

Notas sobre los albaceas y contadores partidores

Analogías y diferencias

IGNACIO SAENZ DE SANTA MARIA TINTURE

Notario

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. Independencia de los cargos de albacea y de contador partidor. 2. No puede hablarse del cargo de comisario como "tertium genus". 3. Objeto de este trabajo.—II. *La ejecución testamentaria en la Historia*: 4. Derecho romano. 5. Derecho germánico. 6. Influencia de la Iglesia. 7. Derecho español.—III. *Naturaleza jurídica de la ejecución testamentaria*: 8. Teoría que considera al albacea como sucesor «mortis causa» del causante. 9. Teoría del cuasi-contrato. 10. Teoría del arbitraje. 11. Teoría de la tutela. 12. Teoría del oficio. 13. Teoría de la representación: a) Representante del testador. b) Representante de los legatarios. c) Representante de los herederos. d) Representante de la herencia. e) Representante múltiple. f) Representante legal. 14. Teoría del órgano. 15. Teoría de la delegación. 16. Teoría del mandato.—IV. *Capacidad para desempeñar los cargos de albacea y de contador partidor*: 17. Capacidad para ser albacea. 18. Capacidad para ser contador partidor.—V. *Facultades de los albaceas y de los contadores partidores*: 19. Carácter testamentario de estos cargos. 20. Facultades de los albaceas según el Código civil. 21. Facultades de los contadores partidores según el Código civil: a) Adjudicaciones por razón de deudas. b) Liquidación de la sociedad de gananciales. c) Colación-adjudicación de bienes a un heredero con la obligación de abonar diferencias en metálico.—VI. *Analogías y diferencias entre los cargos de albacea y de contador partidor*: 22. Posición de la Jurisprudencia. 23. Nuestra opinión.

I

INTRODUCCIÓN

1. *Independencia de los cargos de albacea y de contador partidor.*

Tanto los cargos de albacea como de contador partidor, a que se refiere nuestro Código civil, son cargos que, basados en la *fiducia* o confianza, tienen por finalidad la ejecución de las disposiciones testamentarias. De aquí la denominación de *ejecutores testa-*

mentarios con que suelen designarse las personas que ejercen dichos cargos, denominación que, aunque casi siempre aplicable a los albaceas, no vemos inconveniente en admitirla también para los contadores partidores.

Nuestro Código civil vigente regula el cargo de *albacea* en los artículos 892 y siguientes que constituyen la sección undécima del Capítulo II del Título LII del Libro III, sección que figura bajo la rúbrica general «De los albaceas o testamentarios», y que se inicia con el artículo 892, a cuyo tenor:

«El testador podrá nombrar uno o más albaceas.»

No es solamente en esa sección en donde trata el Código civil de los ejecutores testamentarios, sino que en el artículo 1.057 aparece recogida otra manifestación de la *fiducia* testamentaria. En efecto, según dicho artículo:

«El testador podrá encomendar por acto *intervivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela; pero el comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.»

La Jurisprudencia y la doctrina (1) dan la denominación de *contador-partidor* a la persona designada por el testador para hacer la partición conforme al artículo antes transcrito.

A pesar de la separación con que el Código civil regula ambas clases de cargos, la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General, los ha equiparado con frecuencia, considerándolos de naturaleza semejante y a veces idéntica.

Expresión de este criterio es la Resolución de 5 de febrero de 1908, confirmada por otra de 1917, en las que se declara que el cargo de contador *no es esencialmente diferente del de albacea*, ni se distingue de éstos más que por razón del trabajo especial que se les encomienda, pero sin que esto modifique el carácter único que les presta la confianza del testador, por lo cual se aplican a los contadores las mismas normas de funcionamiento que a los albaceas.

En el mismo sentido, la sentencia de 23 de octubre de 1923 declara que «si bien los cargos de albaceas testamentarios y de contador-partidor pueden ser análogos en cuanto a su especial funcionamiento, pueden ser distintos en lo que se refiere a la especialidad de los trabajos que a éstos se encomiendan».

(1) CASTÁN. *Derecho civil. Notarías*, t. IV, pág.207.

La sentencia de 7 de enero de 1942 llega a una *total equiparación* entre ambos cargos, ya que en uno de sus considerandos habla de que «los albaceas o partidores testamentarios reciben sus facultades del testador con arreglo al artículo 1.057 del Código civil»

Y la sentencia de 5 de julio de 1947, siguiendo esta misma orientación, considera que, «cuando a los albaceas universales está conferida por el testador la facultad de hacer la partición, *no por ello ostentian dos cargos*, sino solamente el de albacea, en el que caben, con arreglo al artículo 901 del Código civil, cuantas facultades conducentes al cumplimiento de las disposiciones testamentarias no sean contrarias a las leyes, y aun en el caso de que el testador encomiende la simple facultad de la partición a personas distintas, el cargo de éstas no constituye función esencialmente diferente de la de los albaceas, distinguiéndose sólo por la especialidad del trabajo que se les encomienda».

Pudiera parecer, a la vista de este criterio jurisprudencial, que los cargos de albacea y contador-partidor son en realidad uno solo. Pero su regulación separada en el Código civil nos obliga a pensar que esta equiparación no puede ser tan absoluta que ambos vengan a refundirse, como parecen indicar las últimas sentencias citadas. Por eso creemos que aunque entre ambos cargos haya grandes analogías, no puede pensarse que sean idénticos. A señalar sus analogías y diferencias va encaminado este trabajo, ya que aunque es muy frecuente—y acaso ello haya dado lugar a la orientación jurisprudencial indicada—que los testadores refundan ambos cargos en una sola persona, tienen los mismos, a nuestro juicio, la suficiente individualidad para poder distinguirlos.

2. *No puede hablarse del cargo de comisario como «tertium genus».*

Frente a este criterio de equiparar los cargos de albacea y de contador-partidor, la misma Jurisprudencia y aun parte de la doctrina *tratan de dar autonomía propia a otro cargo distinto* de aquéllos, basándose en la terminología que emplea el artículo 1.057 del Código civil en su segundo párrafo. Y así se habla del cargo de *comisario*, como existente con independencia de los de albacea y contador-partidor.

Así Taullet (2), comentando la sentencia de 3 de diciembre de 1931, parece mostrarse partidario de la diferenciación entre los tres cargos de *albacea*, *contador-partidor* y *comisario*, sosteniendo que cada una de estas instituciones tiene su función propia y su cometido especial, y que el emplear tales conceptos como sinónimos puede dar lugar a confusiones y hasta a hacer nula la institución.

El Tribunal Supremo ha reconocido trascendencia a la distin-

(2) *Rev. Crítica*, 1932, pág. 629.

ción entre el cargo de contador-partidor y el de comisario en la sentencia de 24 de marzo de 1928, en la que se declara que "dicho artículo 1.057 tiene dos párrafos, el segundo de los cuales es inducible que se refiere *únicamente al comisario* y no a todos los albaceas o contadores-partidores (de nuevo vemos aquí la equiparación a que aludimos), a los que alude el primero, siendo las funciones de aquél especiales y diferentes de las de éstos, siquiera tengan mucho de común entre uno y otros». Pero a pesar de apuntar que existen estas diferencias no nos dice cuáles sean éstas.

Nosotros, coincidiendo en este punto con Castán (3), no acertamos a ver clara la distinción que la sentencia citada pretende establecer entre los contadores-partidores y los comisarios, suponiendo que se refieran, respectivamente, a cada uno de estos cargos los párrafos primero y segundo del citado artículo 1.057.

Para nosotros *no hay tal distinción*, y los contadores-partidores de que habla en el uso corriente *no son otra cosa que los comisarios a que se refiere el artículo 1.057*.

La cuestión en este punto aparece oscurecida porque se ha querido interpretar la referencia al comisario que hace el citado párrafo segundo del artículo 1.057 del Código civil, basándose en una regulación jurídica hoy derogada.

En efecto, el Código civil emplea la palabra *comisario* en dos artículos, el 670 y el 1.057. Ello responde a las dos acepciones en que puede entenderse el concepto de comisario:

- a) Como «facedor» del testamento.
- b) Como simple autor de la partición de la herencia.

La primera acepción es la que recoge el artículo 670. Este artículo, con la palabra *comisario*, se refiere al antiguo «facedor» del testamento. Y en esta acepción no puede entenderse hoy día el cargo de comisario, toda vez que el citado artículo, al disponer que:

«El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de *comisario* o mandatario.»

impide la existencia del testamento por comisario, y, por tanto, que la referencia al comisario que hace el párrafo segundo del artículo 1.057 pueda ser entendida en este sentido.

En la segunda acepción aparece empleada la palabra *comisario* en el segundo párrafo del artículo 1.057. Aquí el comisario ha perdido toda facultad para ordenar el testamento y sólo tiene «la simple facultad de hacer la partición». Queda así reducido a un simple *contador-partidor* de atribuciones estrictamente limitadas a las operaciones particionales, como claramente subraya el adjetivo *simple* anteponesto a la facultad de hacer la partición.

El concepto queda, por otra parte, perfectamente aclarado si

(3) *Rev. Der. Priv.*, 1930, pág. 228.

nos fijamos en la redacción del párrafo segundo del citado artículo 1.057 en sus comienzos. Comienza dicho párrafo diciendo que:

«Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará...»

Y tanto este artículo (es decir, el art. 1.057, en su párrafo primero) como el anterior—el art. 1.056—están destinados a *permitir que se haga la partición de la herencia*, bien por el propio testador (artículo 1.056), bien por otra persona que éste designe (párrafo primero del art. 1.057). Esta persona es precisamente el comisario y la única diferencia entre ambas clases de partición—y ésta es la razón de ser del famoso segundo párrafo—está en que en la realizada por el comisario cuando existe algún menor o sujeto a tutela, y como una mayor garantía, se requiere el inventario con citación de las personas que el precepto indica (4).

Por tanto, podemos decir que los cargos de contador y de comisario *son uno solo y el mismo* y no hay ninguna diferencia entre ellos. Y es digno de tener en cuenta, para resolver acertadamente esta cuestión, que no es el Código civil el que emplea dos denominaciones distintas, sino que sólo *emplea una, la de comisario*. Para nada habla de contador-partidor, porque para él *el contador-partidor es el comisario*. Ha sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han creado esta última denominación, como antes dijimos, y las que se han creído en la necesidad de diferenciar dichos dos cargos, que para nada diferencia el Código civil (5).

Y no cabe alegar contra lo que venimos sosteniendo que el comisario, aunque hoy no sea el «facedor» del testamento, «tiene plenas facultades de ejecución testamentaria» (6), porque cuando esto ocurre es porque al cargo de comisario, cuya única misión, como

(4) Esta garantía que el precepto quiso establecer ha quedado en la actualidad reducida a un mero formulismo que nada garantiza. En efecto, antes se estimaba (Res. 18 agosto y 21 diciembre 1909 y 22 julio 1912) que la práctica de esta citación debía justificarse en forma auténtica o fehaciente, pero en la actualidad (Res. 7 marzo 1914 y 30 abril 1917) se considera que es suficiente que conste verificada, aunque sea por mera confesión de los interesados (lo que puede ser aceptable) o por mera afirmación del mismo Comisario (lo que es totalmente inaceptable si es que se quiere que dicha citación e inventario sirvan para algo).

(5) Creemos que acaso sea preferible seguir empleando la dicción del Código civil y hablar solamente de *comisario*, pero, dado lo arraigado que está en el uso corriente la denominación de contador partidor, y para evitar confusiones, empleamos en los testamentos que autorizamos la denominación conjunta de comisario-contador-partidor, aunque ello suponga hacer perder su sabor a la castiza expresión de comisario, de tanto arraigo en nuestro Derecho histórico; pero, en cambio, nos sirva para aclarar la función de éste en nuestro Derecho actual, que es la de «contar y partir» y no la de hacer el testamento.

(6) ROCA SASTRE, *Estudios*, t. II, pág. 405.

veremos y ya dijimos, es la de hacer la partición, se le ha unido el de albacea.

3. Objeto de este trabajo.

En el presente trabajo trataremos de indicar cuáles son las analogías y diferencias que existen entre los cargos de albacea y de contador-partidor, únicos existentes, a nuestro juicio, una vez que no hay base, como hemos dicho, para mantener la autonomía del cargo de comisario.

Para el estudio de estas analogías y diferencias vamos a referirnos, aunque sea someramente, a las siguientes materias:

- a) La ejecución testamentaria en la historia.
- b) Naturaleza jurídica de la ejecución testamentaria.
- c) Capacidad para el desempeño de los cargos de albacea y de contador-partidor.
- d) Facultades que con arreglo al Código civil tienen unos y otros.

Estudiadas estas materias, ya tendremos una base para señalar cuáles son esas analogías y diferencias, porque es indudable que para señalar las semejanzas y las diferencias que pueden existir entre dos cosas (dos cargos en nuestro caso), hay que saber primero cuáles y cómo son estas cosas para después establecer la comparación.

Pondremos punto final al trabajo indicando esas analogías y diferencias.

II

LA EJECUCIÓN TESTAMENTARIA EN LA HISTORIA

4. Derecho romano.

Al estudiar los orígenes de la ejecución testamentaria, es corriente afirmar que la misma fué desconocida en el Derecho romano. Así, por ejemplo, Castán (7) afirma rotundamente que «el Derecho romano no conoció la institución de los ejecutores testamentarios».

Sin embargo, cabe encontrar en dicho derecho ciertas instituciones que pueden considerarse como precedentes de la ejecución testamentaria.

Así, May (8) atribuye el albaceazgo al Derecho romano, encontrando su origen en el «familiae emptor». Dicho autor explica esta institución de la siguiente forma: En previsión de una muerte inminente un ciudadano podía adoptar sobre el campo sus últimas voluntades. Para ello recurría a un expediente, «la mancipatio familiae». El que quería disponer de sus bienes mancipaba éstos a un amigo: la «mancipatio fiducia», y el designado no

(7) Obra citada, pág. 578.

(8) *Derecho romano*, pág. 523.

adquiría los bienes para él, sino para entregarlos a las personas nombradas por el testador. El «familiae emptor» no era, por tanto, un heredero, sino que se limitaba a ocupar el puesto de éste *en tanto fuere preciso para la ejecución de la voluntad del causante de quien era mandatario, o en otros términos: ejecutor testamentario*.

A igual consecuencia llega Petit (9) estudiando la evolución del testamento «per aes et libram» y del papel que en el mismo desempeñaba el mencionado «familiae emptor». Así, en un principio, la «mancipatio» de los bienes de la herencia hecha por el causante a su favor suponía la transmisión de la propiedad (10), pero como consecuencia del fin concreto que mediante tal acto se perseguía, el «emptor», aun con el carácter de heredero, ante al ley *contraía la obligación moral de entregar los bienes de la sucesión al verdadero heredero*, cuyo nombre le era comunicado por el testador.

No hay duda de que existen analogías entre las funciones del «emptor» y las del albacea, puesto que ambos cargos responden al mismo concepto (la confianza que el designado inspira al testador) y obedecen a un mismo fin, cual es el de servir para asegurar el tránsito de los bienes que integran la sucesión al heredero.

En el Derecho clásico, al quedar reducida la «mancipatio» a una simple formalidad, el «familiae emptor» queda a su vez reducido al papel de simple testigo, no siendo ya posible asimilarle a la figura de un ejecutor testamentario.

Otra institución en la que pueden encontrarse precedentes de la ejecución testamentaria es la de los *fideicomisos*, como apunta Genuard (11).

Sin entrar en el estudio de la interesante figura del fideicomiso romano, hemos de limitarnos a indicar que la existencia de la misma fué debida, como dicen Jors y Kunkel (12), al propósito del testador de favorecer con alguna liberalidad mortis causa a personas incapaces de recibirlas. Haciendo la institución a favor de estos incapaces por medio del fideicomiso, el testador lograba sus propósitos sirviendo los instituidos fiduciarios de personas interpuestas, que aseguraban el tránsito de los bienes del causante al verdadero heredero o legatario a través del designado nominalmente en el testamento.

Si bien, en principio, el fideicomiso estaba totalmente desprovisto de protección jurídica, basándose únicamente en razones de orden moral, más tarde, sobre todo a partir de Augusto, fué adquiriendo fuerza y efectividad jurídica, hasta llegar a confundirse totalmente con los legados a partir del Senadoconsulto Neroniano.

Llegada a este estado de la evolución, se comprende cómo el

(9) *Tratado elemental de Derecho romano*, pág. 515.

(10) Según VISMARA, primero, incluso antes de morir el causante, y después, a la muerte de éste.

(11) *Historia del Derecho italiano*, t. II, pág. 551.

(12) *Derecho privado romano*, pág. 501.

heredero queda, en cuanto a los legados, en una posición jurídica semejante a la del fiduciario, y éste a la del albacea autorizado para el pago de mandas.

Estas someras indicaciones nos ponen de manifiesto, como dice Pacifici, que si bien el nombre de ejecutor testamentario es extraño al Derecho romano, existen en este Derecho instituciones jurídicas que pueden considerarse como precedentes de los ejecutores testamentarios conocidos en los derechos modernos, y que en cierto modo venían a cumplir finalidades análogas a las de éstos.

5. *Derecho germánico.*

En el Derecho germánico, la institución de la ejecución testamentaria parece encontrar su origen en la figura del fiduciario (*Salmann*). Primitivamente la institución respondió a la finalidad de disponer de los bienes para después de la muerte, imposible en el Derecho germánico, habida cuenta la inexistencia del testamento y la existencia del principio de la devolución total de la herencia a los herederos de sangre.

