



# El albaceazgo en las nuevas realidades sucesorias, vital, digital y empresarial. Una figura compleja de larga tradición y de conveniente proyección en la actualidad

**Francisco de la Torre Olid**

*Doctor en Derecho Civil*

*Profesor contratado doctor.*

*ESIC Business & Marketing School. Valencia (España)*

[francisco.delatorre@esic.edu](mailto:francisco.delatorre@esic.edu) | <https://orcid.org/0000-0002-5188-6118>

## Extracto

Abordar el estudio de una figura de larga tradición es interesante en tanto esa pervivencia en el tiempo evidencia su interés, utilidad y eficacia en la práctica jurídica. Por demás, el albaceazgo muestra una complejidad que requiere abundar en extremos de la institución para profundizar en su clarificación, al tiempo que, por exigir la comparativa con otras categorías, sugiere una enriquecedora labor de contraste. A todo ello se suman cuestiones y necesidades nuevas a las que el albacea va a servir de manera idónea para gestionar contenidos digitales del causante y para ejecutar disposiciones comprometidas con la bioética. En efecto, el testamento vital y el testamento digital justifican el recurso al albaceazgo incentivando esta designación testamentaria, lo que se suma a complicaciones que en la actualidad presenta tanto en el plano más personal como en el orden patrimonial, como son la necesaria armonización y satisfacción de intereses de herederos de distintos vínculos matrimoniales y las exigencias de la administración y gestión de activos patrimoniales vinculados cada vez más a empresas, cuanto más cuando de empresa familiar se trata y se debe atender a posibles pactos sucesorios. El interés de la tarea del albacea se explica, por añadidura, en la ventaja de contribuir a la solución extrajudicial de los conflictos de intereses que la sucesión expone.

**Palabras clave:** albaceazgo; testamento vital; testamento digital; mediación; sucesión *mortis causa*.

Recibido: 11-03-2024 / Aceptado: 10-04-2024 / Publicado (en avance *online*): 17-05-2024

**Cómo citar:** Torre Olid, F. de la (2024). El albaceazgo en las nuevas realidades sucesorias, vital, digital y empresarial. Una figura compleja de larga tradición y de conveniente proyección en la actualidad. *CEFLegal*, 5-36. *Revista Práctica de Derecho*, 281. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.21467>



# The executor in the new succession, vital, digital and business realities.

## A complex figure with a long tradition and a convenient projection today

Francisco de la Torre Olid

### Abstract

Approaching the study of a figure with a long tradition is interesting because its survival over time evidences its interest, usefulness and effectiveness in legal practice. In addition, the executor shows a complexity that requires an abundance of points of the institution in order to deepen its clarification, while at the same time, by requiring comparison with other categories, it suggests an enriching work of contrast. In addition to all this, there are new issues and needs that the executor will serve in an ideal way to manage digital content of the deceased, to execute provisions committed to bioethics. In fact, the living will and the digital will justify the use of the executor by encouraging this testamentary designation, which adds to the complications that at present presents both at the most personal level and in the patrimonial order, such as the necessary harmonization and satisfaction of the interests of heirs of different marital ties and the demands of the administration and management of patrimonial assets increasingly linked to companies all the more so when it comes to family business and possible succession agreements must be taken into account. The interest of the executor's task is explained, in addition, by the advantage of contributing to the out-of-court settlement of conflicts of interest that the succession exposes.

**Keywords:** executor; living will; digital will; mediation; succession *mortis causa*.

Received: 11-03-2024 / Accepted: 10-04-2024 / Published (online preview): 17-05-2024

**Citation:** Torre Olid, F. de la (2024). El albaceazgo en las nuevas realidades sucesorias, vital, digital y empresarial. Una figura compleja de larga tradición y de conveniente proyección en la actualidad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 281, 5-36. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.21467>



## Sumario

1. Preámbulo. Planteamiento panorámico de cuestiones que ofrece el albaceazgo
  2. Profundización en ciertos aspectos configuradores del albaceazgo
    - 2.1. Relativo al concepto
    - 2.2. Sobre el título que lo constituye
    - 2.3. Sobre la naturaleza jurídica del cargo
    - 2.4. Sobre la configuración subjetiva y objetiva
    - 2.5. Autonomía del cargo
    - 2.6. Otros caracteres
  3. Análisis particular de algunas situaciones complejas que presenta el albaceazgo
    - 3.1. La ejecución del testamento digital y del testamento vital
    - 3.2. La titularidad del albacea en su trascendencia patrimonial real
    - 3.3. La necesaria delimitación de las tareas y competencias ejecutivas, dispositivas y administrativas
    - 3.4. El albaceazgo y los otros cargos intervinientes en la sucesión
    - 3.5. Clarificación del carácter privado del cargo y su interés público
  4. Argumentos a favor del impulso y actualidad del albaceazgo
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Preámbulo. Planteamiento panorámico de cuestiones que ofrece el albaceazgo

El albaceazgo se presenta como una figura jurídica muy experimentada y de alto interés porque sugiere adoptar una visión panorámica y poder relacionar este cargo con otras tantas instituciones como, por ejemplo, la mediación como instrumento de solución extrajudicial de conflictos; la figura del contador partidor, como ejecutor de la tarea estricta de la disposición del testador (sin más relevancia ni tareas añadidas, a diferencia del albacea, respecto al control de legalidad, a la disposición y pagos o al cuidado de la integridad patrimonial del caudal relicto); el contrato de mandato, en cuanto obligado a ejecutar una encomienda en interés, por cuenta y, en su caso, en representación de tercero; y los cuasicontratos, en su modalidad de gestión de negocios sin contrato de mandato. Es también el albaceazgo expresión de la radical confianza del derecho en la voluntad negocial, con la primacía del testamento como instrumento ordenador de la sucesión *mortis causa* y el posible recurso del otorgante a designar a su persona de confianza para garantizar la ejecución de lo dispuesto en las últimas voluntades.

En efecto, lo primero que permite abordar el albaceazgo es poder hacer una comparativa con otras figuras y profundizar en todas ellas para verificar notas comunes y depurar los caracteres que las separan, permitiendo conocer más de cada una de ellas y ganar en la enriquecedora visión general del ordenamiento. Esta tarea adiestra al estudioso en el análisis comparativo e integrador de las distintas instituciones jurídicas; al tiempo, nos ayuda a razonar y dar más calado a las categorías jurídicas complejas como es la del albaceazgo. Sirva de ejemplo de este compromiso en repensar, depurar, dar actualidad y proyección a la figura la necesidad de confirmar el albaceazgo en el derecho privado entrelazado a su lado público, en tanto este es el interés en que se ejecute el reparto de bienes, para la seguridad y dinámica del tráfico económico; como también preside resolver cuestiones tan personales como sociales si de una donación de órganos, por ejemplo, hablamos. De igual modo, profundizar en el albaceazgo nos permitirá entender que, a la principal función de ejecutar la voluntad del testador, se sumará la posibilidad de coadyuvar e impulsar una previa y necesaria liquidación de gananciales, atender o conciliar distintas voluntades que conformaron un posible pacto sucesorio (en casos puntuales de derecho común o más fre-

cuentas en derecho foral) o implicarse en una sucesión de empresa familiar, asumiendo lo jurídicamente relevante y respetando lo que de carácter meramente programático o meta-jurídico informe, de buena fe, la ejecución testamentaria.

Confirmamos la virtualidad de la figura del albaceazgo en dos notas como son la fiducia y la autonomía de voluntad. Con la primera se explican distintas soluciones, desde la posible excusa de la remuneración a la designación que hace el testador de un tercero que, fuera del círculo familiar, se presenta como allegado, revestido de idoneidad por su lealtad o competencia (dos rasgos fundamentales cuando, por lealtad, se va a implicar el albacea en cuestiones íntimas como un destino de restos mortales o la gestión de contenidos digitales personales; y cuando, con competencia, se va a responsabilizar de tareas varias como vender bienes y atender legados, extinguir depósitos, alquilar un piso, o gestionar criptomonedas). Y, con la segunda nota, tan nuclear como siempre se ha entendido la autonomía de la voluntad y la fijación del artículo 1255 del CC como motor del derecho, se aprecia la relevancia del marco negocial en el que nace, con el que acepta y en el que opera que, desde el respeto a la voluntad del testador, se continúa con una gestión componedora que evita la judicialización de un posible conflicto o debate.

Por demás, el cargo se articula con la exigencia de preservar la legalidad, lo que da confianza y seguridad jurídica. No en vano el derecho sucesorio está muy marcado por soluciones positivas que delimitan la libre disposición *mortis causa*, sobre todo en lo relativo al respeto de las legítimas, acotando el margen de libertad negocial por razones de orden público y moralidad o, al tiempo, flexibilizando este sistema con la posibilidad de hacer llamamientos sucesivos y la constitución de patrimonios separados, gravando la legítima con una sustitución fideicomisaria a favor de un hijo que padezca una discapacidad. Tal panorama, la autonomía de voluntad, sus límites y sus posibles variables, suman argumentos en favor de la designación del albacea que, en cuanto a lo primero, deberá velar por la aplicación de la ley, incluso por encima de lo ordenado en testamento; y, en cuanto a lo segundo, podrá gestionar y dar viabilidad a la sucesión gravada con la sustitución fideicomisaria de residuo.

Centrados en la figura en sí serán varios los extremos de interés sobre los que profundizar: el título de designación (como cargo testamentario), el perfil del nombrado (como cargo fiduciario, por tanto personalísimo) y, sobre todo, el contenido obligacional del albacea que tantas y variadas tareas agrupa, con mezcla de autonomía (aceptando el cargo, ejerciendo facultades dispositivas, asumiendo la legitimación *ad causam* y *ad procesum*) y de dependencia, debiendo dar cuenta (que no siempre rendir cuentas) en distintas direcciones ya que, si primeramente se debe a la voluntad del causante, ha de también satisfacer el interés de los herederos (aunque, en rigor, en esta dirección puede tener que actuar por encima o con independencia de ellos –si ha de liquidar previamente legados o si puede, con facultades testamentarias concedidas, disponer y vender sin la intervención de los herederos–).

Precisamente esta matización precisa una clarificación, para diferenciar el *dar cuenta* (o solo comunicar tu gestión) del *rendir cuentas* (o someter a verificación tu gestión) para en-

tender la eficacia del artículo 907 del CC. Conforme a la letra de este precepto confirmamos la primera de las tareas, lo que da más margen de autonomía al albacea, que es un carácter en el que abundaremos. No obstante, se puede confirmar que, como cargo de alta responsabilidad (que será otro extremo en el que incidiremos en este estudio), el albacea sí podría ser sometido a la rendición de cuentas, por ejemplo si en la ejecución de su cometido se cuestiona por los herederos su labor. Por tanto, si el escenario ordinario es el de dar cuenta, podremos abundar en ello y precisar, conforme a doctrina jurisprudencial (STS, 1.<sup>a</sup>, de 7 de enero de 1942, RJ 1942/4, que, a su vez, citando un referente muy anterior, la STS, 1.<sup>a</sup>, de 4 de enero de 1911), que dicha obligación queda cumplida con la práctica de las operaciones particionales, que constituyen el medio más adecuado que los albaceas tienen de dar cuenta de su encargo. Pudiendo añadir, que esta obligación de dar cuenta, aunque se puede entender de menor rigor o exigencia respecto a la de rendir cuentas, se debe confirmar como inexcusable, que lo impuesto en el artículo 907 del CC no admite disposición contraria y, por tanto, el testador no le puede liberar (STS, 1.<sup>a</sup>, de 4 de junio de 1932, RJ 1932/1091).

