



Roj: **SAP SA 585/2012 - ECLI:ES:APSA:2012:585**

Id Cendoj: **37274370012012100585**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **11/09/2012**

Nº de Recurso: **615/2011**

Nº de Resolución: **467/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE RAMON GONZALEZ CLAVIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00467/2012

SENTENCIA NÚMERO 467/12

ILMO. SR. PRESIDENTE:

DON JOSE RAMON GONZALEZ CLAVIJO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO

D. FERNANDO CARBAJO CASCON (Suplente)

En la ciudad de Salamanca a once de septiembre de dos mil doce.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el **JUICIO VERBAL N° 331/11** del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Salamanca, **Rollo de Sala n° 615/11**; han sido partes en este recurso: como demandante-apelante **DON Jose Daniel** representado por la Procuradora Doña María Luisa Azucena Alvarez Muñoz y como demandado-apelado **DON Abel** representado por la Procuradora Doña Laura Nieto Estella y bajo la dirección del Letrado Don Juan Manuel García Gallardo, habiendo versado sobre **calificación registral**.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 22 de junio de 2011 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Salamanca se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: "FALLO: Se desestima la demanda presentada por el Notario de Salamanca D. Jose Daniel , contra el Registrador de la Propiedad N° 1 de Salamanca D. Abel confirmándose la calificación del Registrador y sin hacer declaración expresa sobre las costas procesales."

2º.- Contra referida sentencia se preparó recurso de apelación por la representación jurídica del demandante concediéndole el plazo establecido en la Ley para interponer el mismo verificándolo en tiempo y forma, quien alega como motivos del recurso: Errónea interpretación de la declaración de renuncia de los albaceas el 24 de mayo de 2007, auto-revisión por el Registrador de su calificación de 2007, infracción del artículo 1 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 38 de la misma al calificar el Registrador en contra de lo que ya está inscrito en el Registro, para terminar suplicando se dicte sentencia revocando íntegramente la apelada y declarando que la calificación del registrador no está ajustada a derecho. Solicita mediante OTROSI DIGO práctica de prueba.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado para terminar suplicando se dicte sentencia por la que, desestimando el recurso de apelación, se confirme la sentencia apelada.



3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo, pasando los autos a la Sala para resolver sobre la admisión de la prueba solicitada, denegándose su práctica por Auto de fecha 21 de diciembre de 2011, señalándose para la **votación y fallo** del presente recurso de apelación el día **dieciséis de abril de dos mil doce** pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo **Ponente** el Ilmo. Sr. Presidente **DON JOSE RAMON GONZALEZ CLAVIJO**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia del juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Salamanca de 22 de junio de 2011 desestimó la demanda presentada por el notario de Salamanca don Jose Daniel contra la calificación registral del registrador don Abel de 24 de febrero de 2011, confirmando tal calificación y sin hacer declaración expresa sobre las costas procesales.

En su sentencia, tras exponer la acción ejercitada, recurso contra calificación registral relativa a la escritura pública de manifestación y adjudicación de herencia, de 13 de julio de 2007, otorgada ante el notario recurrente y los motivos de la negativa a la inscripción de la partición formalizada, sustancialmente haber sido realizada la misma por contadores-partidores que habían renunciado al cargo antes de comenzar a ejercerlo, y una sucinta exposición de los antecedentes del caso, considera que, en primer lugar no es posible acceder a la acumulación solicitada por el notario recurrente del recurso interpuesto contra la calificación del registrador ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, puesto que sólo cabe acumulación de procedimientos judiciales y, por otra parte contra la resolución de la citada Dirección General queda abierta la vía jurisdiccional.

A continuación añade que la nota de calificación explica suficientemente las razones por las que se deniega la inscripción, dado que el albaceazgo es un cargo voluntario y el nombrado puede libremente renunciar al mismo antes de haber aceptado de forma presunta, tácita o expresa, y la renuncia puede hacerse en cualquier forma y sólo cuando se trata de renuncia a un cargo previamente aceptado se requiere la existencia de justa causa apreciada discrecionalmente por el juez.

El Juez considera, en base a todo ello, que no existe indefensión para el notario que autorizó el título que se pretendía inscribir, por conocer los motivos por los que se deniega la inscripción, habiéndolos atacado en su recurso, de manera que este debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionan directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose otras pretensiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, quedando fuera del objeto del procedimiento la cuestión relativa a la inscripción del título en otros registros públicos o si el registrador consintió en un primer momento la inscripción.