Para conseguir la indicada finalidad no había otro recurso que el de acudir a una verdadera enajenación entre vivos, reservándose el disponente el goce de los bienes hereditarios, y aplazándose la efectiva transferencia al momento de la muerte. Por esto, que era sencillo tratándose de una sola persona a la que se quería beneficiar, suponía una mayor complicación cuando en vez de una eran varias las personas, y, por lo tanto, varias las disposiciones que querían otorgarse.

Ante la dificultad de llevar a cabo un acto especial (con sus rigurosos formalismos) con cada beneficiario, se acudió al expediente de transmitir todos los bienes a persona de confianza (*Salmann*), quien después de muerto el disponente se encargaba de distribuir el patrimonio ficticiamente adquirido en el modo y entre las personas designadas por el disponente.

En fase más adelantada de su evolución el *Salmann* ya no es un medio absolutamente necesario al que hay que recurrir para disponer de la herencia, sino que más simplemente *es un ejecutor de la voluntad del difunto*. La investidura no es necesaria, y en cuanto a sus facultades son las determinadas por el disponente. Los destinatarios de los bienes son protegidos por medios jurídicos especiales (13). El *Salmann* adquiere entonces la fisonomía de un ejecutor testamentario a través de instituciones típicas, como la «*affatomia*» de la Ley Sállica, cuyo funcionamiento está dividido en tres etapas: una previa de disposición ante el «*mallus*», asamblea del pueblo; otra, intermedia, una vez muerto el disponente («*sessio triduana*»), y otra final, de nuevo ante la asam-

(13) Como también lo fueron los fideicomisarios en el Derecho romano, según indicamos.

blea, durante la cual el *Salmann* declara solemnemente quiénes son los destinatarios de los bienes, y les hace entrega de la «festa», transmitiéndoles así simbólicamente la herencia.

6. *Influencia de la Iglesia.*

A juicio de Caillemer (14), si bien fué producto la institución del albaceazgo de la influencia de algunas ideas germánicas y de ciertos recuerdos del Derecho romano (el *Salmann* y el fiduciario, a los que ya nos hemos referido), obedeció la misma, más que nada, a la influencia cristiana y fué una creación de la Iglesia.

En la época intermedia, la Iglesia apoya fuertemente todas las instituciones que tienden a garantizar el cumplimiento de la ejecución testamentaria, admitiendo, por una parte, la eficacia de encargos secretos, y, por otra, encomendando a los órganos eclesiásticos, especialmente a los Obispos, funciones fiscalizadoras en orden al cumplimiento de las disposiciones piadosas.

Es precisamente merced a la influencia del Derecho canónico, y ya en plena época medieval, cuando el instituto de la ejecución testamentaria adquiere perfiles propios e independientes. Roguin (15) llega a decir que el ejecutor testamentario «es una invención de la Iglesia».

La función práctica de los ejecutores testamentarios a través de las formas jurídicas indicadas era muy amplia. Tomaban posesión de la herencia, la liquidaban, cobraban los créditos, pagaban las deudas y *distribuían los bienes entre los herederos*, constituyéndose (una vez revelada la voluntad que les había confiado el testador) en un verdadero Tribunal, ante el cual los herederos, legatarios y acreedores hacían valer sus derechos.

7. *Derecho español.*

En nuestra Patria, aparte de las breves referencias que hacen al albacea el Fuero Real y las Ordenanzas Reales de Castilla, es en el Código de las Partidas donde la institución adquiere caracteres propios.

Las funciones de los albaceas en Las Partidas quedan circunscritas, casi principalmente, a la entrega de mandas y legados, *apareciendo separados de la práctica de la partición*.

Pero con la finalidad de evitar, como dice Roca Sastre (16), que el caudal de los pupilos y huérfanos se disipase en costas judiciales causadas por los padres generales de menores y defensores de ausentes, una Real Provisión de Carlos IV, de 4 de noviembre de 1791, completada por otra de 20 de enero de 1792,

(14) *Origines et developpments de l'exécution testamentaire.*

(15) *Tratado de Derecho civil comparado*, t. IV, pág. 181.

(16) *Tratado de Derecho hipotecario*, t. II, pág. 623.

concedió permiso a los testadores para que facultasen para la formación de los aprecios, cuentas y particiones de sus bienes a los albaceas que señalasen como sujetos imparciales. Estas particiones debían ser presentadas al Juzgado para su aprobación y protocolización, siempre que no se hubiesen presentado reclamaciones.

Estos *contadores-partidores* no eran considerados como cosa distinta de los *albaceas*, pues se entendía que entre las facultades que el testador podía atribuirles una era la de enajenar bienes hereditarios, y así, a base de la confusión, tan corriente, entre la enajenación y la partición, se estimaba que la facultad de partir no era más que una prolongación de la facultad de enajenar.

Y así llegamos al Código civil, que, como indicamos, recoge la figura del albacea, que regula en los artículos 892 y siguientes, y, además, en precepto aparte, la figura del contador-partidor, al que dedica el artículo 1.057.

Después de la breve ojeada histórica que hemos hecho, vemos cómo los cargos de albaceas y contadores-partidores aparecieron unidos y sin que existiese distinción entre ellos. Fué el Código civil quien primeramente los separó en la forma que indicamos.

III

NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN TESTAMENTARIA.

El problema de cuál sea la naturaleza jurídica de la ejecución testamentaria es uno de los más discutidos en la dogmática del Derecho civil.

Las teorías que acerca de la naturaleza jurídica de la ejecución testamentaria se han formulado por los autores son múltiples; lo que nos revela que ninguna de ellas ha conseguido explicar satisfactoriamente cuál sea esa naturaleza jurídica.

Vamos a exponerlas a continuación, haciendo al mismo tiempo su crítica; para tratar de llegar así a la teoría que, a nuestro juicio, debe ser admitida, por ser la que de modo más satisfactorio resuelve la cuestión.

8. Teoría que considera al albacea como un sucesor «mortis causa» del causante.

Esta teoría atribuye al ejecutor testamentario el rango de *fideuciario* (en sentido técnico), bien remitiéndose a la teoría romana del fideicomiso (17) o bien con referencia a la figura germánica del *Salmann* (tesis de Kohler).

Sin desconocer el valor de esta teoría, desde el punto de vista histórico, como hemos visto, hoy se debe considerar como inca-

(17) Asi. DURANTON, en «Speculum iuris».

paz para construir, en el terreno del Derecho positivo, la figura del albacea actual. El fideicomiso romano degeneró en la sustitución fideicomisaria medieval (18), que es la institución que las legislaciones modernas han recogido, bien para admitirla dentro de ciertos límites (19), bien para rechazarla. Y es evidente que el ejecutor testamentario no puede, a diferencia del fiduciario, *disfrutar para sí los bienes de la herencia* durante un período de tiempo determinado, pues aunque tenga facultad para posesionarse de los bienes, si así lo ordenó el testador (20), ha de rendir cuentas de sugestión al terminar la misma (21), no pudiendo quedarse con los beneficios que de dichos bienes se obtengan.

Bonfiglio (22) piensa en la posibilidad de *equiparar el albacea a un heredero o legatario sobre el que pesase la carga (obligación personal) de restituir los bienes a un tercero*. Como dice dicho autor, la semejanza es grande en algunos casos, en cuanto que si el albacea está facultado para entrar en posesión de los bienes de la herencia, y entre ellos figura dinero, es evidente que dicho dinero se confundirá con los demás elementos de su propio patrimonio, viniendo obligado dicho albacea a restituir solamente el sobrante después de haber atendido a las órdenes del testador. Es, además, posible—añade—que las cargas que se impongan a un heredero o legatario sean de tal índole que absorban totalmente el valor de lo por él adquirido.

En el derecho moderno, sin embargo, no cabe, como el mismo Bonfiglio indica, considerar al ejecutor testamentario como a un sucesor a título universal o particular, gravado por una carga. Aun cuando en principio el valor de la carga impuesta a un heredero o legatario modal absorba totalmente el beneficio que aquél haya de obtener de la sucesión, cabe siempre que obtenga una ventaja, si, por ejemplo, la carga resulta de hecho inferior al valor de los bienes adquiridos o si la obligación modal se extingue por cualquier causa. Esta es así porque a su favor, en todo caso, *hay ordenada una efectiva atribución patrimonial*.

En cambio, el ejecutor testamentario sólo tiene derecho a aprehender los bienes hereditarios *en cuanto que sirvan para la ejecución del encargo*, estando en cualquier caso prohibido apropiarse un mínimo de valor patrimonial. Por eso debe rendir cuentas de las sumas o de los bienes de que se hizo cargo, siendo en todo caso deudor del residuo. Paralelamente el albacea no responde en ningún caso, frente a terceros, de las deudas y cargas de la herencia. Es principio fundamental en esta materia que el desempeño

(18) Ver sobre distinciones entre los fideicomisos y la sustitución fideicomisaria a GONZÁLEZ PALOMINO en *Enajenación de bienes pseudosufructuaria*, Anales, t. V., pág. 858.

(19) Que es lo que hace nuestro Código civil en sus arts. 981 y sigs.

(20) Art. 901 del Código civil.

(21) Art. 907 del Código civil.

(22) *La ejecución testamentaria*.

de su cargo debe dejarle *patrimonialmente indemne*, salva su obligación de indemnizar los daños y perjuicios que hubieren podido derivarse de su conducta dolosa o negligente.

Gluck opina que la tesis de Bonfiglio cuando considera al ejecutor testamentario, cuando digo como un sucesor, puede resultar cierta para el caso de que el albacea sea al propio tiempo heredero y existan también otras personas con derecho a la sucesión en forma de legatarios.

Pero en este caso si el albacea es un sucesor *no es por ser albacea, sino porque es heredero al mismo tiempo*. Nada impide en nuestro derecho positivo nombrar heredero al albacea, o si se prefiriere, albacea al heredero.

Todos los razonamientos indicados para negar al albacea el carácter de sucesor del causante son aplicables, y aun con mayor razón, al *contador partidor*, ya que éste no ha de tomar posesión de los bienes, sino que ha de limitarse a la «simple facultad» de hacer la partición.

Y, además, tampoco cabe en este supuesto la hipótesis que Gluck plantea, ya que, conforme a lo que dispone el artículo 1.057 del Código civil, *no cabe que un heredero sea al mismo tiempo contador-partidor*.

9. Teoría del cuasi-contrato.

Sostenida por Vitali (23), se advierte en seguida su inadmisibilidad.

No sólo porque la figura del cuasi contrato es en sí misma anticientífica (24) y poco clara, por lo que no resulta muy adecuado acudir a ella para explicar otra institución diferente, sino, además, porque el cuasi contrato de gestión de negocios, único con el que pueden guardar semejanza los cargos de albacea y de contador-partidor, se caracteriza porque en él las obligaciones del gestor *surgen directamente*, como consecuencia de su iniciativa y en *virtud de la ley* (25), mientras que en dichos cargos es de *la iniciativa del testador y de sus disposiciones* de donde brota la eficacia de los mismos.

10. Teoría del arbitraje.

Siguen esta teoría Leyser, Koshurt y Hellerbeldel, entre otros.

Consideran los partidarios de esta teoría que *el albacea es un árbitro* encargado de dirimir las diferencias que en el cumplimiento del testamento pueden suscitarse entre herederos y legatarios.

Se objeta a esta teoría, con acierto a nuestro juicio, que las atribuciones que en mayor o menor medida pudieran equipararse

(23) *De la ejecución testamentaria en el Derecho civil italiano.*

(24) Ver lo que sobre el particular dice CASTÓN cu., pág. 417. t. IV.

(25) Art. 1.888 Código civil.

a las arbitrales, no son las que forman parte del cometido habitual de los albaceas. Además, esta teoría no puede tener más que valor metafórico, porque sólo por una ficción puede pensarse que en la sucesión existe una colisión de derechos que requiera a la intervención conciliadora o dirimente del albacea, porque, o esa hipótesis no se da, por existir acuerdo entre los herederos, o si se da la colisión, los albaceas resultan incapaces para resolver nada con carácter *definitivo*, ya que no ostentan poderes jurisdiccionales propiamente dichos, y siempre quedará a los instituidos expedita la acción para reclamar contra los agravios que se les hayan podido inferir, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.073 y siguientes del Código civil.

Por otra parte, y dado lo dispuesto en el artículo 1.809 del Código civil y siguientes, el contrato de arbitraje, como apunta Gómez Morán (26), y en el caso de los albaceas, se ignora entre quiénes puede suponerse establecido. En efecto, cabe preguntarse si es entre el testador y los herederos; si lo es entre el testador y el albacea, y, finalmente, si lo es entre el albacea y los herederos.

El albacea no actúa como árbitro entre el testador y los herederos, porque no hace otra cosa que cumplir y hacer que se cumpla la voluntad del primero, ley fundamental de la sucesión; tampoco interviene en las diferencias que pudieran existir entre él y el "de cuius", que por hipótesis no pueden existir; ni, finalmente, cabe la posibilidad de una discordia entre el albacea y los herederos, pues los intereses de aquél quedan al margen de la sucesión, y, además, no iba a ser al mismo tiempo juez y parte.

Por lo que se refiere a nuestro Derecho, tal equiparación no es posible, y el Tribunal Supremo (27) se ha mostrado contrario a la misma.

Con relación al *contador partidor* parece que la Resolución de 28 de marzo de 1944 (28) acepta la teoría que aquí exponemos, ya que habla de conferir al contador «la facultad de dictar resoluciones de tipo arbitral».

Con Roca Sastre (29) creemos que si con ello se entiende referirse a la facultad *interpretativa*, que en el fondo es de *carácter declarativo*, nada hay que objetar. Esta facultad interpretativa tanto puede comprenderse en la facultad de hacer la partición que se confiere al contador-partidor, como a una persona no encargada de hacer la partición; es decir, al albacea, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 901 del Código civil.

Pero si el concepto de *función arbitral* se toma en el sentido que quiere esta teoría que estamos criticando; es decir, como una facultad de *determinación o decisión*, con la fuerza propia de un

(26) *El ejecutor testamentario en el Derecho comparado*, pág. 108.

(27) La Sent. de 27 de mayo de 1915 niega terminantemente el carácter de árbitro asignado a los albaceas.

(28) *Anuario de la Dirección*, pág. 435.

(29) En sus citados *Estudios de Derecho privado*, t. II, pág. 411.

laudo dictado por amigables componedores, no creemos posible ni admisible tal función de arbitraje.

Dentro de la facultad interpretativa—bien aislada, bien conectada con la facultad de hacer la partición—va insita una facultad de decisión de tipo declarativo, como se desprende de la Resolución de 23 de julio de 1925, pues interpretar *es resolver o decidir sobre una cuestión dudosa*. Pero en todo caso, y como límite, es indudable que la decisión del contador-partidor o del albacea *no ha de causar estado*, o, como dice el artículo 733 del novísimo Código italiano, *no ha de vincular a los herederos o interesados en la herencia*, quienes, como ya hemos dicho, siempre tienen la posibilidad de acudir a los Tribunales, impugnando la partición o la interpretación dada por el contador partidor o por el albacea.

No es posible, por tanto, asignar el carácter de árbitros ni a los albaceas ni a los contadores partidores. En nuestro sistema el albacea o el contador partidor podrá ser un *arbitrarius familiae eriscundae*; pero con un poder interpretativo o declarativo subordinado siempre a la reclamación impugnativa ante los Tribunales, ante quienes tal reclamación habría de ventilarse. Es decir, que la decisión de dichos albaceas y contadores *no equivaldrá nunca a una sentencia firme*. Que es precisamente lo que los partidarios de esta teoría creen resulta de la actuación de los ejecutores testamentarios (30).

11. Teoría de la tutela.

Algunos autores antiguos, y entre los modernos Windscheid, han equiparado el albaceazgo a la tutela, fundándose en que el ejecutor, lo mismo que el tutor, está encargado del cuidado de bienes de quienes no pueden actuar su voluntad por sí mismos.

(30) ROCA SASTRE, en sus citados *Estudios*, t. II, pág. 412, cree que debe considerarse ilícita, y por lo tanto como no puesta, la condición que impusiera inapelablemente la aceptación de la decisión de un ejecutor testamentario para la efectividad de una adquisición sucesoria.

A nuestro juicio, en esta materia hay que hacer la distinción que el T. S. ha señalado con reiteración tratándose de la cláusula testamentaria que impone la prohibición de promover la intervención judicial en una testamentaria. Esta cláusula, según la Jurisprudencia de dicho Tribunal, «obliga sólo a los herederos voluntarios y a los legatarios de parte alicuota, pero no obsta a que los herederos forzosos promuevan el juicio voluntario de testamentaria» (Sent. 11 julio 1905, entre otras). Nosotros creemos que, con un criterio análogo, la cláusula de que habla ROCA no produciría efecto tratándose de herederos forzosos, pero sí tratándose de herederos voluntarios. La razón es sencilla. Si el testador impone esa cláusula a los herederos voluntarios, éstos han de pasar por la misma y aquél puede perfectamente imponerla, toda vez que el que dichos herederos lo sean o no depende únicamente del arbitrio del testador, quien, por lo tanto, puede imponer a su adquisición hereditaria las limitaciones o condiciones que estime. Otra cosa sucede tratándose de herederos forzosos, ya que aquí el testador no puede imponerles condiciones que ocasionen limitaciones o gravámenes a su legítima, que es una institución de derecho necesario, coactiva e inderogable. (Ver PORPETA, *Naturaliza jurídica de la legítima*. Conf. Colegio Notarial de Barcelona, 1046, pág. 151.)

Esta teoría estuvo en boga en los siglos XVI y XVII, en cuya época era corriente la frase: «executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur». Se consideraba al albacea como a una especie de «curator bonorum».

Esta equiparación no puede sostenerse no sólo en cuanto se refiere al albacea, sino también en lo referente a los contadores-partidores, ya que puede ocurrir que aquéllos tengan meramente funciones de tipo piadoso, y estando estos últimos limitados a la simple facultad de hacer la partición, *no existen facultades de administración* que pudieran hacernos pensar en tal analogía.

