

Los medios que á dicho fin podrán emplearse, serán: librar compulsorio contra los escribanos del pueblo del último domicilio del finado, para que pongan testimonio de cualquiera disposicion testamentaria que ante ellos éste hubiere otorgado, ó fé negativa en su caso; adoptar igual medida respecto de los escribanos de los pueblos en que antes hubiere residido el finado, ó en que se presume pueda haber hecho testamento; oficiar al cura de la parroquia ó pueblo de su naturaleza, ó de donde sea oriundo, para que informe si de los libros parroquiales resulta que existan parientes de las clases de que se trata, y que acompañe en su caso las partidas sacramentales que lo justifiquen; oficiar con igual objeto al alcalde del pueblo ó pueblos antedichos, por si resultaran estas noticias de los padrones del vecindario. Y cuando estos medios no den el resultado apetecido ó sean insuficientes, y tambien sin emplearlos cuando el Juez racionalmente crea que han de ser ineficaces, se recibirá informacion de testigos sobre los extremos antedichos, esto es: "1º sobre el hecho de haber muerto ab-intestato: 2º sobre si tiene herederos de las clases que quedan designadas." Este medio y el de que pongan testimonio los escribanos, se hallaban ya prescritos para igual caso por los artículos 7º y 9º de la Instruccion de 26 de Agosto de 1786, inserta en la ley 6ª, tít. 22, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, espresando que la circunstancia de haber muerto la persona sin hacer testamento; se haga constar á lo menos de voz y fama pública, lo cual deberá hoy hacerse del mismo modo, pues en la mayor parte de los casos los testigos no podrán deponer de ciencia propia.

Ordena, por último, el artículo que estamos comentando que para dicha informacion sean examinados los parientes, amigos ó vecinos del difunto. Esos parientes habrán de ser colaterales fuera de cuarto grado, porque si estuvieren dentro de este grado, ó fueren descendientes ó ascendientes, el Juez no puede prevenir de oficio el ab-intestato, segun el art. 351. Entre los parientes deberá ser comprendido el cónyuge que sobreviva; nadie con mas fundamento que éste, podrá suministrar las noticias apetecidas. La Ley no excluye para este caso el testimonio de los parientes y amigos, porque es solo inquisitivo el objeto de estas diligencias, que no causen estado, ni pueden perjudicar, cualquiera que sea su resultado á los legítimos herederos, los cuales harán valer su derecho en el juicio correspondiente, ó cuando el de ab-intestato llegue al período que marca el art. 372; así es, que á pesar de dicha informacion ha de llamarse por edictos á los que se crean con derecho á la herencia con arreglo á los artículos 368 y siguientes.

Téngase presente que estas diligencias, que serán de oficio y se estenderán en papel de esta clase, como ya hemos dicho, lo mismo que las que determinan los artículos siguientes, han de practicarse por el Juez de primera instancia, y en su defecto por el de paz del lugar en que tenia el difunto su domicilio, ó sea por el Juez á quien corresponda prevenir el ab-intestato. Los demás Jueces que hayan practicado diligencias para el enterramiento del cadáver y la seguridad de los bienes, hecho esto, deben abstenerse de todo procedimiento, con arreglo al art. 356. Los exhortos que para todo ello sean necesarios, deberán dirigirse al Juez de primera instancia del partido en que hayan de ejecutarse, quien los cometerá en su caso al de paz que corresponda. Sin embargo, cuando sea un Juez de paz el que instruya las diligencias podrá entenderse directamente con cualquiera otro de su clase.

El art. 359 y los siguientes disponen lo que debe hacerse, cuando de las diligencias ó informacion antedichas resulte que el finado falleció sin testar y sin parientes ó herederos de las clases designadas; pero no se previene lo que habrá de hacerse cuando resulte lo contrario. En este caso, si existe disposicion testamentaria, traído que sea á los autos testimonio de ella, el Juez acordará que se dé aviso á los herederos, del fallecimiento de la persona á cuya sucesion son llamados. Lo mismo acordará cuando resul-

te que, aunque no hizo testamento, tiene descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado civil; y si estos fuesen menores ó incapacitados, les proveerá de tutor ó curador, si no lo tuvieren. Luego que comparezcan los herederos; cesará la intervencion judicial en el ab-intestato, á no ser que alguno de los interesados la reclame, ó que deba seguirse el juicio por los trámites del necesario de testamentaria: todo con arreglo á lo dispuesto en los artículos 352 y 353, que por identidad de razon son aplicables á este caso, y en la forma que lo hemos explicado en el comentario de los mismos.