En consideración a todo ello considera que la cuestión a discutir es si nos encontramos, en primer lugar ante lo que denomina una renuncia previa de los albaceas o una excusa en el ejercicio del cargo, concluyendo, como señala la resolución definitiva de la Dirección General de Registros y del Notariado que se trata de una renuncia de manera expresa e irrevocable al cargo de albacea, siendo su intención no intervenir en las operaciones particionales, sin que pueda entenderse que nos encontramos ante un cargo ya iniciado, por lo que la renuncia no precisaba de explicaciones, simplemente no se aceptó el cargo, pura y simplemente, habiendo procedido a notificar la renuncia a los interesados que no formularon reparo alguno. A continuación considera los efectos jurídicos que produce esa renuncia de manera que las facultades, derechos y obligaciones que comprende el cargo de albacea quedan fuera de su titular, del nombrado, y no pueden recuperarse, por ser irrevocable según lo establece el artículo 997 del Código Civil aplicable por analogía, manifestándolo así textualmente los albaceas en la escritura pública de renuncia.

En consideración a todo ello, el juez considera que los albaceas más que manifestar su voluntad de dimitir de los cargos previamente aceptados, se están excusando de los mismos, no adoleciendo la calificación registral de defecto formal o sustantivo alguno.

SEGUNDO.- Examinadas las actuaciones quedan probados los siguientes hechos:

1.

Doña Custodia otorga el siete de septiembre de 2005 testamento abierto estableciendo la cláusula quinta que nombra albaceas, comisarios, contadores partidores, con carácter universal y solidario y con amplias facultades para dar cumplimiento a cuanto se dispone en el testamento, y prohibiendo la intervención judicial en la herencia y dejando la legítima estricta a quien recurra a ella, a sus convecinos don Humberto y don Matías, mayores de edad, a quienes proroga el ejercicio de su cargo hasta un año después del fallecimiento de su consorte y si éste le premuriere, proroga el plazo por un año más.

No consta en el testamento disposición alguna en favor de los nombrados albaceas.

2.

Doña Custodia fallece el 2 de enero de 2007.

3.

Por escritura pública de 24 de mayo de 2007 los albaceas, don Humberto y don Matías "renuncian expresa e irrevocablemente a los cargos de albaceas, comisarios, contadores-partidores de los bienes dejados a su fallecimiento por doña Custodia y por tanto que es su decisión no intervenir en las subsiguientes operaciones particionales de la finada", manifestando en la parte expositiva de la escritura las razones de su decisión, "el desconocimiento absoluto de la intención de la causante y por no haber tenido ningún tipo de relación con ella ni con el resto de su familia desde hace años".

4.

A requerimiento de los citados albaceas, efectuado el 29 de mayo de 2007, el notario don Carlos Higuera Serrano procede a notificar al esposo de la causante, don Jesús Manuel que recibe la notificación en su nombre y en el de su hija doña Tatiana, la renuncia al cargo de albaceas, comisarios, contadores-partidores de la herencia de la fallecida.

5.

Por escritura pública de 29 de junio de 2007 los citados albaceas manifiestan que por un evidente error en el conocimiento cierto de la herencia, y en las relaciones personales entre los beneficiarios de la misma habían otorgado ante notario escritura de renuncia al cargo y que después de esa renuncia habían tenido entrevistas con todos y cada uno de los beneficiarios de la herencia de la causante, adquiriendo con ello pleno conocimiento de la herencia y habiendo desaparecido las causas aludidas para la renuncia por lo que, en consecuencia, y en atención a la herencia y movidos por el ánimo de beneficiar a la misma y no causar perjuicio alguno a los derechos de los coherederos, y habiendo tenido conocimiento cierto de la voluntad de la causante, a través de la lectura íntegra del testamento, "revocan de manera expresa la renuncia al cargo de albacea, comisario, contador-partidor llevada a cabo el pasado día 24 de mayo de 2007 ante el infrascrito notario" por los motivos aludidos y consecuentemente, "aceptan el cargo de albacea, comisario, contador-partidor para el que fueron designados por doña Custodia en su último testamento otorgado ante notario de Salamanca don Jesús García Sánchez el 7 de septiembre de 2005 con número 2522 de su protocolo".

6.

Por escritura pública de 13 de julio de 2007, otorgada ante el notario don Jose Daniel, doña Tatiana manifiesta ser hija y heredera de doña Custodia que en su testamento había nombrado albaceas, comisarios, contadores-partidores a sus convecinos don Humberto y don Matías, que dichos albaceas renunciaron al desempeño de su cargo el 24 de mayo de 2007, según le consta por notificación notarial de dicha renuncia y que posteriormente ha tenido conocimiento de la revocación por los albaceas de la renuncia antedicha, dándose por enterada todo lo anteriormente relacionado y haciéndolo así constar a los efectos oportunos.

7.

El 13 de julio de 2007, ante el notario demandante, don Jose Daniel, comparecen los citados albaceas y don Jesús Manuel a efectos de otorgar escritura de manifestación y adjudicación de herencia, dejando constancia en la misma de la renuncia al cargo de los albaceas y la posterior revocación de dicha renuncia y aceptación del cargo para el que fueron designados por la causante, manifestando el cónyuge viudo compareciente tener conocimiento de todo ello y la heredera doña Tatiana por las manifestaciones realizadas por ella misma mediante la correspondiente acta otorgada ante el mismo notario.

