

2.<sup>a</sup> Como *concordancias generales*, y por analogía, los arts. 1.281 á 1.289, en el sentido antes indicado (1).

3.<sup>a</sup> Como *concordancias especiales*, los arts. 346, 347, 668, 749, 751, 767, 768, 769, 771, 773, 779, 792, 797, 798, 1.070, 1.075 y todos los que en el Código establezcan una presunción de Derecho de las llamadas *iuris et de iure* y á las cuales ha de ajustarse, también, en los supuestos respectivos á que se refieran, la obra de la interpretación de los testamentos; por ejemplo, el art. 29, en cuanto á la postumidad; el 31, al declarar que la prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la ley reconoce al primogénito; el art. 33, según el cual si se duda entre dos ó más personas llamadas á sucederse cuál de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una ó de otra, debe probarla, y á falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de una á otra; el 34, respecto á la presunción de muerte, concordado con los arts. 191 á 198; el 108, respecto á la presunción de legitimidad de los hijos; los 959 á 967, en cuanto á la presunción de legitimidad del hijo póstumo y precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta, etc.

(1) Núm. 11 de este capítulo.

## CAPÍTULO XX

SUMARIO.—DE LA CONSUMACIÓN DE LA SUCESIÓN TESTADA (continuación).—Doctrinas complementarias.—B. Del cumplimiento de las últimas VOLUNTADES.—De los ALBACEAS ó TESTAMENTARIOS.

Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.<sup>o</sup> Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil, acerca de los ALBACEAS ó TESTAMENTARIOS.—1. Razón de plan.—2. La consumación de la sucesión testada, ó el cumplimiento de los testamentos, cometido á los albaceas; período intermedio de *proindivisión*; *herencia yacente*.—3. Naturaleza jurídica del albaceazgo; analogías y diferencias con el mandato; declaraciones de la jurisprudencia, y contrarias de la Dirección general de los Registros.—4. Precedentes romanos, germanos y patrios.—5. Nombres legales de los albaceas: sinónimos usuales y legales; acepción jurídica de albaceas ó testamentarios.—6. Su concepto y distinciones por el origen del nombramiento, y nombres que toman cada uno por este motivo (testamentarios, legítimos y dativos).—7. Otras especies (particulares y universales; y contadores-partidores).—8. Otros albaceas, con carácter de legítimos, según las leyes de Partida, derogadas por las recopiladas.—9. Elementos personales; quiénes pueden nombrar y ser nombrados albaceas; sus reglas.—10. Contenido del albaceazgo (derechos, obligaciones y prohibiciones á los albaceas).—11. Extinción del cargo; sus causas.

§ 2.<sup>o</sup> Jurisprudencia anterior al Código civil.—12. Albaceas (doctrina general).—13. Elementos personales del albaceazgo.—14. Contenido del albaceazgo (facultades, personalidad, obligaciones y prohibiciones de los albaceas).—15. Extinción del albaceazgo (plazo y remoción).

Art. II.—CÓDIGO CIVIL.

§ 1.<sup>o</sup> Texto.—16. Del cumplimiento de las últimas voluntades.—I. Albaceas.—II. Sus especies.—a. Albaceas testamentarios.—b. Idem legítimos.—c. Idem dativos.—III. Elementos personales del albaceazgo.—a. Aptitud para nombrar albaceas.—b. Idem para ser nombrados.—IV. Caracteres del albaceazgo.—a. ¿Es voluntario ú obligatorio?—b. ¿Es gratuito?—c. ¿Es personalísimo é intransmisible?—d. ¿Es temporal?—V. Contenido del albaceazgo (derechos, facultades, obligaciones, y prohibiciones respecto de los albaceas).—a. Derechos.—b. Obligaciones.—c. Prohibiciones.—d. Plazo del albaceazgo.—e. Sanciones del mismo.—VI. Extinción del cargo de albacea (muerte, imposibilidad, renuncia, remoción, tiempo legal).

§ 2.<sup>o</sup> Jurisprudencia según el Código civil.—17. Naturaleza jurídica del albaceazgo.—18. Sus caracteres.—19. Sus especies.—20. Elementos personales del albaceazgo.—21. Su contenido.—A. Facultades y personalidad de los albaceas.—22. Idem.—B. Obligaciones de los albaceas.—23. Idem.—C. Prohibiciones.—24. Idem.—D. Plazo del albaceazgo.—25. Su extinción (posesión de los bienes de la herencia por el heredero, tiempo, renuncia y remoción del albacea).—26. Criterio de transición.