ARTICULO 359.

Si resultare haber fallecido con efecto sin testar y sin parientes de los comprendidos en el art. 351, procederá el Juez:

1º *A nombrar un albacea dativo que se encargue de disponer el entierro y de lo demás propio de este cargo con arreglo á las leyes.*

2º *A inventariar y depositar los bienes en persona que ofrezca garantía suficiente, la cual se encargará tambien de su administracion. Esta será amovible á voluntad del Juez que conozca del ab-intestato.*

3º *A examinar los libros, papeles y correspondencia del difunto.*

ARTICULO 360.

Al albacea que se nombrare, se darán por el Juez las oportunas instrucciones, segun la idea que se tenga del caudal del difunto y sus circunstancias, para el desempeño de su encargo.

ARTICULO 361.

El depositario administrador de los bienes prestará fianza proporcionada á lo que deba administrar, á satisfaccion y bajo la responsabilidad del Juez que haya prevenido el ab-intestato.

ARTICULO 362.

Si se encontraren metálico ó alhajas, se depositarán en el establecimiento público señalado al efecto, debiendo el Juez conservar en su poder el documento de depósito. De este documento se pondrá testimonio en los autos.

ARTICULO 363.

Si hubiere frutos almacenados, se deberán sobrellavar los almacenes; y si estuvieren pendientes ó recogiendo, se constituirán guardas ó interventores, segun mas convenga.

ARTICULO 364.

El Juez de primera instancia, ó el de paz, abrirán la correspondencia en presencia del administrador nombrado y del Escribano, y adoptarán en su consecuencia las medidas que su resultado exija para la seguridad de los bienes.

Hemos creído conveniente comprender en un comentario estos seis artículos, porque el segundo y posteriores son la explicacion ó el complemento de lo que se manda en el primero. De este modo podremos presentar esta importante materia sin fraccionarla, y por lo tanto con mejor orden y mas claridad.

Cuando de las indagaciones que el Juez debe practicar con arreglo al art. 358 resul-

te, si no justificado plenamente, al menos de voz y fama pública, que la persona de cuya sucesion se trata, ha fallecido sin testar, y sin herederos de las clases de descendientes, ascendientes ó colaterales hasta el cuarto grado civil, debe el mismo Juez que esté conociendo de las diligencias preventivas del ab-intestato, ya sea el de primera instancia ó ya el de paz, proceder desde luego, en cumplimiento de lo que preceptúa el artículo 359: 1.º á nombrar un albacea dativo: 2.º á inventariar y depositar los bienes: 3.º á examinar los libros, papeles y correspondencia del difunto. Aunque fuera de algun caso especial, todo esto deberá decretarse en una misma providencia, para mayor claridad espondremos con separacion todo lo relativo á cada uno de dichos extremos.

"1.º *A nombrar un albacea dativo que se encargue de disponer el entierro y de lo demás propio de este cargo con arreglo á las leyes.*"—Esta disposicion introduce una novedad notable en nuestro derecho civil, cual es la del nombramiento de albacea dativo, no autorizado por la legislacion vigente. Las leyes del tít. 10 de la Part. 6.ª que trata *De los testamentarios que han de cumplir las mandas*, dan siempre, y como regla general, por supuesto que los albaceas deben ser nombrados en testamento, por cuya razon se les llama tambien *cabezaleros, testamentarios, mansesores y fideicomisarios*, así es que en el proemio de dicho título se les define diciendo, que son "aquellos que han de seguir, é de cumplir las mandas, é las voluntades de los difuntos, que dejan en sus testamentos." Siguiendo esta misma definicion dicen los espositores de nuestro derecho, que por albacea se entiende el executor de lo ordenado en el testamento ó en cualquiera otra disposicion testamentaria; y en este sentido es usada dicha palabra, tanto en el lenguaje forense como en el comun.

