la imagen de la persona fallecida, según el artículo 4.<sup>º</sup> de la Ley Orgánica de 1982.

Pero hay muchas más tareas que pueden corresponder al albacea, como la propia administración de la herencia con exclusión de los herederos. Ese albacea administrador de una herencia comprensiva eventualmente de un paquete de acciones o participaciones en una sociedad mercantil, estaría legitimado para asistir y votar en la Junta de socios, incluso autodesignándose administrador de la sociedad cuyo capital sea un activo hereditario, siempre que su cargo de administrador sea tan transitorio como el de albacea o, por lo menos, no irrevocable como consecuencia de la confrontación de intereses en la partición. En otros casos, como una ampliación de capital con renuncia al derecho de suscripción preferente o la disolución, fusión o escisión de la compañía cuyo capital sea parte integrante de la masa hereditaria, la legitimación del albacea para votar en Junta podría ser igualmente dudosa de entenderse ese acuerdo, en el fondo, como un acto más que de administración, casi de verdadera disposición sobre

bienes hereditarios. Ese albacea con facultad de administrar la herencia podría quizá también, discutiblemente, gestionar una propiedad intelectual o industrial integrada en la sucesión. El albacea puede llegar incluso a estar autorizado para algo tan decisivo como interpretar la propia voluntad del testador. Pero la atribución de todas estas facultades, no asignadas legalmente, habría de quedar siempre, necesariamente, fundada en el propio testamento.

Enseguida se comprende la dificultad de conseguir en la práctica que esa versatilidad del cargo de albacea tenga suficiente cobertura testamentaria. Sobre todo teniendo en cuenta la fórmula de apenas dos líneas con que suele despacharse su nombramiento en los protocolos notariales, mediante la sencilla cláusula de «*nombra albacea con todas las facultades legales a don fulanito de tal*», como si el nombramiento de un albacea fuera similar al de un administrador en una sociedad mercantil, que sí tiene, en cambio, por ley, un poder de actuación suficiente para operar en el tráfico. Todo lo contrario de lo que sucede con el albacea, que, por ley (es decir, por virtud del Código Civil), no tiene casi poder ninguno o solo anecdótico.

En una futura reforma del Código quizá fuera planteable que al albacea, por el solo hecho de su nombramiento, le correspondiera *ex lege* un paquete de facultades suficientemente amplias conforme a un repertorio legal pre establecido, de modo que la autonomía testamentaria, de querer ejercitarse, fuese más bien en sentido negativo, para rebajar ese estándar legal o modificarlo, en su caso, con la adición de alguna otra facultad excepcional. El problema es ponerse de acuerdo sobre cuál deba ser el contenido de ese repertorio, que debiera alcanzar por lógica, al menos, a la administración de la herencia y su liquidación, incluida la posibilidad de vender bienes en la medida necesaria para pagar deudas, porque pagar está antes que heredar.

También es cierto que esos albaceas con un repertorio de facultades liquidatorias suficientemente amplias convertirían a los herederos en meros beneficiarios de una herencia en liquidación. Al no ser ellos los responsables de la liquidación, acaso tampoco debieran responder personalmente de las deudas sociales, sino hasta el límite de su adjudicación, con una especie de beneficio legal de inventario. En el actual momento histórico en que más de media España está hipotecada con una deuda que supera con frecuencia el valor de los pisos adquiridos durante la burbuja inmobiliaria como vivienda familiar y casi único activo de la herencia en la mayoría sociológica de los casos, podría ser especialmente útil que el beneficio de inventario sucesorio tuviera una aplicación mucho más generalizada que la actual, con extensión, al menos, por antonomasia, al supuesto de haberse atribuido la competencia para la liquidación de la herencia no al heredero sino a un albacea, pero no creo que los poderes financieros vieran con tanta simpatía una medida que pusiera en peligro el carácter, en principio, transgeneracional de las deudas hipotecarias de las familias españolas.

Lo cierto es que la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, en el marco regulatorio del Código Civil, no ha pasado nunca de ser un *desideratum*, carente de operatividad práctica, bajo un expediente mal regulado y peor resuelto por los tribunales, malogrado las más de las veces por su sujeción a un formalismo excesivo y a unos plazos preclusivos demasiado cortos, cuando no por la espada de Damocles que pende en todo momento sobre la gestión de la herencia beneficiada por el riesgo de malinterpretarse cualquier acto como una aceptación tácita que pondría fin al beneficio de inventario. La fragilidad del beneficio de inventario por falta de una articulación simplificada sigue siendo una asignatura pendiente, pese a su actual tramitación bajo competencia notarial, en lugar de judicial, pero por medio de un expediente consistente todavía, tras la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, en una carrera de obstáculos.