El hecho de que en la actualidad se busque animar al otorgamiento del testamento es otra oportunidad para ganar frecuencia en la institución de albacea. Efectivamente, siempre se ha acogido el testar como principal referente para, desde la voluntad negocial, disponer la transmisión del patrimonio a favor de los herederos; y ahora se aviva este interés en testar para aprovechar ese otorgamiento y también pronunciarse sobre los contenidos digitales, de calado personal –como la gestión de datos– o de relevancia económica –como la gestión de derechos de autor o de criptomonedas–, y sobre las instrucciones previas de carácter bioético. De igual modo, el albacea puede ser útil para superar ciertas situaciones complicadas que se presentan cada vez con mayor frecuencia y que pueden venir del lado del testador, por ejemplo, por unos posibles pactos conyugales o, del lado de los herederos, por las posibles relaciones entre hijos de los distintos matrimonios que pueden haber tenido los causantes y que presenten dificultad de entendimiento y consenso.

Por otra parte, aunque el testamento es un negocio unilateral, personalísimo, sujeto a la expresa prohibición del otorgarlo de modo mancomunado, también es posible atender a ciertas soluciones con pactos sucesorios. Es por ello por lo que la actuación del albacea en los casos puntuales de estos pactos sucesorios tendrá que estar, además de a la voluntad unilateral testamentaria del causante, a la voluntad consensuada de los otorgantes. En efecto, que el testamento es un negocio jurídico unilateral queda confirmado en tanto el otorgante es uno (tal como se confirma en la literalidad del artículo 667 del CC cuando dispone que el testamento es el acto por el cual una persona dispone) y, además, porque la tradición romana de nuestro derecho común excluye la sucesión contractual (tal como se afirma en el artículo 669 del CC, que prohíbe el testamento mancomunado). Sin embargo, hay que considerar la posibilidad de pactos sucesorios.

Cabe invocar los artículos 1271 y 1056 del CC, que contemplan acuerdos entre vivos con previsión de que el testador pueda reproducir en disposición ulterior testamentaria y hacer definitivo lo programado sobre la transmisión de la empresa. También cabe reseñar lo dis-

puesto en los artículos 826 y 831 del CC en cuanto a la posibilidad de que existan acuerdos entre cónyuges al pactar el régimen económico matrimonial, acordando mejoras o que se encomiende en testamento a uno de los cónyuges que haga mejoras. Se tratarían, con estos pactos sucesorios, de soluciones excepcionales pero interesantes y cada vez más frecuentes (sobre todo en derecho foral, en derecho civil de Cataluña, Aragón, Baleares, Galicia, País Vasco y Navarra, donde se han acogido fórmulas de sucesión contractual de modo más amplio), en cuanto sirven a la preservación de la empresa familiar o a garantizar la protección económica a favor de un hijo necesitado.

Respecto a la empresa familiar cabe destacar que, de cara a su sucesión, puede quedar articulada en un protocolo cuya eficacia se garantiza de conformidad con el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares y, en cuyo texto, destaca la formulación del concepto jurídico protocolo familiar, que sería el conjunto de pactos suscritos entre socios y otros familiares para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa (cfr. art. 2.1). En todo caso, es cierto que la eficacia jurídica del contenido de este protocolo es relativa, ya que, en unos casos, tendría un valor meramente programático y, en otras ocasiones, su eficacia puede tener que depender de su armonización con los estatutos sociales. Del carácter indicativo no vinculante se habla cuando contemplen cláusulas relativas a la ordenación de la sucesión por ser contrarios a libertad de testar (Máximo Juárez, 2019), salvo que constituyan pactos sucesorios de los puntualmente admitidos. De todo lo cual lo que se evidencia es la necesidad de discriminar la materia jurídica y metajurídica, los compromisos adquiridos con vinculación jurídica, para hacerlos valer; estar también a lo dispuesto en el testamento como voluntad unilateral jurídicamente relevante, que pueda ser desarrollo de lo programado en el protocolo, y sobre lo que esté por concretar y ejecutar, entender la oportunidad de que el albacea, abordando este panorama complejo, ejecute su tarea.

Además del interés empresarial y societario, el pacto entre cónyuges puede también ser referente para dar viabilidad a la disposición testamentaria que quiera proteger o favorecer a un hijo que padezca alguna discapacidad (tal como se ofrece en el artículo 808 del CC, que merece destacarse no solo por la bondad de su finalidad, sino también por lo que supone al dar flexibilidad a la rigidez del sistema de legítimas y por el recurso a los patrimonios fiduciarios que posibilita), presentándose otra situación compleja que recomienda la presencia del albacea, del tercero gestor y ejecutor.

El análisis de la figura del albaceazgo aún presenta más retos, para diferenciar o depurar la cuestión relativa a la toma de posesión del caudal relicto, determinando si se trata de una mera tenencia, en administración, aunque con facultades dispositivas; o si se trata de una posesión con trascendencia real, que sería del tipo posesión natural, en tanto el albacea conoce que no toma posesión en concepto de dueño o posesión civil (cfr. art. 430 CC).

Es cierto que el artículo 440 del CC, al configurar la posesión civilísima, confirma la inmediatez y tracto sucesivo entra causante y heredero, retro trayendo los efectos jurídicos y des-

dibujando el periodo necesario del proceso sucesorio que materialmente debe discurrir (por encima de la literalidad de los artículos 657 y 661 del CC que afirman que los derechos se transmiten desde el momento de la muerte o que los herederos suceden al causante por el solo hecho de su muerte). Por ello, en principio no cabría entender la investidura posesoria a favor del albacea; sin embargo, en tanto la consolidación de la posesión a favor de los herederos no se produce hasta que no culminan las operaciones particionales (cfr. arts. 989 y 1068 CC), tendría sentido hablar de la posesión natural que toma el albacea. Entender que, en el ínterin, al poder encontramos con un caudal relicto como patrimonio sin titularidad o al confirmar que la comunidad hereditaria no es la titular definitiva ni la que a la postre se entenderá que ha tenido para sí patrimonio alguno (que lo tendría el heredero particular o ni siquiera este si el bien se enajena en la partición), el albacea asume la posesión –natural–, la tenencia con trascendencia real. No tendría una posesión en nombre de otro porque el causante dejó de ser titular y los herederos aún no lo son, aunque sí se trataría de una posesión de bienes ajenos.

Podremos, en esta cuestión y con base en los artículos 430, 440, 902, 989 y 1068 del CC, confirmar esta posesión o tenencia con trascendencia real como propia del albacea (en expositivos siguientes se abundará en ello). Posesión natural (que no en concepto de dueño) que reúne facultades dispositivas y que provoca, cuando enajena el albacea, la investidura posesoria a favor de nuevos dueños. En esta línea argumental confirmamos la viabilidad de la entrega, la consolidación de la posesión y de la propiedad a favor del legatario desde la tradición o investidura que le posibilita el albacea (hablamos así de la adquisición y significación del legado con la STS, 1.ª, núm. 397/2003, de 21 de abril). Así lo confirmó la doctrina (Vallet de Goytisolo, 1984), considerando que, al vender, el albacea no representa a los herederos, sino que ejerce una función propia y que, por la misma, impide la adquisición de esos bienes de la herencia. También, en esta línea doctrinal, se afirma que es cuando no existe la designación de albacea (en particular si no interviene el albacea universal) cuando se pone a los herederos en relación directa con el caudal hereditario (poder directo e inmediato como nota definidora de toda titularidad real).

Completando la relación de cuestiones que sugiere este estudio, aún sin ser novedosa pero mereciendo el interés y abundar en su clarificación, tratamos la distinción entre los actos de administración y los de disposición. Reconocemos al albacea con poderes en ambos, basta la lectura del catálogo recogido en el artículo 902 del CC, que refiere facultades de disponer y pagar, conservar y vigilar. Con las facultades dispositivas vamos a poder reforzar la anteriormente apuntada titularidad real posesoria o la autonomía en el cargo, en la que se abundará en expositivos ulteriores; y, con la tarea de administración se podrá proyectar la responsabilidad del albacea en preservar el patrimonio, en su gerencia responsable y en poder vigilar lo actuado por terceros (de culpa *in vigilando* hablaremos). El albacea como ejecutor realizará la voluntad del testador y, al tiempo, ha de cumplir, en todo caso, con la ley, en el sentido de velar porque lo dispuesto por el testador no transgreda los límites legales o que, aun en lo no previsto por el testador, se cumpla la voluntad de este (pagando un legado a costa de enajenar algún bien hereditario o liquidando unos impuestos). En la atención de ambos intereses, negociales y legales, comprobamos que su actuación puede

trascender de la mera administración o gestión de mantenimiento para actuar disponiendo. En ejercicio del poder de disposición se debe razonar en una doble dirección: en primer lugar, en clave positiva, para entender que tal poder de disposición es un argumento para entender la posición del albacea de titularidad real y poder directo sobre los bienes; y, en segundo lugar, en clave negativa, para explicar que tal disposición nunca puede permitir o implicar transgredir la prohibición del artículo 670 del CC (de no poder dejar la formación al arbitrio de un tercero, lo que se ha de entender siempre en armonía con lo dispuesto en el artículo 747 del CC, que sí contempla que, ante la indeterminación producida porque el testador dispuso para sufragios y obras piadosas sin especificar su aplicación, pueda el albacea vender y distribuir el importe según el reparto previsto en el precepto; como también, se debe aceptar la facultad del albacea, reconocida en el artículo 749 del CC, de poder calificar a los pobres y distribuir los bienes).

El estudio también brinda la oportunidad de dar significación al cargo personalísimo y a diferenciar una delegación de un auxilio, para proscribir la sustitución y acoger un apoyo. Cuanto más se aconsejará recurrir a esa colaboración de expertos profesionales si la actualidad requiere actuaciones ágiles y expertas para gestionar activos digitales integrados por criptomonedas, por ejemplo; o tener que interpretar y aplicar la herramienta que es el protocolo de la empresa familiar para garantizar su finalidad de dar continuidad a la empresa y servir al cambio generacional, deslindar cláusulas de valor programático de las de valor jurídico; o tener que mediar entre herederos que puedan concurrir, unos hermanos de padre y madre o de doble vínculo con otros medio hermanos o de vínculo sencillo. En suma, situaciones complejas y cada vez más frecuentes donde se precisa al asesor financiero, al asesor de empresas o al mediador.

En concreto, respecto a la función de mediación y, en general, de promover la sucesión *mortis causa* en el escenario extrajudicial, es tradicional recurrir a la cautela Socini, a propósito de la oportunidad de la cláusula testamentaria de prohibición de la intervención judicial de la herencia so pena de pérdida de lo legado en el testamento (que, tal como tiene afirmado el Tribunal Supremo, no es contrario al principio constitucional de tutela judicial efectiva, sino que es válida y eficaz salvo que se oponga a una norma imperativa o impida ejercer una acción de nulidad del testamento –STS, 1.ª, núm. 254/2014, de 3 de septiembre, NormaCEF NCJ058877–).

## 2. Profundización en ciertos aspectos configuradores del albaceazgo

### 2.1. Relativo al concepto

Abordando el concepto, en razón al contenido o haz de facultades que se confieren al albacea, se debe ajustar el estatuto jurídico a la confianza que la ley da a la voluntad del testador,

ofreciéndose en el Código Civil un catálogo de derechos, de débitos y de responsabilidades como régimen que opera en defecto de aquella voluntad, caso en que el testamento se limitó a la sola designación sin especificar cometidos. Desglosando los rasgos, la naturaleza del cargo, los caracteres y las competencias del albaceazgo verificamos la complejidad que la figura ha presentado en su configuración ordinaria y podremos dar más calado a su concepto.

