

# PASADO Y FUTURO DEL ALBACEAZGO\*

JUAN ALVAREZ-SALA WALTHER

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, ya mayores, de mi primer matrimonio, están ya colocados, cada uno tiene su piso, cuyo precio, en buena parte, además se lo pagué yo. Con quien tengo que cumplir ahora es con mi segunda esposa, con la que no he tenido hijos. Mi patrimonio es modesto: el piso en que vivimos, que está hipotecado, y un chalet en la sierra. 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 de su encargo 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 quitapesares, ha sido más bien fuente de complicaciones. Una figura ambigua surgida en la evolución histórica del Derecho de Sucesiones por una especie de efecto colateral, si se me permite

---

\* Ponencia de las jornadas sobre el Cientocincuentenario de la Ley del Notariado celebradas en La Toja los días 6, 7 y 8 de junio de 2012

esta terminología tan manida para justificar las secuelas de los conflictos bélicos, que no dejan de ser también conflictos 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, pero en Roma el mismo resultado se conseguía a través del fideicomiso bajo la fórmula codicilar de un ruego (*rogo, peto, fidei tua conmito*), 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 sólo a la persona, sus bienes personales o individuales. Por testamento se podía disponer así sólo de los bienes personales, pero no de los inmuebles, cuya herencia estaba sujeta al 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 una especie de mimetismo o efecto reflejo, también en el testamento, quizá 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 sólo 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. Sólo necesita la adverbación 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 *Totentheil*) 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*) o incluso, si bien se mira, 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 (supletoriamente) 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 con 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 o 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.

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 sólo 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 por falta de suficiente apoyo explícito testamentario. El problema es que la supletoriedad del Código no va a servir 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.

Esa confusión alcanza paradigmáticamente a las medidas precautorias tras la defunción 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 entonces qué papel atañe aquí a 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 de una "*coposesión analíticamente integradora o impropia*", 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 otros 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 y rentabilísimo *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. Ocorre 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, suponía trastocar por completo en aquel caso todo el orden sucesorio.

Esta capacidad cuasi genésica del albacea cabe entreverla hoy también detrás del artículo 9º 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 una fundación *in fieri*, se ha dado en Derecho sucesorio desde tiempo inmemorial. La propia memoria del difunto es misión del albacea salvaguardarla, ejercitando las acciones en defensa de su honor, la intimidad o la propia imagen de la persona fallecida (conforme al artículo 4º de la Ley Orgánica de 1982).

Pero hay muchas más tareas que cabe encomendar al albacea, como la administración de la herencia con exclusión, si ésta fuese la voluntad testamentaria, de los herederos. Ese albacea administrador de una herencia que incluyese un paquete de control sobre el capital de una sociedad mercantil sería entonces el legitimado para asistir y votar en la junta de socios, aunque, en ciertos casos, como la disolución, fusión o escisión de la compañía o una variación de su capital social, cualquiera de esas u otras modificaciones estructurales de la sociedad heredada por decisión del albacea podría suponer un acto, más que de administración, casi de disposición sobre bienes hereditarios. Entre las facultades de administración del albacea probablemente pueda entenderse también incluida la facultad de gestionar, en su caso, los derechos de una propiedad intelectual o industrial en la masa hereditaria. Puede también corresponderle algo tan genuino como interpretar la propia voluntad del testador. Pero la atribución de todas estas facultades, no asignadas legalmente, habría de estar fundada, necesariamente, en el propio testamento.

Enseguida se comprende la dificultad de conseguir en la práctica que esa versatilidad tan exagerada del cargo de albacea pueda tener a veces suficiente cobertura testamentaria. Sobre todo a la vista de 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, un poder legal típico 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 sólo 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 preestablecido, 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 ese albacea con un repertorio de facultades liquidatorias suficientemente amplias convertiría a los herederos en meros beneficiarios de una herencia en liquidación. Al no ser éstos ya 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 este momento histórico en que más de media España está hipotecada con una deuda que supera con frecuencia el valor del piso, único activo de la herencia en la mayoría sociológica de los casos, podría ser especialmente útil que el beneficio de inventario en la sucesión hereditaria tuviera una aplicación más generalizada que la actual, pero no creo que los poderes financieros vieran con tanta simpatía una medida que pusiera en peligro el carácter, en principio, transgeneracional (como en la tragedia ática) de la deuda hipotecaria de las familias españolas.