8.

La citada escritura de manifestación y adjudicación de herencia fue presentada por el letrado don Martín González ante el Registro de la Propiedad N° 1 de Salamanca el 20 de julio de 2007 a las 12: 45 horas, número de asiento NUM000, diario NUM001, entrada NUM002 de 2007, caducidad de 1 de octubre de 2007, tipo: herencia. No consta fecha en que fue retirada o devuelta y si hubo o no algún tipo de calificación registral en el año 2007.

Consta en las actuaciones que la misma escritura fue presentada por el mismo letrado el 10 de octubre de 2007 en el Registro de la Propiedad N° 2 de Salamanca y se procedió a la inscripción de las correspondientes fincas de la demarcación de dicho registro previa calificación.



El 20 de septiembre de 2007 se presentó la escritura en el Registro de la Propiedad N° 4 de Salamanca, practicándose la correspondiente calificación y la inscripción de las fincas radicadas en su demarcación hipotecaria.

El 6 de febrero de 2008 se presentó la escritura en el Registro de la Propiedad N° 4 de Marbella, procediéndose a la inscripción de las correspondientes fincas el 18 de febrero de 2008 previa calificación favorable.

Los tres últimos Registros de la Propiedad citados, en su calificación, dejan constancia de que conocen la escritura de revocación de renuncia al cargo de albacea.

9.

El 24 de febrero de 2011 el Registrador de la Propiedad N° 1 de Salamanca expide nota de calificación denegando la inscripción de la partición hereditaria formalizada por haber sido realizada por contadores-partidores que habían renunciado al cargo antes de comenzar a ejercerlo, por considerar aplicables al contador partididor las normas que el Código Civil dedica al albacea y considerar que los comisarios nombrados por la testadora no llegaron a aceptar el cargo, al haberlo renunciado de forma expresa antes de comenzar a ejercerlo (artículo 898 C.C .) y una vez hecha la renuncia, ésta es irrevocable, ya que sus facultades dimanaban de la voluntad del causante expresada en testamento (artículo 1057 C.C .) y no de la propia voluntad de los nombrados, siendo preciso por ello que la partición se formalice por los propios herederos y los restantes interesados en la herencia de forma judicial o extrajudicial (artículos 911 , 1058 y 1059 C.C .).

10.

Doña Sonia (Angustia), nieta y legataria de doña Custodia , a la que se notificó el 2 de marzo de 2011 la nota de calificación, interpuso recurso contra la misma ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando se acceda a la inscripción.

La citada Dirección General, por resolución del 16 de mayo de 2011, desestimó el recurso confirmando la calificación del registrador, haciendo referencia expresa a que en la calificación recurrida se observa la falta de algunos requisitos formales, por no constar el título que lo motiva, fecha de presentación y asiento causado en el Registro, considerando que estas omisiones no son irrelevantes, pues del texto de la calificación tampoco puede inferirse si se acompañaron a la escritura de herencia presentada las dos escrituras que habían sido otorgadas con anterioridad por los albaceas, comisarios y contadores-partidores, y advirtiendo que la notificación al notario autorizante del título de la calificación negativa por telefax no es un medio idóneo de notificación, defecto en este caso formal ya que el notario reconoce que el contenido de la calificación llegó a su conocimiento.

En cuanto al fondo del recurso la Dirección General considera que el régimen legal del cargo de contador-partidor debe ser integrado por las normas que el Código Civil dedica al albacea, habida cuenta de la similar naturaleza de ambas figuras, pasando a continuación a analizar si se está ante una renuncia manifestada antes de la aceptación o si, por contra, debe estimarse que se trataba de una excusa posterior a una aceptación que en este caso, hipotéticamente, sería presunta por aplicación del artículo 898 del C.C .. En el presente caso, afirma la resolución, de los términos de la escritura calificada y del relato de la sucesión de otorgamientos que en ella se contiene, no puede saberse la fecha en la que los designados tuvieron conocimiento de su nombramiento o del fallecimiento del testador, desprendiéndose de los mismos la voluntad de apartarse del cargo, avalada por la ulterior notificación de dicha decisión y, el segundo otorgamiento, revocando una renuncia ya plasmada al tiempo que se acepta expresa y formalmente, lo que denota es un arrepentimiento que legalmente ya no puede tener lugar, dada la irrevocabilidad de lo que en su momento se manifestó, irrevocabilidad que, según criterio predominante en la doctrina, resulta del mismo artículo 898 y de la aplicación analógica del artículo 997 del C.C ., advirtiendo que ello se deduce del hecho de que la segunda escritura los designados manifiestan su voluntad de aceptar y en la primera aluden a una situación de alejamiento respecto de la causante y de su familia, por lo que estas manifestaciones denotan que se amparan, justifican, en ellas para apartarse de un cargo que no es que no quieran seguir ejerciendo, sino que no quieren comenzar a ejercer. En definitiva, más que manifestar su voluntad de dimitir de unos cargos previamente aceptados, o cuyo ejercicio había comenzado, se están excusando de los mismos.