En esta visión panorámica y general debemos concretar unos extremos clave para contar con fundamentos sólidos donde residenciar la proyección que queremos dar a la figura. En este orden nos cabe relacionar el cuadro de principios informadores que avala la legitimidad, oportunidad, actualidad y utilidad del albaceazgo. Reconocemos, entre los principios informadores, el principio de autonomía privada (autonomía que apreciamos, según hemos dicho, en la confianza del derecho en el testamento como instrumento idóneo y principal para la ordenación de la sucesión *mortis causa*; y autonomía que, en cierto margen, también se va a predicar para el albacea). También se reconoce latente el principio de desjudicialización, de solución extrajudicial, negociada o, en todo caso, de intervención judicial mínima (lo que se presenta, para el ámbito familiar, como un recurso conveniente de cara a preservar la armonía del círculo parental). Por demás, en este cuadro de principios cabe añadir el principio *favor partitionis*, que impulsa la realización de la voluntad del testador, la ordenación y transmisión de bienes, acomodando la titularidad patrimonial y facilitando el tráfico (en este caso *mortis causa*). Se suma a ello el principio *pro negotii*, que explica la preeminencia del testamento y, por tanto, de la efectiva designación del albacea. Para la realización práctica de su tarea hay que relacionar este principio *pro negotii* con el principio de legalidad, ya que, en caso de que con la designación no se haya dado contenido al encargo, se estará al haz de facultades y al contenido obligacional dispuesto en la ley. La legalidad, además de ese posible complemento de la voluntad testamentaria, ha de operar como límite a la misma. Y, completando el cuadro de principios cabe también destacar el de indelegabilidad del albaceazgo, el carácter personalísimo citado, en razón a la relación de confianza que ligaba al testador y al albacea.

A partir del cuadro de principios, profundizado primero en el concepto, tenemos repetidos referentes jurisprudenciales que definen al albacea como el ejecutor de la voluntad del testador (en cuanto que le da contenido al cargo, fijando la encomienda, de modo que el régimen de voluntad establecido por el testador excluye las normas contenidas en los arts. 902 y 903 –STS de 19 de junio de 1958, RJ 1958/2496–). A partir de este enunciado sencillo se pueden concretar los caracteres y sus posibles matizaciones, en particular para abundar en el albaceazgo como cargo testamentario, aunque se ha podido también hablar del albacea legítimo y del albacea dativo, así como también hay que contemplar que, con ocasión de la posible prórroga, la renovación tenga causa en la voluntad de los herederos. En este caso (como también si lo nombra el cónyuge supérstite para ejecutar un pacto sucesorio) se debe recordar y preservar lo esencial: como cargo que se ejerce con la finalidad de cumplir la voluntad del testador y, por tanto, sujeto a las facultades conferidas por este, aunque en defecto de tal concreción el cuadro de facultades lo concreta la ley; y, a lo esencial, poder sumar las otras voluntades y terceros que pueden informar la tarea del albacea.

## 2.2. Sobre el título que lo constituye

El albaceazgo es un cargo de libre designación que normal y principalmente se debe recoger en testamento (art. 892 CC), aunque su prórroga o renovación pasa por una designación de los propios herederos; e incluso, cuando se presenten pactos sucesorios, aunque sea puntualmente tal como se ha aceptado, deberá estarse a una designación conjunta de los otorgantes.

Por tanto, de partida, responde a aquella voluntad recogida en el testamento que es personalísimo (art. 670 CC), por lo que la intervención del albacea no podrá contravenir la prohibición de que se deje a un tercero la formación de la herencia. Nace con base en ese título formal que es el testamento, a la voluntad del otorgante del negocio unilateral, individual, no recepticio y perfeccionado con la declaración de voluntad del testador (arts. 667, 668, 669, 670 CC). Todo ello, insistimos, sin perjuicio de la intervención de voluntades de terceros: el cónyuge del causante que convino un pacto sucesorio o los herederos que prorrogan el cargo al albacea.

De igual modo, en esta posibilidad de trascender de la voluntad del causante que lo nombra en el testamento, hay que contemplar y distinguir por el origen del nombramiento, el albacea propiamente dicho, que es el albacea testamentario (art. 892 CC), del albacea legítimo previsto en el artículo 911 del CC, a cuyo tenor en los casos de extinción del albaceazgo y cuando el albacea no haya aceptado el cargo corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador, siendo ellos los albaceas legítimos. También puede seguir hablándose del albacea dativo, que puede reconocerse al amparo del artículo 790.1 de la LEC, que contempla el caso en que el tribunal, cuando tenga noticia del fallecimiento de una persona y no conste la existencia de testamento ni de herederos, adoptará de oficio las medidas indispensables. A esta modalidad especial hay que sumar, en razón a los títulos y voluntades de nombramientos, la prórroga o renovación del cargo por el letrado de la Administración de Justicia o el notario (de conformidad con el supuesto recogido en el artículo 905 de la CC en relación con la posibilidad de prorrogar el cargo). Por demás, se podría avanzar en la clasificación si, distinguiendo tareas y cargos que irrumpen en la práctica, se habla del representante en las instrucciones previas o testamento vital en el marco sanitario, como también cabría aludir al albacea digital (en ello se abundará en expositivos siguientes con la propuesta, en aras de la armonización de las distintas proyecciones, de unificar la figura y el título).

En todo caso, en esta depuración del título formal y la causa o razón de la designación, hay que destacar para el albacea testamentario o, como se ha calificado, el albacea propiamente dicho, la confianza como argumento que explica la institución (aunque este presupuesto ha servido a quienes han criticado que el cargo recaiga en las personas jurídicas, reparo que se debe superar si la entidad inspira la suficiente fiducia). Esto es decisivo para, de un lado, favorecer la materialización del cargo, que se puede aceptar tácitamente (con base en esa cercanía y en presumir la voluntad de actuar con lealtad y compromiso), y para exigir al albacea que se ciña a la voluntad del de *cuius*.

En este punto se podrá confirmar, de modo general, que es un cargo que reviste formalidad escrita (en testamento –art. 892 CC–), siendo hoy importante que en un único instrumento se agrupen las distintas últimas voluntades que barajamos. Un cargo de designación en testamento que es un negocio jurídico solemne (art. 687 CC), confiado a la voluntad negocial que se refuerza y garantiza con esta exigencia de ritualismo o formalidad para verificar la autenticidad del instrumento y la correspondencia con la verdadera voluntad del testador (dado que, tras su muerte, se puede presentar alguna dificultad de interpretación). Formalidad en la mejor versión de testamento abierto otorgado en escritura pública, ganado en unidad de acto, asesoramiento, legalidad, fehaciencia y seguridad.

Esta normal fuente se debe armonizar con la intervención de otras voluntades si atendemos a la posibilidad de un pacto sucesorio con un cónyuge, en el antes; y a la posibilidad, en el durante y en el después, de la renovación y prórroga o de la venta de bienes, por o con los herederos. Ello sin perder de vista la regla y principal origen negocial residenciado en el testamento, que es lo que confirma la relevancia de la voluntad del testador para ordenar la sucesión *mortis causa*; y que también explica la virtualidad del nombramiento en razón al *principio pro negotii* relacionado anteriormente en el cuadro de principios informadores, lo que se podrá traducir en la práctica en declarar la nulidad de lo actuado por el albacea si transgrede la ley, aunque manteniendo la virtualidad y validez en lo que se acomode a la ley y sirva a la ejecución de la voluntad del testador, incluso si ello supone separarse de la voluntad o intereses de terceros o de herederos.

El testamento para servir de instrumento donde se concentren las últimas voluntades debería formalizarse en abierto y en escritura pública, según se ha dicho, debidamente autorizado y dando constancia indubitada de todos los intereses del testador. En el abanico de los mismos nos preocupa acoger, desde la disposición patrimonial (que es como se ha definido tradicionalmente el testamento –art. 667 CC–) a otras disposiciones, también patrimoniales pero relativas a activos digitales y a disposiciones vitales o correspondientes a la personalidad y a las cuestiones comprometidas con la bioética.

Por demás, la relevancia negocial permite entender que, en lo relativo al contenido obligacional, se esté al objeto de la encomienda y, en el ejercicio de las facultades expresamente conferidas (confirmando como supletorias las facultades legamente enumeradas), se asuma el normal deber de dar cuenta y el posible deber de rendir cuentas. En efecto, según se viene clarificando, aunque de dar cuenta se ha hablado conforme a la letra del artículo 907 del CC, es cierto que en su alto nivel de responsabilidad el albacea ha de responder y, por tanto, también rendir cuentas, en distintas direcciones, a fin de demostrar, si se le cuestiona, haber cumplido la voluntad del testador; de haber observado los límites legales, de haber completado en tiempo y forma su tarea o de haber asumido la responsabilidad *in vigilando* de la ejecución indirecta. Le es, por tanto, exigible a todo el que ha gestionado intereses de ajenos y si se le impugna o cuestiona, el poder tener que rendir cuentas a las personas con las que el propio negocio jurídico le liga, que en este caso, por los resultados finales, son normalmente los herederos.

## 2.3. Sobre la naturaleza jurídica del cargo

A partir de las facultades que puede asumir y las actuaciones que puede desplegar el albacea se puede también clarificar la naturaleza jurídica del cargo, ya que se han manejado, apoyado y criticado distintas teorías, que van desde una primera favorable a encuadrarla en la representación hasta negar esta. Pudiendo estimar útil la primera de las posiciones para legitimar actuaciones directas, en juicio o fuera de él, por parte del albacea, además, es oportuno hablar de representación para entender la autonomía del albacea respecto de los herederos en cuanto la oposición de estos a su gestión no cabe ni deslegitima al albacea en sus actos, siempre que estén ejecutados en el marco de sus facultades, según criterio mantenido en doctrina jurisprudencial (así, en la STS de 31 de mayo de 1915, C.J. T. 132, núm. 154). Por el contrario, frente al reconocimiento de la representación, se podría objetar que el albacea no representa a la herencia, que dicha facultad correspondería a los herederos, salvo que el testador se la haya conferido expresamente. También se niega la representación por los que entienden que no cabe representar al que no es sujeto, porque la herencia carece de personalidad jurídica, y que no se representa a la persona que ya no vive, como tampoco se representaría a los herederos, ya que ni por ley ni por vía negocial le nombraron (y se puede llegar a actuar contra sus intereses, rompiéndose, entonces, el actuar «en nombre de» y «en interés de»).

A las anteriores posiciones, la favorable y la contraria a la representación, se puede añadir la reflexión que, insistiendo en su posibilidad, refiere la representación a que esta lo sea del interés social y de la justicia. Hablaríamos entonces de una representación *ex officium* –de conformidad con la doctrina recogida en la STS de 6 de febrero de 1982, RJ 1982/581– y acogemos esta doctrina en tanto se compeadece con un albacea que está llamado a ejecutar intereses patrimoniales cada vez más complejos (una sustitución fideicomisaria, una sucesión de empresa familiar, una gestión de activos digitales) e intereses no patrimoniales que ganan relevancia jurídica (gestión de datos personales y comunicaciones en internet, compromisos de calado bioético), que explican el papel y utilidad del albacea como *vir bonus*, tal y como se recoge en la citada sentencia de 6 de febrero de 1982. Como también, en nuestro estudio, nos parece hoy conveniente mantener la representación para asumir la de la personalidad del testador (recordando una interesante doctrina de la STS, 1.<sup>a</sup>, de 22 de noviembre de 1997, C.J. T. 82, núm. 114) ya que, en expositivos ulteriores, vamos a abundar en la tutela que merece la memoria del fallecido (por extensión del art. 18 CE, defendiendo el honor, la intimidad y la imagen con la proyección que permite la ley orgánica para proteger esa memoria).