Y además, si bien es cierto que la Jurisprudencia, especialmente la de la Dirección General de los Registros, ha dicho con reiteración que mientras subsistan las facultades de los albaceas o de los contadores, no pueden actuar los herederos en la materia a aquellos asignada por el testador (31), esta limitación no está basada en una incapacidad, sino que se trata meramente de una prohibición impuesta en interés de dichos herederos.

Por lo que a nuestro derecho se refiere, el Tribunal Supremo ha dicho terminantemente que no hay tal analogía entre la tutela y el albaceazgo (32).

12. Teoría del oficio.

Esta doctrina ha alcanzado gran difusión en Italia y es patrocinada principalmente por Messineo.

Para este autor el concepto técnico de «oficio» se integra por las siguientes características:

1.º Actuación *en interés ajeno*, que generalmente se traduce en una función de gestión referida a un patrimonio.

2.º Actuación *vinculada*, en el sentido de que el titular del oficio tiene el deber de actuar en orden al cumplimiento del fin que constituye la «ratio» de su existencia.

3.º Atribución de un *poder sobre una esfera de derecho ajena*, poder que no emana de la voluntad del sujeto a que directamente se refiere la actividad del titular del oficio, sino que deriva directamente de la ley, de una voluntad superior o de una orden de los órganos jurisdiccionales.

4.º Actuación *en nombre propio*. La actuación en nombre ajeno es propia del representante, en sentido estricto, que actúa facultades que derivan directamente de la voluntad del representado. No obstante, se admite que la actuación del titular del oficio se

(31) Ver para la crítica de esta jurisprudencia de la Dirección a GONZÁLEZ PALOMINO, en *Una nueva cláusula de estilo: la de no estorbar*. Anales, t. II, pág. 581 y sigs.

(32) La sent. de 4 de febrero de 1902 declara expresamente que la tutela es una institución que ni por la causa que le sirve de fundamento, ni por su peculiar organismo, ni por la finalidad a que responde, tiene analogía con el albaceazgo.

realice con ese carácter, precisamente con el fin de que los actos que realice afecten totalmente a la esfera jurídica de otro.

Aunque a primera vista esta teoría parece sugestiva y que se pliega bien a la figura del ejecutor testamentario, en realidad con ella se establece un círculo vicioso o una petición de principio, pues como acertadamente apunta Gómez Morán (33), lo que interesa no es saber si el cargo de ejecutor testamentario (tanto el del albacea como el del contador-partidor) integra o no un oficio, sino cuál sea en verdad su naturaleza jurídica, es decir, el tipo concreto a que ese oficio pertenece.

13. Teoría de la representación.

La aplicación del concepto de la representación al campo de la ejecución testamentaria ha sido la posición predilecta de los autores alemanes. Dentro de la misma línea de pensamiento las variantes de esta teoría han sido muchas. Trataremos de resumirlas y criticarlas a continuación.

a) *El ejecutor testamentario como representante del testador.*

Alegan los defensores de esta tesis (Kipp, Koepen, etc.) que no es esencial a la representación la permanencia de la voluntad del representado, ni la representación, a diferencia del mandato, tiene que fundarse en un acuerdo de voluntades (34), sino que *deriva de un acto unilateral de voluntad.*

Dando un especial matiz a dicha teoría y recordando la opinión, que ve en el heredero romano un representante del "de cuius" en todas sus relaciones jurídicas, Beseler estima que puede considerarse tal representación atribuyéndose la *representación formal* del testador a los ejecutores testamentarios y la *representación material* a los herederos (35).

En nuestra doctrina, Bonet (36) cree que el albaceazgo es una institución especial (lo que no es decir nada), o a lo más, que se trata de un caso de *representación del testador que tiene su origen en un negocio jurídico unilateral*, nunca en un mandato, si se admite que la representación del difunto tiene analogía con la del «nasciturus» reconocida por la Ley, hipótesis en la cual, según nuestro Código, tampoco existe personalidad.

Aparte de las múltiples objeciones que se pueden hacer a la variante de la teoría sustentada por Beseler, fundada en una viciosa concepción del fenómeno sucesorio en general, la teoría de la representación del testador no es fácilmente aceptable.

En primer lugar no hay duda de que lo característico de la

(33) Obra citada, pág. 106.

(34) Ver la Sent. de 1.º febrero 1941.

(35) Ver para la crítica de esta distinción entre «lo formal» y «lo material» en el Derecho a GONZÁLEZ PALOMINO, en *La adjudicación para pago de deudas*. Anales, t. I, pág. 238 y sigs.

(36) *Rev. Der. Priv.*, 1947, pág. 887.

representación (37) es que el representante actúe *en nombre* del representado y es absurdo actuar en nombre de una persona que ya no existe.

Y en segundo lugar, y ésta es a nuestro juicio una objeción de gran peso, es esencial de la representación (38) que los actos del representante *repercutan directamente en la esfera jurídica del representado*, lo que es totalmente imposible tratándose del testador difunto. No puede, por lo tanto, ser admitida esta teoría ni para el albacea ni para el contador partidior.

b) *El ejecutor como representante de los legatarios.*

Se inspira esta teoría (39) en el hecho de que en muchos casos la finalidad que el testador persigue al nombrar un albacea es la de asegurarse que las cargas que impone a sus herederos (entre las que destacan los legados) serán cumplidas fielmente. El temor a que por perjudicar ello al heredero éste no cumpla u obstaculice el cumplimiento (40) de aquellas disposiciones, mueve al testador, según los sostenedores de esta tesis, a nombrar una persona de su confianza que se encargue de defender los intereses de los legatarios.

Sin desconocer que la finalidad concreta que ha creado ciertas figuras de ejecutores testamentarios ha sido, como vimos al estudiar la evolución histórica, la indicada, en la actualidad no cabe sostener que el albacea desempeñe un cargo cuya única misión sea velar por los intereses de los legatarios. Y, por otra parte, no hay que olvidar que el albacea no actúa en nombre de los legatarios cuando, usando de las facultades que le han sido conferidas conforme al artículo 885 del Código civil, hace entrega de los bienes legados a dichos legatarios, lo que de admitirse sería un contrasentido.

Mucho menos puede aplicarse esta teoría al contador-partidior que al practicar la partición no actúa en nombre de los legatarios,

(37) Para un estudio de la representación ver HUPKA, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Edit. Rev. Der. Priv., 1930.

(38) Según la teoría de IHERING, que es la que cuenta con mayor número de partidarios.

(39) La siguen, entre otros, SENFERT, PACIFICI-MAZONI, etc.

(40) No hay que olvidar que, según nuestro Código civil, art. 885, el legatario «no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla». No es necesario este requisito de la «traditio» cuando, según el art. 891 del Código civil, toda la herencia está distribuida en legados, pues entonces no existe heredero (Res. 30 diciembre 1916).

Este requisito de la tradición de la cosa legada es lógico, pues en virtud de la «successio» los herederos poseen todos los bienes de la herencia, incluso los especialmente legados, teniendo, respecto de éstos, la obligación («damnatio») de entregarlos a los legatarios. Además, estos legados pueden resultar ineficaces o reducibles, bien por inoficiosidad legitimaria o por exceso de pasivo en herencia aceptada a beneficio de inventario.

Ver sobre esta materia a MARIO DÍAZ CRUZ, *Los Legados*, pág. 577 y sigs.

Ver la Res. de 19 mayo 1947, *Anuario de la Dirección General*, pág. 129.

sino que se limita a partir la herencia según lo dispuesto en el testamento.

c) *El ejecutor como representante de los herederos.*

Esta tesis, que entre otros sostiene Hupka, no es posible admitirla, ya que como muy bien dice Schreiber, la designación del albacea y del contador partidador es completamente extraña a los mismos, siéndoles impuesta por el testador *incluso contra su voluntad*, o mejor dicho, por encima de ella. Históricamente, y aun en la actualidad, el ejecutor testamentario funciona como freno a los intereses egoístas de los herederos.

Y, además, no hay que olvidar, por lo que a nuestro derecho se refiere (41), que puede haber testamento *sin institución de heredero* (art. 764 C. c.), y que el albacea y el contador actúan «ex se» y no en nombre de los herederos, y como dice Roguín, el albacea incluso puede tener la misión de obligar a dichos herederos al cumplimiento de lo dispuesto en el testamento actuando aun en contra del interés de éstos.

d) *El ejecutor como representante de la herencia.*

Con objeto de evitar los inconvenientes acumulados contra las otras manifestaciones de la teoría representacional, se ha sostenido que el ejecutor testamentario es un representante del patrimonio hereditario.

La articulación técnica de esta tesis tropieza con grandes dificultades, ya que es sabido que toda relación de representación exige la concurrencia de dos sujetos: representante y representado. Esto supuesto, de representado solamente puede hablarse siguiendo la línea de pensamiento de esta teoría a base de *personificar la herencia*, es decir, el patrimonio hereditario.

No es nueva la teoría que pretende personificar el patrimonio hereditario en estado de yacencia. Es sabido que una de las explicaciones que se han dado en relación con la naturaleza de la herencia yacente ha sido la de la supervivencia a través de ella de la personalidad jurídica del difunto, por virtud de la fórmula «hereditas personam defuncti sustinet».

Esta teoría está hoy desechada (42), pero aun aceptando que durante la fase de yacencia de la herencia sea esta elevada a la dignidad de sujeto jurídico, ¿cómo sostener que persista la personalidad independiente del patrimonio hereditario, una vez que

(41) A diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano.

(42) Los romanistas y civilistas modernos impugnan la teoría de la personalidad de la herencia yacente, considerándola como un artificio inútil. Dicha herencia es reputada como un patrimonio sin sujeto, mantenido por el Derecho objetivo como un complejo unitario en interés del titular futuro. Así, FERRARA, *Teoría de la persona jurídica*, pág. 98. En España, ATARD, *Ensayo de construcción sistemática de las titularidades «ob rem»*. *Rev. Der. Priv.*, 1924, pág. 273 y sigs., construye la herencia yacente como una entidad patrimonial sin persona.

el heredero o herederos *han aceptado la herencia*? Cuando tal evento ocurre, ¿a quién representa el ejecutor testamentario? ¿Al heredero o herederos? Si ello es así, la tesis que ve en el ejecutor testamentario un representante de la herencia sólo puede servir de explicación transitoria y provisional.

e) *El ejecutor testamentario como representante múltiple.*

Algunos autores atribuyen al ejecutor testamentario una representación promiscua referida al testador, a los herederos y a los legatarios.

Como suele ocurrir siempre con esta clase de soluciones, en ella se acumulan todos los inconvenientes indicados para las anteriores.

f) *El ejecutor testamentario como representante legal.*

Impugnadas en la forma que hemos visto las teorías de la representación voluntaria, un autor, Schreiber, sostiene que el ejecutor testamentario es un *representante legal*, opinión en la que coincide con Von Thur. A juicio de estos autores ocurre aquí lo mismo que con los padres respecto a los hijos menores, o con el tutor en cuanto a los incapacitados sometidos a su custodia.

Esta teoría tampoco nos sirve para solucionar satisfactoriamente el problema, puesto que, sea legal o voluntaria esa representación, lo que es necesario saber es *a quién representa el ejecutor testamentario*, problema que esta teoría no nos aclara.

14. *Teoría del órgano.*

Endeman y Seckt, considerando insuperables las dificultades que hemos visto, se oponen a la teoría de la representación y llegan a la conclusión de que el ejecutor testamentario *es órgano de los intereses del difunto*. El ejecutor—dicen—es órgano portador de intereses no subjetivos a los que presta la personalidad necesaria para su ejercicio y defensa.

Aun aceptando que órgano y representante sean conceptos distintos (43), la idea misma de órgano *presupone la existencia*

(43) PORPETA, en *Sustitución de poder*, Anales de la Academia Matritense del Notariado. T. I, pág. 143 y sigs., distingue dos clases de representación: la representación que llama *orgánica* o *necesaria* y la *inorgánica, voluntaria o eventual*. Incluye en la primera la que comúnmente es llamada representación legal (padres, tutores, etc.) y la representación de las personas jurídicas.

Para dicho autor son órganos en sentido amplio aquellas personas o grupos de personas físicas *sin cuya declaración de voluntad no se reputa jurídicamente expresada la voluntad de otro sujeto de derecho*.

Y una vez dado dicho concepto de órgano, distingue ambas clases de representación en que:

a) La representación eventual es la que otorga el *puro arbitrio* del sujeto representado, pudiendo éste jurídicamente prescindir de ella. Puede dimanar de modo inmediato de una persona individual dotada de capacidad de obrar, o bien derivarse de un incapacitado o de una persona jurídica, en cuyo caso serán sus órganos idóneos quienes la otorguen. Por eso, los incapaces y las

de un sujeto del que el órgano sea una parte. La idea de órgano encierra la de un complejo y vasto organismo del que el órgano es parte para ejecutar una función. El órgano como noción técnico-jurídica requiere una persona moral y, por consiguiente, aplicada a la ejecución testamentaria, o queda privada del significado preciso o se ha de proceder a personificar el patrimonio hereditario (del que sería órgano el ejecutor), incidiendo así en los defectos de la teoría ya criticada, que ve en el ejecutor testamentario un representante de la herencia.

15. Teoría de la delegación.

La sentencia del Tribunal Supremo español de 7 de enero de 1942 (44) parece sostener esta teoría al decir que «...los albaceas o partidores testamentarios actúan en virtud de una delegación sin restricciones de la facultad que al testador compete por virtud del artículo 1.056».

Aunque nuestra doctrina está huérfana, como dice Ossorio Morales, de todo intento de construcción acerca del concepto de delegación (45), podemos considerar con dicho autor a la delegación como «una autorización o una orden conferida a una persona para hacer algo que el propio delegante podría realizar por sí».

Y dado este concepto, la idea de delegación acaso pudiera ser aplicada a los contadores partidores, ya que el testador goza de la facultad de hacer la partición (46), facultad que podría delegar, pero en modo alguno nos sirve para los albaceas, ya que las facultades que normalmente se les confieren (cuidar de que la voluntad del testador se cumpla, como luego veremos) no puede realizarlas el propio testador ni por consiguiente puede delegarlas.

16. Teoría del mandato.

Y llegamos así a la teoría del mandato que a nuestro juicio es la que mejor nos sirve para explicar cuál sea la naturaleza jurídica de los cargos de albacea y contador-partidor.

personas jurídicas, a diferencia de las personas individuales capaces, son susceptibles de una doble representación: orgánica y eventual.

b) La representación orgánica tiene carácter immanente. Es decir, que las facultades representativas de que disfruta el órgano no proceden de una delegación, no proceden de otro sujeto de derecho, sino que al ejercerlas el órgano es el propio sujeto representado quien inmediatamente las ejerce por conducto suyo.

Aunque la noción de órgano que da dicho autor es más amplia que la que sostenemos en el texto, también para él el órgano actúa expresando la voluntad de otro sujeto de derecho. Y esto no es posible sostenerlo tratándose de los ejecutores testamentarios.

(44) Ver el comentario a dicha Sent. por OSSORIO MORALES en «Rev. Leg. y Jurisp.», mayo 1942, pág. 552 y sigs.

(45) Sobre el concepto de delegación ver HUPKA, obra citada, pág. 77 y siguientes, quien la diferencia del mandato y del poder.

(46) Cfr. art. 1.056 Código civil.

Es esta la tesis que tiene gran raigambre en la doctrina moderna y que sostienen, entre otros, Losana, Lomonaco y Borsari en Italia; Colin y Capitant y Planiol en Francia; Sánchez Román y Manresa en España. Es la tesis que también acepta, como veremos, la jurisprudencia.

Pero esto no quiere decir, ni mucho menos, que esta teoría no tenga impugnadores. Por el contrario; hay otra serie de autores que no creen sea esta teoría la adecuada y oponen a su admisibilidad una serie de inconvenientes y objeciones.

Vamos a examinar las principales de estas últimas y, a continuación, a hacer su examen crítico para ver si efectivamente son tales y de tal entidad que impidan la admisión de la teoría.

a) Se dice que no es posible admitir la existencia de tal mandato conferido a los ejecutores testamentarios, teniendo en cuenta que *no coinciden en el tiempo la voluntad del testador y la del ejecutor testamentario por éste designado*, por lo que no siendo posible el acuerdo de voluntades no puede existir el consentimiento, base del mandato (47).

Creemos que esta objeción puede ser rechazada porque cabe en este caso como en el de todos los contratos en general, y dado que está admitida la contratación entre ausentes (48), acudir a la teoría de la *adhesión* que permite que la voluntad del oferente y la del aceptante *se manifiesten en distintos momentos cronológicos*. Las voluntades de las partes (testador y ejecutor testamentario) no confluyen hasta que, muerto aquél, este último acepta el cargo para el que fué nombrado. Es entonces cuando se da la concurrencia indispensable para que exista el consentimiento, pues hasta ese momento de la muerte el causante puede retirar el nombramiento sin más que revocar el testamento en el que lo hizo, y, asimismo, el albacea, digo el ejecutor testamentario, antes de aceptar puede excusarse del cargo para el que fué nombrado o rechazar el nombramiento negándose a aceptarlo.

Pero una vez ocurridos dichos hechos (muerte del testador y aceptación del cargo por el ejecutor), ya se ha producido el concurso de voluntades necesario para dar vida al contrato de mandato.