Con la simple acreditación del cargo de albacea, investido legalmente de un repertorio de facultades típicas, sin tener que enumerarlas (como tampoco hace falta transcribir las facultades de los administradores de una sociedad), se trataría de conseguir, en cierto modo, un resultado análogo, como ocurre en la práctica anglosajona, al certificado de nombramiento (el *grant of probate*) del ejecutor testamentario inglés: «*Mire, es que yo soy el ‘executor’ del difunto: aquí está el certificado de mi nombramiento... Ah, pues sí, pues muy bien, pues... adelante*». Y no como aquí, que si alguien nos dice que es el albacea, habría necesariamente que responderle: «*Albacea, sí, pero en su caso, eso ¿qué significa?, ¿qué pone en el testamento?, ¿qué dice el Código? (o incluso) ¿qué opina la jurisprudencia?*».

No sé si somos conscientes los notarios de lo inútil o conflictiva que resulta, aunque esté tan generalizada en la práctica, esa simple designación del albacea atribuyéndole todas las facultades legales, que es casi como no darle nada o unas funciones, en todo caso, muy confusas. Más de un cliente al salir de la Notaría, con su escritura bajo el brazo, se marchará tan contento, por eso de haberle dado al albacea todas las facultades legales en su testamento. Sí, ojo, todas las facultades pero solo las legales, que valen bien poco o nada. Mediante una fórmula testamentaria en que todo es casi igual que nada. Es crear, como antes decíamos, una figura coja. No hay más que ver la jurisprudencia. Aunque ese déficit regulatorio —todo hay que decirlo— haya propiciado también una de las discusiones dogmáticas más apasionantes en nuestro Derecho de Sucesiones acerca de la naturaleza jurídica del albaceazgo.

### III. LAS BARRERAS OPERATIVAS

Pese a todo, pese a los altos vuelos dogmáticos de la figura del albacea, inflados por la jurisprudencia, hay que reconocer que en la práctica testamentaria de los territorios en que rige el Código Civil, el albaceazgo, marcado por esa

deficiencia o insuficiencia normativa, incluso investido por voluntad expresa del testador de las más amplias facultades, adolescería, aún así, de una malformación congénita para ser operativo. Una tara que, siendo tan considerable, no sería, con todo, ni mucho menos, lo más grave.

Lo peor no es que un dispositivo no funcione, es que además no pueda arreglarse, que la falta de legitimación del albacea no tenga remedio testamentario. Lo peor sería que, en el nombramiento de un albacea, la autonomía testamentaria no fuera capaz de corregir las insuficiencias o deficiencias del Código por estar sujeta la libertad de testar a unos límites insalvables. El principal problema del albaceazgo en el Código Civil es que si se quiere hacer uso en sentido positivo de la autonomía testamentaria, confiriendo expresamente a los albaceas las más amplias facultades, probablemente tropezarían enseguida con unos obstáculos, a veces, insuperables. «*Los albaceas tendrán —dice el artículo 901— todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes*». Las más amplias atribuciones. Albaceas universales. El Código los menciona (aunque no los regula). Se diría que el albaceazgo no es sino un instrumento al servicio de la libertad de testar, aunque por eso mismo sujeto a sus propios límites. El problema es que esos límites aprietan demasiado, provocando, como decíamos, una cojera al andar, como la horma de un calzado demasiado estrecho, que oprimiría, además, en este caso, doblemente, por los dos lados: por el de la tradición romana, que conforma el carácter personalísimo del testamento, y el de la tradición germánica, que conforma la rigidez de la desmesurada legítima castellana.

El carácter personalísimo del testamento, que proclama el artículo 670 del Código Civil, al prohibir que quede al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento del heredero o legatario, marca una línea roja infranqueable (una *red line*) de lo que sí que no cabe encomendar al albacea, que es sustituir al testador en la designación del sucesor. Sin embargo, facultar a un albacea para apreciar el cumplimiento o no de una condición suspensiva de la que dependa el llamamiento a la sucesión del posible beneficiario, puede ser el único recurso eficaz del testador para preservar sus propios intereses. Se trata de algo decisivo, pues lo fundamental hoy día para un testador es cómo defenderse frente a la soledad o el abandono en su ancianidad. Nombro heredero a alguien para que me cuide o para que viva conmigo y se ocupe de mí. Controlar el cumplimiento de esa condición puede quedar muy pronto fuera del alcance del propio testador por la merma sobrevenida de sus facultades y es necesario que pueda confiar en alguien, un albacea, que lo fiscalice, el alguacil de su ancianidad. Los desvalidos de nuestro mundo son ahora (y cada vez más) no los huérfanos, sino los viejos. La duda es si la apreciación de esa circunstancia por el albacea (de que depende el llamamiento a la sucesión) no equivale a dejar a su arbitrio la efectividad de lo dispuesto en el testamento y a que, en definitiva, sea el albacea y no el testador quien designe al sucesor, en contra de lo que prohíbe del artículo 670 del Código Civil.