Con ese repertorio legal de facultades, 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 efecto análogo a lo que ocurre con el certificado de nombramiento (el *grant of probate*) de un executor testamentario en la práctica anglosajona: "*Mire, es que yo soy el executor del difunto: aquí está el certificado de mi nombramiento...Ah, pues sí, pues muy bien, pues vale*". Y no como aquí que si alguien dice que es el albacea, probablemente se le responda: "*El albaqué... ¡Ah, el abacea! ... 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 (sic) "*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 se quedará tan contento con eso de que al albacea le ha dado todas las facultades. Todas, sí, ojo, pero solamente todas las legales, que valen bien poco o nada. Con 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 del Derecho de Sucesiones acerca de la naturaleza jurídica del albacea. Pese a todo, por mucho vuelo dogmático que se quiera, hay que reconocer que, en nuestra práctica testamentaria, mientras no se supere la actual deficiencia o insuficiencia normativa, en los territorios en que rige el Código civil, el albaceazgo nace con una malformación congénita que le impide ser operativo. Siendo un problema considerable, no es, pese a todo, el más grave.

Lo peor de cualquier mecanismo o dispositivo no es que no funcione, sino que además no tenga arreglo. Lo peor en el caso del albaceazgo no es la insuficiencia o deficiencia regulatoria del Código civil, sino que la autonomía testamentaria no baste tampoco para enmendarla por estar sujeta la libertad de testar a unos límites excesivos. El principal problema del albaceazgo en el Código civil es que si se quiere hacer uso del poder testatorio confiriendo expresamente a los albaceas las más amplias

facultades, enseguida topamos con un margen demasiado estrecho o un techo demasiado bajo. El albacea del Código tiene alas de plomo. "*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 sujeto a sus mismos límites). El problema en nuestro Derecho civil común es que la autonomía testamentaria tiene una horma demasiado estrecha que aprieta, además, por los dos lados: el de la tradición romana que configura 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 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 protegerse 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 lógico que pueda confiar en alguien, un albacea, que lo fiscalice. La duda es si la apreciación de esa circunstancia por el albacea no supone dejar a su arbitrio la efectividad de lo dispuesto en el testamento, en contra del artículo 670 del Código civil.

Pienso, sin embargo, retomando una vieja disquisición de Furno, que lo que prohíbe el carácter personalísimo del testamento 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, sólo 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 dar 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 dice ahora en la prensa salmón para medir la solvencia de bancos y cajas, éste va a ser el verdadero *test de estrés* o la *prueba del algodón* del albaceazgo. Su utilidad se plantea, efectivamente, cuando la liquidación de la herencia exige vender bienes hereditarios, habiendo legitimarios llamados a la sucesión. Supuesto, éste último, que se dará, por otra parte, casi siempre, pues lo normal 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, habiendo herederos forzosos, no pudiera, sin embargo, disponer de los bienes hereditarios sin el consentimiento de estos últimos. Sería tanto como reconocer que, en la generalidad de los casos, el albacea del Código civil va a tener siempre las manos atadas, 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* 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 tracto 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

tracto 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, Saenz 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 legitimarios, 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 forzosos*".

Detrás de esta argumentación hay, no obstante, cierto malabarismo verbal, algo que se nos escapa. 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 encomendándoselos 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 se piensa, por el contrario, que los herederos pueden prescindir del albacea, el albaceazgo no sería entonces un gravamen impuesto por el testador, sino un mandato revocable por los herederos. Todo nombramiento de contador-partidor (se ha dicho) lleva implícita la cláusula de no estorbar y el contador-partidor no es sino una especie de ejecutor testamentario como el albacea. Los herederos por unanimidad pueden prescindir no sólo del contador-partidor sino también del albacea, incluso aunque estuviese autorizado para la entrega de legados (art. 885 Cc), pues el legatario, haya o no albacea y esté o no vigente su cargo, siempre tiene acción contra los herederos para exigir el pago del legado. Igual sucede con los acreedores y demás sujetos (distintos de los herederos) interesados en la liquidación de la sucesión. La decisión de prescindir del albacea no les perjudica. Su cargo es siempre revocable o prescindible.