§ 3.<sup>o</sup> Explicación.—I. Albaceas.—27. Fundamento y naturaleza jurídica del albaceazgo.—II. Especies.—a. Albaceas testamentarios.—28. Su distinción en universales y particulares.—29. Nombrados mancomunada, sucesiva ó solidariamente.—b. Albaceas legítimos.—30. Su concepto: precedentes legales y concordancias espe-



ciales.—c. Albaceas dativos.—31. Su concepto y reglas.—32. Los llamados *convencionales*, nombrados por los interesados en la sucesión no son tales albaceas, sino simples mandatarios de carácter común con más ó menos facultades.—III. *Elementos personales*.—a. Aptitud para nombrar albaceas.—33. Reglas de Derecho.—b. Aptitud para ser nombrados.—34. Reglas de Derecho generales y especiales.—IV. *Caracteres del albaceazgo*.—35. a. ¿Es voluntario ú obligatorio?—36. b. ¿Es gratuito?—37. c. ¿Es personalísimo é intransmisible?—38. d. ¿Es temporal?—V. *Contenido del albaceazgo*.—39. Extremos que comprende.—40. a. Derechos ó facultades de los albaceas; sistema del Código en este punto; su enumeración y reglas.—41. b. Obligaciones de los albaceas; reglas de Derecho generales y especiales, como las relativas á la rendición de cuentas y novedad de esta obligación de que no puede relevar del Código el testador á sus albaceas.—42. c. Prohibiciones á los albaceas: su enumeración y reglas.—43. d. Plazo del albaceazgo.—44. e. Sanciones.—VI. *Extinción del cargo de albacea*.—45. Sus diversas causas, muerte, imposibilidad, renuncia, remoción, tiempo, legal y otras causas.

Art. III.—RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición*.—46. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes del nuevo Derecho civil común*.—47. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.

## ART. I

### DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

#### § 1.º

#### Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil, acerca de los ALBACEAS.

1. Hasta aquí se ha hablado de cuanto se refiere á la *constitución y contenido* del testamento, y aun para aclarar esto é iniciar el período de su *consumación*, en el capítulo precedente se trata de la *interpretación* de los actos de última voluntad.

2. Plenamente corresponde á la *consumación* de los testamentos, lo que se refiere á su *cumplimiento*, cometido á los llamados *albaceas* ó *testamentarios*, que no son otra cosa que las personas á las cuales el testador encarga la ejecución de su última voluntad; pues como el testamento tiene al fin el carácter de *ley particular* de la sucesión *mortis causa*, y en él se establecen diferentes reglas de Derecho expresivas de la voluntad del testador, cuya observancia remite al tiempo posterior á su muerte, una vez *perfecto* por los requisitos formales necesarios, observados al otorgarle sin ninguno ulterior que le derogue y causada que sea la sucesión por su fallecimiento, sobreviene la necesidad de ponerle en práctica, abriéndose el período de su ejecución, que es *intermedio* entre la muerte del testador y el estado de hecho y de derecho, del total y realizado cumplimiento de su voluntad.

