

cuando así no lo hace, la prórroga se entiende sólo por el plazo de un año, á tenor del claro precepto del expresado artículo (1).

#### 25. EXTINCIÓN DEL ALBACEAZGO.

*Poseción de los bienes de la herencia por el heredero, tiempo, renuncia y remoción del albacea.*—Es doctrina establecida por el Tribunal Supremo, que cuando los herederos entran en posesión de los bienes hereditarios, cesan en sus funciones los albaceas y queda terminada la testamentaria (2).

Según jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando el heredero está en posesión de los bienes que constituyen la herencia por entrega formal que le haya hecho el albacea, quedan terminados la testamentaria y el albaceazgo; y entendiéndolo así la Sala sentenciadora, no infringe el art. 901 del Código.

Con arreglo á la expresada doctrina es claro que la facultad de vigilar la ejecución de lo ordenado en el testamento y defender la validez de éste en juicio y fuera de él, se refiere al tiempo en que el albacea ejerza las funciones de tal, pero no después, y ocurriendo esto último, carece aquél de personalidad para contestar una demanda sobre nulidad del testamento; y entendiéndose así no se infringen los arts. 902, núm. 3.º, y 904 del Código civil (3).

Según doctrina del Tribunal Supremo, desde la fecha en que el testador entra en posesión de la herencia, cesan los albaceas en sus funciones.

La sentencia que así lo reconoce y absuelve de la demanda sobre rectificación de operaciones divisorias, interpuesta por quien comparece con el carácter de albacea después de adjudicada la herencia, no infringe los arts. 899, 902 y 833 del Código civil (4).

Los albaceas pierden su representación por el transcurso del tiempo que señaló el testador; y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe, por indebida aplicación, los arts. 661 y 910 del Código civil (5).

Deduciéndose rectamente de las pruebas practicadas que un albacea no abandonó ni renunció las facultades de este cargo, la sentencia que así lo declara no infringe los arts. 899, 900 y 910 del Código civil (6).

Si bien el art. 910 del Código civil preceptúa que el albaceazgo termina por remoción del albacea, de donde se sigue que ha de haber casos en los cuales éste puede ser removido de su cargo, no contiene dicho Código artículo alguno que enumere las causas de la remoción, y dado el silencio de la ley sobre este punto, es fuerza examinar en primer término, si con arreglo á los principios de recta interpretación puede aplicarse por analogía al albaceazgo lo estatuido con referencia á alguna otra institución jurídica.

La única con motivo de la cual el Código civil trata de remoción de cargos es la tutela, institución que ni por la causa que le sirve de fundamento, ni por su peculiar organismo, ni por la finalidad á que responde tiene analogía con el albaceazgo, al que no pueden aplicarse las disposiciones con la tutela relacionadas, como lo demuestran la simple lectura y comparación de los arts. 237 y

(1) Sent. 24 Noviembre 1906.

(2) Sents. 6 Diciembre 1895, 4 Marzo 1902, 6 Mayo 1903.

(3) Sent. 4 Marzo 1902.

(4) Sent. 6 Mayo 1903.

(5) Sent. 19 Junio 1897.

(6) Sent. 14 Febrero 1898.

893 del Código, puesto que no pudiendo, conforme al último citado artículo, ser albaceas muchos de los que legalmente están incapacitados para ser tutores—diferencia racional que lógicamente se explica por la esencial existente entre los derechos con relación á las personas ó con respecto á las cosas—, sería ilegal extender los casos de remoción de los albaceas á las causas que en modo alguno les incapacitan para desempeñar el cargo, ó sea á las comprendidas en el art. 238 en relación con el 237, aun invocando la ley 8.ª, tít. 10 de la Partida VI.

Estos últimos preceptos son inaplicables al caso de la negligencia, última causa del citado art. 238, porque aparte de no ordenar dicha ley, ni otra alguna de Partida, que la negligencia sea causa de remoción en el albaceazgo, fué aquella ley derogada, ya como directamente obligatoria, ya como derecho supletorio, por los arts. 1.976 y 6.º del Código.

Dada la falta de ley expresa, y con sujeción á dichos principios, según los cuales, las leyes prohibitivas y las que envuelven una sanción penal, no pueden en modo alguno interpretarse extensivamente, las causas de remoción de los albaceas no deben ser otras que las que incapacitan para el desempeño del cargo, ó para el ejercicio de los derechos civiles, por la razón fundamental de que no puede desempeñar cargo alguno el que incurra en incapacidad legal para obtenerlo, y además, la conducta dolosa de los albaceas, causa que se deriva primero, del principio inconcuso de que no debe ejercer función ni desempeñar cargo debido exclusivamente á la confianza del testador el que por actos engañosos ó fraudulentos se hace indigno de ella y evidencia que carece de la condición esencial á que debe su nombramiento, y segundo, del racional fundamento de que no puede ser ejecutor de la voluntad del finado quien maliciosamente la contraría (1).