TERCERO.-

1.

A la vista de las actuaciones y de los distintos motivos del recurso de apelación, ciertamente se observan determinadas irregularidades, debiendo tener en cuenta que ya la Dirección General de los Registros y del Notariado se refiere de forma expresa en su resolución a algunas de ellas.



Sin embargo, en este trámite de apelación debemos centrarnos única y exclusivamente en el análisis de los concretos motivos del mismo, en definitiva la interpretación que debe darse a la renuncia llevada a cabo por los albaceas el 24 de mayo de 2007 y valoración del documento notarial, toda vez que, la solicitud de práctica en segunda instancia de prueba testifical ha sido desestimada por Auto motivado de esta Audiencia Provincial de 21 de diciembre de 2011, advirtiendo ya en dicho Auto que de la propia demanda se deduce que, sustancialmente, el problema que se suscita es de carácter jurídico, estando claros los hechos.

La cuestión que se plantea, en definitiva, es si el albacea (o contador-partidor, por ser aplicable al mismo por analogía las normas del albaceazgo, cuestión ésta sobre la que no existe controversia entre las partes) puede, una vez que ha manifestado formalmente, incluso dando razones para ello, su voluntad de no querer comenzar a ejercer como tal (lo que el profesor Luciano, para evitar confusiones denomina "repudiación", reservando el término "renuncia" para la declaración, siendo ya albacea, de querer cesar de serlo), puede, con posterioridad, revocar esa declaración de voluntad o repudiación, aceptando el cargo e interviniendo en las operaciones particionales.

Evidentemente, no existen datos de los que podamos deducir si los designados albaceas por la causante tenían conocimiento previo de tal designación o nombramiento, por manifestación de la testadora o disponer de copia del testamento, y tampoco sabemos en qué momento exacto se les comunicó dicho nombramiento. Por ello, debemos atenernos al contenido de sus propias manifestaciones en la escritura de renuncia al cargo en la que dejan constancia de desconocer la intención de la causante y dice no haber tenido ningún tipo de relación con ella ni con el resto de su familia desde hace años.

Esto hace que no pueda entenderse trascurrido el plazo de seis días que el artículo 898 del C.C. establece para que puedan excusarse y, en consecuencia, la renuncia efectuada el 24 de mayo de 2007, realmente constituye lo que el profesor Luciano llama repudiación o excusa, es decir que antes de haber comenzado a desempeñar el cargo para el que fue nombrado, manifiesta, en periodo hábil, no aceptar el mismo, explicando además la razones por las que lo hace.

2.

La renuncia al cargo de albacea está regulado expresamente en el artículo 899 del mismo texto legal, indicando el precepto que tal renuncia exige siempre la alegación de una causa justa al prudente arbitrio del juez, si bien es cierto que algún sector de la doctrina, considera que también es posible la renuncia sin justa causa, con independencia de las consecuencias que ello suponga para el renunciante, como cabe deducir de una interpretación razonable de lo dispuesto en el artículo 910, relativo a las formas en que termina el albaceazgo y el artículo 900 cuando determina las consecuencias que la renuncia sin justa causa tiene para el albacea, las mismas que para aquél que no acepta el cargo, esto es perder lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima. Evidentemente nos inclinamos por esta segunda posibilidad, pues así se evita la permanencia en el cargo quien, aunque se le sancione por ello, no lo desempeña, permitiendo al mismo tiempo dar paso a otro que efectivamente realice la misión que aquél incumple, pues los interesados, herederos y legatarios, se podrían ver obligados a soportar su inacción y la ejecución de la voluntad del testador quedaría en suspenso, y todo ello, sin perjuicio, de las consecuencias expresamente previstas en el artículo 900 y la posibilidad de exigirle responsabilidad por los daños y perjuicios que cause. Parece mucho más sensato admitir la salida del cargo a quien no quiere desempeñarlo, pues sería peor remedio el obligarle a seguir en él.

3.

Pero, como decimos, en el presente caso, no se trata de la renuncia del artículo 899, sino de la repudiación o excusa con carácter previo a la aceptación.

No hay duda alguna de que el cargo de albacea es voluntario, y así lo contempla el artículo 898 y que, en principio, la repudiación debe hacerse en el tiempo previsto, siendo, al igual que la aceptación, una declaración unilateral de voluntad, inter vivos, que puede ser incluso tácita y que no requiere de una forma determinada, pura y total, esto es indivisible.