Cierto es, que jurídicamente se supone que no hay solución de con-

tinuidad en la sucesión *mortis causa* entre la muerte del sucedido ó el *de cuius*, y la transmisión á sus herederos de los derechos y obligaciones de la herencia y la continuación de la personalidad jurídica en el patrimonio hereditario de aquél por éstos, según lo atestiguan, entre otros, como expresión legal última de esta doctrina, los arts. 657, 661 (1) y 989 (2) de nuestro Código civil, al declarar el primero que, «los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte», al preceptuar el segundo que, «los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones», y al determinar el tercero que, «los efectos de la aceptación y repudiación de la herencia se *retrotraen* siempre al momento de la muerte de la persona á quien se hereda»; pero cierto es también, por lo mismo, que, si la integración ó fusión en el orden patrimonial de testador y heredero, se tienen por realizadas en virtud de la sucesión de éste respecto de aquél inmediatamente después de la muerte del sucedido, por el hecho de su fallecimiento y por la aceptación del sucesor, y que ésta se *retrotrae* á la fecha de aquélla por ministerio de la ley, en la esfera real ó de los hechos, esto no se verifica de un modo instantáneo y automático, sino que necesita dilatarse por un plazo más ó menos largo, existiendo en verdad un tiempo de *tránsito* que corresponde al estado de la *herencia yacente* ó *pro indiviso*, antes de ser ésta aceptada, liquidada, repartida y entregada, durante el cual, el heredero que no aceptó todavía la herencia y que tal vez puede no aceptarla, no es el llamado á representar el caudal hereditario ni á satisfacer las necesidades de su administración, y, en general, la ejecución del testamento en diferentes extremos y para atender deberes urgentes y transitorios, lo cual hizo indispensable la institución del *albaceazgo*. Mediante ésta, se provee á esas necesidades durante ese período transitorio entre la muerte del testador y la consumación definitiva del derecho hereditario por parte del heredero; ó sea, la designación de otras personas que los sucesores á título universal y singular del causante, á los cuales se encomiende la ejecución del testamento y la representación temporal del patrimonio hereditario con facultades más ó menos amplias ó restringidas, según la voluntad del testador y las reglas subsidiarias de la ley.

3. ¿Y cuál será la naturaleza jurídica del albaceazgo? A primera vista parece ser la de un *mandato*, si bien *sui generis* ó de índole excepcional, pues aunque tiene visibles analogías con el mandato común, discrepa de él en fundamentales diferencias.

Es análogo el *albaceazgo* al *mandato*, por la genérica identidad de fines de una y otra institución, puesto que ambos se derivan del *princi-*

(1) Explicados en el núm. 30, cap. 1.º de este tomo.

(2) Idem en el cap. 26.º de este tomo.



*pio de representación*, y consisten, en la comisión ó encargo (1) que bien el mandante, bien el testador, hacen el primero al mandatario y el segundo al albacea, de cumplir y ejecutar, en su nombre, ciertos actos lícitos; ó cometido, con mayores ó menores facultades, que uno ú otro le confían al arbitrio de su voluntad, ó que la ley atribuye á los albaceas por presunción de la tácita, supuesta en el testador en defecto de la expresa; y que ambos, mandato ó albaceazgo, no se reputan *perfectos* ni obligan al mandatario ó albacea sino después de su aceptación.

No puede oponerse á esto la equivocada idea que reputa al albacea como mandatario del heredero ó del legatario, porque son los interesados en la herencia, en cuyo beneficio ha de cumplirse por los albaceas el testamento que la regula, puesto que también puede haber otros interesados en la misma, como los acreedores, el alma del testador y hasta sus restos mortales en lo que se refiere á los deberes del albaceazgo respecto de su inhumación, funeral y sufragios y, sobre todo, porque los albaceas reciben su investidura y apoderamiento del testador, pero no de sus herederos ó legatarios, representan á aquél y á su patrimonio hereditario y no á éstos, siquiera su gestión les resulte beneficiosa.

Se diferencia el albaceazgo del mandato común, en que éste es un acto *inter vivos*, un contrato, expreso ó tácito, y hasta puede ser un cuasi contrato de *gestión de negocios*; mientras que aquél es un acto y disposición *mortis causa*. El mandato es esencialmente *revocable*, aun después de aceptado y empezado á ejercer por el mandatario en cualquier tiempo, según la voluntad del mandante, cuya convivencia supone, en tanto que el albaceazgo, como no comienza su eficacia ni puede reputarse *perfecto* por la aceptación del albacea hasta después de la muerte del testador que le nombró, no es susceptible de revocación por parte de éste, sino que su cesación ha de obedecer á otras causas, así como se distingue de aquél en la especialidad característica de sus fines y límites de su representación, en la reglamentación legal subsidiaria de su ejercicio, en la limitación de tiempo señalado al mismo, en su caducidad por traspasar los plazos que le están señalados y en las particulares sanciones civiles que le afectan por su parcial ó total incumplimiento, sin perjuicio de serle también aplicables otras de carácter general y común á todo mandatario ó administrador de bienes ajenos.