Pienso, sin embargo, retomando una vieja disquisición de Furno, que lo que impide el carácter personalísimo del testamento o el artículo 670 es añadir otra declaración de voluntad a la del testador, pero no una declaración de ciencia, que suponga no una manifestación volitiva, sino un juicio puramente intelectivo que, como tal, solo puede ser verdadero o falso y, por consiguiente, revisable por los tribunales. Este razonamiento subyace también en dos resoluciones de 1902 en que nuestro Centro Directivo permite encomendar al albacea la facultad de determinar quiénes eran las personas más próximas en grado de parentesco respecto al testador y, en este sentido, las beneficiadas por la disposición testamentaria.

Más difícil es superar la barrera de las legítimas. Como se ha dicho en la prensa salmón para medir la capacidad de bancos y cajas, este va a ser el verdadero *test de estrés* o la *prueba del algodón* sobre la utilidad o no del albaceazgo. Su eficiencia se va a plantear, efectivamente, cuando la liquidación de la herencia exija vender bienes hereditarios habiendo legitimarios llamados a la sucesión. Supuesto, este último, que se dará, por otra parte, casi siempre, pues lo común es que la gente (gracias a Dios) tenga hijos y la especie se perpetúe. La utilidad del albaceazgo quedaría por eso en entredicho, si un albacea con mandato expreso del testador no pudiera, sin embargo, disponer de los bienes hereditarios, habiendo herederos forzosos, sin el consentimiento de estos últimos. Sería tanto como reconocer que, en la generalidad sociológica de los casos, el albacea del Código Civil va a estar siempre atado de pies y manos, por mucho que el testador se empeñe en liberarle.

Aunque los primeros comentaristas del Código (como GALINDO y ESCOSURA o SÁNCHEZ ROMÁN) no pusieron reparos a que el albacea, aun habiendo legitimarios, pudiera vender los bienes hereditarios con autorización expresa del testador, sin embargo, la Dirección General de Registros, mediante una famosa resolución de 1891, dio aquí, como dijo GONZÁLEZ PALOMINO, un *golpe de estado* doctrinal e impuso el criterio de la necesidad del consentimiento de los legitimarios, con el argumento de la intangibilidad de la legítima como *pars bonorum*. Esta doctrina quedó consolidada en la Ley Hipotecaria de 1909, al disponer su artículo 20, en materia de trámite registral, que no era necesaria la previa inscripción a favor de los albaceas para inscribir los actos de enajenación o gravamen de los bienes hereditarios otorgados por ellos (y añadía) «cuando estuviesen expresamente facultados por el testador y no existiesen herederos forzosos». No faltaron autores que enseguida criticaron la incongruencia de que una norma adjetiva sobre trámite registral pudiera resolver una cuestión civil sustantiva, imponiendo más exigencias que las propias del Código. Como diríamos hoy, la Ley de 1909 se pasó de frenada en su afán por respaldar la doctrina de la Dirección General, aunque la extralimitación de 1909 se eliminase, al cabo, con la reforma de 1944, en la actual redacción del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Esta rectificación legislativa sirvió, a su vez, de argumento a algunos autores, como GONZÁLEZ PALOMINO, SÁENZ DE SANTAMARÍA o BOLLAÍN

(todos ellos notarios), para replantear el debate, que, sin embargo, la Dirección General volvió a zanjar definitivamente, con su misma doctrina de siempre, en una contundente resolución de 1952 (reiterada por otras posteriores, incluso alguna más reciente como la de 25 de enero de 1990).

El argumento de la Dirección, en su resolución de 1952, parecía (y sigue pareciendo) irrefutable: cualquiera que sea la amplitud de las atribuciones conferidas por el testador a los albaceas, lo que el testador nunca podrá darles es la facultad que él mismo no tiene, de perjudicar a los legítimarios, pues la legítima, como dice el artículo 806, es «*la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzados*».