Y, completando este análisis, se puede sumar la teoría del mandato, que sería idónea para exigir que la actuación se ciña a la encomienda, que sea leal y fiel a la voluntad del testador, y aplicar, en general, el contenido obligacional propio del contrato de mandato (aunque sea evidente que esta postura resulte, en rigor, inapropiada para encajar el negocio jurídico de base en un contrato). La nueva regulación de la autocratela y el impulso de los mandatos preventivos (en el artículo 271 del CC, relativo al nombramiento de curador directamente por quien lo nombra en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el

ejercicio de su capacidad jurídica, en relación con el artículo 256 del CC, relativo a los mandatos y poderes preventivos) dan respaldo para el llamamiento al allegado, primero como asistente en vida y luego como executor y vigilante tras la muerte. En suma, avanzando para normalizar la designación del albacea, se propone esta continuidad del mandatario preventivo al albacea, aunque se tengan que articular en distintos momentos e instrumentos. Una persona, por demás, que debe reunir no más que una valoración de idoneidad, si de nombramiento judicial se hablara (cfr. art. 275 CC) y que, en caso de nombramiento directo, nos confirma el perfil con base en la fiducia y en la condición de allegado (cfr. art. 276.6 CC).

A partir de este debate sobre la naturaleza y los razonamientos que inspira, sobre la representación y el mandato y la posible solución práctica de enlazar mandatos preventivos y ulterior albaceazgo, nos cabe justificar la configuración doctrinal por autorizados tratadistas del derecho sucesorio, pudiendo afirmar que el albaceazgo es pura y simplemente el albaceazgo (Puig Brutau, 1975). Se puede considerar que el albacea es una figura jurídica independiente con sustantividad y autonomía propia, derivada de la autoridad del testador, independiente de los herederos y relativa a la gestión de los bienes hereditarios, de la que responderá en la principal obligación de dar cuenta y, en su caso, por cuestionamiento, revisión o impugnación, debiendo rendir cuentas.

## 2.4. Sobre la configuración subjetiva y objetiva

Cabe concretar, en la configuración subjetiva, que puede ser un cargo único o colegiado (art. 892 CC), conferido a una persona física o jurídica y que puede implicar una responsabilidad solidaria o mancomunada (art. 895 y art. 897 CC). En todo caso, sobre la persona jurídica, apoyamos superar todo reparo que, por entender que la confianza solo la mereciera la persona física, concluyera que aquella quedara descartada. Un cargo nombrado desde la confianza y que, en razón a la complejidad que se va evidenciando y aumentando, puede interesar que sean designados varios albaceas (como también que, por éstos, se normalice el llamamiento a auxiliares) o que se nombre a una entidad de confianza que, en su organización, responda a todos los cometidos que hoy se le piden a un albacea. En lo relativo a la configuración objetiva y en relación con lo anteriormente expuesto, decir que implica un haz de facultades de distinta índole al acumular competencias dispositivas y de administración (art. 902 CC). De igual modo, en el lado pasivo u obligacional, los deberes del albacea suman un catálogo amplio que van de lo más personal o doméstico a lo más relevante en el orden patrimonial.

Una y otra cuestión, la subjetiva y la objetiva, son definitivas para que se explique la responsabilidad del albacea. Por demás, y a propósito de esas distintas funciones que asume, se debe seguir entendiendo que ha de sujetarse a la encomienda recibida y que deben diferenciarse los actos dispositivos y los de mera administración para entender con aquellos una posible enajenación o gravamen y con estos una explotación o gerencia responsable, diligente y rentable.

Dicho lo anterior, dando proyección e interés al cargo, debemos acentuar la conveniencia de designar al albacea que, para ejecutar lo dispuesto por el testador, sea hábil mediador,

con técnica negociadora y conciliadora, entre hijos de distintos matrimonios; sea persona de confianza del testador y merezca la misma confianza del cónyuge superviviente que otorgó un pacto sucesorio; que cuente con competencias digitales; que conozca la empresa familiar a la que dar continuidad. Este catálogo de funciones sugiere la necesidad de la figura según se desarrolla nuestro derecho, desde la relevancia del artículo 1056 del CC, en el texto general y codificado, a la flexibilidad del sistema de legítimas, en favor de los hijos que padecen una discapacidad según, en derecho general, el artículo 807 del CC y, en el derecho especial, la disposición que ofrece el testamento digital, contenida en el artículo 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantías de los derechos digitales (LOPDGDD). Resultando de este ambicioso perfil un frecuente recurso al llamamiento de auxiliares, requiriéndose entonces una clarificación para distinguir delegado y auxiliar en el sentido que, en expositivo siguiente, se razona y clarifica.

En relación con el mantenimiento de la empresa familiar hay que reconocer el interés del legislador en esta pervivencia, dando soluciones tan prácticas como las que se recogen en el citado artículo 1056 del CC al permitir aplazar el pago de legítimas. Esta realidad empresarial está hoy incentivada y, por tanto, se mostrará con mayor frecuencia si tenemos en cuenta las medidas legales de apoyo al emprendimiento, la posibilidad de constituir una sociedad de capital con un solo socio y a partir de un euro de aportación al capital social (cfr. art. 4 de la Ley de sociedades de capital –el RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital–) o el beneficio fiscal con un tipo reducido en el impuesto sobre sociedades de un 15 % si la empresa que nace es de base tecnológica y se puede clasificar como *startup* (cfr. Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes). Con este panorama normativo y los incentivos al emprendimiento y constitución de sociedades, la realidad mercantil nos va a mostrar un mayor número de empresas, por lo que la figura del gestor-ejecutor que puede asumir el albacea se presenta más necesaria y recomendable.

## 2.5. Autonomía del cargo

Confirmamos este carácter del albaceazgo como un cargo autónomo, que es una nota en la que hemos incidido al hablar de la naturaleza del cargo, que se validaría, de entrada, en cuanto depende de la voluntad del propio albacea para la aceptación. No hay obligación legal de aceptarlo –cfr. arts. 899 y 900 CC–, si bien esta libertad se condiciona en dos sentidos: en primer lugar, porque el albacea podrá renunciar al cargo después de aceptarlo, aunque sujeto a dos condiciones, como son la de alegar causa justa y que, en todo caso, habrá de estar al prudente arbitrio del juez; (no podrá renunciar sino judicialmente) y, en segundo lugar, que con la aceptación, se constituye el albacea en la obligación de desempeñar el cargo lo que, ciertamente, le permitirá un margen de autonomía en su desempeño. Bien es cierto que tal libertad se delimita en cuanto habrá de estar a la voluntad del testador y a otros condicionantes, como el término legalmente impuesto y los límites legales que, en todo caso, informan sus facultades (cfr. arts. 901 y 904 CC); además, deberá tener

en cuenta otras voluntades que pueden ser influyentes o necesarias: en el antes, si ha de tramitarse el presupuesto de una liquidación de sociedad de gananciales; o en el durante, si ha de dar intervención a los herederos para vender bienes (salvo que esté dispensado de cumplir el artículo 903 del CC); o en el después, en cuanto deba dar cuenta –más que rindiendo cuentas– según lo previsto en el artículo 907 del CC.

Es también predicable la autonomía del albacea en cuanto que su cargo es personalísimo e indelegable (art. 909 CC), lo que se explica con base en esa confianza de base que inspiró el nombramiento. Y, en esa autonomía, además actuará con libertad para atender el pago de legados, como también gozará de independencia para acomodar la ejecución de la voluntad testamentaria a la ley, con determinación propia para conservar, gerenciar y administrar la herencia, y con margen para dar y rendir cuentas separándose de los intereses de los destinatarios o dueños finales del negocio. En esta autonomía que proclamamos, si bien del lado activo se le confieren amplias facultades y libertad de actuación, del lado pasivo le posiciona en un alto nivel exigencia de responsabilidad, distinta de una menor exigencia, por ejemplo, que la de un mero contador-partidor, por ejemplo, según se insistirá en expositivos ulteriores.

La autonomía también se ha predicado de conformidad con preceptos como los artículos 747 y 749 del CC, para individualizar el albacea al heredero ante la indeterminación testamentaria; y se ha destacado la autonomía respecto a los herederos, a los que no rendirles cuentas (art. 907 CC) e incluso contemplando actuar sin la intervención de estos (cuando se excusa en testamento el art. 903 CC) o quizá pudiendo contrariar sus intereses. En efecto, podría el albacea separarse de los intereses personales de los herederos o actuar separado de estos si las facultades que se le confirieron le dispensaban de buscar su intervención –excusando el art. 903 CC según la STS de 9 de junio de 1993, rec. núm. 3320/1990–.

Sin embargo, la autonomía se ventila con dificultad cuando la vinculamos con la voluntad del testador y la necesidad de preservar una leal administración evitando los conflictos de intereses que previene, y se explica con la prohibición de comprar del artículo 1459.3.º del CC. De otro lado, será más definitiva cuando, por imperativo legal, deba separarse de lo dispuesto por el testador (art. 901 CC), en tanto las facultades concedidas al albacea se legitiman en cuanto no sean contrarias a las leyes (por ejemplo, para respetar las legítimas, aunque en este caso, más que de autonomía, se podrá tener que asumir la nulidad de la encomienda o mandato si encarga transgredir esas reservas y destinos).

De igual modo, respecto del testador, el albacea cobra autonomía para actuar en lo que aquel no contempló (que puede ser un imponderable, si urge la venta de un activo para atender un legado o la disposición de criptomonedas, si urge gestionar según informe un mercado altamente especulativo, incluso cuando, en la imprecisión testamentaria, la ley deja de inspirarse con la costumbre del pueblo –art. 902.1.ª CC–), autonomía, en fin, que predicamos para aceptar el cargo, para pagar legados, para atender los pagos inmediatos y derivados del fallecimiento, para adoptar los cuidados en la conservación del patrimonio y defender en juicio y fuera de él el caudal relicto.

Resulta gráfico, en este rasgo que reconocemos, la facultad de vigilancia y protagonismo que le atribuye al albacea el artículo 902.3.º del CC, entendiéndose (Marín Castán, 2000) una especie de fiscalización y protagonismo en la efectiva realización de la voluntad del testador, sobre aquello que el albacea no tenga que ejecutar directamente, que ejecuten otros. Y, completando este margen de autonomía, en favor de la misma, podemos reiterar la importancia de resolver la compleja sucesión evitando su judicialización, desde aquel recuerdo antes ya mencionado a la cautela Socini y con la proyección que la mediación hoy sugiere.