Decisiones hay de la jurisprudencia, precisamente posteriores al Código civil (2) en que se declara que, «los albaceas contadores partidores tienen el carácter de *mandatarios del testador* y no de los herederos, y la oposición de éstos á los actos de aquéllos, ni les priva de las

(1) Según lo acredita el texto del art. 1.709 del Cód. civ., al decir, «por el contrato de mandato se obliga una persona á prestar algún servicio ó á hacer alguna cosa, por cuenta ó encargo de otra».

(2) Sents. 4 Julio 1895, 17 Abril 1900 y 24 Febrero 1905.

facultades recibidas y aceptadas, ni del derecho á ser reintegrados de los gastos ocasionados por el mandato, cuando no se han extralimitado en sus facultades y sin que tengan aplicación á esta materia los arts. 1.728 y 1.730 del Código, porque las relaciones entre el testador y los albaceas no son más que las derivadas del testamento, ni cabe por la *naturaleza especial de este mandato*, etc. (1), así como alguna resolución de la Dirección general de los Registros (2), que entendió que los albaceas particulares son cargos de naturaleza especialísima, y aunque designados por el testador, *no son mandatarios suyos*.

Entre ambos criterios, es más autorizado doctrinalmente y hasta por valor de aplicación el del Tribunal Supremo; pero ninguno de los dos es, según se deduce de las consideraciones anteriores, aceptable en absoluto.

4. No se registran *precedentes* de esta institución de los albaceas en el Derecho romano hasta que la práctica los introdujo en los tiempos del Imperio. En Roma, porque se suponía cometida la facultad de ejecutar el testamento al heredero, atendido lo esencial de la solemnidad interna de la institución como *caput testamenti*, y por deducción del principio absoluto y prohibitivo de morir en parte testado y en parte intestado, hasta que por influjo reflejo de la Iglesia, después de la paz con la misma de Constantino, fué introduciéndose en la práctica la doctrina de los albaceas para el cumplimiento de la voluntad del testador en cuanto á mandas piadosas, generalizándose más tarde en tiempo de Justiniano.

En las tribus germanas tampoco existen precedentes, por la sencilla razón de que no conocieron los testamentos hasta que por la conquista se constituyeron en diferentes nacionalidades.

5. La ley (3) designa á los ejecutores del testamento, con los variados nombres de *albacea*, *cabazalero*, *testamentario*, *mansesor* y *fideicomisario*.

Es muy usada la sinonimia de las palabras *albaceas* y *testamentarios*, que suelen emplearse indistintamente, no sólo en la práctica, sino en las leyes, como la de Enjuiciamiento civil y en el Código civil, que desde luego da por epígrafe á esta materia (4), «De los albaceas ó testamentarios».

La acepción jurídica de la palabra *albacea*, en su sentido estricto, era la de la persona designada para cumplir las mandas piadosas y todo lo relativo á enterramiento, sufragios, etc., mientras que el *testamentario* era aquel á quien se confiaba el cumplimiento de la disposición testamentaria en todos los demás extremos respecto de los bienes.

(1) Sent. 16 Noviembre 1904.

(2) De 7 Enero 1875.

(3) .1.ª, tit. 10, Part. VI.

(4) Sec. 11.ª, cap. 2.º, tit. 3.º, lib. III.



6. Lo mismo antes que después del Código civil, por *albaceas* se entiende, las personas designadas para el cumplimiento de las disposiciones de última voluntad.

Se distinguirá, según que el *origen* de su nombramiento, sea el testamento ó voluntad del testador que los nombra entre los herederos ó legatarios ó fuera de ellos, el ministerio de la ley que, en defecto de aquella designación, hace recaer el cargo sobre los herederos, ó los nombrados por el Juez, y que toman, respectivamente, los nombres de *testamentarios*, *legítimos* (1) y *dativos* ó *judiciales*.

7. En orden á la extensión de sus facultades se distinguían, en *particulares* y *universales*, según que los primeros, estaban facultados sólo para cumplir lo relativo á funerales, disposiciones piadosas ú otras singulares que especialmente se les hayan encomendado; ó los segundos, estaban autorizados para ejecutar todas las disposiciones testamentarias, incluyendo ó no en ellas la partición de la herencia, que en caso afirmativo les daría también el carácter de *contadores partidores* (2); ó bien todas las demás facultades, menos ésta, de hacer la partición, la cual se haría por otras personas que designara el testador con este exclusivo carácter de contadores, pero no de albaceas, bien designados por el testador ó por los herederos, bien autorizando para que lo hicieran á los mismos albaceas, bien por nombramiento judicial en el juicio de testamentaria.