A pesar de esto, la mayor parte de los autores, suponiendo que el heredero es el albacea designado por la ley á falta de testamentarios, y fundados además en la ley 5.ª del título y Partida antes citados, segun la cual, cuando se dejan mandas piadosas en un testamento, y no se nombren albaceas, debe hacerlas cumplir el obispo; y en la ley 7.ª del mismo título, que dá facultad á los obispos para nombrar albaceas que cumplan dichas mandas, si no las ejecutasen los nombrados por el testador; hacen la division de los albaceas testamentarios, dando esta denominacion á los que son nombrados en testamento; *legítimos* á los designados por la ley; y *dativos*, á los que el Juez nombra de oficio. Pero estas leyes se consideran derogadas desde que por la 36 de Toro, y por las leyes 14 y 16, tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, se prohibió á las autoridades eclesiásticas conocer bajo ningun pretexto de los inventarios y demás negocios relativos á últimas voluntades, mandándose que los jueces ordinarios sean los que deban compeler á los herederos al cumplimiento de los sufragios y demás mandas piadosas. De las mismas leyes se deduce que el heredero debe cumplir esta obligacion, no como albacea sino como tal heredero. Y como además no existe ley alguna que faculte á los jueces para el nombramiento de albacea, queda demostrado que la division antedicha no tenia apoyo alguno en nuestro derecho civil, ni tampoco en la práctica, pues no hemos visto, ni tenemos noticia de caso alguno en que el Juez haya verificado de oficio dicho nombramiento. Reconocemos, sin embargo, como justa y conveniente la novedad que introduce el artículo que estamos comentando.

Como la nueva Ley no indica las personas en quienes deba recaer el nombramiento de albacea dativo, el Juez será árbitro para nombrar á quien tenga por conveniente siempre que sea mayor de edad y reúna las cualidades necesarias para cumplir este encargo; pero será conveniente que dé la preferencia al cónyuge sobreviviente, y en su defecto á los amigos del difunto, porque siendo dicho cargo *obra de piedad*, como dice la ley de Partida (1), y teniendo por objeto cumplir los deberes religiosos en sufragio

1. Ley 7.ª, tít. 10, Part. 6.ª

del alma del finado, y honrar su memoria, nadie con mas interés que cualquiera de estas personas podrá desempeñarlo.

Preceptúa con este motivo el artículo que estamos comentando que dicho albacea "se encargue de disponer el entierro." Para conciliar esta disposicion con la del art. 355, es necesario suponer que el Juez debe concretarse á adoptar las medidas mas indispensables para que se dé sepultura al cadáver, cuando de su dilacion pudieran ocasionarse perjuicios á la salud pública, y dejar todo lo relativo al funeral para que lo disponga el albacea dativo; pero si las actuaciones permitieran verificar su eleccion antes del enterramiento, entonces tambien dispondrá el albacea lo que sea necesario para que éste se lleve á efecto del modo que corresponda, segun la posicion social que tenia el difunto y la costumbre del país.

Ordena, por último, el mismo artículo en su num. 1.º, que el albacea dativo se encargue tambien de disponer "lo demás propio de este cargo con arreglo á las leyes." Varias son las atribuciones que las leyes antes citadas y la jurisprudencia conceden á los albaceas, fundadas en la voluntad expresa ó presunta del testador, quien puede conferirles facultades para ejecutar en todas sus partes el testamento, hasta dejar distribuido el caudal sin intervencion de la autoridad judicial. Pero como esto no puede suceder en el presente caso, porque su nombramiento no proviene de la voluntad del difunto, esas atribuciones á que se refiere el artículo que estamos comentando, no pueden ser otras que las relativas á lo que se llama *bien de alma; al fecho de sus ánimas*, como dice la ley de Partida (1). De consiguiente, será de la atribucion del albacea dativo disponer, además del entierro, si el Juez no lo dispuso, las exéquias ó funerales, misas y demás sufragios y mandas piadosas (2) que se acostumbren en el país, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto. Las demás atribuciones que les conceden las leyes de Partida del título antes citado, no pueden tener aplicacion al caso presente.

A fin de que no se esceda el albacea gastando mas ó menos de lo conveniente, con loable prevision prescribe el art. 360, que "al albacea que se nombre, se darán por el Juez las oportunas instrucciones, segun la idea que se tenga del caudal del difunto y sus circunstancias, para el desempeño de su encargo." Estas instrucciones, como se deduce de las palabras trascritas, han de ser relativas á la clase de pompas funerales que hayan de hacerse, y á la cantidad que deba invertirse en misas, sufragios y mandas piadosas, segun hemos indicado. Para ello tendrá presente el Juez que segun la ley 26 de Toro (3), cuando no haya descendientes ni ascendientes legítimos, debe invertirse por el alma del difunto la quinta parte de sus bienes. El Juez deberá consignar dichas instrucciones en el auto en que nombre al albacea, pero si aun no tuviese idea del caudal del difunto, si no le fuese fácil adquirirla estra judicialmente por informes fidedignos, podrá reservarse hacerlo para cuando la tenga, que será despues de formado el inventario, concretándose en dicho auto á darlas en cuanto al entierro, que es lo mas urgente.