Por otra parte, y con relación concretamente con el contador-partidor, esta objeción desaparece si se toma en su sentido literal la redacción del artículo 1.057 del Código civil, ya que al hablar este precepto de que el testador «podrá encomendar por acto inter vivos... la simple facultad de hacer la partición», cabe que tal nombramiento de contador se haga en vida del testador, no existiendo entonces ningún obstáculo a que la concurrencia de las voluntades de ambos *tenga lugar en el mismo momento y en el mis-*

(47) Recuérdese que, conforme indica la Sent. de 1.º febrero 1941, ya citada, el mandato es fruto necesario de un acuerdo de voluntades.

(48) Art. 1.262 Código civil, párrafo 2.º

mo documento. A nuestro juicio, sin embargo, y como más adelante diremos, existen dudas acerca de cómo debe ser interpretado dicho artículo, pero ello no destruye el razonamiento que acabamos de hacer.

b) Se objeta también en contra de la admisión de la teoría del mandato, que así como éste *se extingue por la muerte del mandante*, el albaceazgo y, en general, los cargos de executor testamentario *nacen precisamente a la muerte del testador*, no siendo posible admitir en nuestro derecho la figura del *mandato «post mortem»*.

En primer lugar hemos de decir que *no es rigurosamente exacto* que la muerte del mandante ponga siempre fin al mandato. Así, por ejemplo, en el mandato mercantil (49) el mandatario, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 290 del Código de comercio, continúa ejerciendo sus funciones después de la defunción del mandante, en tanto no le sea expresamente revocado dicho mandato. Y el mismo Código civil, como dice Castán (50), pone restricciones al principio de extinción del mandato por muerte del mandante, como lo prueba el artículo 1.738 e incluso el artículo 1.718.

Pero es que, además, creemos posible la admisión del mandato «post mortem» en los casos de los executores testamentarios. Para nosotros cabe admitir dicha clase de mandato, que es aquel que *ha de surtir efectos precisamente a la muerte del mandante*, ya que es a partir de este momento cuando debe el mandatario cumplir el encargo que se le ha conferido.

Esta figura del mandato «post mortem» admitida en el Derecho romano no ha llamado excesivamente la atención de nuestros autores. Así, por ejemplo, Castán (51) se limita a decir, de pasada, que el problema de la validez o nulidad del mandato «post mortem» ha sido objeto de contradictorias opiniones y que en nuestro derecho predomina la de considerar inadmisibles dicho pacto.

La doctrina extranjera, como por ejemplo Bonfante (52), suele distinguir dos especies de este mandato, según se celebre por *via contractual* o el causante *lo otorgue en testamento* aceptándole el mandatario después de la muerte de aquél (que es precisamente lo que ocurre en el caso de los executores testamentarios).

Por eso, para estudiar el problema de la validez de dicho mandato hay que referirse a estas dos clases del mismo separadamente.

Con relación a la validez de la primera variedad, es decir, la

(49) Que es la comisión mercantil, ya que, como dice la Sent. de 26 de enero de 1943, «la naturaleza jurídica del contrato de comisión mercantil no aparece distinta de la del contrato de mandato mercantiles».

(50) Cit. pág. 244 del tomo III.

(51) Cit. pág. 244 de dicho tomo III.

(52) *Mandato post mortem*, en «Scritti giuridici vari», T. III, pág. 262 y siguientes, citada por CÁMARA en *Anales*, T. IV, pág. 633, nota.

hecha por vía contractual, creemos con dicho Bonfante que hay que negársela para el derecho moderno. En primer lugar, y aun prescindiendo de que la muerte del mandante extinga el mandato, se plantea en este caso el siguiente dilema: Si se estima que la relación creada entre mandante y mandatario subsiste a la muerte del primero y su posición jurídica pasa en este punto a sus herederos (53), *quedan éstos convertidos en «domini negotii»* y, por lo tanto, gozarán, como su causante (mandante), de la facultad de revocar «ad nutum» el mandato. Si se pretende que en estos casos el mandato no puede ser revocado «ad nutum» por los herederos del mandante, tenemos establecida una verdadera carga impuesta a aquéllos por un medio (el contrato) no apto para que la misma tenga eficacia.

Con relación al mandato «post mortem», otorgado en testamento, cabe sostener con Coviello (54) que el nombramiento de mandatario es en *principio eficaz*. Hay que considerar como un «modus» la obligación del heredero o del legatario de respetar la disposición de última voluntad que contiene aquel nombramiento. En tales casos vienen limitadas las facultades de los herederos de gozar o disponer a placer de los bienes hereditarios.

Si esto es así, como creemos, es perfectamente aplicable a los ejecutores testamentarios la tesis de Coviello, con lo que desaparece la objeción de la imposibilidad de admitir el mandato «post mortem» con relación a los mismos.

De lo que antecede, se desprende que la validez del mandato «post mortem» sólo cabe predicarla cuando éste se otorga en testamento. Vamos a ver, a continuación, cómo se verifica el nombramiento de los ejecutores testamentarios en nuestro derecho a efectos de la atribución a los mismos de tal carácter de mandatarios «post mortem».

Con relación a los *albaceas*, nuestro Código civil dispone que su nombramiento se haga en testamento, ya que el artículo 892 declara que:

«El testador podrá nombrar uno o más albaceas.»

No cabe, por lo tanto, que se nombren tales albaceas fuera del testamento. Manresa, ocupándose del problema, se inclinó por la negativa, y ante el silencio del Código respecto a la posibilidad

(53) Por imperativo de lo dispuesto en el art. 1.257 del Código civil, que dispone que «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley». Por ello y no estando el mandato comprendido en ninguna de las tres excepciones que señala el precepto, no hay duda de su transmisión a los herederos al fallecimiento de alguna de las partes.

(54) *Mandato «post mortem»*. «Riv. Dir. Civile», 1930, pág. 55, citado por CÁMARA en la obra citada.

de nombramiento por acto inter vivos, no hay más remedio que seguir su opinión.

Por lo tanto, el mandato «post mortem» conferido a los albaceas, como ha de hacerse en testamento, es perfectamente válido, conforme a la tesis de Coviello que antes hemos indicado.

Con relación a los *contadores partidores*, parece surgir un obstáculo de lo dispuesto en el artículo 1.057 del Código, a cuyo tenor:

«El *testador* podrá encomendar por acto inter vivos o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición...»

Si el nombramiento se hace en testamento, no hay problema y será de aplicación lo que respecto a los albaceas hemos dicho.

Pero cuando el nombramiento se ha hecho en acto inter vivos, parece que nos encontramos con un caso de mandato con efectos «post mortem» originado por un contrato, con lo que caemos en la nulidad que respecto a esta clase de mandatos hemos proclamado siguiendo a Bonfante.

En nuestra opinión, la redacción del artículo 1.057 plantea el siguiente problema: ¿El nombramiento de contador-partidor por acto inter vivos es válido sin otro requisito o requiere siempre el complemento de un testamento en el que el testador se refiera a dicho nombramiento?

El Código civil no está claro sobre el particular, ya que si bien habla de acto inter vivos, comienza refiriéndose *al testador*, lo que parece indicar que debe de haber un testamento, ya que de lo contrario no existiría *tal testador*.

Roca Sastre (55), al tratar de la cuestión, dice que «aunque el artículo 1.057 del Código civil, interpretado literalmente, sólo faculta al *testador* para designar comisario, no obstante debe entenderse aquella palabra en el sentido genérico de causante, pues si según el propio precepto puede el testador nombrar comisario no sólo en testamento, sino también en acto inter vivos, y *hasta en testamento otorgado a este único objeto*, cabe que exista comisario en caso de sucesión intestada».

No hay cuestión en cuanto a este último supuesto, ya que aunque se abra la sucesión intestada no hay duda de que *existe un testamento* en el que se nombró al contador. Pero en los demás supuestos de nombramiento en acto inter vivos, ¿es o no necesario el testamento?

El carácter sucesorio de la materia lo reconoce el mismo Roca Sastre, cuando dice que aun hecho el nombramiento en acto inter vivos bastará que el que lo haga tenga la *testamentifacción activa*.

Pues bien: dado el carácter sucesorio de la materia, creemos

(55) *Tratado de Derecho hipotecario*. T. II, pág. 626.

que la solución del problema debe ser la misma que la que la jurisprudencia ha dado al que de modo análogo plantea el artículo 1.056 del Código civil. Según este artículo:

«Cuando el testador hiciera por acto intervivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.»

La dición que emplea este artículo es muy parecida a la del artículo 1.057, ya que los dos hablan de *testador* y de actos *intervivos* y *mortis causa*. Por eso se ha planteado la cuestión en relación con este artículo 1.056 de si basta la partición por acto intervivos o *se requiere además un testamento previo o posterior*.

La jurisprudencia ha resuelto la cuestión en el sentido de que *siempre es necesaria la existencia de un testamento*. Así, la importante Sentencia de 6 de marzo de 1945 (56), siguiendo la doctrina sustentada con anterioridad, dice que «la facultad que concede el artículo 1.056 supone y requiere un testamento previo o ulterior en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sean las de la sucesión intestada (Sentencias de 12 junio 1903 (57) y 6 marzo 1917); que dicha facultad no obstaculiza la posible variación de la voluntad del causante durante su vida y el otorgamiento consiguiente de otro testamento que deje sin efecto el anterior y la división realizada (Senten-

(56) Ver comentario por BONET RAMÓN, «Rev. Der. Priv.», 1945, página 446 y sigs.

(57) El texto del art. 1.056—dice esta sentencia—no autoriza para entender que una persona pueda hacer por acto intervivos la partición de sus bienes a que se refiere la sección en que figura dicho artículo *sin que exista la norma de un testamento* que contenga la expresión de la última voluntad de aquélla o la norma de la Ley, pues que de otra suerte equivaldría la partición hecha *sin dicha norma* a un modo de testar no previsto, ni autorizado, ni incluido en el capítulo que trata de los testamentos y, en especial, de la forma de los mismos.

CASTÁN (cit. pág. 206 del Tomo IV, de donde hemos tomado dicha sentencia) dice, refiriéndose a la tendencia del Tribunal Supremo, que la Jurisprudencia atendiendo a que el art. 1.056 atribuye únicamente la facultad de hacer la partición al testador y no al causante, entiende que *únicamente cuando existe testamento* está autorizada la partición por actos intervivos, y en apoyo de esta tesis cita la sentencia que antes hemos transcrito.

No hay duda de que a la vista de dicha sentencia no cabe sostener otra opinión, por eso no comprendemos la posición de ROCA SASTRE (*Tratado de Derecho hipotecario*, t. II, pág. 618), cuando, refiriéndose también a la citada sentencia, dice que la misma «en rigor viene a declarar que goza de esta facultad de hacer la partición de su herencia tanto el testador *como el que fallece intestado*, añadiendo que «es necesario, caso de fallecer el causante sin testamento», *que manifieste su voluntad de aceptar la norma legal de distribución intestada*, sin que esa manifestación implique forma alguna de testamento (?) no reconocida por la ley, pues precisamente la implicaría no sólo el no ajustarse la partición al ordenamiento intestado, sino el omitir aquella manifestación.

cias 9 junio 1903 y 9 julio 1940), y que no obsta a la validez de la partición el haber sido hecha en documento privado cuando en testamento posterior se refiere a ella el padre y no perjudica la legítima de los herederos (Sent. 6 marzo 1917).

Si esta es la solución que debe aplicarse tratándose de la partición de herencia hecha por el testador en acto intervivos, *la misma debe regir tratándose de nombramiento de contador-partidor también por acto intervivos*. A nuestro juicio, la analogía entre ambos artículos (1.056 y 1.057), referentes los dos a la partición, la dicción semejante que emplean refiriéndose en ambos «al testador», el carácter sucesorio de la materia, etc., nos hacen afirmar la necesidad de que para la validez del nombramiento de contador-partidor hecho por acto intervivos *exista un testamento en el que el testador se refiera a dicho nombramiento*. Queda de esta forma aclarada la frase «El testador...» con la que empieza el precepto.

Mario Armero (58) dice, refiriéndose a esta cuestión, que se inclina a la opinión de que no es precisa la existencia de testamento para la validez del nombramiento de contador-partidor en acto intervivos, porque—dice—«resulta aceptable tal designación *que no implica disposición o distribución de los bienes* y se limita a designar una persona como árbitro independientemente de quienes sean, y por qué título los llamados a la herencia, supuesto completamente distinto del regulado en el artículo 1.056 en que el testador haga por sí mismo la partición, que necesariamente tiene que referirse a la atribución de bienes a favor de heredero o personas determinadas».

No creemos esté en lo cierto dicho autor, ya que a pesar de lo que dice no hay duda de que el nombramiento de contador-partidor *implica distribución de los bienes*. Es cierto que dicho contador-partidor no designa los herederos (cosa imposible por la prohibición del artículo 670 del Código civil), pero también lo es que el nombramiento se hace para que el nombrado *distribuya los bienes entre los herederos designados en el testamento*.

Pues bien, con la interpretación que propugnamos acerca de cómo ser hecho el nombramiento de contador-partidor y de cuál debe ser el sentido del artículo 1.057, desaparece el obstáculo que el que dicho nombramiento pudiese hacerse *sólo por acto intervivos* podía suponer para la validez del mandato «post mortem» conofirme a lo que hemos expuesto.

La jurisprudencia acepta esta tesis del mandato «post mortem» no sólo refiriéndose al albacea, sino también al contador-partidor. Así la Sentencia de 3 de junio de 1950 (59) dice que si bien en nuestro derecho no se admite la validez del mandato «post mortem», como regla general, existen excepciones como «la im-

(58) *Testamentos y particiones*, pág. 508.

(59) Tomada del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1950-3.º, pág. 971.

plícitamente comprendida en los artículos 892 y 1.057 del Código civil.»

c) Se objeta también que así como el mandato puede ser expreso o tácito, el albacea y el contador-partidor han de ser nombrados *en la forma solemne que supone un testamento* (60).

Esta objeción no puede ser considerada como tal y su refutación es fácil. La forma solemne en que ha de hacerse el nombramiento de los ejecutores testamentarios es exigida como *garantía* de que el nombramiento ha sido hecho, ya que dado que estos cargos empiezan a tener virtualidad cuando el que los designó ha fallecido, el admitir el nombramiento tácito daría lugar a grandes riesgos.

Por otra parte, cuando se trata del mandato ordinario, el artículo 1.713 del Código civil dispone que:

«Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita mandato expreso.»

Y no por ello se nos ocurre pensar que en esos casos no se trata de un verdadero mandato.

d) Se alega, asimismo, como obstáculo que se opone a la tesis del mandato, el que así como éste es *esencialmente revocable*, no ocurre lo mismo con los cargos de los ejecutores testamentarios.

A esta objeción puede oponerse el que ya no es un postulado absoluto el de considerar la revocabilidad como una característica esencial del mandato. La doctrina más reciente (61) admite sin dificultad la existencia de *mandatos irrevocables* y afirma que el principio de la revocabilidad deja de aplicarse en algunos casos, citando, por vía de ejemplo, aquéllos en que el mandato concierne al interés no sólo del mandante, sino del mandatario o de los terceros, y aquellos otros en los que el mandato constituya una de las cláusulas de un contrato sinalagmático, llegando a admitir, inclusive, el pacto de irrevocabilidad del mandato (62).

No siendo, por lo tanto, una característica esencial del mandato la de la revocabilidad, toda vez que en los casos antes citados

(60) Recuérdese lo que respecto al nombramiento de contador partidor he mos dicho en el apartado anterior.

(61) Ver CÁMARA, *La revocación del mandato y del poder*. «Anales», t. IV, páginas 551 y sigs.

(62) La Jurisprudencia del T. S. se había mostrado opuesta a admitir la eficacia de los pactos de irrevocabilidad del mandato. Las sents. de 31 diciembre 1930 y 28 junio 1934 declaran la nulidad de tales pactos (expresos o tácitos). Supone un cambio de orientación la Sent. de 1.º de diciembre de 1941. Este fallo habla de los diversos intereses que en el mandato tengan mandante, mandatario y terceros, lo que puede en muchos casos justificar la oportunidad de un pacto de irrevocabilidad siempre que dicho pacto sea conforme con la finalidad práctica perseguida y no esté en oposición con la moral.

se sigue hablando de mandato aunque esta revocabilidad haya desaparecido o esté limitada, pierde su fuerza la objeción, y por ello no hay inconveniente en admitir que los cargos de ejecutores testamentarios participan de la naturaleza jurídica del mandato, a pesar de su irrevocabilidad. Porque es que además los casos que hemos citado de mandatos irrevocables, no son taxativos y siempre serán susceptibles de ampliación.

En los casos de nombramiento de ejecutores testamentarios la irrevocabilidad no se produce por un capricho, es conforme con la finalidad práctica perseguida por el que los nombró y no puede decirse que sea contraria a la moral. Dichos cargos suponen mandatos conferidos en interés no sólo del mandante (testador), sino también de los herederos o legatarios (63). Y por otro lado, formando parte del nombramiento del negocio testamento, éste ha de subsistir en su totalidad; y como dice Enneccerus, cabe que el fundamento de la irrevocabilidad *esté en el querer del dador del mandato* de procurar un mandato irrevocable, querer que en el caso de los ejecutores testamentarios se produce para conseguir un fin de interés general.

Y como además los cargos de ejecutores testamentarios no son perpetuos, sino temporales (64), y cabe que los herederos insten la remoción del cargo (65) en los casos de actuación dolosa o perjudicial, no cabe hablar de que esta irrevocabilidad del mandato sea perjudicial a sus intereses.

Rechazadas en la forma expuesta las objeciones formuladas contra la tesis que considera que los cargos de los ejecutores testamentarios participan de la naturaleza jurídica del mandato, creemos que es esta teoría la que mejor nos puede explicar cuál sea dicha naturaleza jurídica, tanto por lo que se refiere a los cargos de albaceas como de contadores-partidores. Y como dice Bonfiglio, su admisión ofrece un doble atractivo:

a) Por una parte permite recurrir a la analogía para aplicar a los ejecutores testamentarios las normas referentes al mandato en aquellas cuestiones oscuras o deficientemente reguladas por el derecho positivo al abordar la materia de la ejecución testamentaria.

b) Por otra parte, ambas instituciones tienen el evidente punto de contacto de ser el nervio de ambas el *encargo* que una persona hace a otra de su confianza.