La voluntariedad supone que el albacea no necesite excusa alguna para no aceptar el cargo, pues tal aceptación no es obligatoria, debiendo tener en cuenta que en la opción o no de aceptar el encargo goza de cierta relatividad, pues depende de factores como la amistad y relación entre el testador y la persona por él elegida, quedando todo ello, en el ámbito de la subjetividad.

Sobre lo que no parece haber tanto consenso en la doctrina es sobre su supuesto carácter irrevocable, pese a que así parece ser, siendo éste el criterio seguido por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el juez de instancia.



El argumento fundamental de los que consideran que la repudiación es irrevocable es que a la declaración de voluntad unilateral le son aplicables las normas sobre repudiación de la herencia (E. Roca, M.E. Cobas Cobiella, Puig Ferriol) y, en consecuencia, el artículo 997 del C.C. que establece que la aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciese de algunos de los vicios que anulan el consentimiento o apareciese un testamento desconocido.

La razón de que se acuda al artículo 997 es que dentro de las normas reguladoras "de los albaceas o testamentarios", artículos 892 a 911, no hay norma alguna que de forma expresa regule esta cuestión, por lo que se considera que procede la aplicación analógica de las normas reguladoras de la aceptación y repudiación de la herencia. Pero, realmente, y por lo que hemos observado, se trata de una fundamentación sumamente genérica y que no entra en otro tipo de consideraciones.

4.

El artículo 4.1 del Código Civil establece que "procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón". Es decir, por una parte, debe existir un vacío legal, encontrándonos ante un supuesto que no tiene una regulación específica, y parece evidente que esto ocurre en el caso que nos ocupa.

Pero por otra parte el precepto establece que para que proceda la aplicación analógica la ley debe regular de una determinada forma un supuesto semejante que presente una identidad de razón con el que contemplamos. Y esto es precisamente lo que debemos analizar ahora.

5.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la analogía.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 y de 5 de febrero de 2004 afirman que: "*La analogía consiste en aplicar a un supuesto no regulado una norma prevista para otro con el que aquel guarda semejanza (artículo 4.1 del Código Civil). En las Sentencias de 10 de mayo de 1996 y 21 de noviembre de 2000 se condicionó la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la **similitud jurídica esencial** entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, esto es, una identidad de razón entre ambos*".

La sentencia del mismo tribunal de 12 de junio de 2008 insiste en la exigencia de la **similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el regulado**, debiendo acudir para resolver el problema al **fundamento de la norma y al de los supuestos configurados** (SSTS 20 de febrero de 1998 , 21 de noviembre de 2000 , 13 de julio de 2003 , etc.).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2000 afirma que: "*La Exposición de Motivos del Decreto 31 de mayo de 1974 que aprobó el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil, refiriéndose a la analogía dice que "no presupone la falta absoluta de una norma, sino la previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto "*; se condiciona así la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (sentencia 20 febrero 1998); la sentencia de 18 de mayo de 1992 hace mención de su aplicación necesaria "ya que su empleo viene impuesto de manera determinada a la presente controversia, pues no obstante tratarse de una **operación jurídica muy delicada que exige mesura, ponderación, meditado y cuidado uso, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988** , ante el problema de anomía que el tema presenta, al no ser el ordenamiento jurídico previsor, la analogía evidentemente es la técnica adecuada ante una realidad social que se presenta dinámica y con profusión en los tiempos actuales"; por su parte, dice la sentencia de 10 de mayo de 1996 que "la jurisprudencia ha interpretado esta norma (se refiere al art. 4.1 del Código Civil) exigiendo para la aplicación de la analogía que exista semejanza entre el supuesto de hecho no regulado y el regulado, entendiéndose que existe esta semejanza cuando en el primero están los elementos sobre los que descansa la regulación del segundo; debiendo traducirse este principio en las siguientes circunstancias:

- a) Que la norma no contemple un supuesto específico, pero sí otro semejante.
- b) Que entre ambos se aprecie la **identidad de razón** .
- c) Que no se trate de leyes penales o de ámbito excepcional ".

Por último, la sentencia del mismo tribunal 22 de julio de 1993 considera que el juego de la analogía radica en la similitud ("semejanza" según el art. 4.º del Código Civil) entre el supuesto que ante el órgano judicial - o intérprete- se presenta, carente de regulación legal, y aquel al que se pretende aplicar la norma en cuestión



por razón de esa semejanza o "identidad de razón", cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del **uso razonable del Derecho** (vid. Sentencia de 12 de diciembre de 1980).

6.

Debemos pues considerar si realmente existe identidad de razón, similitud jurídica esencial, consideraciones de identidad o similitud, entre la irrevocabilidad de la repudiación de la herencia y la del albaceazgo, obrando con la medida y ponderación que exige el Tribunal Constitucional.