Aunque la Ley no lo dispone, la buena razon dicta, que el Juez mande entregar al albacea, de los fondos de la herencia, las cantidades necesarias para cubrir dichos gastos; y si no existiere metálico, habrán de venderse los bienes que sean necesarios, en pública subasta con arreglo á los artículos 397 y 398. El albacea deberá cumplir su encargo desde luego, y á lo mas dentro de un año (4), y dar cuenta justificada de la inversion de las cantidades que se le hayan entregado. No dice la nueva Ley que se le exija fian-

1. Ley 1.ª, tít. 10, Part. 6.ª

2. En ellas se comprenderá la manda pía forzosa de 12 rs. vn., que debe tambien pagarse por los herederos ab-intestato en la forma que previene el Real decreto de 30 de Mayo de 1831.

3. Ley 13., tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilacion.

4. Ley 6., tít. 10, Part. 6.ª

za, por lo cual creemos que no habrá de prestarla, á no ser que se hiciera sospechoso de mala inversion (1).

Por último, téngase presente que el cargo de albacea, por regla general, es gratuito y honorífico; puede el interesado aceptarlo, ó no; pero una vez aceptado, está obligado á cumplirlo. Esta doctrina, fundada en las leyes de Partida (2), y admitida por la jurisprudencia respecto del albacea testamentario, la creemos también aplicable al albacea dativo. Sin embargo, cuando no haya persona idónea que quiera aceptar voluntariamente este cargo, bien podrá el Juez obligar á la que crea conveniente, y no tenga excusa legítima, á que lo acepte, por las mismas consideraciones de moralidad y orden público que versan en cuanto á la tutela dativa, y porque de otro modo podría ser ilusoria la facultad que la Ley concede al Juez para nombrar dicho albacea.

"2.º *A inventariar y depositar los bienes en persona que ofrezca garantía suficiente, la cual se encargará también de su administración.*"—Se llama inventario á toda descripción ó asiento que se hace de los bienes pertenecientes á alguna persona ó corporación; y también al documento en que se consigna dicha descripción. "Inventario en latin, dice la ley 5.ª, tít. 6.º, Part. 6.ª concretando la acepción de esta palabra al caso presente, tanto quiere decir en romance, como escritura que es fecha de los bienes del finado. E facen los herederos tal escritura como esta, porque despues non sean tenudos de pagar las debdas de aquel que heredaron, fueras ende en tanta quantia quanto montaren los bienes que heredaran del finado." Aunque el inventario de que se trata producirá á su tiempo estos efectos en favor de la persona á quien corresponda la herencia, ó del Estado en su caso, no ha sido este el objeto que la ley se ha propuesto al prescribirlo, si no el de que consten circunstanciadamente todos los bienes del ab-intestato para evitar abusos y fraudes, y poder entregarlos en su día á quien pertenezcan con arreglo á las leyes.

El artículo que estamos comentando no determina la forma en que haya de hacerse este inventario, lo cual supone que debe acomodarse á la que para caso igual prescriben los artículos 431 y 432 siguiendo la práctica antigua. Nada se dice respecto de citación de los interesados porque se trata del caso en que no son conocidos los herederos, y de consiguiente no hay á quien citar. Sin embargo, siendo el Promotor fiscal representante legal de los que puedan tener derechos á la herencia, como lo declara el art. 367, con cuyo carácter interviene en los ab-intestatos, lógico hubiera sido haber mandado que se hiciera el inventario con citación del mismo: quizá no se haya hecho así, porque no lo hay en todos los pueblos. Pero sí bien deberá prescindirse de esta citación, toda vez que no la prescribe la Ley, no opinamos lo mismo respecto de la del cónyuge que sobreviva y de los acreedores que acaso hayan solicitado la prevención del ab-intestato, como podrán hacerlo: tanto aquel cuando lo haya, como estos en su caso, deberán ser citados para el inventario por el interés que tienen en la herencia, y porque así lo dispone para caso idéntico el art. 430 y la regla 2.ª del 499.