Se han hecho muchos intentos para desentrañar *cuál sea la esencia* del contrato de mandato (66). Sin entrar en el estudio de

(63) Piénsese, por ejemplo, en el caso de herederos ausentes que concurren a la sucesión con otros presentes y se verá el interés de éstos en que el contador dé fin a la partición que de otra forma se dilataría enormemente.

(64) Véase lo dispuesto en el art. 904 del Código civil.

(65) Ver art. 910 de dicho Código.

(66) En nuestro Derecho pueden verse como estudios más recientes el de GARCÍA VALDECASAS, *La esencia del mandato*, en «Revista de Derecho Privado», octubre 1944 y el de CÁMARA, citado anteriormente.

las diferentes construcciones, hemos de decir que el artículo 1.709 del Código civil (67), en el que hay una semidefinición del mandato, acoge, como dice Cámara (68), los tres elementos que sirven para caracterizar el mandato, y que son:

- a) Obligación inicial a cargo del mandatario.
- b) Obligación que consiste en hacer alguna cosa o prestar algún servicio.
- c) Servicio a realizar por cuenta o encargo de otro.

Aunque no en toda su pureza, se dan en los casos de los ejecutores testamentarios estos tres elementos. En efecto:

a) En primer lugar, tanto el albacea como el contador, una vez que han aceptado dichos cargos *quedan obligados a cumplirlos* con arreglo a lo dispuesto por el testador que los nombró y a las disposiciones del Código civil (69).

b) Por otra parte, no hay duda de que la obligación de los mismos consiste en *hacer alguna cosa*. En uno y otro de dichos cargos, los designados tienen que cumplir una obligación de hacer: ejecutar disposiciones piadosas, velar por la ejecución del testamento, practicar la partición de la herencia, etc.

c) Y, finalmente, el servicio que estos ejecutores han de realizar, aunque lo hagan en nombre propio *lo hacen actuando por encargo de otro* (el testador). Es muy significativa en este particular la redacción del artículo 1.057 del Código civil, que habla de que el testador *podrá encomendar...*; palabra de sentido equivalente a *encargar*.

Ahora bien, el que sostengamos que los cargos de ejecutores testamentarios participan de la naturaleza jurídica del mandato, no quiere decir que consideremos que son aplicables a los mismos todas las normas que el Código civil dedica a este último. Se trata en dichos casos de un *mandato especial* que si presenta identidad en cuanto a su esencia, supone al mismo tiempo diferencias con relación al mandato ordinario.

Así nos encontramos con que el mandato ordinario tiene carácter *inter vivos*, mientras que el de los ejecutores testamentarios es *mortis causa*; el primero *termina por fallecimiento* del mandante (70), mientras que el segundo comienza en dicho momento; el mandato ordinario es siempre revocable (71), mientras que los cargos de ejecutores testamentarios se hacen irrevocables al morir el testador y los herederos tienen que respetarlos; el mandatario *puede delegar o sustituir* su encargo siempre que no se le haya

(67) Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra.

(68) Trabajo citado, pág. 557.

(69) El albacea que acepta este cargo, dice el art. 899 del Código civil, *se constituye en la obligación de desempeñarlo*.

(70) Art. 1.732 del Código civil. Ya dijimos que esto no era rigurosamente exacto.

(71) Art. 1.733 del Código civil, con las excepciones que ya indicamos.

prohibido (72), en cambio el albacea sólo puede delegarlo cuando esté expresamente autorizado (73); el mandatario en general no tiene señalado plazo de caducidad, en cambio sí tiene marcado plazo el albacea (74), etc.

Pero estas diferencias (algunas de las cuales no son tales, conforme hemos visto al tratar de las objeciones que se hacen a la teoría del mandato, o al menos no lo son de modo absoluto) no impiden que pueda sostenerse la aplicación a los ejecutores testamentarios de la naturaleza jurídica del mandato. El mandato mercantil, no por ser mercantil deja de ser mandato, y de todos son sabidas las diferencias que le separan del mandato civil.

En lo que se refiere a nuestro Derecho, la jurisprudencia, aunque con fluctuaciones, se inclina a considerar los cargos de ejecutores testamentarios como participando de la naturaleza jurídica del mandato.

Con relación a los *albaceas*, las sentencias de 4 de julio de 1895 y 17 de abril de 1900 sostienen que los mismos *tienen el carácter de mandatarios del testador* y no de los herederos, por lo cual la oposición de éstos a sus actos no les priva de las facultades recibidas. La sentencia de 24 de febrero de 1905 declara que el cargo de albacea constituye por su naturaleza un *verdadero mandato*, a cuyas condiciones debe consiguientemente acomodarse en todo lo que no se halle especialmente regulado.

De esta dirección parece separarse en otras sentencias, ya que en la de 16 de noviembre de 1904 declara que el cumplimiento de las obligaciones y derechos del albaceazgo se rigen por las disposiciones contenidas en el título correspondiente, sin que tengan aplicación a esta materia los artículos 1.728 y 1.730 del Código civil, porque las relaciones entre el testador y los albaceas no son más que las derivadas del testamento, ni cabe por la *naturaleza especial de este mandato* establecer otras posteriores distintas entre ellos. Y en la sentencia de 2 de marzo de 1935 se declara que la tesis de que el albacea sea un mandatario del testador no es rigurosamente exacta y está hoy abandonada o muy atenuada por la doctrina científica y por la jurisprudencia (75).

Pero no debía estar «tan abandonada y atenuada» dicha tesis cuando en la reciente sentencia de 5 de julio de 1947 (76), úl-

(72) Art. 1.721 del Código civil. Ver el trabajo de PORPETA, citado.

(73) Art. 909 del Código civil.

(74) Art. 904 del Código civil.

(75) En realidad en estas sentencias lo que viene a querer decirse, aunque no se diga claramente, es que los albaceas son mandatarios del testador, pero *mandatarios especiales* a los que no pueden aplicarse todas las normas que el Código establece para el contrato de mandato. De aquí que en la Sent. de 16 de noviembre de 1904 se hable de la *naturaleza especial de este mandato*. Pero no por ser mandatos especiales dejan de ser mandatos, como ya hemos dicho en el texto.

(76) Ver el comentario por BOWEN, en «Rev. Der. Privado», 1947, página 887. Para este autor no es admisible la atribución al cargo de albacea de la

tima que conocemos sobre el particular, se afirma categóricamente que «atribuído a los ejecutores testamentarios el cumplimiento de la voluntad del testador, tiene el albaceazgo su justificación y fundamento en la *confianza* que aquél deposita en los albaceas y en la lealtad y rectitud con que a ella han de corresponder éstos al ejercitar sus facultades, y si bien por acusadas notas distintivas la expresada institución se diferencia del mandato, *tanto a él se asemeja*, según lo define el artículo 1.709 del Código civil, que no puede desconocerse que el concepto jurídico del cargo de albacea es, como ya tiene reconocido esta Sala, *el de ser mandatario del testador*».

Con relación al contador-partidor viene a sustentarse el mismo criterio. Así, la Resolución de 22 de enero de 1898, con doctrina confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de febrero de 1905, dice que «los actos ejecutados por el comisario tienen la misma fuerza y eficacia que los realizados por el *comitente* y se reputan para todos los efectos jurídicos como practicados por éste».

Y la ya citada sentencia de 5 de julio de 1947 declara que «aunque el testador encomiende la simple facultad de hacer la partición a personas distintas (de los albaceas), el cargo de éstas (que son los contadores partidores de que habla el art. 1.057) *no constituye función esencialmente diferente de la de los albaceas*. Y siendo idéntica la función, idéntica ha de ser también la naturaleza jurídica de la misma.

IV

CAPACIDAD PARA DESEMPEÑAR LOS CARGOS DE ALBACEA Y DE CONTADOR PARTIDOR

Vamos a referirnos separadamente a dichos dos cargos.

17. *Capacidad para ser albacea.*

El antiguo Derecho español, como dice Castán (77), establecía una larga serie de incapacidades para ser albacea, en las que estaban comprendidas las de los siervos, religiosos, mujeres, menores, locos, herejes, moros, judíos, sordomudos por naturaleza, alevosos, traidores y condenados a muerte o extrañamiento. (Fuero Real, ley 7.ª, tít. V, lib. III.)

naturaleza jurídica del mandato y prefiere considerarlo como *una institución especial* o a lo más como un caso de *representación del testador*, que tiene su origen en un negocio jurídico unilateral, nunca en un mandato.

No creemos admisible esta última posición por las razones que expusimos al criticar la teoría de la representación. Y en cuanto a lo de «institución especial», es una manera cómoda de salirse de la cuestión sin resolverla.

(77) Obra citada, pág. 585.

El Código civil ha simplificado mucho la materia, y al tratar de su regulación se limita a establecer una regla general negativa en el artículo 893, párrafo primero, a cuyo tenor:

«No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse.»

estableciendo a continuación como reglas o incapacidades especiales las dos siguientes:

a) La del *menor de edad*, que «no podrá serlo ni aún con la autorización del padre o del tutor» (art. 893, párrafo tercero).

Se plantea el problema, con relación a esta incapacidad, de si se refiere a *toda clase de menores* o de si, por el contrario, *quedan excluidos los emancipados*, que por tanto podrán ser albaceas.

Algunos autores sostienen esta última interpretación basándose, en primer lugar, en que el artículo 317, como ha indicado reiteradamente la jurisprudencia (78), es de interpretación restrictiva, y en él no aparece la prohibición de que el menor emancipado sea albacea, y además, en segundo lugar, en que el menor emancipado tiene capacidad para obligarse, como se desprende del artículo 1.263 del Código civil a «sensu contrario».

Así opina, por ejemplo, Mario Armero (79), quien dice que para ser albacea «tendrá suficiente capacidad el menor de edad emancipado por matrimonio, por concesión del padre o de la madre o habilitado de edad, porque puede obligarse sin necesidad de autorización o consentimiento del padre, madre o tutor» (artículos 59, 317 y 324 C. c).

A pesar de que dichas objeciones parecen de peso, nosotros creemos que el artículo 893 *no permite a los menores ser albaceas ni aun estando emancipados*, pues no hace distinción alguno. A nuestro juicio, si no fuese la intención del precepto la de prohibir el ejercer el cargo de albacea a toda clase de menores (emancipados o no), *sobraba por superfluo*, ya que estableciendo el párrafo primero del mismo artículo que pueden ser albaceas los que tengan capacidad para obligarse, y disponiendo el artículo 1.263 que pueden obligarse los emancipados, pero no los menores que no ostenten tal carácter, *se sobreentendía que los menores no emancipados no podían ostentar dicho cargo*.

b) La de la *mujer casada*, que sólo puede ser albacea con licencia de su marido, que no será necesaria cuando está separada legalmente de él (80).

(78) Ver Res. 15 marzo de 1902 que sostiene sobre el particular que «dado el carácter restrictivo de las disposiciones contenidas en los arts. 317 y 324 del Código civil, no deben interpretarse extensivamente, pues de prevalecer el criterio contrario quedarían sumamente mermadas y frecuentemente ilusorias las ventajas de la emancipación».

(79) Obra citada, pág. 507.

(80) Art. 893, párrafo 2.º, concordante con los arts. 60 y 61 del Código, que impide a la mujer contraer obligaciones sin licencia del marido.

Hay autores que creen que aunque el Código no lo prevea especialmente deben considerarse como capaces para ser albaceas a las mujeres casadas *bajo el régimen de separación; sea éste preceptivo o se establezca convencionalmente*, porque no comunicándose—dicen—los patrimonios de los conyúges, según acreditan los artículos 50 y 1.432 y siguientes e indirectamente el artículo 1.548 del Código civil, no puede haber perjuicio para la jefatura del marido, la cual tiene caracteres harto precarios en estos casos (81).

No compartimos esta opinión. A nuestro juicio, el artículo 893, párrafo segundo, *se refiere solamente a los casos de separación judicial*, aunque en vez de decirlo claramente hable incorrectamente de que la mujer «esté separada legalmente del marido». Y nos fundamos para sostener dicha tesis en el argumento siguiente:

El artículo 893 dispone que la mujer podrá ser albacea *con licencia de su marido*. Pues bien: mientras esta licencia *pueda obtenerse* no hay razones para sostener que puede ser albacea la mujer sin ella. Y así, mientras los casos de separación *convencional* o *legal* no afectan para nada al régimen de subordinación de la mujer al marido, por lo que en ellos dicha licencia puede fácilmente ser prestada por el marido (por lo que será de aplicación dicho artículo 893), en los casos de *separación judicial* (82) se produce una anormalidad en el matrimonio, y en ellos la licencia marital no puede ser prestada ni por el interdicto por *imposibilidad jurídica*, ni por el ausente *por imposibilidad física*, ni por el marido culpable del divorcio *por imposibilidad moral*. De aquí la razón de ser del precepto que comentamos, que queda así centrado en sus justos límites.

Se suele decir que el único caso en que la mujer casada *no necesita* licencia de su marido para ser albacea *es cuando sea su propio esposo el que la nombra*.

En realidad, ésta es una excepción sólo aparente, ya que precisamente cuando la mujer entra en el desempeño del cargo de albacea *habrá dejado de ser casada*, pues precisamente el ejercicio de dicho cargo comenzará en el momento en que el marido fallezca.

Además de estas dos incapacidades especiales la concordancia del artículo 893 con el 1.263 nos lleva a considerar como incapaces para el cargo de albacea a los *locos o dementes* y a los *sordomudos que no sepan escribir*.

Pero cabe preguntarse si además de las que se han indicado existen otras incapacidades para el desempeño del cargo de albacea.

En primer lugar surge el problema con relación a los *pródigos*.

(81) GÓMEZ MORÁN, obra citada, pág. 143.

(82) Interdicción civil, ausencia y divorcio. Art. 1.433 Código civil.

Sin entrar en el estudio detenido de la prodigalidad, sobre la que recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo (83), no hay duda de que es una circunstancia que afecta de modo esencial y directo a la aptitud jurídica del individuo *para administrar*. Y si como consecuencia de ella se prueba su incapacidad para tales efectos, ¿podrá confiarse al pródigo la administración del patrimonio ajeno con facultades que no puede ejercer respecto del patrimonio propio?

En esta cuestión creemos que deben hacerse distinciones.

No hay duda de que cuando al pródigo se le declare incapaz para ser albacea en la sentencia en que se declare la prodigalidad (84), no podrá, evidentemente, desempeñar dicho cargo. Pero por otra parte pueden darse casos en los que el albaceazgo *no suponga funciones administrativas*, por lo que, y dado que la prodigalidad no supone perturbación alguna de las facultades intelectuales, no parece exista inconveniente para que los pródigos puedan ser albaceas en estos casos.

Creemos, pues, que habrá que atender para solucionar esta cuestión *a cada caso concreto*, teniendo para ello en cuenta las facultades que se hayan señalado al albacea en el testamento en el que se le nombre.

Otro problema surge con relación a los sujetos a *interdicción civil*.

Tampoco en el Código civil hay referencias a si los que se hallen sujetos a interdicción civil pueden ser o no albaceas. Pero dado que, según el Código penal, la interdicción civil es una pena accesoria (art. 27) de la de reclusión mayor (veinte años y un día a treinta años) y de la de muerte no ejecutada (atrs. 45 y 72), y como estas penas suponen la *privación de libertad*, ¿cómo, cuándo y con qué elementos y medios podrá el interdicto nombrado albacea ejecutar su cometido?

Por eso creemos que la interdicción civil supone *incapacidad absoluta* para el desempeño del albaceazgo.

Pueden surgir dudas, asimismo, acerca de si es incapaz para ejercer el cargo de albacea *el sacerdote que haya confesado al testador en su última enfermedad*, duda que puede surgir por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 752 del Código.

La cuestión está resuelta por la Jurisprudencia, ya que, como dice la sentencia de 8 de enero de 1896, el artículo 752 debe in-

(83) Sentencia de 25 marzo 1942. En esta sentencia se señala con acierto cuál es la razón de ser de la prodigalidad según la regula el Código civil al decir que «en dichas disposiciones (las que el Código civil dedica a la prodigalidad) la prodigalidad aparece virtual, pero claramente conceptuada como manifestación o expresión, no de perturbación alguna de las facultades intelectuales, sino de un *desequilibrio o desorden que hace referencia únicamente al orden económico...*»

(84) Lo que es perfectamente posible, ya que el art. 222 del Código civil en su párrafo 2.º dispone que «La sentencia (en que se declare la prodigalidad) determinará los actos que queden prohibidos al incapacitado.»

terpretarse restrictivamente, por lo que si bien incapacitará al sacerdote para recibir algún legado del testador, no obstará ello al ejercicio del cargo de albacea, ya que el hecho de ser sacerdote ni está previsto en el artículo 893 como causa de inhabilidad, ni se registra en el artículo 1.263, ni en ninguno de sus concordantes, como motivo que incapacita al sujeto para obligarse.

18. *Capacidad para ser contador-partidor.*

El Código civil no dedica más que un artículo—el 1.057—a la regulación del cargo de contador partidor, y en dicho artículo señala una restricción para el ejercicio del cargo; restricción que más que un caso de incapacidad en sentido técnico, supone una *prohibición* que obsta al desempeño del mismo.

Esta prohibición se refiere a los herederos, ya que el artículo habla de que puede encomendarse la simple facultad de hacer la partición «a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.»