El artículo 997 del Código Civil establece, como hemos, dicho la irrevocabilidad de la repudiación de la herencia, que tiene su precedente en las leyes 18 y 20 del Título VI de la Partida 6ª, pasando por el anteproyecto del código español de 1882, con fundamento en el código mexicano y en la tradición histórica, fundamentada en el mismo concepto de la herencia pues si de hecho y de derecho se halla ínsita en la *hereditas* la continuidad en el heredero de la personalidad jurídica del causante ("obrar como heredero es obrar como dueño, porque los antiguos decían herederos significando dueños"), no puede admitirse que en tal continuación existan interrupciones o discontinuidad, siendo éste también el fundamento de la retroacción de los efectos de la aceptación y repudiación al momento de la muerte del causante, que es la apertura de la sucesión (artículo 989).

La jurisprudencia, en concreto la sentencia de 23 de mayo de 1955, seguida por otras (STS de 28 de marzo de 2003 ; 4 de febrero de 1994 ; 15 de noviembre de 1985 ; 6 de junio de 1961), fundamentada la irrevocabilidad en la aplicación del principio "*semel heres, semper heres*", advirtiendo que no es posible legalmente que se asuma la cualidad de heredero de modo temporal. Y, si bien es cierto que parece contradecir el principio romano el hecho de que quepa institución de heredero bajo condición resolutoria, hay que tener en cuenta que esto lo dispone el causante, no el heredero aceptante.

Quien acepta la herencia, cualquiera que sea la forma en que lo haga, no puede luego repudiar y quien repudia no puede pretender más tarde la aceptación, ya que no cabe interinidad ni limitación temporal de la respectiva eficacia, estableciéndose al principio en aras de la seguridad jurídica y de la certeza en el rumbo de una determinada sucesión para cuantos en ella puedan resultar implicados: coherederos, legatarios, acreedores, etc., según afirma Anton al comentar el artículo 997 en los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Luciano, añadiendo que también se inspira el principio en la máxima jurídica que impide contradecir los propios actos, quebrando la libertad y voluntariedad de los actos de aceptación o repudiación por el acto propio del llamado que ha perdido ya la opción.

La repudiación de la herencia es el acto en virtud del cual el llamado a la sucesión declara formalmente rehusar a la herencia a su favor deferida. En palabras de Roca Sastre "la repudiación hereditaria es un acto formal, o sea en que la forma constituye un requisito constitutivo". Requiere, a diferencia de la aceptación, forma expresa y auténtica, pues el Código (modificando el Derecho romano y de Partidas que admitía la repudiación expresa o tácita) exige que se haga "en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el juez competente para conocer de la testamentaria o del abintestato" (artículo 1008), justificándose esta especial forma en que el supuesto normal en la sucesión es la aceptación y es conveniente la autenticidad de la renuncia, por cuanto ésta interesa a los acreedores y al orden público y abre el paso a otros herederos.

Los efectos de la repudiación son: 1º) el que válidamente renuncia una herencia se entiende que no la ha poseído ningún momento (artículo 440 apartado 2º); 2º) la renuncia de una herencia no implica la renuncia de todos los derechos y beneficios derivados del causante, no impidiéndose la aceptación de un legado dejado al mismo heredero, aceptar la mejora o que el renunciante pueda representar al causante en otra sucesión; 3º) el que llamado a una misma herencia por testamento y abintestato la repudia por el primer título, se entiende que ha repudiado por los dos; pero el que renuncia como heredero abintestato, y sin noticia de su título testamentario, puede todavía aceptarla por este (artículo 1009); 4º) la repudiación da lugar en los respectivos casos al llamamiento del heredero sustituto, o al ejercicio del derecho de acrecer, o a la apertura total o parcial, de la sucesión legítima.

Con los nombres de albaceas (del árabe *al wací*, ejecutor) o testamentarios -y en el antiguo Derecho, además, con los nombres de cabeçaleros, mansesores y fideicomisarios- se designan aquellas personas que nombran los testadores para asegurar el cumplimiento de sus últimas voluntades.

Las Partidas entendían por testamentarios "*los que han de seguir et de complir las mandas et las voluntades de los defuntos que dexan en sus testamentos*".

La Real Academia española define albacea (Del ár. hisp. *sáhb alwasíyya*). " 1. com. Der. Persona encargada por el testador o por el juez de cumplir la última voluntad del finado, custodiando sus bienes y dándoles el destino que corresponde según la herencia".



El Código Civil no define al albacea ni al albaceazgo, pero está claro que la función de la institución es cumplir las disposiciones testamentarias, especialmente porque, correspondiendo en primer lugar del cumplimiento a los herederos, éstos pueden no existir, no ser conocidos, hallarse incapacitados o ausentes y, muy especialmente, tener intereses contradictorios a los del testador, por lo que se reconoce a este la facultad de designar personas de su confianza, imparciales, por no reunir la cualidad de herederos, para velar por la efectividad de lo dispuesto en el testamento.