## 2.6. Otros caracteres

- Relativo al contenido obligacional. Destacamos que el desenvolvimiento del albaceazgo tiene un contenido obligacional variable (art. 901 CC), por su fuente negocial o legal, por sus competencias con un amplio margen de libre disposición y con tareas de administración; con margen de autonomía y límites en la heteronomía de la ley. Esa libertad o autonomía que ha ido quedando explicada se concreta en la facultad dispositiva de promover la venta de bienes (art. 903 CC), bien es cierto que actuará con la finalidad concreta de satisfacer funerales y legados y actuando con la intervención de los herederos, aunque también es cierto que puede prescindir de esta intervención si tenía facultades testamentarias de plena disposición, excusando, entonces, el artículo 903 del CC tal como afirma la STS de 9 de junio de 1993, antes citada.
- En cuanto cargo temporal (art. 904 CC), primeramente destacamos la nota positiva de sujetar a un tiempo la ejecución de la tarea, que será el marcado por el testador o el concedido, en prórroga por este, por el tiempo expresamente marcado o por un año más sobre el fijado en testamento (art. 905 CC). En defecto de esa disposición por el testador, el plazo que la ley determina es de un año, contemplando la posible prórroga concedida por los herederos y legatarios de común acuerdo (art. 906 CC) y la que puede autorizar el letrado de la Administración de Justicia o el notario, vencido el tiempo previsto en testamento y en ley.

La temporalidad es una importante nota en favor del albaceazgo, para superar las frecuentes situaciones de indivisión que, en una tensión entre herederos, se acaba provocando, con la antieconómica inmovilización de activos. La temporalidad, además, marca el inicio de operaciones (arts. 898 y 899 CC) y el final de las actuaciones (en un año, por lo general –art. 904 CC–), y fija una especial exigencia al albacea que no se le impone a otros, como a los herederos, cuya facultad de instar la partición es imprescriptible –art. 1965 CC–. Implicará la temporalidad un término y su agotamiento la obligación general de dar cuenta y la eventual exigencia de rendir de cuentas, tanto a herederos como a la autoridad judicial (art. 907 CC), aunque en el ínterin, para disponer en venta, el albacea ya tuvo que recurrir a la intervención de los herederos (salvo que, en testamento, estuviere excusado y facultado).

- Como cargo gratuito (art. 908 CC) debe recordarse su razón en el vínculo personal, en la confianza base del cargo y el compromiso moral entre albacea y testador, que inspira la tarea ejecutora de fidelidad, afecto y compromiso. Si bien, la responsabilidad exigible, que aumenta a medida que el cargo se rellena con mayores cometidos, se deberá corresponder con normalizar la retribución, acorde a la profesionalización, la dedicación y, por demás, en correspondencia con el pago previsto en el referente que venimos invocando en la curatela. Cuanto más la profesionalización ya se contempla para el contador partidor en la división judicial de patrimonios (cfr. art. 784 LEC) y ahora, sobre esta tarea, acumulamos la más compleja del albacea que, además, en la actualidad se presenta con un cuadro de mayores cometidos y diversidad de intereses que atender y ejecutar, velar o representar (por lo que se seguirá motivando en favor de la posible designación de una persona jurídica o de un pluralidad de albaceas, con distintas especialidades y altas responsabilidades).
- En relación con el carácter personalísimo, se evidencia que no permite, en su ejecución, la facultad de delegar (art. 909 CC) salvo si hay autorización expresa del testador, lo que explica que el albaceazgo termine con la muerte del albacea (art. 910 CC). A propósito de este carácter cabe aclarar la diferencia entre delegar y servirse de auxiliares (Marín Castán, 2000), ya que debemos concluir que, no cabiendo la sustitución, siempre será posible recurrir a auxiliares, resultando esta posibilidad especialmente oportuna e incluso necesaria cuando venimos contemplando una complejidad en la composición, gestión y liquidación del caudal relicto, con activos de muy distinta naturaleza. En todo caso, el albacea que tuvo la autorización para delegar será responsable de lo ejecutado por el delegado; y, si no tuvo autorización, si delega lo actuado, será nulo.
- Como cargo de alta responsabilidad, en su compromiso moral y en su gestión patrimonial, el albacea asume un mayor grado, a partir de reconocer en la esfera más personal disposiciones relativas a decisiones vitales, la dignidad y la memoria del fallecido; y, en el orden económico, al considerar la administración de activos empresariales, muchos de ellos involucrados en un protocolo de empresa familiar o sumergidos en la red y en mercados digitales.

A propósito de la responsabilidad, abundando en ello, podemos confirmar que es un cargo de alta responsabilidad por deberse a la ley, al causante, a los herederos, a la autoridad judicial, a la diligencia necesaria que requiera la ejecución de la voluntad del testador y la tutela de la herencia, a los tiempos limitados de ejecución y a la complejidad de las tareas a las que progresivamente está siendo llamado (en el plano subjetivo, conciliando intereses de herederos que son extraños entre sí, en cuanto sean, por ejemplo, medio hermanos; o en el plano objetivo, en cuanto se tenga que ejecutar un contenido digital o completar una sucesión empresarial).

Con base en la literalidad de los preceptos que relacionan el contenido del cargo, se evidencia y se abunda en esta mayor responsabilidad que el albacea asume por distintos motivos como que, en su deber de velar por la ejecución de la sucesión,

asume responder por lo actuado directamente por él y lo que puedan hacer terceros («vigilar todo lo demás» dice el art. 902.3. CC). Esto implica un plus de responsabilidad en tanto le es exigible una cierta responsabilidad objetiva o responsabilidad *in vigilando* (solución ya acogida en el texto codificado –cfr. art. 1903 CC– para acoger la tendencia objetivadora, atemperando la exclusividad del principio de culpa). En definitiva, hablar de responsabilidad y de un alto grado de exigencia de la misma implica transitar de una diligencia ordinaria para acercarnos a una cierta *lex artis*.

La responsabilidad, en fin, es exigente en cuanto se proyecta y se puede hacer valer contra los herederos del albacea (es decir, que siendo personalísimo el cargo, extinguiéndose con la muerte del albacea, lo derivado del cargo, derechos y responsabilidades, sí se transmiten a sus herederos).

Hablar de responsabilidad, en fin, es particularmente interesante cuando, en un plano teórico, se precisa clarificar la literalidad del código, cuando en el artículo 901 del CC se habla de facultades (recordando lo que ya para la patria potestad también la letra del art. 154 CC se tenía que interpretar) para entender que lo que se enumera como facultades son, al mismo tiempo, derechos concedidos y obligaciones impuestas; y, en el plano práctico, la responsabilidad lleva a separar al albacea de otros cargos (como el de contador partidor al que, según el referente jurisprudencial que en expositivos ulteriores concretaremos, se le excusa una cierta deficiente actuación si es la propia de una diligencia del común que podía tener el testador; mientras que al albacea tal excusa no le cabe).

Este cuadro de caracteres explica la complejidad que, de siempre, ha presentado esta figura al reunir tantos rasgos que, por demás, pueden tensionar entre sí. Si a ello sumamos otros atributos o competencias que la actualidad pide, como cuando se requiere conciliar los intereses de herederos de distintas familias, gestionar contenidos digitales o ejecutar instrucciones previas contenidas en un testamento vital, se completaría el argumentario introductorio que en este estudio hemos planteado y sobre el que se ha seguido abundado para entender la relevancia de la figura, su tradición, su virtualidad y su proyección práctica.

### **3. Análisis particular de algunas situaciones complejas que presenta el albaceazgo**

#### **3.1. La ejecución del testamento digital y del testamento vital**

En torno a la tarea tradicional de gestión y ejecución encomendada al albacea, en relación con el testamento otorgado como instrumento ordenador de la sucesión patrimonial (conforme al art. 667 CC), procede la revisión para atender nuevas fórmulas testamentarias y, por ende, nuevas encomiendas al albacea. Con la aparición del testamento digital y, antes en derecho, del testamento vital se plantea apostar por la unidad de acto, por otorgar un único

testamento que agrupe las últimas voluntades de relevancia económica, tanto si se trata de activos propios del mercado material como si su tráfico es digital; y las de carácter personal, ya sean relativas a preservar la memoria del causante como las que se correspondan con los sufragios y funerales, con el destino de los órganos y restos mortales o con la gestión de datos personales, signos de identidad o derechos de autor de contenidos de la red.

A partir de esta ampliación de los contenidos testamentarios debemos entender la correspondiente mayor labor que puede asumir el albacea. Cabe entender que resulte más conveniente su nombramiento para garantizar el cumplimiento de las últimas voluntades patrimoniales, vitales y digitales. Consideramos el albaceazgo como figura a revitalizar y cláusula a normalizar en el instrumento de expresión de aquellas distintas disposiciones, en un único testamento otorgado en la forma más conveniente, abierta y en escritura pública, para ganar en autenticidad, dar un marco de fehaciencia, recibir el asesoramiento notarial autorizado, dar seguridad a la designación, a su llamamiento, al control de legalidad y de plazos.

Para razonar la virtualidad de este instrumento, que debe acoger las nuevas formas testamentarias a impulsar, debemos advertir que, aunque el testamento se ha entendido sobre todo como disposición patrimonial (cfr. art. 667 CC, «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos»), también se permite que contenga declaraciones o disposiciones sin contenido patrimonial (como es el caso del reconocimiento de un hijo –art. 741 CC–). Por tanto, la posibilidad de disponer sobre el acervo documentado en redes sociales, sobre la donación de órganos o sobre otros distintos extremos no patrimoniales quedaría acogida como contenido propio de un testamento. En este ámbito o esfera personal del causante hemos tenido ocasión de reconocer en el albacea, por la confianza de base, incluso desde el oportuno antecedente de lo que ya se dispuso en mandatos preventivos a propósito de ordenar la guarda legal en vida, la idoneidad para cumplir todo lo dispuesto o deseado por el testador, cuanto más se normalizan y encajan estos nuevos contenidos sucesorios (los correspondientes al testamento digital y al testamento vital) en la categoría típica del testamento (y por ende en los cometidos a ejecutar por el albacea), tanto si asumimos la dimensión económica que la actividad del testador en internet comporta (por ejemplo, por tener la explotación de derechos de autor o la titularidad de criptomonedas) como el interés creciente en regular las cuestiones comprometidas con la bioética. De nuevo, con el antecedente de la autocuratela, queremos ver una continuidad y acierto en prolongar el cargo de la persona de confianza desde su conocimiento de los negocios del testador.

De ambos instrumentos, el testamento digital y el testamento vital (que en el mejor caso deben formalizarse en un único testamento) tenemos que predicar su utilidad y conveniente articulación. Debemos referirnos a la ley de autonomía del paciente (la Ley 41/2002, de 14 de noviembre –LAP–), que principalmente recoge para el ámbito sanitario dos institutos, como son el consentimiento informado, para legitimar toda actuación profesional del facultativo; y las instrucciones previas, coloquialmente llamadas testamento vital. En este segundo instrumento se ratifica la primacía del principio de la autonomía que preside la bioética y hace corresponder esta con el bioderecho para entender la influencia mutua de la bioética con el derecho (Romeo

Casabona y Romeo Malanda, 2022), en particular en la preservación de la dignidad humana y la libertad y autonomía de la persona, brindando una oportunidad para, en vida, disponer lo relativo a los cuidados paliativos, evitando degenerar en una indigna situación de encarnizamiento terapéutico; y para ofrecer el final de la vida desde la reflexionada y responsable decisión de la persona que, en caso de padecer discapacidad pudo haber nombrado un interlocutor válido (según se permite en el artículo 5.2 la Ley de la eutanasia –LO 3/2021, de 24 de marzo–).