La razón de ser de esta prohibición está plenamente justificada, ya que por tener los herederos un interés personal en la partición ello podría inducirles a obrar con parcialidad en la práctica de la misma.

Esta restricción creemos, con Roca (85), que desaparece cuando el coheredero designado *renuncie a la herencia*. Así lo entendió la sentencia de 13 de junio de 1898, relativa al caso de un cónyuge viudo designado contador. Pero la Resolución de 12 de noviembre de 1895 adoptó criterio contrario, por entender que la incapacidad en cuestión ha de ser referida *al momento del nombramiento*, y que por ser establecida por razones de interés público no puede desaparecer por actos personales del incapaz.

Esto supone, a nuestro juicio, un rigor exagerado, porque el argumento de la citada Resolución actúa perfectamente si se trata de un caso de incapacidad en sentido técnico, pero no tratándose de una prohibición como ésta, que debe desaparecer cuando su motivación finalista no exista.

Surgen también problemas tratándose de los contadores partidores cuando se estudia su capacidad para el desempeño del cargo. Así, por ejemplo, se plantea la cuestión de si pueden serlo los *legatarios*, sobre todo si son *de parte alicuota*.

Tratándose de legatarios *de cosa específica y determinada* propia del testador, parece que no ha de haber obstáculo para que sean contadores partidores, ya que siendo la cosa objeto del legado perfectamente determinada y señalada por el testador, no cabe que los legatarios contadores puedan causar perjuicio a los demás interesados en la partición.

Con relación, en cambio, a los *legatarios de parte alicuota*, el

(85) *Tratado de Derecho Hipotecario*, t. II, pág. 626.

problema es más complejo. Escobar de la Riva (86) se inclina por la opinión que niega la posibilidad de ser contadores partidores tales legatarios por las siguientes razones:

a) Que si conforme al artículo 768 del Código civil el heredero instituido en cosa cierta y determinada ha de ser considerado como legatario, parece, según expresa Castán, que, a la inversa, el legatario de parte alicuota debe ser considerado como heredero, hallándose así dentro de la prohibición del artículo 1.057.

b) Que siendo el legatario de parte alicuota, máxime si concurre con otros legatarios, pueden alcanzarle, dada la índole de su participación en la herencia, las propias razones que hacen al heredero incompatible para desempeñar la función de contador partididor.

No podemos entrar en el estudio de esta interesante figura de legatario de parte alicuota (87); pero sí hemos de decir, con re-

(86) *Partición por comisario*, «Revista Crítica de Derecho inmobiliario», 1940, pág. 392.

(87) La determinación de la verdadera naturaleza del legado de parte alicuota lleva a determinar cuál sea la verdadera distinción entre los conceptos de heredero y de legatario, es decir, entre los casos de sucesión a título universal o a título singular.

Sabido es que son dos los criterios para resolver la cuestión: el *subjetivo*, que atiende a la mera intención del testador manifestada en los términos del llamamiento (arts. 675 y 668 del Código civil) y el *objetivo*, que atiende a la determinación o no determinación de los bienes dejados a una persona.

Con relación al legado de parte alicuota, la doctrina en nuestra Patria está dividida.

Hay autores que, sosteniendo el criterio objetivo, niegan que el legado de parte alicuota sea un verdadero legado y creen que se trata de un caso de institución de heredero. Así opinan, por ejemplo, OSSORIO MORALES en *El legado de parte alicuota*, «Estudios de Derecho privado», pág. 144, y DE BUEN, *Derecho civil*, t. VIII, pág. 285. Se adhiere a estas opiniones recientemente el autor cubano MARIO DÍAZ CRUZ en su obra *Los legados*, pág. 488.

Pero frente a esta opinión está la de los autores que admiten francamente la institución del legado de parte alicuota como cosa distinta de la institución de heredero. Entre éstos tenemos a GONZÁLEZ PALOMINO, en «Anales», t. II, páginas 523 y sigs.; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, pág. 188 del tomo II; JOSÉ ROAN, *Texto refundido de la Ley Hipotecaria*, «Rev. Derecho Priv.», octubre 1946, pág. 746; VALLET DE GOYTISOLO, *Imputación de legados a favor de legitimarios*, «Rev. Der. Priv.» 1948, pág. 436, etc.

La jurisprudencia, después de diversas fluctuaciones, admite la existencia del legado de parte alicuota como figura intermedia entre el legado y la herencia propiamente dichos. Así lo hacen las Sentencias de 16 octubre 1940 y 11 enero de 1950. ROAN cita además la Sent. de 15 enero de 1918.

Recientemente ha roto lanzas en favor de la admisión de esta clase de legado, como cosa distinta de la institución de heredero, RAFAEL NÚÑEZ LAGOS (Prólogo a la obra de MARIO ARMERO, *Testamentos y particiones*) que se inclinan por el criterio subjetivo con razones que a nuestro juicio, y como dice CASTÁN (Prólogo a la obra *Los legados*, de MARIO DÍAZ CRUZ), no son deseñables.

En efecto, desde el punto de vista *histórico* ha de ser vista con simpatía una doctrina que aspira a mantener las esencias tradicionales de nuestro Derecho, ya que como dice el citado NÚÑEZ LAGOS, nuestro Código no supone una invención «ex novo» del Derecho civil, ni menos del Derecho sucesorio, sino la formulación o expresión con ciertas talas y reajustes de nuestra tradición ju-

lación al tema que nos ocupa, que si bien la primera de estas razones no nos parece de peso, sí en cambio la segunda, ya que, como dijimos, la finalidad del Código civil al prohibir el ejercicio del cargo de contador partidor a los coherederos fué la de evitar que su interés en la herencia les hiciese ser *parciales* en la partición. Esta razón existe con la misma intensidad cuando se trata de los legatarios de parte alicuota, ya que la indeterminación de la cuantía de su legado, en función del total valor del as hereditario, hace que pueda temerse fundadamente en que no fuesen parciales en la partición que realizasen. Por eso creemos que no pueden ser contadores partidores tales legatarios.

Como es lógico, alcanza también a los contadores partidores la incapacidad general que señala el artículo 893 para los albaceas, y por analogía creemos también de aplicación las dos incapacidades especiales de que habla el citado artículo.

V

FACULTADES DE LOS ALBACEAS Y DE LOS CONTADORES PARTIDORES

19. *Carácter testamentario de estos cargos.*

Siendo los cargos de albaceas y de contadores partidores cargos testamentarios (máxime habida cuenta de la interpretación que, a nuestro juicio, debe darse a la dicción del artículo 1.057) se comprende que en la determinación de las facultades que a cada uno de ellos corresponde *juegue un importante papel la voluntad del testador.*

Pero aun siendo ello cierto, nosotros nos vamos a referir en este apartado a las facultades que con arreglo a lo dispuesto en el Código civil tienen ambos cargos, prescindiendo de las que el testador les haya querido conferir. Porque a los efectos del fin que perseguimos en este trabajo, lo que nos interesa es fijar las analogías y diferencias entre ambos cargos, *según los regula el Código civil.*

Sentado lo anterior, vamos a ver si supuesto un testamento en el cual el testador se ha limitado a nombrar albacea a X y contador partidor a Z, sin añadir nada más, ¿cuáles son las facultades

ridica mortis causa, que consagraba en Las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá el mismo criterio subjetivo del Derecho romano. Y desde el punto de vista *práctico* merece ser atendida una doctrina que se inspira en el deseo de respetar la voluntad del testador.

Y aun dentro del criterio objetivo creemos posible la admisión del legado de parte alicuota. Como con acierto dice GONZÁLEZ PALOMINO, «el legado de parte alicuota por definición, *es atribución de una parte de la herencia.* Precisamente por ello, también por definición, *no es ni puede ser un llamamiento a toda la herencia, un llamamiento universal.*»

que corresponden a los así nombrados con arreglo a lo que sobre el particular establece el Código?

Estudiaremos separadamente los cargos de albacea y de contador partidor.

20. *Facultades de los albaceas según el Código civil.*

El Código civil señala en su articulado cuáles son las facultades que corresponden a los albaceas *a falta de expresa designación del testador*.

El principal artículo que dedica a esta materia es el artículo 902. Vamos a examinarlo brevemente.

Dispone dicho artículo que:

«No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes:

1.ª Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento y, en su defecto, según la costumbre del pueblo.

2.ª Satisfacer los legados que consistan en metálico con el conocimiento y beneplácito del heredero.

3.ª Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él.

4.ª Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes.»

1.º Con relación a las facultades comprendidas en el primer apartado, no tenemos más que añadir que es común sentir de los autores que también está comprendido dentro de las mismas todo lo relativo al entierro del testador.

2.º Este segundo párrafo plantea ya algunas cuestiones.

En primer lugar, no hay duda de que, a pesar de expresarse en singular, el conocimiento y beneplácito de que habla refiriéndose al heredero, debe ser tenido en cuenta cuando en vez de un heredero único existen varios y, por lo tanto, referirse dicho conocimiento y beneplácito a todos ellos.

Pero la cuestión más interesante que se plantea en dicho precepto es la referente a *cómo debe cumplirse* lo que el mismo dispone en relación con el *conocimiento y beneplácito* de los herederos.

No hay duda de que, dado lo dispuesto en dicho precepto, el albacea no puede hacer el pago *sin comunicarlo antes a los herederos*.

Pero hay una opinión que sostiene que en el caso de que éstos no estén conformes y *no presten su aprobación*, el albacea debe suspender la realización del pago, evitando de esta manera las

reclamaciones que aquéllos puedan formular por haberse excedido en el ejercicio de sus facultades.

Esta interpretación, a nuestro juicio, no debe admitirse. Si fuese admitida nos encontraríamos con que la facultad que el número 2.º del artículo 902 concede a los albaceas es una entelequia, ya que en definitiva la ejecución de la misma dependerá de la actitud que adopten los herederos, a quienes les bastaría con *no contestar* a la comunicación del albacea para evitar el pago de los legados indicados en dicho apartado.

Por eso, ante estas rigurosas consecuencias y teniendo en cuenta, por otra parte, que los legatarios, conforme a lo que dispone el artículo 885 del Código civil y la jurisprudencia que lo ratifica (88), pueden exigir judicialmente al albacea la entrega de los legados, creemos que basta con que el albacea *notifique a los herederos* que va a proceder al pago de los indicados legados, pudiendo verificar dicho pago si los herederos guardan silencio; silencio que puede equipararse en este caso a un beneplácito tácito.

Desarrollando lo dispuesto en el número 2.º del artículo 902, el artículo 903 del Código civil dispone lo siguiente:

«Si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados y los herederos no lo aprontaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles; y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.

Si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación o establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos.»

A la vista del citado precepto, creemos que la facultad que el mismo confiere a los albaceas está condicionada por los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de pago de funerales o de legados *en metálico* (arg. art. 902, núm. 2).
- b) Que no haya en la herencia dinero bastante para dichos pagos.
- c) Que los herederos no lo aporten de su peculio particular.
- d) Que se realice la venta con intervención de los herederos.
- e) Que si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación o establecimiento público la venta de los bienes se haga con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos.

Como dice Castán (89), los herederos han de serlo pura y simplemente por tener la libre disposición de los bienes, pues si exis-

(88) Ver Sent. 24 noviembre de 1911.

(89) Obra citada, t. IV. pág. 588.

te prohibición de enajenar o sustitución, no es posible efectuar la venta de bienes hereditarios sin que precedan las oportunas operaciones particionales.

De los citados requisitos hay uno que requiere una explicación más detenida, el señalado en el apartado *d*), ya que de la interpretación que demos al mismo se derivará que podamos decir que los albaceas tengan mayores o menores facultades.

Para comprender bien esta materia hay que relacionar lo dispuesto en el número 2.º del artículo 902 y este artículo 903 y distinguir:

a) Que haya en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados.

b) Que no lo haya.

Y en este segundo caso distinguir a su vez:

a') Que el importe que se obtenga con la enajenación de bienes *muebles* sea suficiente para realizar los pagos indicados.

b') Que no sea suficiente dicho importe y sea precisa la venta de bienes *inmuebles*.

a) Si en la herencia hay dinero suficiente para el pago de funerales y legados, es de aplicar lo dispuesto en el número 2.º del artículo 902, que debe interpretarse como antes hemos indicado. Unicamente la *oposición* de los herederos al pago dará lugar a que haya necesidad de llegar a la intervención judicial para dilucidar si dicha oposición es o no fundada.

b) Si en la herencia no hay metálico suficiente, entra en juego lo dispuesto en el artículo 903, y, como dijimos, se puede distinguir:

a') Si no existe dinero en la herencia y los herederos no lo aportaren de lo suyo, pueden los albaceas promover la venta de bienes *muebles*. Para ello no creemos sea necesaria la intervención de los herederos ni el cumplimiento de ninguna formalidad especial.

Ahora bien, antes de proceder a la venta el albacea debe poner el hecho en conocimiento de los herederos. Y debe hacerlo así no sólo por virtud de lo dispuesto en el número 2.º del artículo 902, que no establece ninguna salvedad, sino además porque, según claramente se desprende del artículo 903, la facultad de vender bienes muebles es *subsidiaria* y está condicionada no sólo al hecho de que no haya en la herencia metálico suficiente, sino también al hecho de que los herederos no aporten dinero de su propio peculio y no se opongan a la venta. Y siendo esto así, no hay duda de que los herederos deben ser enterados de la falta de dicho metálico para que si quieren suplan esa falta, con lo que la venta de los bienes muebles ya no sería posible.

Esta notificación hecha por el albacea de la necesidad de vender bienes muebles para obtener dinero para el pago de funerales y legados, cumple al mismo tiempo la función de obtener el conocimiento y beneplácito de que habla el citado número 2.º del ar-

título 902. Si los herederos no aportan dinero de su peculio y no se oponen a la venta proyectada por el albacea una vez notificados de la necesidad de la misma, sería superflua una nueva notificación del albacea después de efectuada aquélla y antes de proceder al pago con el dinero obtenido en la misma.

b') El supuesto de que en la herencia no haya metálico y al mismo tiempo no sea suficiente el que pueda obtenerse con la venta de los bienes muebles, es el que plantea una mayor dificultad.

Previendo este caso, el Código dice que «el albacea promoverá la venta de bienes inmuebles con intervención de los herederos».

Esto supuesto, el problema surge al tratar de determinar quién es el que efectivamente hace la venta: ¿el albacea?, ¿los herederos?

La Resolución de 30 de agosto de 1932 (90) viene a reconocer que en el caso del artículo 903 *corresponde la facultad de vender a los albaceas*, y que éstos han de dar conocimiento a los herederos de la venta a realizar y condiciones en que haya de celebrarse, a fin de que obtengan su beneplácito, que puede ser expreso o tácito. Añadiendo que nada impide que el conocimiento por los herederos y su beneplácito se acredite a requerimiento de los albaceas con anterioridad a la venta, ante la autoridad judicial competente y en acto de jurisdicción voluntaria.

Esta Resolución viene a equiparar los casos del artículo 902 y del 903.

En nuestra opinión, esta equiparación es forzada y no puede sostenerse, so pena de prescindir en absoluto de la dicción que el Código civil emplea.

En nuestro entender, no deben considerarse sinónimos los términos «conocimiento y beneplácito» que emplea el número 2.º del artículo 902 y el de «intervención» que usa el artículo 903. Resulta un poco violento sustituir la palabra «intervención», que tiene un sentido específico, por la de «beneplácito», como hace la citada Resolución. Mientras que la palabra intervención supone la *participación directa* de una persona en un acto, sea por sí o por sus representantes, «beneplácito» supone aprobación o conformidad de los actos realizados por otros. Y tampoco es lo mismo intervenir en un acto que tener simple conocimiento de él.

A nuestro juicio, los vendedores, en el caso del artículo 903, tratándose de bienes inmuebles, *deben ser los herederos*, y sólo en el caso de inhibición o resistencia de los mismos lo será el Juzgado en su nombre y a instancia del albacea o de los legatarios que, conforme dijimos, pueden exigir judicialmente la entrega de sus legados.

Caben otros argumentos en pro de esta solución:

En primer lugar, la palabra «promover» que emplea el artículo 903 supone intentar o interesar para que se ejecute un acto cualquiera. Precisamente la ejecución de este acto *queda encomen-*

dada a las personas a quienes se insta, porque si el solicitante o requirente tuviera de por sí facultades para llevar el acto a efecto, excusaría el dirigirse a quienes por lo superfluo de su participación no harían más que complicar el procedimiento para la venta.

En segundo lugar, el párrafo segundo del artículo 903 antes transcrito supone que para el Código son los herederos menores, ausentes, etc., los que venden. De ahí la necesidad de cumplir los requisitos especiales que establece el mismo Código cuando de la venta de los bienes de estas personas se trata (91). Si quien vendiese fuese efectivamente el albacea creemos totalmente superfluos dichos requisitos, siendo a nuestro juicio suficiente poner la venta en conocimiento de los representantes legales de dichos herederos. No vemos razón de la diferencia tratándose de herederos mayores o menores, presentes o ausentes, supuesto que quien vende sea albacea. Si éste puede vender con sólo dar conocimiento de la venta, ¿a qué se necesita la autorización judicial o del Consejo de familia?

Lo que en realidad ocurrirá en la mayoría de los casos es que los herederos faculden al albacea para vender, pero en estos casos dichos albaceas no actuarán en nombre propio, sino en el de los herederos.

Realizada la venta, su importe será entregado por éstos al albacea, y el sobrante, después de hechos los pagos que motivaron la venta, será retenido por dicho albacea, que dará cuenta de él al rendir las que le correspondan por su cargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 907.