8. En las leyes de Partida (3), se concedió cierto carácter de *albaceas legítimos* á las autoridades eclesiásticas respecto á todas las disposiciones testamentarias en beneficio del alma y de carácter piadoso, siendo derogada dicha disposición por otras recopiladas (4), por las cuales se prohibió á dichas autoridades eclesiásticas intervenir en la ejecución de los testamentos, por ser asunto de la exclusiva competencia de la jurisdicción civil, según lo confirmó también alguna disposición posterior (5).

9. En cuanto á los *elementos personales* de esta institución, son sus reglas:

1.<sup>a</sup> El testador es el único que puede nombrar los albaceas, ya *universales*, ya *particulares*, pues los designados por la ley en el concepto de *legítimos*, como los herederos, ostentan siempre el carácter de *universales*, y los nombrados por el Juez, tienen sus facultades concretadas por el art. 966 de la ley de Enjuiciamiento civil, á no ser que recaiga en ellos también el nombramiento de contadores partidores.

(1) Como tales se reputaron, en lo temporal, los herederos, y en las mandas pias el Obispo; este último según el Conc. Trid., cap. 8.º, Sess. 22, *de reformat.*

(2) L. 10.<sup>a</sup>, tít. 21, lib. X, Nov. Rec.

(3) L. 7.<sup>a</sup>, tít. 10, Part. VII.

(4) 13.<sup>a</sup>, 14.<sup>a</sup> y 15.<sup>a</sup>, lib. X, Nov. Rec.

(5) Dec. ley de 6 de Diciembre de 1868, de unificación de fueros, que no reconoció á la jurisdicción de la Iglesia facultad alguna en esta materia.

2.<sup>a</sup> Pueden nombrar albaceas, todos los que tengan la testamentación activa, los de la clase de los llamados *testamentarios*, así como la ley nombra á los *legítimos* y el Juez los *dativos*.

3.<sup>a</sup> Podían ser nombrados albaceas, los que tuvieran capacidad para representar á otro ó ser mandatarios y no tuvieran prohibición legal, como los menores, las mujeres, los locos, mudos, sordos de nacimiento y pródigos, los herejes, los condenados á muerte y los deportados, según disponían las leyes antiguas (1), si bien alguna de estas incapacidades, como la de los herejes, desaparecieron, y la práctica introdujo que lo pudieran ser las mujeres y los menores de edad, si habían cumplido diez y siete años, y la jurisprudencia (2) declaró que, entre las prohibiciones de la ley 15.<sup>a</sup>, tít. 20, lib. X, Nov. Rec. y de la Real Cédula de 30 de Mayo de 1830, no está comprendido el nombrar albacea al confesor del testador en la última enfermedad.

4.<sup>a</sup> El cargo de albacea no es obligatorio antes de aceptarlo; pero una vez aceptado, sí. El heredero está obligado á ser albacea legítimo por virtud de aquel principio, «*Ubi successione est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet*».

5.<sup>a</sup> También cabe facultar el testador á los albaceas para que deleguen en un tercero la práctica total ó parcial de su encargo, ó que llegado el caso del albaceazgo legítimo por los herederos, éstos se convenzan en la designación de terceras personas que lo desempeñen, dando lugar con ello á otras dos subespecies de albaceas, *delegados* y *convencionales*.

10. El *contenido* del albaceazgo se refiere á los *derechos, obligaciones* y *prohibiciones* de los albaceas.

a. *Derechos*. Dependen éstos de su carácter de *particulares* ó *universales*.

Los primeros están circunscritos á los términos del encargo, según la voluntad del testador, y comprenden siempre lo relativo á su enterramiento, funerales y mandas piadosas, que no pueden modificar ni aplicar á otros fines, á no ser que el cambio se hiciera por causa justa y de necesidad, con aprobación del Papa ó del Príncipe (3). Si fueran varios los albaceas particulares, habrá que estar á los términos de su nombramiento, según que contenga ó no la cláusula *in solidum* (4).