También, con este instrumento de disposición vital, se posibilitan otros provechos que sirven a la solidaridad y al interés general, como la donación de órganos o el destino a la ciencia de los restos mortales. En este escenario, propio del bioderecho y en correspondencia con el principio nuclear de la bioética, respetuoso con la autonomía del paciente, se encuentra la confianza como referente principal para nombrar al asistente o al representante, o que, a falta de designación expresa, se pueda recurrir a ese allegado (que no tiene por qué ser pariente y que puede ser un tercero, como se reconoce cuando el médico necesita recabar un consentimiento informado y el paciente no sea capaz, a criterio médico, de tomar decisiones –cfr. art. 9.3 LAP–).

En el artículo 11 de la LAP se determina que, a través del documento de instrucciones previas, se manifieste anticipadamente la voluntad sobre los cuidados, el tratamiento y el destino de los órganos y el cuerpo, así como la posibilidad de que el otorgante designe a un representante para el cumplimiento de estas instrucciones. Es importante la figura de un albacea ejecutor inmediato de las voluntades que expresa o tácitamente pueden resolver sobre una donación de órganos donde la norma presume la voluntad favorable (el art. 9 del RD 1723/2012 determina que, salvo que la persona fallecida hay dejado constancia expresa de su oposición, se entenderá el consentimiento para la donación), pudiendo evitar la dilación y tener que desplegar otras pesquisas.

Posteriormente, en 2018, la citada LOPDGDD incluyó en un primer catálogo de derechos digitales el testamento digital. El artículo 96 del LOPDGDD lleva por título el «Derecho al testamento digital», que se incluye dentro del título X sobre «Garantías de los derechos digitales», lo que, por demás, suma el interés propio del causante al interés social en acceder a unos contenidos que pueden ser merecedores de tutela como creación amparada por la propiedad intelectual (de hecho, el RDLeg. 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, reconoce a los herederos, en el artículo 15, legitimidad para defender la autoría y la integridad de la obra; quizá esta capacidad de accionar procesal podía predicarse para el albacea).

La herencia, en lo relativo al caudal recogido en internet, abarca un contenido variado que podemos enumerar con los perfiles en redes sociales, las cuentas de correo electrónico, las cuentas en servicios en línea de música, películas y otras creaciones artísticas, literarias o científicas, los datos personales alojados en servidores, los archivos digitales que el fallecido poseyera y criptomonedas o criptoactivos en general. Por tanto, en clave jurídica hablamos de contenidos personales y patrimoniales, contractuales y reales. Se trata de

reconocer el control de la huella digital del fallecido y evitar pérdidas de patrimonio online. En particular, en cuanto a los derechos económicos, la titularidad de unas criptomonedas explicaría la urgencia de actuación por un albacea, sin la dilación que pueda traer ultimar la partición, para velar por unos activos de alta especulación.

En el testamento digital, junto con el nombramiento del albacea, se presenta como necesario incluir la definición de los activos digitales: debe acoger cualquier contenido o derecho existente en forma digital que pertenezca a una persona. Esto abarca esa relación antes, *ad exemplum*, relacionada, donde destacan por frecuentes las cuentas de correo electrónico, redes sociales, blogs y cuentas de almacenamiento en la nube, hasta activos más tangibles como criptomonedas o derechos de autor en línea. Se evidencia la utilidad de la designación del albacea digital.

En otro orden de cosas, abundando en el papel que puede asumir el albacea, encajaría referir la tutela que se podrá ejercer para defender la memoria del finado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En el artículo 4 de esta ley se determina que podrá accionar quien haya sido designado en testamento y que, no existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento y, a falta de todos ellos, el Ministerio Fiscal. Esta tutela de la memoria del fallecido gana razón en cuanto en la Constitución Española ya se trasciende del individuo para reconocer estos derechos a favor del colectivo familiar (en este sentido, por encima de la extinción de la personalidad, habrá intereses vivos que preservar). La protección de la memoria del fallecido se ampara en repetidos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, pudiendo citar la STS, 1.ª, núm. 153/2021, de 16 de marzo (NormaCEF NCJ065487), relativa a la protección del derecho al honor y a la intimidad personal de una hermana de los actores que había fallecido y de la que, en programas de televisión de entretenimiento nocturno, se llegó a declarar que sufría de dependencias muy importantes, con ingesta constante y severa de alcohol, así como de cocaína, además de diversos fármacos psicotrópicos y ansiolíticos recetados por su médico, e incluso se aireaba la vida sentimental. Se consideró que estas declaraciones no se amparaban en la libertad de información, por no cumplir la veracidad de la información, ni en la libertad de expresión, al ser vejatorias y suponer un atentado contra la profesionalidad de la recurrente.

Esta dimensión de la honorabilidad, la intimidad y, en su extensión, la memoria, cobra especial actualidad con el desarrollo y posibilidades de la inteligencia artificial, que viene a proporcionar instrumentos donde la imagen, la voz y la animación del fallecido se prolonga tras su fallecimiento. Se habla de tecnología del duelo o de resucitar a personas fallecidas (en ello se ocupan empresas como la americana HereAfter que, recogiendo recuerdos de la persona, posibilita la comunicación después de su fallecimiento de un avatar con los familiares).

Estas nuevas situaciones y las referencias normativas que hacemos requieren, primero, clarificar la formulación del testamento, antes de determinar su encomienda al albacea,

para normalizar la consideración de auténtico testamento, donde hay disposición patrimonial respecto a activos digitales o hay ordenación relativa a cuestiones propias de la bioética y el bioderecho o para aceptar la defensa de los derechos de la personalidad a favor de un causante que, con su fallecimiento, extinguió tal atributo del derecho pero merece el respeto de su memoria o proyecta su personalidad, si de derecho a la intimidad familiar hablamos, a un círculo de parientes que le sobreviven. Agrupando tan variados contenidos entendemos la oportunidad de un albacea ejecutor de una compleja herencia.

### 3.2. La titularidad del albacea en su trascendencia patrimonial real

Otra cuestión de interés, sobre la que anteriormente ya hemos advertido su relevancia y el posible debate, es la relativa a la titularidad del albacea sobre los bienes del caudal relicto. Tanto en el contenido crediticio como real, la titularidad patrimonial merece tratarse para abundar en su clarificación en tanto, de entrada, se debe superar hablar de patrimonio sin sujeto y, además, debemos dar razones a favor del posicionamiento que entendemos más lógico y más acorde a la realización de la voluntad del testador.

La masa patrimonial testamentaria cuenta, en principio, con la titularidad interina de la comunidad hereditaria aunque, en rigor, al depender de una ulterior y definitiva adjudicación individual a cada heredero, cabrá afirmar la titularidad real del albacea, cuanto más si el periodo intermedio se difumina con la eficacia retroactiva de la posesión civilísima. Sobre la titularidad real del albacea, más allá de una mera detentación, se puede determinar una posesión natural en tanto hablar de mera detentación es forzado cuando luego toca reconocer actos de libre disposición a favor del albacea; como también entender la posesión en nombre de otros se dificulta si no está ese tercero ni como mandante ni como definitivo nuevo dueño. Procede hablar de posesión natural, descartada la posesión civil que, el propio albacea, en su investidura posesoria ya asume (de bienes ajenos, pendiente de que otros consoliden dominio).

Dicho esto y aunque en la doctrina civilista haya posiciones autorizadas que nieguen esta titularidad real, se tiene que entender que es el propio legislador el que en preceptos como los artículos 1600, 1730 y 1780 del CC, desde la mera titularidad crediticia, afirma la trascendencia real –respectivamente para el contrato de obrar, el contrato de mandato y el contrato de depósito–. Cuando en el albaceazgo vemos esta posesión, si ni siquiera hay un mandante vivo, el albacea puede disponer vendiendo (art. 903 CC) con posible dispensa testamentaria de participar a los herederos, incluso contra o sin encargo del finado y también contra o en paralelo a una voluntad de los herederos. El albacea dispondría con un margen de autonomía y con facultades que, a mayor trascendencia, se han de entender revestidas de posesión para poder realizar la investidura posesoria al comprador (tal como los artículos 609 y 1461 del CC prescriben, el primero de los preceptos para confirmar la vocación traslativa de dominio en la compraventa, exigiendo la entrega para que el contrato, una vez perfeccionado, se ejecute hasta culminar esta función; y, el segundo de los precep-

tos, como referente principal para acoger la teoría del título y el modo en nuestro sistema). De igual modo, confirmaríamos en la práctica la titularidad real posesoria a favor del albacea cuando este, en la gestión responsable y rentable, precisa ceder en arrendamiento un inmueble del caudal relicto para producir renta (recordando que el arrendador mantiene al arrendatario en el tracto sucesivo –art. 1554 CC–). Por demás, esta afirmación de la toma de posesión por el ejecutor ya llegó suficientemente motivada desde la doctrina clásica (Cicu, 1959), excusando que tuviera que haber una voluntad expresa del testador en este sentido.

Es cierto que, en ningún caso, hay poder de disposición sobre bienes propios, que se trataría de disposición sobre bienes ajenos (cfr. art. 432 CC), pero también es cierto que cabe deducir la voluntad del causante de que el albacea tome posesión de la herencia (Albaladejo García, 1979). Confirmamos así esta titularidad posesoria en tanto se dispone de los bienes, no solo para partir y adjudicar –que quizá no requeriría forzar el reconocimiento de la posesión–, sino para vender para satisfacer legados (caso este en el que nunca llegaría la transferencia del causante al heredero, nunca entraría la transferencia en el efecto retroactivo de la posesión civilísima). En suma, la posibilidad de la transferencia posesoria en la compraventa se posibilitaría desde el reconocimiento de la investidura previa a favor del albacea, y así (conforme a una posesión natural, que no civil –según distingue el art. 430 CC–) se puede legitimar al albacea en su facultad dispositiva, al causante en su disposición sobre legados, a los herederos en su titularidad dominical definitiva de caudal neto y valorar la perfección de una venta ajustada a su título y modo. En todo caso, como planteamiento general, confirmamos la titularidad real posesoria con la motivación recogida.

### 3.3. La necesaria delimitación de las tareas y competencias ejecutivas, dispositivas y administrativas

La tarea del albacea muestra la dificultad y necesaria clarificación de los actos de pura disposición y la distinción con los de mera administración. Si en los primeros entendemos, normalmente, unos actos propios de una titularidad real, en cuanto que requiere el poder directo sobre la cosa; en los segundos reconocemos la tarea de llevanza, explotación ordinaria o gestión del negocio para su mantenimiento y desarrollo propio. Bien es cierto que la separación es más fácil en la teoría de lo que puede ser la práctica ya que, de entrada, algunos deberes del albacea se resuelven con la disposición directa, al hacer pagos o liquidar deudas, ya sea a la Administración tributaria o a un legatario; y, en otras situaciones, se verifica al buen gestor que administra en una tenencia ordinaria, defendiendo y preservando el caudal relicto para su entrega a los herederos. Sin embargo, este panorama se puede complicar y entrelazar la disposición y la administración.

En la disposición, en cuanto se puede dar una venta, enajenación o gravamen, encaja la predicada titularidad real que se tiene razonada; y, en la administración, al gestionarse activos de alta complejidad, cuando sea capital social o se trate de criptomonedas u otros bienes que requieren experiencia y competencia, la que pudiera ser sencilla gestión pasa a

ser una tarea más complicada. Cuanto más, disponer y administrar se entrecruzan, pudiendo implicar la buena administración actos donde rentabilizar bienes, por ejemplo, cediendo en alquiler y, como arrendador, manteniendo en el goce pacífico a un inquilino desde la antes entendida posesión. Por demás, son actuaciones comprometidas y complejas las que se refieren a asuntos de la personalidad, la defensa de la memoria del causante o las decisiones en el destino de los restos mortales o de los órganos del cuerpo. También se entremezclan administrar y disponer si el albacea, debiendo vigilar lo ejecutado por otros, asumiendo esa responsabilidad *in vigilando*, o también cuidando y conservando la masa patrimonial, tiene que desplegar gestiones ejecutivas de muy variado carácter.