Merece censura el Código, que ha dejado reducidas a una pura entelequia las facultades de los albaceas en este caso, a falta de expresa determinación del testador. Pero aunque ello sea así, no hay más remedio que aceptar la interpretación que hemos dado como única posible, cualquiera que sea el carácter de los herederos (forzosos o voluntarios) que concurran a la herencia, ya que el artículo 903, como tampoco el 902, no distinguen.

Desde el punto de vista «de lege ferenda» creemos que en el caso del artículo 903 se debería distinguir:

a) *Si sólo hay herederos voluntarios.*—A la voluntariedad del llamamiento puede el testador anteponer una serie de facultades a favor de los albaceas que, por tanto, podrían vender sin más cortapisas que las impuestas en el testamento.

b) *Si hay herederos forzosos.*—Sabido es que el título de éstos, de carácter legal (92), se impone al mismo testador (93) (inoficio-

(91) Autorización judicial tratándose de menores de edad sujetos a patria potestad o ausentes, arts. 164 y 186 del Código civil; autorización del Consejo de familia y subasta pública tratándose de menores sujetos a tutela, arts. 269, número 5.º y 272 mismo Código, etc.

(92) Para GONZÁLEZ PALOMINO, "Anales", t. II, pág. 538, nota, cabe hablar en nuestro Derecho de tres tipos de delación

4.º Sánchez Román y Castán (95) suponen que este precepto constituye al albacea en *depositario y administrador* de los bienes a los efectos de la conservación de los mismos. Es decir, que en base a esta facultad, el albacea ha de limitarse a actos puramente *conservativos*.

No es solamente el citado artículo 902, complementado, como vimos, por el 903, el que establece las facultades que tienen los albaceas en defecto de expresa disposición del testador. Hay otros preceptos del Código en los que aparecen recogidas otras facultades que a los albaceas corresponden sin que el testador se las haya conferido expresamente.

Así ocurre en los casos previstos por los artículos 747 y 749, pero por tratarse de supuestos concretos y especialísimos no los desarrollamos aquí para no dar desmesurada extensión a este trabajo (96).

21. *Facultades de los contadores según el Código civil.*

El artículo 1.057, como hemos dicho, les concede únicamente «la simple facultad de hacer la partición». Por tanto, y como dice Roca Sastre (97), su cometido es «contar y partir».

Esta simple facultad de hacer la partición tiene como contenido, según dicho autor, las siguientes operaciones:

- a) Determinar el activo y el pasivo hereditario (inventario).
- b) Valorar lo inventariado (avalúo).
- c) Verificar la liquidación de la herencia, deduciendo del valor del activo el pasivo, y después, no antes, agregar el valor de lo colacionable, así como tener en cuenta el valor de lo computado al efecto de regular las legítimas en su caso (liquidación).
- d) Determinar los haberes hereditarios de cada partícipe (fijación de haberes).
- e) Dividir los bienes de la herencia, haciendo lotes de bienes de igual naturaleza y calidad (división).
- f) Atribuir o asignar un lote de bienes a cada heredero en pago de su haber según su respectiva participación (adjudicación hereditaria).

A pesar de la clara dicción del artículo 1.057, se han producido dudas en orden a las facultades de los contadores partidores para realizar determinados actos que están situados en una zona gris entre la esfera de la enajenación y de la partición. Así ocurre en los casos siguientes:

a) *Adjudicaciones por razón de deudas*.—Tratándose de adjudicaciones por razón de deudas, se plantea la cuestión de cuáles

(95) CASTÁN, obra citada. T. IV, pág. 588.

(96) Con relación al caso del art. 747, véase a MALDONADO Y F. DEL TORCO, en *Herencias en favor del alma en el Derecho español*

(97) Obra citada. T. II, pág. 628.

son las que puede el contador partidore realizar sin salirse de su cometido.

Sobre esta materia existe numerosa jurisprudencia, y la condensación de ella la hace, como dice Roca Sastre, la Resolución de 20 de septiembre de 1933, según la cual en las adjudicaciones que se verifican en las particiones hereditarias debe distinguirse entre «las que se hacen *en pago y para pago* de deudas, así como también debe distinguirse, atendiendo a los elementos personales de la relación, si las deudas han sido contraídas por el *causante* o por los *herederos*, así como si la adjudicación se hace a *éstos*, a los *acreedores* o a *terceras personas*, con requisitos civiles y efectos hipotecarios diversos».

A juicio de esta Resolución, como apunta Roca Sastre, *no todos estos tipos de adjudicaciones son actos de partición*. Como criterio general, sienta el de que las fincas adjudicadas no salgan del poder de los inmediatamente llamados al patrimonio relictivo, porque al hacerse a extraños se realiza un acto de enajenación a título oneroso, por precio debido y compensado, que requiere el consentimiento de todos los interesados en la herencia como requisito esencial para la validez del contrato.

De esta jurisprudencia resulta que *son actos de partición y podrá realizarlos el contador las adjudicaciones para pago de deudas del causante hechas a favor de los herederos*.

Todas las demás adjudicaciones serán, por lo tanto, actos de enajenación, entrando en este último concepto:

a') Las adjudicaciones *para pago* de deudas *del causante* hecha a *extraños*.

b') Las adjudicaciones *en pago* de deudas.

c') Las adjudicaciones *en pago* o *para pago* de deudas propias de los herederos.

Esta es, repetimos, la doctrina jurisprudencial «ortodoxa». Pero a pesar de ella se plantea el problema de si efectivamente las adjudicaciones para pago de deudas son o no actos de enajenación, ya que de serlo caerían fuera del campo de la simple facultad de hacer la partición conferida por el artículo 1.057 a los contadores.

En primer lugar, hay que tener en cuenta, como dice Sánchez Román (98), que *avarían* los términos de la adjudicación según que en la partición se *apliquen* determinado número de bienes a este fin, quedando encargados de realizarlo ya los albaceas, ya cualesquiera de los herederos u otra persona con la aprobación de éstos; o que *se adjudiquen* a un heredero como parte de su haber, transmitiéndole *su propiedad* con la expresada carga de pagar aquellas obligaciones *bien de su pecunio propio, bien vendiéndolos* y aplicando el importe de la venta al pago de las obligaciones de que se trate, *con rendición o no de cuentas y devolución de so-*

brantes a los demás coherederos en la parte proporcional correspondiente a su respectivo haber, o *sin esta devolución*, gane o pierda en ella el adjudicatario, que *hace suyos los bienes o su importe y suyas también las responsabilidades integras* de las obligaciones para cuyo pago se adjudicaron, constituyendo a mayor seguridad del cumplimiento de su encargo *hipoteca especial* a dicho fin sobre los mismos bienes adjudicados».

En realidad, de este cuadro se deduce que las figuras *son dos* netamente diferenciadas: comisión o encargo (*adjudicación comisión*) y adjudicación traslativa (*adjudicación asunción*).

No se han puesto de acuerdo los autores acerca de cuál sea la naturaleza de estas dos clases de adjudicaciones.

Para Lacal (99) la primera variedad (para él la normal) consiste en un *mandato sin representación*, de naturaleza *real*, porque al ser sin representación supone una *efectiva transmisión* de los bienes, y *fiduciario*, porque descansa en la confianza depositada en el mandatario.

La segunda variedad (anormal) estriba en la adquisición que de los bienes adjudicados hace para sí el adjudicatario, destinándose el precio de dicha adquisición a extinguir determinadas obligaciones.

Para González Palomino (100), la adjudicación en comisión (primera variedad) presupone sólo un *poder de venta y un mandato de pago*, mientras que en la adjudicación propiamente dicha (segunda variedad) hay un *negocio de transmisión onerosa de propiedad* cuya base es la asunción de la deuda, de estructura igual a la de una compraventa cuyo precio fuera un crédito.

Roca Sastre (101) coincide con González Palomino en la construcción de la segunda variedad (impropia, a su juicio) de la adjudicación para pago, y por lo que se refiere a la primera variedad cree que se trata de un *negocio fiduciario* (transferencia que lleva incrustado un mandato).

Algo común hay, como dice Cámara (102), en estas tres tesis, por lo que respecta a la primera modalidad de la figura (adjudicación-comisión), y es que la misma presupone un mandato, discrepando, sin embargo, en lo que mira a la legitimación del mandatario, que para Lacal y Roca Sastre se obtiene mediante una *transmisión efectiva de la propiedad de los bienes adjudicados* al mandatario y que a juicio de González Palomino se opera por medio de un *poder*. Pero en realidad, y como dice el citado Cámara, *no hay en tal forma de adjudicación* (al revés de lo que ocurre cuando se trata de la adjudicación-asunción) *transmisión de la propiedad*, ya que si

(99) *Aportación al estudio de la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia para pago de deudas*. en «Revista Derecho Privado», octubre 1931, pág. 295 y sigs.

(100) *La adjudicación para pago de deudas*. «Anales». T. I.

(101) *Derecho Hipotecario*. T. III, pág. 90.

(102) *En Revocación del mandato y del poder*. «Anales». T. IV, pág. 620

se quisiese tal transmisión se acudiría a la citada adjudicación-asunción, en la cual la transmisión de propiedad de los bienes tiene lugar y los demás herederos distintos del adjudicatario se desligan de las deudas (claro está que esto último no lo conseguirán sin consentimiento del acreedor) (103).

En cuanto a la legitimación del mandatario, acaso sea más exacto pensar—como dice Cámara—en una *autorización para disponer en nombre propio de un derecho ajeno* con tal carácter, que en un poder en sentido estricto. Los mandantes (coherederos) autorizan al mandatario (adjudicatario) para que *en su propio nombre* disponga de unos bienes propiedad de los primeros o comunes a mandantes y mandatario. Lo que pretenden los mandantes (aunque no lo consigan) no es que cuando el mandatario venda lo haga en su nombre, quedando aquéllos vinculados, sino desentenderse totalmente de la venta que el adjudicatario realice. Y no consiguen tal finalidad porque aunque el negocio posterior (la venta de los bienes) se realice a nombre sólo del mandatario, como además de un *mandato de pago* creemos que hay un *mandato de venta*, les

(103) No podemos entrar a estudiar aquí el interesante problema de la transmisión pasiva de las obligaciones a título singular. Pueden verse sobre la materia a DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, pág. 236 y sigs.; COSSÍO, *La transmisión pasiva de las obligaciones*, en «Anales», T. I, página 183; GONZÁLEZ PALOMINO, en la obra citada, *Adjudicación para pago de deudas*, en los mismos «Anales», pág. 207; PÉREZ ALGUER, en ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*. Vol. I, pág. 410 y sigs.

A nuestro juicio, no hay duda de que, como dice NART (Notas inéditas), en la obligación, tal como la concibe el Derecho moderno, existen dos derechos: sobre el *derecho a la prestación*, que en ella se atribuyen las partes que la crearon (*débito*), y para el caso de que la prestación no sea cumplida, la ley les garantiza la prestación misma si aquélla es físicamente posible o un bien equivalente si no lo es, mediante la concesión de un *derecho de acción*, que se concreta en la agresión al patrimonio del deudor (*responsabilidad*).

En nuestro Código civil, el art. 1.088, al decir que «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa», no hace más que concretar el *objeto de la prestación* (débito), en tanto que el art. 1.911 señala el campo del *derecho de acción* o de agresión del acreedor: «del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros» a través de una conversión legal de la obligación primitiva en otra de resarcimiento (art. 1.101 del mismo Código).

Por eso, si se concibe (lo que a nuestro juicio no ofrece duda) la obligación en la forma expuesta, el cambio de deudor sólo sería posible, en principio, respecto de las obligaciones de prestación no personalísima, y aun sobre éstas, si bien la sustitución de la persona del deudor no sería trascendente con respecto al *derecho de obligación* en el cumplimiento *voluntario*, si que lo es en lo relacionado con el *derecho de acción*, que ha de entrar en juego cuando la prestación no fuera voluntariamente cumplida: el derecho de acción *tiene un contenido personalísimo*: el patrimonio contra el que la ley lo ha concedido.

De aquí que sostengamos que el cambio de la persona del deudor sólo puede realizarse por éste *mediante la intervención del acreedor y por medio de la novación*, extinguiendo la primera deuda mediante la creación de otra «*data in solutio*» de aquélla, porque, como acertadamente subraya NART, la dirección legal del derecho de acción queda fuera del campo de la disposición de la voluntad.

alcanza el párrafo segundo *in fine* del artículo 1.717 del Código civil, aplicable al caso ya que no hay duda de la *notoria pertenencia a los mandantes* de la cosa objeto del contrato («contemplatio domini ex re») (104).

La segunda figura (adjudicación-asunción) supone una transmisión onerosa. El adjudicatario adquiere los bienes de que se trate a cambio de la «asunción de las deudas». Esta asunción no quedará perfecta hasta que expresa o tácitamente se hayan adherido a ella los acreedores, como hemos dicho.

En segundo lugar, no todos los autores están conformes con el criterio jurisprudencial antes indicado, según el cual puede el contador-partidor realizar ambas clases de adjudicaciones.

Así Lacal (105) cree que tales adjudicaciones sólo serán posibles en dos casos: cuando la adjudicación se haga indistintamente a favor de todos los coherederos o cuando se efectúa a favor del heredero especialmente designado por el testador para ello. El contador-partidor, dice, no puede adjudicar a unos herederos con exclusión de otros, no puede excluir a nadie.

González Palomino dice que el contador-partidor, sólo facultado para partir, no puede estarlo para hacer adjudicaciones para pago de deudas que implican verdaderas enajenaciones. Para este autor, la forma de adjudicación-asunción implica un verdadero negocio oneroso por el cual el adjudicatario, a cambio de los bienes que adquiere, asume las deudas de que se trate, lo que supone un acto de disposición que cae fuera de la órbita particional y la adjudicación-comisión supone un poder de venta y un mandato de pago, siendo claro—dice—que los comisarios carecen de facultades de enajenación, no se ve claro cómo se puede decir en serio que las pueden conferir a otro (106).

Roca Sastre (107) dice que el contador no está facultado para decretar adjudicaciones con asunción de las deudas (tipo de adjudicación que, a su juicio, es excepcional), pero piensa, en cambio, que puede perfectamente otorgar la adjudicación-comisión, que a su juicio es la normal.

Como conclusión a lo expuesto, hemos de decir que desde luego, y desde un punto de vista técnico, *es difícil considerar como acto de partición* a la adjudicación para pago de deudas. Indudablemente, la adjudicación que hemos llamado *adjudicación-asunción* (bastante frecuente en la práctica a pesar de la opinión de Roca) supone un acto traslativo, una enajenación, ya que el heredero que recibe los bienes los recibe, como dice Palomino, como contrapartida de la asunción de la deuda, adquiriendo el pleno dominio de los mismos. Y tratándose de la *adjudicación-comisión*,

(104) Ver sobre esta materia a Núñez Lagos, *Mandatario sin poder*. «Revista de Derecho Privado», septiembre 1946.

(105) Obra citada, pág. 294.

(106) Obra citada, pág. 322.

(107) *Tratado*. T. II, pág. 630.

ya se vea en ella un *poder de venta*, una *autorización para disponer en nombre propio* o una *transmisión fiduciaria*, parece claro que en cualquiera de estos tres casos se otorga un acto por el que se actúan facultades dispositivas. Y, por otra parte, si el adjudicatario contrae una obligación en el sentido de que ha de quedar vinculado a la realización del valor de los bienes adjudicados para invertir su importe en el pago de las deudas de que se trate, parece que semejante obligación no se la puede imponer el contador-partidor a ningún heredero sin contar con su voluntad.

Por eso creemos equivocado el criterio de la Dirección General, y de parte de la doctrina, que estiman que en la «simple facultad de hacer la partición», de que habla el artículo 1.057, está comprendida la de hacer adjudicaciones para pago de deudas. Desde luego, en la práctica se hace gran uso de esa facultad por parte de los contadores-partidores.

b) *Liquidación de la sociedad de gananciales*.—Se ha discutido si el contador-partidor, aun sin expresa designación del testador, puede proceder por sí a liquidar la sociedad de gananciales, como acto que previamente ha de realizarse para ver cuál es en realidad el caudal del causante que ha de partirse. Porque, como dice Roca Sastre, se plantea en este caso el siguiente dilema: autorizado el contador para hacer simplemente la partición, carece de facultades para liquidar los gananciales; pero como debe hacer una partición total, no puede practicarla sin antes liquidar la comunidad ganancial.

Esto plantea el doble problema de si puede el contador *hacer la liquidación por sí solo*, o sea, sin concurrir a la misma el cónyuge viudo; y si supuesta la necesidad de dicha concurrencia, pueden ambos (cónyuge viudo y contador-partidor) practicar la liquidación *sin intervención de los herederos*.

La jurisprudencia y la práctica han resuelto que en estos casos el contador-partidor debe proceder a la liquidación ganancial *con el concurso del cónyuge viudo*, pero que *no se requiere la concurrencia de los herederos*.

Las soluciones son plenamente lógicas, ya que no hay duda que en cierto modo se comunica a la liquidación de la sociedad de gananciales cierta naturaleza sucesoria, por lo que debe poder hacerla el contador, pero con el concurso de la otra parte interesada en la misma. Y no es precisa la intervención de los herederos, toda vez que existiendo contador-partidor es éste el que debe actuar, mientras esté en vigor el plazo del ejercicio de su cargo, sin que los herederos puedan hacerlo.

Esta última solución nos lleva al problema de *si un mismo contador-partidor*, nombrado por dos cónyuges difuntos, puede, dentro del plazo para el que fué nombrado, *hacer por sí solo la liquidación de la sociedad conyugal* y la consiguiente partición de ambas herencias.