(1) 8.<sup>a</sup>, tít. 5.º, lib. III, F. R., y la 16.<sup>a</sup>, tít. 1.º, Part. VI, en relación con otras posteriores, que las modificaron virtualmente respecto de los condenados á muerte civil ó natural como la ley 3.<sup>a</sup>, tít. 18, lib. X, Nov. Rec.

(2) Sents. de 18 de Junio de 1864; 15 de Diciembre de 1865 y 24 de Diciembre de 1866.

(3) Conc. Trident., sess. 22, cap. 6.º, *de reformat.*, y otras disposiciones canónicas.

(4) L. 6.<sup>a</sup>, tít. 10, Part. IV. En opinión de Febrero, reformado por Goyena, cuando siendo varios los testamentarios no quieren ó no pueden intervenir todos, vale lo que uno ó dos de ellos ejecuten.—*Febrero reformado*, t. I, núm. 1.510, pág. 449.



Los segundos, ó albaceas universales, tendrán la representación del caudal hereditario y de la testamentaria, mientras aquél permanezca *pro indiviso*; podrán, generalmente, ocupar y deberán inventariar todos los bienes y papeles de la misma, quedando bajo su custodia, pagar las deudas y legados de la herencia y liquidar ésta; pero no podrán enajenar bienes muebles sino para estos pagos, ó cuando, de no hacerlo, pudieran deteriorarse, y nunca los inmuebles, á no estar expresamente autorizados por el testador, y ni aun con esta autorización, si los herederos fueren forzosos ó menores, mediante las formalidades establecidas por las leyes para la venta de inmuebles pertenecientes á estos últimos; debiendo, en todo caso, hacer preceder en el registro la práctica de una inscripción *colectiva* de la herencia á nombre de todos los herederos, aunque todavía no le hubieran aceptado, para que pudiera inscribirse después la de enajenación otorgada por los albaceas en nombre de aquéllos y cumplirse lo prevenido en el art. 20 de la ley Hipotecaria, que en otro caso sería un obstáculo insuperable para la inscripción de la citada última escritura, según los fundamentos y parte dispositiva de la importante resolución de la Dirección de los Registros de 7 de Enero de 1875 (*Gaceta* del 27); así como hacer todas las operaciones particionales para su división y entrega de su haber respectivo á cada partícipe, si además fueron nombrados *contadores partidores*; y percibir bajo este concepto, no por el título de albaceas, sino por el de contadores, si fueren personas peritas, los honorarios ó derechos que les correspondan por razón de su carácter profesional, pero no éstos ni otra clase de albaceas que no fueron contadores por el título de tales, porque el cargo de albacea es esencialmente gratuito, lo cual no excluye el que á la vez puedan ser legatarios de cosa ó de cantidad que el testador ordenara á su favor, aunque fuese á título de recompensa ó remuneración á los servicios prestados como albacea.

*b. Obligaciones.* Las que pesan sobre los albaceas singulares, son las correspondientes á los términos de su nombramiento ó encargo, y generalmente las relativas al enterramiento, funerales y mandas piadosas que habrían de cumplirse, las unas con el carácter de urgente que reclama su peculiar índole, y las otras dentro del plazo que se les concediera, ó del legal ordinario de un año, si no se les hubiera prorrogado. En ese mismo plazo han de cumplir los albaceas universales su cometido ó en otro más amplio y conforme á los términos de su encargo, incluso el de la formación de las operaciones particionales, si se les hubiera encomendado la división del caudal, dándoles el carácter de contadores-partidores y las obligaciones anejas á todo administrador, incluso las de rendición de cuentas, de la cual era práctica, según el Derecho anterior al Código, en algunos casos, relevarles de ello, y dicha cláusula tenía eficacia, sobre todo tratándose de herederos voluntarios, cuando, como era frecuente,

se acompañaba de la declaración de que, si alguno se lo exigía, fuera privado de su haber y se reputara instituido en el mismo el albacea, y ya no lo es después del art. 907 de aquél (1).