26. CRITERIO DE TRANSICIÓN.—En el caso mencionado tampoco se infringen las disposiciones transitorias 1.ª y 2.ª del Código civil, porque éste en nada ha alterado ni modificado el derecho del heredero legítimo para promover el juicio voluntario de testamentaria (2).

### § 3.º

#### Explicación.

##### I. ALBACEAS.

27. El conciso art. 892, limitado á declarar que, «el testador podrá nombrar uno ó más albaceas», no necesita, en realidad, *explicación*, ni ofrece problemas relativos á su interpretación y aplicación.

Responde á estos fines: á consagrar una vez más la soberanía civil del testador, haciendo de su voluntad, manifestada en forma legal y sin contravención de fondo á la ley, la fuente suprema de donde se deriven las reglas de su sucesión *mortis causa*, y siendo, como es natural, comprendidas en ellas, lo mismo las que se refieren á la distribución y transmisión de sus

(1) Sent. 4 Febrero 1902.

(2) Sent. 8 Febrero 1892.



bienes por título universal de herencia ó singular de legado, que las relativas á la ejecución de su última voluntad y por quien, ó quienes, el testador tenga á bien designar para ello; á no poner limitación alguna en cuanto al número singular ó plural de los albaceas testamentarios; y á resolver implícitamente, empleando las palabras *el testador*, que sólo en el *testamento*, y no en documento de otra clase, por más auténtico que sea, ha de hacerse el nombramiento de dichos albaceas testamentarios: pues así se induce de la palabra *testador*, de no registrarse en el Código ningún artículo que autorice á utilizar otra forma ó clase de documento para la designación de albaceas, á no ser el 1.057, que autoriza al testador para encomendar por actos *inter vivos* ó *mortis causa* para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición á cualquier persona que no sea uno de los coherederos, y también incluso las donaciones *mortis causa* que hayan de producir sus efectos por muerte del donante, según el art. 620 (1) «participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria», y sólo por el testador y no por un tercero, ya porque, según el art. 670 (2), el testamento es un acto personalísimo y no podrá dejarse su formación, *en todo ni en parte*, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ni mandatario; constituyendo, en cierto modo, alguna variante de esta regla absoluta la hipótesis del art. 909 (3), de la expresa autorización del testador al albacea, como indispensable para que éste pueda *delegar* el cargo en un tercero y el caso en que por falta de albaceas testamentarios y según lo dispuesto en el art. 911 (4), corresponda á los herederos la ejecución de la voluntad del testador, en concepto de albaceas *legítimos*, y puedan éstos, á su libre arbitrio, convenir en el nombramiento de una ó varias personas á quienes encomienden, en nombre de todos, funciones de representación, administración ó albaceazgo del caudal hereditario, mientras permanezca *pro indiviso*, los cuales, más bien que albaceas propiamente tales, aunque apliquen su cometido á fines del albaceazgo, son verdaderos mandatarios por contrato ó acto *inter vivos*, de los partícipes de la herencia, en cuyo nombre obran, y no representantes del testador como los verdaderos albaceas.

Hay en este carácter de *mandatarios* del testador, que ostentan los albaceas, una *ficción* que consiste en suponer *vivo* al mandante, puesto que de no ser así el mandato se extinguiría, ya que al explicar en otro lugar (5) la doctrina del mandato, se consignó que por la muerte del

- (1) Explicado en el núm. 48, cap. 22.º, t. IV, 2.ª edic.
- (2) Ídem en los núms. 17, 18 y 19, cap. 5.º de este tomo.
- (3) Ídem en el núm. 37 de este capítulo.
- (4) Ídem en el 30 id.
- (5) Núm. 26, cap. 18.º, t. IV, 2.ª edic.

mandante cesaría el mandatario en el ejercicio de sus atribuciones.

## II. ESPECIES DE ALBACEAS.

### a. Albaceas testamentarios.

28. La única enumeración que de ellos hace el Código es la contenida en el art. 894, distinguiéndolos en dos grupos: por razón de sus facultades, en *universales* ó *particulares*, y por la de la forma de su nombramiento, según que lo sean *mancomunada*, *sucesiva* ó *solidariamente*.

En ambos grupos, aunque el Código no lo diga, se sobreentiende por este artículo, y por los siguientes, que se refiere tan sólo á los albaceas *testamentarios* ó nombrados por el testador en su testamento, y no á los *legítimos*, á los que por incidencia hace relación después el art. 911, ni menos á los *dativos* ó *judiciales*, de los cuales no trata sino la ley de Enjuiciamiento civil, ni tampoco á los *convencionales*, que no es una especie de las mencionadas en la ley, pero posible y realizada muchas veces en la práctica, en virtud de la designación para el albaceazgo por mutuo acuerdo de los interesados en la herencia.