### 3.4. El albaceazgo y los otros cargos intervinientes en la sucesión

La necesaria distinción del albaceazgo con la función que asume el contador partidor, siendo una cuestión asentada en el tiempo, sigue mereciendo una clarificación no solo en el contenido obligacional, donde el primero acumula normalmente la tarea del segundo, sino sobre todo cuando se habla de la responsabilidad del cargo. Consideramos oportuno abundar en ello a fin de razonar sobre el mayor grado de responsabilidad que en el albacea venimos exponiendo. En efecto, de una parte tenemos que las funciones tuitivas que integran el cometido del albacea abarcan las correspondientes a los contadores-partidores (art. 1057 CC); y, de otra parte, la jurisprudencia (así la STS, 1.ª, núm. 252/2004, de 30 de marzo, rec. de casación núm. 1604/1998) se ha ocupado de profundizar en la conveniente separación de ambas figuras, reconociendo en el albacea una mayor implicación y asunción de responsabilidades, por ejemplo, cuando procede realizar actuaciones previas a la partición que pueden ir desde la precisa liquidación de la sociedad de gananciales hasta la ejecución de disposiciones u obligaciones, como ordenar funerales o liquidar el impuesto sobre sucesiones. Precisamente, en la STS núm. 954/2005, de 14 de diciembre, (Norma-CEF NCJ044178), se aborda esa necesaria tarea y responsabilidad del albacea de realizar la previa liquidación de la sociedad de gananciales.

En el albaceazgo habría una función representativa de la herencia (tarea que le confiere poder directo sobre el caudal relicto y es argumento para defender su titularidad, antes de entender que se trata de un patrimonio sin titular) mientras que, según la doctrina jurisprudencial, el contador partidor tendrá que ocuparse únicamente de distribuir la herencia entre los herederos y demás beneficiarios, según le mandó el testador y sustituyendo a este (por lo que se le dispensa, en caso de un defectuoso modo de actuar, la misma consideración que si el propio causante se hubiese equivocado, por lo que, antes que reclamarle habría que optar por corregir el cuaderno particional, agotar los medios procesales y extraprocesales de corrección). El albacea, en cambio, suma al cumplimiento del testamento y a la precisa partición las gestiones precisas para la conservación (ejecutando actos directos o vigilando lo que terceros deban ejecutar) y la custodia de la herencia (pudiendo, en una diligente administración, poner en explotación y rendimiento bienes, como por ejemplo alquilando un inmueble), asumiendo tanto actos de disposición (por ejemplo, con el pago de legados o la

venta de bienes para recabar dinerario preciso) como, incluso, de ejecución separada de la voluntad del causante para atender un mandato legal (por ejemplo, de liquidar un impuesto) o una negociación (por ejemplo, con un consejo de familia en relación con la sucesión de empresa o con un cónyuge superviviente, si procede ejecutar un puntual pacto sucesorio).

Abundando en la delimitación de la figura y distinción de cargos vemos que un mero administrador (caso, por ejemplo, del art. 801 y art. 804 CC) cuida la herencia, gestiona sin facultades dispositivas; un árbitro depende, sobre todo, de la existencia de una contienda que requiera pacificar y solucionar; un cónyuge puede intervenir para la posible mejora que se contempla en el artículo 831 del CC o en el caso extraordinario del pacto sucesorio. De todas formas, no es excluyente que el albacea conviva o acumule tareas que puedan darse en los cargos distintos que señalamos.

### 3.5. Clarificación del carácter privado del cargo y su interés público

La principal consideración de servir el albacea a la ejecución del testamento, de recibir el nombramiento desde y para la voluntad del testador, encuadra el albaceazgo como institución de derecho privado, aunque no podemos dejar de reconocer argumentos que contribuyen a completar el perfil con un rasgo público, a partir de la doctrina del *officium* anteriormente apuntada, de representar el interés social y la justicia (esto se ha podido validar como criterio jurisprudencial, de representación no del mandante y sí *ex officium* –STS de 6 de febrero de 1982 antes citada–, razón que sirve al debate anteriormente planteado y la explicación dada sobre la naturaleza del cargo).

La tesis anterior se suma, para abundar en el lado público, a la fuerza del principio de legalidad relacionado entre el cuadro de principios y a la presencia del interés general en que se ejecute y se haga efectiva partición (evitando que, entre herederos por bien o por mal avenidos, quede indivisa y como patrimonio inmovilizado, en *status quo*, lo que es contrario a la dinámica del tráfico). Se viene a garantizar con la labor del albacea la distribución de la titularidad de bienes de contenido económico y, con ello, que se preserve y mantenga la empresa familiar como realidad económica de rendimiento social. Avalando y abundando en el interés general en la gestión del albacea, a la obligación de ejecutar el testamento en un tiempo limitado, se suma el logro de evitar una indivisión entre coherederos y la evitación de la contienda judicial.

El carácter privado y el interés público de la encomienda merece abordarse para entender que, junto al nuclear cometido de ejecutar la disposición privada del particular testador, hay que atender el control de la legalidad y las actuaciones y relaciones con las administraciones, como puede ser la tributaria o la de justicia (para liquidar el impuesto sobre sucesiones o para defender en juicio activos del caudal relicto), confirmando ese rasgo propio del derecho público. Esta dimensión, que trasciende lo privado, arranca de la ordenación misma de la sucesión *mortis causa*, que ha evidenciado siempre un entronque con cues-

tiones de orden público, explicando la sujeción de la voluntad negocial a las formalidades o ritualismo (como negocio jurídico solemne) y explicando los límites legales a la voluntad negocial, llevando todo ello a entender el control de legalidad y judicial. Por tanto, siendo una noción privatista, se ha de acoger esa dimensión o proyección pública. La proyección pública se ha confirmado con ocasión de haber profundizado en la distinción entre albacea y contador partidor (atribuyendo a aquel una mayor responsabilidad en su actuación que puede, incluso, tener que separarse de la sola voluntad del testador para hacer valer las limitaciones o exigencias legales, mientras que al contador partidor se le puede excusar una deficiente actuación, ya que se entendería que no tiene que asumir más diligencia que la común, solamente la exigible a la persona misma del causante).

Y, abundando en el argumentario sobre la relevancia de la labor del albacea, que trasciende al interés particular que tuviera el testador, la intervención del albacea destacará respecto a los contenidos digitales que puedan tener vocación de hacerse públicos con su ulterior demanialización (caso de los que son objeto de la propiedad intelectual) o que puedan requerir la gestión financiera (caso de la administración de criptomonedas); y en la posible disposición en favor de la donación de órganos, donde el compromiso social e interés público es definitivo.

#### **4. Argumentos a favor del impulso y actualidad del albaceazgo**

Recurrir al albaceazgo es siempre interesante, como demuestra su larga vida como figura jurídica, evidenciando el interés y, según la actualidad nos sugiere y vamos razonado, la virtualidad práctica que proyecta. Sumamos un ramillete de argumentos para su preservación e impulso con propuestas y apuntes de distinta consideración, tal como venimos insistiendo y describiendo, que van desde las cuestiones más personales, como la armonización de intereses de herederos de distintas ramas familiares; a los asuntos de índole patrimonial y mayor trascendencia económica, como la realidad y compromiso empresarial de muchos activos del caudal; incluyendo los asuntos relativos a la personalidad y la dimensión moral, sumados todos a la razón práctica de evitar la contienda judicial y favorecer una ejecución testamentaria negociada, para lo que se ha recordado la eficacia de la cautela Socini.

La utilidad de la figura para conferir autoridad a un tercero, que en el mejor caso (en favor de la independencia, equidad y autonomía) sea distinto a los herederos, sirve para hacer valer la voluntad del testador, en tanto la autoridad que ostenta el albacea la recibe de aquel y permite al ejecutor intervenir en un patrimonio separado del patrimonio de los herederos, cuanto más se interesa esta figura si al ejecutor le reconocemos la titularidad, aunque interina, provisional y transitoria, sobre el patrimonio que conforma la masa o caudal hereditario. Titularidad que consideramos conveniente reconocer sabiendo que entre el hecho del fallecimiento, la apertura de la sucesión y la finalización de la misma, discurre un proceso que se alarga en el tiempo y que separa la transmisión y la adquisición definitiva (por lo que, sobre la literalidad de los artículos 657 y 661 del CC, que disponen que los

herederos sucedan por el hecho solo de la muerte, tenemos el artículo 440 del CC, relativo a la posesión civilísima, y los artículos 989 del CC –que confirma el efecto de la aceptación que se retrotrae al momento de la muerte– y 1068 del CC –que determina que será la terminación de la partición la que confiera la propiedad a cada heredero–).

Esta revitalización de la figura, por demás, se explica también por la mayor exigencia de responsabilidad que al albacea le es exigible, frente a otros interventores, como el contador partidario o los propios herederos, lo que da rigor jurídico y económico al cargo. Argumento este que parece sugerir, al tiempo, la profesionalización del albacea, lo que, sin separarse de la fiducia, lleva a generalizar la posibilidad de que sea una persona jurídica (predicada ya respecto a la guarda legal –art. 275 CC–), y la normalización del pago de los servicios (igualmente asentada en la regulación del 2021 de la asistencia a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica), además del recurso frecuente a los auxiliares que, según se ha ido razonando, debe normalizarse. Precisamente la referencia que hacemos a la guarda legal sugiere la identificación temprana de la persona de confianza que, además, desde la experiencia de lo actuado en vida, pueda continuar la gestión del patrimonio convertido en herencia. En este sentido se presenta como muy aconsejable hacer uso de los mandatos preventivos, del reconocimiento de la autocuratela (arts. 256 y 271 CC), para luego nombrar en testamento al albacea (y normalizar la retribución, como se contempla para el curador en el art. 281 CC). Cabe, así, abundar en el régimen establecido con la Ley 8/2021, en los artículos 249, 250, 268, 270, 276 y 282 CC, y concluir en favor de la voluntad y los deseos de cada persona (salvo que tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad y, en tal caso, sí quepa adoptar decisiones que contraríen sus deseos –de conformidad con el criterio objetivo que se confirma en STS 269/2021, de 6 de mayo, rec. de casación núm. 2235/2020–). Se trata, así, desde una interesante continuidad que pueda tener el mandato preventivo con el testamento, de acoger y garantizar con preferencia la materialización de los deseos y sentimientos de las personas con discapacidad, en el sentido que abunda y razona la doctrina (Corpas Pastor, 2023).

En línea con lo argumentado, en favor de la figura del albacea y de animar a su designación, tenemos que completar esta utilidad práctica, en un panorama complejo que la actualidad expone, abundando en el estatuto jurídico del cargo que goza de una confianza, base de su nombramiento, y que asume una alta responsabilidad en tanto, como ejecutor de la voluntad del testador, debe servir con lealtad y honestidad. Cuanto más, esta fidelidad es precisa cuando se tratan cuestiones sensibles, como la preservación del nombre y la memoria del fallecido (digna de tutela con base en el referente constitucional –art. 18 CE– y al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, antes citada); o cuando se requiere el cumplimiento de las voluntades que, en el marco de la bioética, se manifestaron. Anudando este compromiso en lo personal, de calado moral, con la precisa tarea de vigilar las actuaciones, también las que no asume directamente (es decir, vigilando –de ahí la responsabilidad *in vigilando* antes citada–), las que realicen terceros, para así garantizar el albacea la integridad del caudal relicto, su conservación, su buena administración y su realización. De este modo el albacea es el que va a servir a preservar la masa hereditaria, en sus activos, gerencia, explotación y rentabilidad (por tanto, desplegando, una *lex artis*, más allá de la sencilla *diligencia civiliter*).