Como cargo de confianza, que es, debe ser desempeñado fiel y lealmente, siendo responsable el albacea de los daños y perjuicios que se causen á los herederos ó legatarios, por su morosidad, culpa ó dolo; y si los herederos sospecharen que los albaceas no darán las mandas á aquellos en cuyo favor fueron ordenadas, podrán exigirles fianza de que así lo harán, cumpliendo lo dispuesto en el testamento (2).

En cuanto á la ocupación de todos los bienes de la herencia por el albacea, y á su consiguiente inventario y administración, fué precepto legal en el Derecho anterior (3), que sólo pudiera demandarlos judicial ó extrajudicialmente á los herederos que los tuvieren en su poder, en cuatro casos que la misma menciona, á saber:

1.º Si la manda que con ellos se trate de pagar era para obras pías.

2.º Si tuviere por objeto el socorro ó alimentos de un huérfano ó de otra persona cualquiera.

3.º Si el testador legase alguna cosa á otro en unión del albacea, y

4.º Si en el testamento se le otorgan amplias facultades para ocupar todos los bienes de la herencia ó reclamarlos de quien los tuviere, según de ordinario se consignaba en todos los testamentos, llegando á ser una verdadera *cláusula de estilo*, siempre eficaz, fuera del caso en que por otras del testamento se probase de modo indudable ser contraria á ello la voluntad del testador y la consignación de aquella en el testamento fuera una mera oficiosidad del notario ó rutina de la práctica notarial, contradicha por el resto de la disposición testamentaria y sin fundamento cierto en dicha voluntad.

*c. Prohibiciones.* Siendo el cargo de albacea, de confianza, se reputa personalísimo, estándole prohibido nombrar sustituto ó delegar en otro su cometido, vender bienes, sino en pública subasta y comprarlos para sí, bajo la sanción de nulidad (4) y de la responsabilidad civil y criminal (5); exceptuándose de esta prohibición de comprar bienes de la testamentaria, á los albaceas que á la vez de este cargo tengan el carácter de herederos, puesto que entonces se reputa que compran como tales y no como albaceas (6), y asimismo se prohibía á los albaceas vender bienes de la herencia con la oposición de los herederos (7).

(1) Explicado en el núm. 41 de este capítulo.

(2) L. 2.ª, tit. 10, Part. VI.

(3) *Idem* 4.ª, *id. id.*

(4) L. 1.ª, tit. 12, lib. X, Nov. Rec.

(5) Art. 322, Cód. pen.

(6) Sent. 8 Noviembre 1859.

(7) L. 12.ª, tit. 5.º, lib. III, F. R.



Es sanción civil especial, además de las responsabilidades indicadas de indemnizar daños y perjuicios á los herederos, ocasionados por mora, culpa ó dolo de los albaceas, la pérdida de lo que debieran recibir en virtud del testamento, si el testador les hubiera instituído herederos ó dejado algún legado, salvo el caso de que fueran herederos forzosos, pues por esta razón no deben perder su legítima (1).

11. *Extinción del cargo de albacea.* Se produce por las siguientes causas:

La muerte ó la incapacidad sobrevenidas con posterioridad á su aceptación, el transcurso del tiempo señalado por el testador ó por la ley, y su remoción.

No son propiamente causas de extinción, aunque el albacea cese en su cargo, la del cumplimiento de su cometido y la de la renuncia del albaceazgo, ó mejor, su no aceptación, ya que una vez aceptado es obligatorio, á no ser que la renuncia fuera de conformidad con todos los interesados en la herencia ó por haber sobrevenido causa de imposibilidad física, moral ó legal para continuar en su desempeño, si fué estimada como verdadera y suficiente por la apreciación del juez.

### § 2.º

#### Jurisprudencia anterior al Código civil.

12. ALBACEAS (DOCTRINA GENERAL).—No se infringe por el nombramiento de un albacea dativo la voluntad del testador, prohibitiva de la intervención judicial en su testamentaria, cuando dicha intervención se funda y se justifica en que, por muerte del primer albacea y por renuncia de los demás nombrados en el testamento, era indispensable designar persona que se pusiese al frente de la testamentaria, administrase los bienes y cumpliera la voluntad del testador (2).

No procede la acción de petición de herencia contra el albacea estando ya practicadas las operaciones testamentarias y adjudicados todos los bienes (3).