Detrás de esta argumentación hay, no obstante, cierto juego de palabras o malabarismo verbal, algo que es fácil que se nos escape. Cuando el artículo 806 dice que la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer, se refiere, obviamente, a disponer *mortis causa*. El testador sí que puede, por supuesto, ¡faltaría más!, disponer de todos sus bienes mientras vive. Y de lo que se trata aquí es de facultar al albacea no para que disponga *mortis causa*, sino para llevar a cabo, precisamente, los mismos actos que hubiera podido hacer el testador en vida, como vender, adjudicar en pago, partir, etc., pero cuya realización prefirió posponer a un momento posterior a su propia muerte encendéndoselos al albacea.

No es verdad, por tanto, que el testador confiera aquí al albacea facultades que él mismo no tuviera. Por supuesto que las tenía. Lo difícil es cómo catalogar jurídicamente esa delegación de facultades que uno tiene en vida para su ejercicio *post mortem* por parte de otro. Ese poder dispositivo *post mortem* sobre los bienes hereditarios plantea una disyuntiva. Una de dos: o se trata de un mandato o se trata de un gravamen, según cómo se resuelva el problema de su revocabilidad.

Si se entiende que, por nacer de un testamento, una vez muerto el testador, el mandato dispositivo del albacea es irrevocable, al no haber nadie distinto del difunto capaz de desautorizarle, ese albaceazgo impuesto irrevocablemente a los herederos supondría, desde luego, una limitación de la propia facultad de disponer de los herederos y, en este sentido, un gravamen, inaplicable a los herederos forzosos, pues, conforme al artículo 813, sobre la legítima no se puede establecer ningún gravamen.

Si entendiéramos, por el contrario, que el mandato dispositivo dado al albacea fuese revocable por los herederos, ya no sería ningún gravamen, sino una instrucción, todo lo más, inefectiva. El testador solo podría imponer la prohibición de revocar las facultades del albacea a los herederos voluntarios, pero no a los herederos forzosos, quienes por unanimidad podrían siempre prescindir del albacea, de modo que no pudiera ya reemplazarles en cuanto a la disposición de bienes hereditarios. Pero que un cargo sea revocable no quiere decir que

sea inútil. Sobre todo ejecutor testamentario (no solo sobre el contador-partidor, también sobre el albacea) pesa implícita, como decía GONZÁLEZ PALOMINO, la «*cláusula de no estorbar*», que equivale a esa revocabilidad, pero que no resta utilidad a su nombramiento, precisamente, en caso de falta de unanimidad entre los herederos sobre la revocación de su cometido. Bastaría que uno solo o una mayoría de los herederos forzosos no quisiera desautorizar al albacea, para que este pudiera cumplir entonces su cometido testamentario, pero no por imposición del testador, sino por falta de acuerdo válido de los herederos para revocar su mandato testamentario. La legítima o, por lo menos, la legítima entendida como porción reservada a la colectividad de herederos forzosos, más que a cada uno, que es como parece entenderla el propio Código en diversos momentos de su articulado (tras su reforma de 1981), no quedaría lesionada. Tampoco podría pensarse que la revocación por los herederos del albacea autorizado para la entrega de legados, lesione al legatario, pues este (igual que si el albacea muere o renuncia al cargo) seguiría teniendo acción contra los herederos para exigir su cumplimiento, quedando el legado subsistente.

Concebido el albaceazgo como mandato y no como gravamen, podría plantear cierta dificultad la cuestión de cómo encajar un mandato dado para después de la muerte del mandante, pues el mandato se extingue, según el artículo 1732 del Código Civil, por la muerte del mandante. Pero que la muerte del mandante sea causa de extinción del mandato es solo una característica natural, no esencial, del mandato, como demuestra la subsistencia de la comisión mercantil después de la muerte del comitente y, probablemente, también la del mandato en la ejecución hipotecaria extrajudicial, después de la muerte del hipotecante. Pero, sobre todo, el artículo 1732 no sería aplicable, porque se refiere al contrato de mandato, como acto bilateral, no al mandato que nace de un acto unilateral como es el testamento y el albaceazgo es, precisamente, un mandato testamentario.

#### IV. PERSPECTIVA DE FUTURO

Aun así, una cosa es el valor de unos argumentos y otra, el valor de una escritura. Mi amigo de Valladolid quería un testamento sencillo, no conflictivo. La escritura a otorgar por ese albacea que él quería nombrar para vender el chalet de la sierra sin tener que contar con el consentimiento de uno de los hijos enfrentado a la viuda (y ¡santas pascuas!), sería, sin embargo, una escritura problemática. Ningún notario, al autorizarla, podría asegurarle al otorgante que no fuera a encontrar algún obstáculo. En el Registro, ante los tribunales... ¿Cómo la calificaría el registrador? ¿Cómo reaccionaría, al final, un juez? ¿Hasta qué punto, con la conformidad del albacea y uno de los hijos, aunque no del otro, sería sólida esa escritura sobre la base exclusivamente de los argumentos que aquí se han aducido? Si hay dudas es porque el propio Código abona la discusión.