Si actuando el contador y el cónyuge viudo no se requiere,

como dijimos, la intervención de los herederos del premuerto, porque, como dice Roca Sastre, «se entiende que el contador-partidor asume la representación de los herederos, o mejor dicho, que es como si fuera el mismo causante», no vemos razón para exigirla en el caso de defunción de ambos cónyuges, pues igual puede sostenerse que el contador-partidor representa a los herederos o a los dos cónyuges difuntos. Y no cabe alegar que ello puede suponer perjuicio alguno para los herederos, ya que el mismo perjuicio cabe cuando la liquidación la realizan el cónyuge viudo y el contador-partidor, y, además, y en ambos casos, siempre cabe la reclamación judicial si es que efectivamente el contador ha actuado dolosamente.

Puig Peña (108), refiriéndose a la Resolución de 23 de abril de 1919, dice que cuando la liquidación de la sociedad conyugal tiene lugar por la muerte de los dos cónyuges, los bienes de la sociedad no pueden adjudicarse sin previa liquidación y acuerdo de todos los causahabientes.

No creemos que esta posición sea la correcta y, por el contrario, opinamos que siempre que estén dentro del plazo señalado por los testadores puede el contador-partidor, designado por ambos, realizar la liquidación de la sociedad. Recientemente, la Resolución de 12 de abril de 1951 (109) parece admitir esta solución, ya que aunque no se refirió directamente al supuesto que estudiamos, admitió la inscripción de una escritura de partición de las herencias de dos cónyuges difuntos realizada por los mismos contadores-partidores (110).

(108) *Tratado de Derecho civil*. T. II, vol. I, pág. 333.

(109) B. O. día 24 mayo 1951.

(110) Tiene gran interés la aceptación de la solución que propugnamos en el texto, ya que es muy frecuente, sobre todo en territorios agrícolas, que los esposos hagan testamento el mismo día y nombren a una misma persona contador partidor, siendo su voluntad que el sobreviviente usufructúe los bienes hasta su fallecimiento y que al producirse éste sea cuando el contador partidor designado distribuya los bienes entre los hijos comunes. Es decir, que esta posibilidad de que un mismo contador partidor realice la liquidación de la sociedad conyugal y la partición de las herencias de los cónyuges difuntos va unida al usufructo universal a favor del cónyuge viudo sobre el que la doctrina se está manifestando con reiteración en estos últimos tiempos. Para conseguir dicha finalidad es preciso dar al contador partidor plazo suficiente, y para ello lo mejor es fijar como límite del plazo para su actuación uno cualquiera (un año, dos, etc.), que empiece a contarse a partir del fallecimiento del cónyuge que sobreviva. Nosotros empleamos la cláusula siguiente: «Nombra albacea contador partidor a don ..., prorrogándole el plazo legal hasta un año después del fallecimiento del esposo (o esposa) del testador, si éste le sobrevive». De esta forma, al fallecimiento del supérstite tiene el contador partidor el plazo de un año para realizar la partición de los bienes de ambos esposos.

La Res. de 12 de abril de 1951 citada en el texto se refiere a este supuesto, ya que dice textualmente: «... el largo plazo concedido por los testadores, quienes al fijarlo mostraron claramente su propósito de que fueran unas mismas personas las que realizaran la partición, la cual en el caso debatido comprende los bienes hereditarios de marido y mujer; y que la tesis del recurrente está

c) *Colación*.—Se ha discutido también si el contador-partidor está o no facultado para efectuar la colación.

La afirmativa fundada en que la colación es *acto particional* ha sido sostenida por la Resolución de 9 de marzo de 1927.

Ahora bien, sin que pueda considerarse equivocado este punto de vista, debe tenerse en cuenta que es la colación una operación «sui generis» y de una gran complejidad técnica, con relación a la cual pueden surgir muy delicados problemas, tanto en lo que se refiere a cuestiones de *valoración* (III) como en lo que mira al *ámbito cuantitativo* de la institución. Por ello creemos que no sería impropio que el contador procurase contar con el asenso de los herederos en la solución de estas cuestiones.

d) *Adjudicaciones de bienes a un heredero con la obligación de abonar diferencias en metálico*.—Para que exista partición es preciso que el contador-partidor, al dividir el patrimonio hereditario, guarde la regla de igualdad establecida en el artículo 1.061 del Código civil, o sea que adjudique a cada heredero bienes de la misma especie y calidad.

Por eso, cuando el contador-partidor no cumple lo dispuesto en el citado artículo, verifica un acto de enajenación que requiere el consentimiento de los herederos. Por ello no puede adjudicar *todos* los bienes de la sucesión a un heredero con obligación de abonar en metálico la porción de los demás.

VI

ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS CARGOS DE ALBACEA Y CONTADOR-PARTIDOR

22. *Posición de la jurisprudencia.*

Hemos indicado en los apartados anteriores el origen histórico de ambos cargos, cuál es, a nuestro juicio, su naturaleza jurí-

justificada por la importante circunstancia de que el cónyuge viudo y los hijos comunes *estuvieron en una situación semejante a las de las sociedades continuadas existentes en territorios de derecho foral*, determinadas por las obligaciones de la vida familiar, favorecidas por la conveniencia de conservar indiviso el patrimonio conyugal y fomentadas por el legítimo deseo de mantener el rango social del cónyuge superviviente; y esta situación, además, está inspirada muchas veces por el respeto, cariño y gratitud de los hijos a sus padres, y reviste de hecho *una cierta analogía con el usufructo que por ley o por pacto corresponde en extensas zonas del territorio nacional al cónyuge viudo sobre los bienes del premuerto*.

Sobre la posibilidad de este usufructo universal en el Derecho común ver a GONZÁLEZ PALOMINO, *El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos*, en «Rev. Derecho Privado», 1936, pág. 160, y en «Anales», tomo II, pág. 546, y nuestro trabajo *¿Es viable el usufructo universal a favor del cónyuge viudo en nuestro Derecho civil común existiendo herederos forzosos?* «Revista de Derecho Privado», 1951, diciembre, pág. 995.

(III) Ver sobre esta materia *La Colación. Historia y crítica de los problemas de valoración*, MARÍN MONROY, en «Anales», tomo IV, y el comentario a dicho trabajo de NÚÑEZ LAGOS, en «Rev. de Legislación y Jurisprudencia», diciembre 1946, pág. 712 y siga.

dica, qué capacidad se requiere para desempeñarlos y cuáles son las facultades que el Código civil, a falta de expresa designación del testador, les atribuye. Con estos antecedentes ya tenemos base para poder estudiar cuáles son las analogías y diferencias que existen entre ambos cargos.

Si para llegar a una solución en esta materia queremos servirnos de la jurisprudencia como guía, estamos muy expuestos a naufragar en un mar de confusiones y a no llegar, por lo tanto, al hallazgo de la solución verdadera de la cuestión.

En efecto: las soluciones a que ha llegado la jurisprudencia en esta materia no son uniformes, sino que incluso son contradictorias. Y si bien en ocasiones llega a la solución que a nuestro juicio es correcta, lo hace un poco instintivamente y sin una justificación clara de su postura.

La causa mayor, a nuestro juicio, del equívoco sobre esta materia está en que siendo, como ya hemos apuntado, los cargos de albacea y de contador-partidor cargos testamentarios, en la determinación de las facultades que a cada uno de ellos corresponde juega un papel predominante *la voluntad del testador*. Buena prueba de ello la tenemos en el artículo 901 del Código civil, que dispone que los albaceas «tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador...», e incluso el artículo 1.057, ya que este último si bien faculta al testador para conferir a una persona «la simple facultad de hacer la partición», no impide ni prohíbe que a esta facultad se le añadan otras.

Para ello es así en el caso de que el testador señale «*expresis verbis*» las facultades que quiere atribuir tanto a los albaceas como a los contadores-partidores. Si no señala cuales son estas facultades y se limita a decir que fulano sea albacea y zutano sea contador-partidor, entonces entran en juego los artículos 1.057, tratándose de los contadores-partidores, artículos en los cuales se indica cuales son las facultades que «a falta de expresa designación del testador» tienen unos y otros.

Esto está, a nuestro juicio, perfectamente claro; pero a pesar de ello se ha sostenido la peregrina teoría de que «no puede distinguirse el cargo especial de contador-partidor a que se refiere el artículo 1.057 del general de albaceazgo *por ser aquella (la de partir) una función propia e inherente al mismo, mientras no sea limitada o excluida por voluntad del testador*». Así lo declara la Sentencia de 24 de febrero de 1905 (112). Si esto fuese cierto, ¿en qué se distinguirían ambos cargos?

Esta posición del Tribunal Supremo no puede prosperar. El que el testador tenga que excluir expresamente la facultad de hacer la participación a los albaceas para que estos no puedan partir está en pugna con el texto del artículo 902 del Código que *precisa-*

(112) Tomada de la obra *Doctrina Civil del Tribunal Supremo*, de RODRÍGUEZ NAVARRO, tomo II, pág. 2626.

mente dice lo contrario o sea que cuando el testador no exprese las facultades que asigna a los albaceas tendrán estos las que el citado artículo 902 señala, entre las que *no se encuentra* la facultad de hacer la partición. Esto es evidente y no creemos sea necesario insistir sobre ello.

Criterio más acertado es el que ha sostenido la Resolución de 18 de diciembre de 1893, cuando dice que «los albaceas, por el mero hecho de serlo, no tienen derecho a practicar la partición *si no han recibido* del testador especial comisión al efecto».

Y es que la facultad de hacer la partición aparece señalada por el Código como propia de los contadores-partidores en el artículo 1.057, por eso dice con acierto la Resolución de 28 de abril de 1945 que «la partición constituye *la función peculiar* de los comisarios».

No se detiene en lo indicado la confusión de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que en reiteradas sentencias aparecen involucrados ambos cargos. Así, por ejemplo, mientras que la sentencia de 23 de octubre de 1923, discutiendo sobre la hipótesis—muy frecuente en la práctica—de que se *confiera* al albacea por el testador la facultad de hacer la partición, dice que puede el así nombrado albacea y contador-partidor *renunciar a este cargo*, sin que ello implique renuncia al albaceazgo, lo que parece indicar que se trata de cargos distintos, la sentencia de 5 de julio de 1947 declara que «cuando a los albaceas universales se les reconoce la facultad de hacer la partición *no por ello ostentian dos cargos diferentes.*»

Acaso lo que haya motivado este confusionismo de la Jurisprudencia haya sido el hecho de que con frecuencia los testadores designen para ambos cargos a una misma persona.

La doctrina tampoco ha llegado a soluciones claras sobre la materia, y como dijimos en la introducción de este trabajo, incluso ha pretendido diferenciar los cargos de contador y comisario, aumentando así la confusión.

23. *Nuestra opinión.*

A pesar del confusionismo reinante en la materia, creemos que hay base en nuestro Código civil para llegar a la solución que aclare dicha confusión.

En efecto: En el Código civil nos encontramos con que después de dedicar una sección de su articulado a la regulación del cargo de albacea, dentro de la cual señala el artículo 901 que el testador puede encomendarle las facultades que quiera siempre que no sean contrarias a las leyes, al tratar de la partición de la herencia a la que dedica otra sección, se da cuenta de la peculiaridad de esta materia y entonces y *sólo con relación a la misma, crea un nuevo cargo al que señala una típica función: el de contador-partidor* (art. 1.057).

Y la tipicidad del cargo es tanta, que asimismo señala y también sólo para él, una incapacidad—mejor una prohibición—para su desempeño: *no pueden ser contadores-partidores los coherederos.*

A la vista de lo dispuesto en dicho precepto, no creemos pueda decirse que el cargo de contador no presenta tipicidad con relación al de albacea, y que el testador puede encomendar a éste toda clase de facultades, incluso la de hacer la partición, *sin que por ello ostente el cargo de contador-partidor.* Ello supone olvidar lo que declara el artículo 1.057, que debe ser considerado como un precepto especial con relación al general del artículo 901 y concordantes.

En nuestra opinión, si bien no hay duda de que el testador puede encomendar al albacea la facultad de hacer la partición, siempre que ello ocurra, éste último será, en efecto, albacea, pero *será además contador-partidor.* No se trata de dos cargos incompatibles, ni que se refundan en uno solo, sino que ambos, aun existiendo en el mismo sujeto, conservan su sustantividad. La prueba está en lo dicho por la sentencia de 23 de octubre de 1923, antes citada, de que puede renunciarse uno de los cargos *subsistiendo el otro.*

Asimismo puede el testador nombrar a una persona contador-partidor y conferirle, además, facultades de las que el artículo 902 señala para los albaceas. Ocurrirá entonces lo mismo que en el caso inverso: habrá una sola persona ostentando dos cargos.

Aparte de lo indicado, hay otro razonamiento de peso que nos permite negar que sea cierto en absoluto, que el testador pueda siempre encomendar al albacea la facultad de partir. Y es el que se deduce del mismo artículo 1.057, cuando habla de encomendar la facultad de hacer la partición «a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos». Piénsese en un testador que tiene plena confianza en uno de sus hijos y herederos y al que designa albacea con plenas facultades. *Aunque quiera no puede facultarle para hacer la partición,* ya que el artículo 901 no es tan absoluto como parece y no debe perderse de vista su frase final de que las facultades que confiera el testador al albacea «no sean contrarias a las leyes». Entre estas leyes—entendida la palabra en el sentido amplio de normas jurídicas—está la especialísima del artículo 1.057 *que prohíbe que los herederos sean contadores-partidores.* !

Un razonamiento histórico nos sirve además para destacar la tipicidad del cargo de contador con relación al de albacea. Como hemos visto al estudiar la evolución histórica, la Real Provisión de Carlos IV de 1791 concedió permiso a los testadores para que fuesen capaces para formalizar la partición a los albaceas y en ella no aparecía la figura del contador como distinta de la de albacea. Pero viene después el Código civil y tipifica la figura regulándola en precepto aparte de los destinados al albaceazgo. Con ello viene a reconocer que no se trata de un mismo cargo al que se puede aña-

dir una facultad más, sino de un cargo distinto que tiene una única y especial función: la de partir.

O sea, que para nosotros, entre los cargos de albacea y de contador-partidor, no hay más diferencia que la derivada de trabajo especial que se les encomienda: al contador, hacer la partición, y al albacea, todo lo demás conducente a la ejecución del testamento, menos contar y partir.

Ello no impide, como es lógico, que por los testadores se designe a una persona para los dos cargos, que suele ser lo más frecuente, pero cuando ésto ocurra no es que se refundan ambos cargos en dicha persona, sino que ambos permanecen con sustantividad, ya que las normas del Código civil se imponen en este punto a la voluntad de los testadores.

En todo lo demás, los cargos de albacea y de contador-partidor son análogos, pues no en balde tienen una misma naturaleza jurídica y obedecen en su origen histórico a la misma finalidad, como vimos. Por eso la jurisprudencia ha dicho con reiteración y con acierto que deben aplicarse a los contadores-partidores las normas dictadas por el Código civil con relación a los albaceas, supliéndose así el vacío normativo en cuanto a los primeros de nuestro Cuerpo legal (113).

Pudiera parecer a simple vista que hemos llegado a una conclusión infantil y que no valía la pena señalar la diferencia que indicamos para luego venir a decir que en todo lo demás ambos cargos son análogos. Pero nada de eso ocurre. La diferencia que hemos señalado entre ambos cargos, y que viene a tipificar al de contador-partidor, tiene gran importancia en cuanto a lo que se refiere a la aplicación de la prohibición que señala el artículo 1.057. Porque no hay duda que el olvido de dicha prohibición puede dar al traste y hacer nulo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil, un nombramiento, si se ha conferido a un albacea que al mismo tiempo heredero la facultad de hacer la partición.

Como regla práctica, después de lo que hemos expuesto, podemos sentar la siguiente: Si una persona designada con la denominación de albacea tiene conferidas facultades para hacer la partición, además de las propias del albaceazgo, es que esa persona es también contador-partidor. Y si, por el contrario, una persona designada como contador-partidor aparece facultada para entregar legados, pagar funerles, etc., es que además de contador-partidor es también albacea.

A esta solución nos lleva la interpretación de los textos del Código civil, que asigna al contador-partidor sólo la «simple facultad de hacer la partición», facultad que excluye de las que con-

(113) En realidad, no hay tal vacío normativo. Lo que ocurre es que el Código civil, una vez señalada la función típica de los contadores y establecida la prohibición para el desempeño del cargo, juzgó que en todo lo demás debían aplicarse las normas del albaceazgo, dada la analogía de ambos cargos. Claro está que esta aplicación analógica debió de señalarla expresamente.

cede al albacea. Por eso, y como vimos al estudiar las facultades de los contadores, en todos los casos en que se estima que éstos pueden actuar (adjudicaciones para pago de deudas, liquidación de sociedad conyugal, colación, etc.) es porque se trata de actos de naturaleza particional y que constituyen un antecedente necesario para la práctica de la misma.

Y no se diga que en materia testamentaria es predominante la voluntad del testador (art. 675 e incluso art. 668), porque ello es así efectivamente, pero siempre dentro del criterio objetivo que imponen los textos del Código.

Esta posición nuestra ha sido intuída por el Tribunal Supremo en diferentes sentencias.

Así, por ejemplo, la Sentencia de 23 de octubre de 1923 dice textualmente: «Si bien los cargos de albacea y de contador-partidor pueden ser análogos en cuanto a su especial funcionamiento, *son distintos en lo que se refiere a la especialidad de los trabajos que a éstos se encomiendan*». Y la Sentencia de 5 de febrero de 1908 dice: «El cargo de contador-partidor, encomendado por un testador y determinada persona, no constituye función esencialmente diferente de la de los albaceas, *ni se distingue más que por la especialidad del trabajo que se le encomienda*» (114). Lástima que en otras sentencias, como vimos, haya olvidado esto tan sencillo y haya caído en la confusión de ambos cargos.

(114) Tomadas de la citada obra de RODRÍGUEZ NAVARRO, pág. 208. T. II.