13. ELEMENTOS PERSONALES DEL ALBACEAZGO.—La ley 15.ª, tít. 20, lib. X de la Novísima Recopilación y la Real cédula de 30 de Enero de 1830, no prohíben que sea albacea del testador el sacerdote que le hubiere confesado en su última enfermedad, ni ordenan la nulidad del testamento en esta parte; y es inoportuna la cita de la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal Supremo que se refieren á casos en que el testador dejó su herencia ó mandas, ó la celebración de sufragios al confesor de su última enfermedad, á su iglesia ó á sus parientes, lo cual está prohibido expresamente por la ley y la Real cédula antes citada, pues aquella doctrina no tiene aplicación al caso en que se pretende la nulidad del nombramiento de albacea (4).

(1) L. 8.ª, tít. 10, Part. VI.

(2) Sent. 31 Diciembre 1888.

(3) Sents. 4 Junio 1892 y 11 Junio 1897.

(4) Sents. 23 Junio 1882 y 31 Diciembre 1888.

14. CONTENIDO DEL ALBACEAZGO. (*Personalidad, facultades, obligaciones y prohibiciones.*)—Cuando son tres los albaceas que nombra un testador, la incapacidad de uno no basta para privar á los otros dos de sus facultades, ni tampoco para dejar sin efecto lo que han hecho todos tres juntos y de común acuerdo, mucho menos si cada uno tenía poder para todo (1).

Si según la voluntad de la testadora, expresada de una manera clara y terminante y que es la ley especial á cuyo tenor se ha de resolver la cuestión sobre su cumplimiento, los testamentarios estaban investidos de las más amplias y omnímodas facultades para distribuir los fondos de que se trata, sin intervención de autoridad ó persona alguna, y sin que nadie pudiera pedirles cuenta del uso que hubieran hecho de aquéllas ni interpelarlos judicialmente sobre la forma ó manera de cumplir el cargo de confianza que la testadora les había conferido y que habían de desempeñar sin otra garantía y responsabilidad que su conciencia, es evidente que los demandantes, aun representando á los pobres favorecidos en el testamento sobre cumplimiento de la voluntad de la testadora, carecen por completo de acción para entablar la demanda (2).

Yacente una herencia por no haber entrado en posesión de ella el heredero testamentario, y facultados los albaceas por la testadora para la ejecución de su testamento y para que procedieran por sí mismos á la formación del inventario y partición de sus bienes, estaban autorizados y tenían, por tanto, personalidad para representar la testamentaria y defender en juicio sus derechos (3).

Tratándose de albaceas, meros ejecutores testamentarios, á los que la ley 1.ª, tít. 10, Partida VI, que autoriza su nombramiento, da también el nombre de *fideicomisarios*, á quienes el testador eximió de la obligación de rendir cuentas y facultó para nombrar sustitutos con las mismas atribuciones, no cabe exigirles aquéllas sin infringir la ley 5.ª, tít. 13, Partida VII (4).

Los albaceas tienen tantas facultades cuantas les haya conferido el testador dentro de la ley.

Aun cuando los albaceas ó testamentarios tengan el carácter de árbitros arbitradores y amigables componedores, no pueden enajenar bienes de la testamentaria sin formalizar inventario, y mucho menos habiendo herederos necesarios y menores (5).

La ley 1.ª, tít. 12, lib. X de la Novísima Recopilación, que prohíbe á los cabezales ó albaceas comprar bienes de la testamentaria que administren, no puede tener aplicación, sin violentar su sentido, á un fideicomisario en quien el testador deposita toda su confianza y á quien se adjudican bienes en pago de sus anticipos, para el cumplimiento de su encargo (6).

La prohibición impuesta á los albaceas para comprar bienes de la testamentaria á que se refiere la ley 1.ª, tít. 12, lib. X de la Novísima Recopilación, no

(1) Sent. 18 Junio 1864.

(2) Sents. 24 Noviembre 1879 y 22 Octubre 1885.

(3) Sents. 7 Junio 1852, 2 Abril 1876, 15 Marzo 1881, 12 Abril y 3 Mayo 1886, 6 Octubre 1897.

(4) Sents. 31 Diciembre 1888 y 4 Enero 1904.

(5) Sent. 22 Octubre 1857.

(6) Sent. 12 Junio 1865.