Todo ello reforzado con una exigente atención a los límites legales y al cuidado de los contenidos virtuales, personales y patrimoniales que el causante tuviera, mereciendo particular interés, a título de ejemplo gráfico, la gestión de criptomonedas, que por desenvolverse en un mercado altamente especulativo, requiere un actuación ágil y experta.

## 5. Conclusiones

Primera. El albaceazgo expresión de equilibrio entre la solución autónoma y heterónoma

La virtualidad y eficacia de la autonomía de la voluntad explica la primacía del testamento como instrumento primero y principal de ordenación de la sucesión *mortis causa*. A tal fortaleza de la voluntad negocial, que es también expresión de un ordenamiento jurídico respetuoso y confiado en la libertad individual, entendemos la bondad de un cargo que es testamentario, expresión del testador y garante de la ejecución de su disposición. A ello se ha de sumar, entre los límites que marcan el margen de autonomía privada, la sujeción a la ley y, para ello, la oportuna presencia del albacea, que asume ese control y responsabilidad, trascendiendo de los intereses particulares, de testador o de herederos. Cuanto más, ese preciso acomodo a la legalidad cuando la materia sucesoria está marcada por un cuadro de valores y principios de orden público que justifican los límites legales a preservar en un escenario de realización privado y extrajudicial.

En la vía negocial preside el testamento, aunque también es preciso considerar la posible aparición de pactos sucesorios o los compromisos programáticos y reguladores contenidos en protocolos, como el relativo a la sucesión de empresa familiar. Y si el albacea aparece según una designación testamentaria, se revalida para conciliar las distintas voluntades e intereses que se añaden a los del testador. También cobra fuerza negocial la posibilidad de proyectar, dando continuidad, lo contenido en un mandato preventivo para que siga actuando en la ejecución testamentaria. Voluntad negocial, además, que se hace patente en el margen de autonomía reconocido al albacea o cuando el albacea ha de acoger la intervención de herederos o su beneplácito (cuando no esté excusado de ello en testamento); también en el caso en que ha de contar con el cónyuge supérstite para liquidar los gananciales o dar entrada a otros herederos para prorrogar el cargo o para disponer de bienes. Negociación que se extenderá con relación a la tarea que completa la actuación misma del albacea, al dar cuenta en su autonomía, y a la rendición de cuentas en los asuntos en que pueda ser compelido.

Segunda. Revisión necesaria de una figura de larga tradición

Abordar el estudio de figuras jurídicas asentadas en nuestro ordenamiento, heredadas de nuestros referentes históricos, como la tradición romanista que nos caracteriza, brinda la oportunidad de profundizar en conceptos jurídicos fundamentales y, en su caso, contri-

buir a su mayor clarificación. En este sentido, podemos comprobar que es oportuno acudir a la configuración clásica del albaceazgo para su reflexión y, en su caso, revisión. Desde su concepto, el albaceazgo requiere mayor precisión en tanto la asignación de una principal tarea de ejecución de la voluntad testamentaria se debe coordinar con otras voluntades negociales con las que puede estar comprometida aquella (derivadas, por ejemplo, de posibles pactos sucesorios, de transacciones con los herederos, de disposición y realización de bienes del caudal hereditario e, incluso, desde un margen de autonomía del cargo, entender la voluntad negocial del propio albacea, en particular cuando ejecuta actos dispositivos y actúa desde una titularidad jurídico-patrimonial real posesoria). La revisión resulta también conveniente respecto a la naturaleza jurídica de la figura, ya que junto a la representación del interés particular se debe barajar un importante interés público lo que, manteniendo el cargo encuadrado en el derecho privado, ha acentuado su dimensión y proyección pública (en favor de la realización de justicia y de atender el interés social).

De igual modo, en este compromiso revisor y de mayor calado, destaca la responsabilidad exigible al albacea, que aumenta si se repara en que la tarea de vigilancia le aboca a una cierta objetivación y a poder hablar de *culpa in vigilando* en lo relativo a la ejecución testamentaria en aquellos extremos o caudal que no ejecuta directamente el albacea y que realizan terceros. El grado de responsabilidad también se incrementa con la variedad y complejidad de contenidos que son objeto de disposición testamentaria y que recomienda, por dedicación y competencia, una profesionalización (cuando de activos patrimoniales, de tipo empresarial o sumergidos en un mercado virtual se trata o cuando se requiere disponer administrando responsablemente el caudal para preservar su integridad).

Al tiempo, este compromiso con las instituciones consolidadas ofrece la posibilidad de comparar, concordar y, por ende, clarificar puntos para la mayor coherencia y unidad del ordenamiento (por ejemplo, al invocar instituciones como la representación o relaciones contractuales como el mandato). Se ha buscado dar calado a ciertos extremos que, siendo propios de la tarea del albacea, deben ser acentuados para completar la configuración del cargo, en particular cuando se trata su titularidad y el carácter patrimonial real y lo correspondiente a la responsabilidad, exigente en muchos sentidos, desde el tiempo previsto para la ejecución hasta la auditoría que implica su acto de rendición de cuentas, diferenciando, como en rigor se necesita, actos de administración de los de ejecución, o esta rendición de cuentas del otro deber menos exigente como es dar cuentas. Responsabilidad, además, que hemos debido depurar para acentuarla en la posible *culpa in eligendo* que, además, ha llevado a depurar la distinción entre sustitutos y auxiliares.

Es a partir y consecuencia de este análisis de calado del albaceazgo como alcanzamos a concluir que es de interés de ley su actuación, para limitar la voluntad del testador y garantizar un control de legalidad, por lo que abordar el tratamiento de la figura, darle significación y valor debe contribuir a su mayor aplicación práctica. Como también, comentando sus caracteres, podemos realizar la crítica: valorar positivamente la temporalidad del cargo, en interés del tráfico jurídico, al resolver la transmisión *mortis causa* cumpliendo la liquidación

en lugar de dejar indivisa y estancada, por motivos varios que, con frecuencia, aconsejan ser superados, una partición. Y en esta visión crítica también valorar, ahora negativamente, el mantenimiento de otros caracteres, como la gratuidad cuando de responsabilidad y competencia hablamos, con cada vez mayor exigencia, encontrando en la apuesta por la profesionalización o en el conveniente recurso a la colaboración de auxiliares la compensación económica que para la guarda legal se prevé, en la reforma del Código Civil, al regular la curatela, o que en la Ley de enjuiciamiento civil se fija al requerir el perfil profesional de abogado.

Tercera. La proyección del albaceazgo y su actualidad, la necesidad de aunar las disposiciones patrimoniales, digitales y vitales

Asumir la realidad de que el testamento pueda integrar una pluralidad de contenidos (de carácter patrimonial o personal, vital o digital) sugiere otorgarlo y designar en el mismo a un albacea. En efecto, el testamento debe acoger en un único instrumento, expresión de la última voluntad, las disposiciones típicas de transmisión patrimonial, que ya presentan alta complejidad, en tanto, en el orden objetivo, suelen corresponderse con activos empresariales, y en el orden subjetivo, cada vez más los círculos de herederos y legatarios se conforman con personas carentes de vínculos personales; y debe contener también las encomiendas relativas a los contenidos digitales y a las cuestiones vitales o relacionadas con el momento de la muerte, si se da el contexto eutanásico o el tratamiento y destino de los órganos y restos mortales.

En la práctica jurídica interesa normalizar el nombramiento de un albacea por distintas razones, que van desde la garantía de la realización efectiva de la partición, que se hará en un año vista (evitando patrimonios indivisos e inmovilizados a causa de una tensión o falta de implicación de los herederos), hasta el argumento más técnico que una actualidad más compleja presenta, como es la ejecución de activos empresariales, la sucesión de la empresa familiar o la mediación entre herederos con distintos intereses, cuanto más cuando su voluntad de entendimiento es menor al carecer, con frecuencia, de lazos afectivos y de vínculos de estirpes.

También se hace hoy más recomendable la designación del albacea por la variedad de contenidos que conforman hoy la disposición testamentaria, que va desde la normal voluntad de transmitir un patrimonio a la ordenación de la gestión de contenidos digitales, que requieren inmediata actuación para gestionar criptomonedas o para proteger cuentas de correos o claves, o la ejecución de un tratamiento de los restos físicos o de órganos, sumando argumentos para impulsar la figura. De hecho, la reforma de la guarda legal, además de facilitar un referente, para normalizar una identificación de la persona de confianza, su profesionalización y el pago de los servicios, nos da un antecedente donde, impulsando los mandatos preventivos y la autocratela, se lleve al testamento a ese allegado que tiene ganada la confianza de la persona y conoce su voluntad y negocios para poder desenvolver la sucesión *mortis causa* de la mejor manera.

En un plano más formal o procedimental, completando lo sustantivo, el albacea sirve a la desjudicialización a la amigable composición, buscando soluciones negociadas en el compromiso con el testador que articuló con tal fuente negocial su sucesión y con lealtad a unos herederos que, por vínculos parentales y compromisos económicos, deben evitar el conflicto y apostar por mantener la relación personal. Cuando más, esa vía negocial y mediación es idónea para una gestión de contenidos en la red que, con frecuencia, se desenvuelven, en un escenario supranacional, y para dar estabilidad a la realidad familiar empresarial.

## Referencias bibliográficas

- Albaladejo García, M. (1978). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Tomo XII, Vol. 2). Edersa.
- Cicu, A. (1959). *El Testamento*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Corpas Pastor, L. (2023). El notario en el testamento de las personas con discapacidad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 271-272.
- Marín Castán, F. (2000). *Comentario del Código Civil* (Tomo 5). Edersa.
- Máximo Juárez, J. (2019). El protocolo familiar: valor y eficacia jurídica, coordinación del protocolo con los estatutos sociales y con la organización jurídica personal de sus miembros. En *El protocolo familiar: Consejos prácticos para su elaboración*. Sección de Empresa Familiar de la Asociación Española de Asesores Fiscales.
- Puig Brutau, J. (1975). *Fundamentos de Derecho Civil* (Tomo V, Vol. 1). Bosch.
- Romeo Casabona, C. y Romeo Malanda, S. (2022). El bioderecho y su corpus iuris. *Manual de Bioderecho*. Dykinson.
- Vallet de Goytisolo, J. (1984). *Panorama de Derecho de Sucesiones II*. Civitas.

**Francisco de la Torre Olid.** Profesor universitario. Doctor en Derecho (UGR), acreditado por la ANECA, con dos sexenios de investigación; con cargos de gestión (decano, secretario general y asesor jurídico de varias universidades). Secretario del Comité de Justicia Deportiva de la Región de Murcia. Nombrado magistrado suplente y calificación núm. 1 en fase de concursos de magistrados especialistas de cuarto turno. Autor de más de un centenar de publicaciones. Director de 13 tesis doctorales y autor de un amplio número de dictámenes. <https://orcid.org/0000-0002-5188-6118>