Pero que algo sea prescindible, no quiere decir que sea inútil. La revocabilidad por los herederos del cargo de albacea no le resta utilidad a su nombramiento por el testador, según qué nivel de acuerdo entre los coherederos se exija para esa revocación. Bastaría que uno solo de los herederos forzosos o una mayoría de ellos no quisiera desautorizar al albacea, para entender quizá que, al cumplir éste su cometido testamentario, lo haría entonces pero no por imposición del testador, sino por falta de acuerdo de los herederos en revocarlo. 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 la entiende el Código en diversos momentos de su articulado (tras su reforma de 1981), podría dar pie a la actuación de un albacea asistido por alguno o algunos de los herederos forzosos, aunque no fueran todos, con aprobación del juez, en el marco de los artículos 841 y siguientes.

Concebido el albaceazgo como mandato y no como gravamen, puede todavía plantear cierta dificultad la cuestión de cómo encajar legalmente 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 sólo 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.

Aun así, una cosa es el carácter más o menos pacífico o controvertido de unos argumentos, y otra, que sea pacífico o controvertido un testamento. Mi amigo de Valladolid quería un testamento sencillo, no conflictivo. La venta del chalet de la sierra sin el consentimiento de uno de los hijos enfrentado a la viuda a otorgar por ese albacea que él quería nombrar (¡y santas pascuas!), sería, sin embargo, pese a la aprobación del otro hijo o incluso de un juez, problemática. Ningún notario, al autorizar esa escritura, podría ignorar la existencia obstáculos. En el registro, ante los tribunales... ¿La inscribiría o no el registrador? ¿Cómo reaccionaría, al final, un juez en caso de impugnación? ¿Hasta qué punto, con la conformidad del albacea y uno de los hijos, aunque no del otro, con o sin aprobación judicial, sería sólida esa escritura sobre la base de argumentos como los aquí aducidos? No sería una escritura segura porque el propio Código no proporciona esa seguridad.

Por ello, igual que Alejandro cuando al pasar al Helesponto se enfrentó con el nudo gordiano, probablemente aquí la solución tampoco pase por tratar de desenmarañar el conflicto entre albacea y legitimarios, sino por 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 esta ponencia, no creo que ese futuro pase por buscar una salida entre los vericuetos del laberinto dogmático en torno a la figura o la naturaleza jurídica del albaceazgo. La solución no consiste en tratar de desligar al albacea de las ataduras del sistema de legítimas con sinuosos argumentos, 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 del sistema legitimario, debiera quedar, al mismo tiempo, investido de unas facultades legales liquidatorias suficientemente amplias, aunque ello obligaría a replantear, a su vez, el régimen general de responsabilidad por deudas en la sucesión, dando más franca entrada y menos rigor formal al beneficio de inventario, por lo menos cuando la liquidación de la herencia no sea competencia ni responsabilidad de los propios herederos, sino de un albacea precisamente encargado de practicarla.

La reforma legal del albaceazgo nunca debería acometerse, en consecuencia, separadamente, sino dentro de una reforma global del conjunto de las normas que regulan la sucesión. El albaceazgo es sólo una pieza más dentro de un complejo mecanismo. Pero una pieza que pasaría a tener una utilidad máxima, como en el modelo anglosajón (o alemán), en cuanto se conjugase con un régimen de legítimas menos rígido (por no reconocérsele igual significado cualitativo a la legítima colectiva que a la individual) y con un entendimiento formal menos riguroso del beneficio de inventario, como parece lógico, siempre que el heredero no sea el encargado de liquidar la herencia, sino un albacea testamentario legitimado legalmente para ello, hecha esa liquidación sobre la base de un inventario fehaciente. Un albacea con unas potestades estándar o un cometido legal típico, sin que los herederos tengan entonces que responder personalmente por las deudas

de una herencia cuya liquidación según inventario no sea competencia suya sino, precisamente, del albacea.