Tampoco define el Código el valor de la nomenclatura de albaceas *universales* y *particulares*; distinción que claramente significa el mayor ó menor número de atribuciones concedidas á los primeros, respecto de los segundos, y mejor la *generalidad* ó *especialidad* de su encargo.

Cuando el testador se concreta á nombrar albaceas sin detallar las facultades que les concede, ó sin decir que quiere que tengan la equivalencia del que las tuviere más amplias, autorizándoles para todo lo necesario al cumplimiento de su última voluntad, en aquel caso el albacea se reputa *particular* y sus atribuciones son las que detallan los arts. 902 y 903; mientras que, cuando les faculta para el cumplimiento total del testamento, hasta dejar consumada la sucesión *mortis causa* otorgándoles la representación del caudal y autorizándoles en términos generales y de indiscutible espíritu de amplitud, sin restricción ni limitación alguna, incluso para liquidar, partir y entregar la herencia, según las reglas del testamento, han de calificarse de *universales*. Pero si no es dudoso en este último caso el carácter *universal* del albaceazgo, no quiere esto decir que sea indispensable, para que así se califique, que el albacea sea también *contador* y *partidor*, ni que no pueda separarse esta cualidad de la de *albacea*.

La prueba de ello consiste en que un testador puede conferir á sus albaceas, en términos generales y absolutos, todo linaje de facultades en la administración y representación del caudal hereditario mientras la herencia esté *pro indiviso* y en cuanto se refiera á su sucesión, de modo tan amplio y sin especificación de fines concretos, que no pueda ni deba negarse el carácter de *universales* á aquellos albaceas, denominelos así ó no, y, sin embargo, designar á otras personas determinadas y de ordinario peritas para que practiquen las operaciones particionales, y hechas



que sean éstas, con lo que termina la misión especial de los contadores partidores, la ejecución de las mismas correrá á cargo de aquellos albaceas universales, y, por consiguiente, ellos, y no los contadores-partidores, serán los que promuevan su aprobación, expedición de testimonios de su haber y entrega del mismo á cada partícipe.

El propio Código lo confirma, cuando en ninguno de los arts. 892 á 911, que reglamentan el albaceazgo, se menciona para nada la operación particional, y, en cambio, cuando de la partición se trata, y muchos artículos después, en el 1.057, se establece que «el testador podrá encomendar por acto *inter vivos* ó *mortis causa*, para después de su muerte, la *simple facultad* de hacer la partición á cualquiera persona que no sea uno de los coherederos».

Lo frecuente, sin embargo, es que al *albaceazgo universal* vaya unida la facultad de hacer la partición; es decir, el carácter de *contadores-partidores*, otorgado expresamente á los albaceas universales, siquiera éstos, no siendo peritos, y según la importancia del caudal ó las dificultades de su liquidación, división y adjudicación, acostumbren á confiar el trabajo de la formación del *cuaderno particional* á personas profesionales y peritas, colaboración que no les priva á los albaceas de mantener su carácter de *universales* ni atribuye esta condición á dichos auxiliares y ni aun á los mismos que con el expreso concepto de *contadores-partidores* hubiese nombrado directamente el testador en uso de la facultad que le otorga el expresado art. 1.057, que bien lo indica hasta con la frase «la *simple facultad* de hacer la partición», siempre que además aparezca instituido el albaceazgo en favor de otras personas, el cual será *particular*, si de algún modo se concretan, limitan ó enumeran las facultades que parcialmente les otorga el testador, ó cuando no les otorgue ninguna expresa y hayan de tener tan sólo las mencionadas en el art. 902, según se ha dicho; ó serán *universales*, si fueran nombrados del modo amplio é ilimitado, incluyendo hasta la facultad de *contar y partir* la herencia, aunque esta comisión se confiera á otras personas separadamente, con arreglo al art. 1.057, con tal que, fuera de ella, *todo lo demás* sea función del albaceazgo.

29. Para el caso de *pluralidad de albaceas*, el segundo párrafo del art. 894 establece tres formas, según que sean nombrados *mancomunada*, *sucesiva* ó *solidariamente*, que da lugar cada una á diferentes criterios legales en cuanto á las atribuciones, personalidad y ejercicio del albaceazgo.