Aunque es cierto que nuestro Código admite la coexistencia de tres cargos durante el tiempo que media entre la muerte del testador y la consumación definitiva del derecho hereditario, albaceas, administradores de la herencia y contadores- partidores, nada impide que el testador reúna las facultades de todos ellos en una sola persona.

En el derecho histórico español en albaceazgo tuvo el carácter de cargo especialmente destinado a velar por el cumplimiento de las disposiciones piadosas de los testadores, lo que justificaba la intervención que se daba a la Iglesia en la materia, que podía sustituir los albaceas nombrados por el testador, si bien ya la Novísima Recopilación restringió esa intervención de la Iglesia en la ejecución de testamentos y el Fuero Viejo de Castilla ya atribuía a los cabeçaleros ciertas misiones en relación con la partición. Las Partidas se ocupan con amplitud de los testamentarios que han de cumplir las mandas.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la figura del albaceazgo, la doctrina sigue diferentes teorías, que van desde sistemas fundados en la analogía (tutela, mandato, árbitro), se basan en la idea de representación (representación formal, representación del testador, representación de la sucesión, representación de los herederos, doble representación del testador y herederos), siguen el sistema del legado con carga o del cuasi contrato, o atribuyen al ejecutor derechos y función sui generis (teoría del derecho propio o de la ejecución como institución o función particular).

La jurisprudencia no es uniforme a la hora de determinar la naturaleza jurídica del albaceazgo, y si bien es cierto que en algunas sentencias de 1895, de 1900 y 1905 se considera que los albaceas son mandatarios del testador y no de los herederos, que se trata de un verdadero mandato, a cuyas condiciones debe consiguientemente acomodarse en todo lo que no se halle específicamente regulado, muchas otras sentencias del Tribunal Supremo rechazan esta doctrina, y así la sentencia de 16 de noviembre de 1904 considera que el albaceazgo se rige por sus disposiciones específicas, sin que sean de aplicación las normas del mandato, haciendo referencia a la naturaleza especial de la figura, mientras la sentencia de 1 de febrero de 1910 acentúa la separación entre una y otra institución, dada la peculiar finalidad del albaceazgo y la especialísima confianza que implica, por lo que sus funciones son personalísimas y no delegables, jurisprudencia que es seguida en sentencia de 2 de marzo de 1935 .

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1983 afirma que el albacea está destinado, a modo de mandato "post mortem", a la ejecución del testamento en la parte que haya prevenido la voluntad del testador, y la de 6 de febrero de 1982 advierte que el albacea tiene como misión el dar cumplimiento a la sucesión, entendida en sentido amplio, ejecutando la voluntad del causante, a tenor del espíritu que encierran las disposiciones "mortis causa". Por ello tiene declarado la Sala que es correcta la ejecución que se acople a la voluntad testamentaria, que sólo es inviolable probando que discrepa de ello, y que manteniendo criterios distintos los albaceas, debe prosperar el que más se ajuste a tal voluntad testamentaria. Criterio también expresado por la Dirección General de los Registros.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1971 considera que es dudosa, en la doctrina y en la jurisprudencia, la atribución al albaceazgo de la naturaleza jurídica del mandato.

De lo que no tenemos ninguna duda es de que el cargo de albacea es testamentario y voluntario, ya que el nombrado puede aceptarlo o no aceptarlo, a su voluntad, pero una vez aceptado es obligatorio, no pudiendo ser renunciado sino por justa causa, de apreciación por el juez, sin perjuicio de las consecuencias que ello tenga y a las que hemos hecho referencia.

La aceptación es imprescindible para el comienzo de la ejecución testamentaria, pero el albacea puede voluntariamente no aceptar el nombramiento, sin que sea preciso alegar excusa para ello, bastando sólo la manifestación de la voluntad en contrario, existiendo por lo tanto una importante diferencia entre la no aceptación y la renuncia posterior, y ello con independencia de que la aceptación deba considerarse como un acto puro, es decir, no sometida a condición o plazo. La aceptación no requiere de una forma determinada, pudiendo ser expresa, si formalmente se manifiesta la voluntad de aceptar el cargo, o tácita, si se deduce de no haberse excusado el nombrado en el plazo concedido para ello.

Una vez aceptado el cargo el albacea tiene la obligación de desempeñarlo y sus funciones son en principio, aquellas que expresamente le haya concedido el testador y no sean contrarias a las leyes, haciendo referencia



el Código expresamente, para el caso de que no haberlo señalado el testador, disponer y pagar los sufragios y el funeral, satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero, vigilar sobre la ejecución de todo lo ordenado en el testamento y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él, tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes, promover la venta de los bienes muebles, e incluso de los inmuebles, que sean necesarios para el pago de funerales y legados, siendo sus obligaciones el cumplir su cometido con arreglo a las instrucciones del testador y a las disposiciones del Código y dar cuenta de su encargo a los herederos.