También será aplicable al caso de que tratamos la disposición del art. 429, según el cual "para hacer los inventarios judicialmente se dará comision al escribano, sin perjuicio de que el Juez pueda concurrir á su formación en todo ó en parte, si lo considera necesario;" así lo aconsejan la razón y la justicia, y hasta la necesidad en algunos casos, como demostraremos en el comentario de dicho artículo. Si se objetan las palabras del que estamos comentando en cuanto dice, que el Juez procederá á inventariar los bienes, contestaremos, en primer lugar, que no se ordena que lo haga por sí mismo ó personalmente; y en segundo lugar, que en el lenguaje forense y en el que usa la nueva Ley,

1. Ley 2, tít. 10 Part. 6.ª

2. Leyes 6, 7 y 8, tít. 10, Part. 6.ª

se entiende que el Juez *procede* á una cosa cuando manda practicarla: también el artículo 374 dice que el Juez *convocará* á junta á los parientes que se hubieren presentado, y á nadie se le ocurrirá exigir que el Juez los *convoque* por sí mismo.—Véanse los comentarios de los artículos citados, en los cuales se explicará más estensamente la forma y solemnidades del inventario.

Al mismo tiempo que el Juez acuerde proceder á la formación del inventario, mandará "depositar los bienes en persona que ofrezca garantía suficiente, la cual se encargará también de su administración," como lo preceptúa igualmente el núm. 2.º del art. 359 que estamos examinando. El 361 espresa en qué ha de consistir esa garantía que ha de prestar dicha persona, á la cual titula *depositario-administrador*, aunque en los artículos posteriores solo le llama *administrador*, y á este fin dice que "el depositario administrador de los bienes prestará fianza proporcionada á lo que deba administrar." De estas palabras no debe deducirse que la fianza ha de ser equivalente al capital que se ponga bajo la custodia y administración del depositario: una interpretación tan lata sería contraria, en nuestro concepto, al espíritu y objeto de la Ley, é imposibilitaría en muchos casos su cumplimiento, por la dificultad de encontrar depositario que prestara tales garantías, que son innecesarias, toda vez que éste no puede enagenar ni hacer desaparecer los bienes raíces. Podrá causar en ellos perjuicios, por malicia ó por descuido; podrá alzarse con sus rentas ó productos; podrá también hacer desaparecer los bienes muebles: la fianza, pues, deberá ser suficiente á cubrir estas responsabilidades, y de ese modo será proporcionada á lo que el depositario deba administrar, como dice la Ley. No se exige más en toda clase de administraciones, ni exigiría otra cosa el hombre más previsora y diligente.

No se determina la clase de *fianza*, y solo dice dicho artículo que esta sea "á satisfacción y bajo la responsabilidad del Juez que haya prevenido el ab-intestato." De todo lo cual se deduce: 1.º Que el Juez deberá fijar la cuantía de la fianza, teniendo en consideración la importancia de los bienes que hayan de confiarse al depositario-administrador. Como en muchos casos no sabrá la entidad de caudal hasta después de hecho el inventario, señalará dicha cuantía provisionalmente según la idea que tenga del caudal, bien de propia ciencia, ó por noticias extrajudiciales y fidedignas que le será fácil adquirir, sin perjuicio de exigir mayor fianza, cuando esté terminado el inventario, en uso de la facultad que con este objeto le concede el art. 385.—2.º Que el Juez podrá admitir cualquiera de las clases de fianzas ó garantías que reconoce el derecho, lo mismo la hipotecaria, que la consignación en la Caja de depósitos de la cantidad designada, que la de simples fiadores. Aunque las dos primeras son siempre preferibles porque ofrecen mayor seguridad, la equidad exigirá en algunos casos que se admita la última, en particular cuando el caudal sea de poca importancia, y el fiador de notoria responsabilidad. Con mucha prudencia deben proceder los jueces en estos casos, pues así como incurrirían en la responsabilidad que les impone el art. 361 si entregaran los bienes á un depositario que no hubiere prestado las garantías oportunas, también faltarían á sus deberes si por ser demasiado exigentes no encontraran persona que aceptara dicho cargo, y sufrieran por esta causa perjuicio los bienes y entorpecimiento las actuaciones.

Tampoco determina la Ley qué personas serán aptas para el cargo de depositario-administrador, por lo cual será necesario seguir las prescripciones de la razón, del derecho antiguo y de la jurisprudencia. Dicho cargo, pues, deberá confiarse á persona de probidad y abonada, inteligente en el manejo de los bienes que hayan de ponerse á su cuidado, y hábil para contratar y obligarse. Si hubiere cónyuge sobreviviente, deberá dársele la preferencia, como para caso idéntico lo ordena la regla 3.ª del artículo 424.