Por eso, igual que Alejandro al pasar al Helesponto y cortar el nudo gordiano, probablemente, la solución también aquí no sea intentar desenroscarlo, sino sacar la espada y darle un tajo definitivo. Por eso, si se me pregunta por el futuro del albaceazgo, contestando al tema que sirve de título a este escrito, no creo que ese futuro pase por buscar algún vericueto que sirva de salida dentro del laberinto dogmático en torno al ejercicio o la naturaleza jurídica del albaceazgo. La solución no consiste en tratar de desligar al albacea de las ataduras del sistema de legítimas con aventurados argumentos (por razonables que sean), sino en cortar por lo sano e intentar cambiar el régimen de las legítimas, reformando el Código Civil. Ese albacea designado en el testamento, libre ya de ataduras, tras esa futura reforma o redefinición del sistema legitimario, debiera quedar, al mismo tiempo, investido de unas atribuciones legales liquidatorias suficientemente amplias, conforme a un repertorio estándar fijado de antemano con un alcance legal típico, aunque ello obligaría, a su vez, a replantear entonces el régimen general de responsabilidad por deudas en la sucesión, dando entrada franca al beneficio de inventario por medio de un expediente mucho más simplificado o, en todo caso, al menos, de aplicación automática por prescripción *ex lege*, cuando la liquidación de la herencia no sea, precisamente, competencia ni responsabilidad de los propios herederos.

La reforma legal del albaceazgo nunca podría acometerse, por todo ello, aisladamente, sino dentro de una reforma global del conjunto de las normas que regulan la sucesión. El albaceazgo es solo una pieza más dentro de un complejo mecanismo. Pero una pieza que pasaría a tener una utilidad sobresaliente, como en el modelo anglosajón (o alemán), en cuanto se conjugase con una adecuada modificación o entendimiento del sistema de legítimas, pasando por una legítima menos rígida (al menos, la individual, si no la colectiva) y con la entronización de un beneficio legal de inventario, al menos, como parece lógico, siempre que el heredero no sea el encargado de liquidar la herencia, sino un albacea testamentario legitimado legalmente para ello. Un albacea con unas facultades estándar o un cometido legal típico, sin que los herederos tengan entonces que responder personalmente por las deudas de una herencia cuya liquidación no sea competencia ni obra suya sino, precisamente, del albacea.

El adecuado encaje del albaceazgo como una de las piezas clave del complicado mecanismo sucesorio resulta ahora tanto más imprescindible tras la creación del denominado certificado sucesorio europeo, implantado por el Reglamento europeo con entrada en vigor el 17 de agosto de 2015. El contenido del certificado alcanza no solo a la identificación de los herederos y legatarios, y la determinación de sus derechos sucesorios, sino también a la identificación del cargo de los ejecutores testamentarios o administradores de la herencia y la determinación de sus facultades. Según el artículo 69 del Reglamento, se presumirá que la persona que figure en el certificado como ejecutor testamentario o administrador de la herencia es titular de las facultades que se expresen

«sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado», estableciéndose, en consecuencia, la presunción legal de validez de los actos realizados en el ejercicio de las facultades certificadas. Pero difícilmente podrán determinarse en ese certificado sucesorio europeo las facultades de un albacea, como es el de nuestro Código Civil, cuyo alcance legal y testitorio resulta tan confuso o indefinible.

De ahí la necesidad, ahora tanto más urgente, de un replanteamiento del albaceazgo dentro del sistema sucesorio de nuestro Código Civil. Entre tanto, el certificado sucesorio europeo que puedan emitir las autoridades españolas, en materia de ejecución testamentaria, será inutilizable en la práctica y se verá nada más que como un gran mentís frente a la certidumbre y celeridad en la instrumentación de las relaciones sucesorias que preconiza el nuevo Reglamento sucesorio europeo.

## CONCLUSIONES

El albaceazgo es solo una pieza más dentro del complejo mecanismo sucesorio, pero una pieza que pasaría a tener una utilidad sobresaliente con una legítima menos rígida (al menos la individual, sino la colectiva) y la aplicación de un beneficio legal de inventario siempre que la liquidación de la herencia sea una competencia y responsabilidad no del heredero sino, precisamente, del albacea, dotado de unas facultades estándar o un cometido legal típico, tanto más necesario tras la creación del certificado sucesorio europeo en materia de ejecución testamentaria.

*(Trabajo recibido el 5-7-2017 y aceptado para su publicación el 4-10-2017)*