Como podemos observar, existen importantes diferencias entre la aceptación de la herencia o repudiación de la misma y el albaceazgo, tanto lo que se refiere a su naturaleza jurídica, fundamento, antecedentes históricos y consecuencias que puede tener la repudiación.

Es decir, no acertamos a ver, en el presente caso, la similitud jurídica esencial o identidad de razón, en un uso razonable del derecho, entre la repudiación de la herencia y la necesaria y justificada irrevocabilidad de la misma y la repudiación del cargo de albacea, no pudiendo admitirse, con carácter general, la irrevocabilidad de la misma por las consecuencias que ello podría tener, debiendo tener en cuenta que, la analogía debe aplicarse además con suma cautela cuando implica "cerrar puertas", hacer ineficaces facultades o derechos que, en principio, no aparecen expresamente prohibidos, pues todo lo que no está expresamente prohibido por la ley, en principio, está permitido, máxime si con ello se consigue poner fin a una situación de indefinición, se contribuye a dar eficacia a otra institución jurídica o a solucionar un problema humano y social de transcendencia jurídica, respetando al mismo tiempo la voluntad del testador.

Debe llamarse la atención especialmente sobre el hecho de que mientras para la renuncia, una vez aceptado el cargo, el albacea debe alegar una justa causa, y que la misma debe ser apreciada por el juez, lo que implica un acto expreso y formal, por el contrario, la negativa a entrar en el ejercicio del cargo, repudiación, no exige la alegación de causa alguna, y ello sin perjuicio de que, en el presente caso, los albaceas nombrados, al haberlo hecho formalmente, mediante escritura pública otorgada ante notario, hayan explicado las razones de su proceder, el desconocimiento absoluto de la intención de la causante y no haber tenido ningún tipo de relación con ella ni con el resto de la familia desde hace años.

Posteriormente proceden a justificar la revocación expresa a la renuncia al cargo: un evidente error en el conocimiento cierto de la herencia y en las relaciones personales entre los beneficiarios de la misma, haber mantenido entrevistas con todos y cada uno de los beneficiarios, adquirido con ello conocimiento pleno de la herencia y haber desaparecido las causas aludidas para la renuncia, por lo que, en consecuencia, en atención a la herencia y movidos por el ánimo de beneficiar a la misma y no causar perjuicio alguno a los derechos de los coherederos, y tener conocimiento cierto de la voluntad de la causante.

En el presente caso, no consta además que a los albaceas, que en un primer momento se niegan, justificándolo, a aceptar el cargo, para revocar posteriormente su decisión, les mueva un particular egoísmo o interés, puesto que no consta en el testamento de la causante acto de disposición alguno en su favor, debiendo tener en cuenta que lo que en definitiva han hecho los albaceas nombrados es seguir las instrucciones de la causante, favoreciendo con su actuación la partición y adjudicación de la herencia entre los herederos, por lo que consideramos que, siguiendo en este punto la posición de Luciano , " *parece más permisible, revocar la negativa, porque cambiando de opinión se cambia -al menos teóricamente- para mejor* ", debiendo añadir que en el caso que nos ocupa el cambio para mejor no es sólo teórico, sino también práctico, habiendo podido llevarse a cabo la partición y adjudicación de la herencia, conforme a las instrucciones de la testadora, y sin que a lo largo del procedimiento, se haya puesto de relieve en que ha podido perjudicar a los herederos, legatarios, acreedores, o, en general, a terceros, la revocación de la renuncia (repudiación) a la aceptación del cargo de albacea.

CUARTO.- En consideración a todo lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Jose Daniel , debiendo proceder a la estimación de la demanda, declarando que la calificación del Registrador de la Propiedad no se ajusta a derecho, debiendo proceder a la práctica del asiento de inscripción de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia de 13 de julio de 2007, otorgada ante el Notario demandante, pero, teniendo en cuenta las serias dudas de derecho que el caso presenta, y a los que hemos aludido en los anteriores fundamentos de derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no ha lugar a hacer pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en Primera Instancia, sin hacer tampoco pronunciamiento en cuanto a las costas de este recurso, según lo previsto en el artículo 398 de la misma Ley , al haber sido el mismo estimado sustancialmente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución.

FALLAMOS



Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña María Luisa Azucena Álvarez Muñoz en nombre y representación de **DON Jose Daniel** , debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia de 22 de junio de 2011 , dictada en el procedimiento de juicio verbal 331/2011 y, estimando la demanda interpuesta por la representación de don Jose Daniel declaramos que la calificación del Registrador de la Propiedad demandado, DON Abel , no se ajusta a derecho, debiendo estar y pasar por esta declaración y proceder a la práctica del asiento de inscripción de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia de 13 de julio de 2007, otorgada ante el Notario demandante, sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de Primera Instancia ni en cuanto a las costas de este recurso de apelación.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Presidente, hallándose la Sala celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