Rectificando el orden con que las enumera el Código por otro más lógico, cuando los albaceas sean nombrados *sucesivamente*, habrá de entenderse que los nombrados están llamados al ejercicio del cargo en diferentes lugares, ó sea los unos en defecto de los otros. Si fuere uno sólo el que ocupe cada lugar y otro el que le sustituya, el albaceazgo es

*unipersonal* en todos los lugares ó llamamientos para el cargo, y no hay necesidad de mencionar ninguna regla especial, por lo cual tampoco el Código las expresa, ni ofrece más desarrollo á esta hipótesis; pero cuando se emplea ó no esta forma *sucesiva*, y en cada uno de los lugares ó llamamientos figuran dos ó más albaceas, entonces ya sobrevienen las otras dos formas de su nombramiento que se dicen *mancomunada* ó *solidariamente*. Estas dos tienen lugar siempre que hay pluralidad de albaceas en uno ó varios llamamientos sucesivos, siendo preciso determinar en qué consisten y cómo se regula su ejercicio en cada caso.

La *mancomunidad* en el nombramiento de albaceas significa, como en otros usos jurídicos, lo que ya se ha dicho (1), «la idea de pluralidad de personas que concurren á un fin común», y aquí, dos ó tres ó más albaceas, á quienes juntamente se nombra como tales, para que todos ellos y juntos desempeñen el cargo, de modo que ninguno de ellos separadamente por sí pueda hacerlo con eficacia, sino mediante el concurso de los demás, á no ser que tuviere la autorización de los restantes ó que se trate de casos de suma urgencia.

De estas dos excepciones, la primera es más aparente que real, porque la autorización recibida por uno de ellos equivale al concurso de todos en el ejercicio del albaceazgo; y sólo son motivo de verdadera excepción los delicados *casos de suma urgencia*, en los cuales el art. 896, faculta á cualquiera de los albaceas mancomunados para «practicar, *bajo su responsabilidad personal*, los actos que fueren necesarios, dando cuenta *inmediatamente* á los demás». Cuáles sean esos casos de *suma urgencia*, sólo puede apreciarse en vista de las circunstancias de que se trate; pero cabe anticipar tan sólo, como criterio general, el de que aquel ejercicio del albaceazgo, realizado por uno solo de los albaceas mancomunados, tienda á evitar un perjuicio positivo para la herencia, cumplir un deber inexcusable é inaplazable, todo por obra fuera de la voluntad del albacea, y apreciado siempre con estricta interpretación y con las garantías de ponerlo *inmediatamente*, como dice el Código, en conocimiento de los demás, y de ser realizado el acto por el albacea bajo su personal responsabilidad; á diferencia del criterio de la ley de Partida (2), que para el caso de mancomunidad del albaceazgo declaraba válido lo hecho por la minoría de los albaceas y hasta por uno solo, cuando no quisieran ó no pudieran concurrir los demás.

La regla general en el caso de mancomunidad de albaceas es la del art. 895, según el cual «sólo valdrá lo que todos hagan de consuno ó lo que haga uno de ellos debidamente autorizado por los demás, ó lo que,

(1) Núm. 15, cap. 4.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) 6.ª, tit. 10, Part. VI.



en caso de disidencia, acuerde el mayor número». Lo que no dice el Código es lo que habrá de hacerse en el caso de *empate*, que bien pudiera suceder por el número par de los albaceas mancomunados que quedaren en ejercicio cuando la mitad de ellos no esté de acuerdo con la otra mitad, ni tampoco el recurso que debería concederse á la minoría de los albaceas cuando éstos estimaran, alguna vez con razón, que el acuerdo de la mayoría era lesivo ó perjudicial á los intereses de la herencia, como lo ha tenido presente el Código en casos análogos, por ejemplo, en el párrafo 3.º del art. 398 (1), para la administración y mejor disfrute de la cosa común.

Por analogía, no cabe aplicar tal criterio al último de esos dos supuestos, además de que el Código no lo ha establecido en un caso y sí en el otro, porque daría ocasión á provocar la acción perturbadora de incidencias judiciales en el ejercicio de un cargo como el albaceazgo de índole y fines propiamente extrajudiciales; y en cuanto al primero de aquellos supuestos de falta de mayoría por empate, tampoco el Código ha autorizado su acción, sin duda porque rigiéndose la mancomunidad de albaceas por la ley de las mayorías, el testador, que debió tenerlo en cuenta al designar á varios bajo esta fórmula de mancomunidad, ordinariamente lo habrá previsto, designándolos en número impar, pero se olvida que la no aceptación, la renuncia ulterior, la muerte, la incapacidad sobrevinida y la misma remoción, son motivos todos que pueden alterar la cifra impar de los albaceas y convertirla en par, y bien valía la pena de haber provisto á tan posible contingencia antes que exponerse á inutilizar el instrumento del albaceazgo. Sería arbitrario suplir el absoluto silencio del Código en este punto, de índole positiva y hasta reglamentaria con ninguna solución meramente doctrinal; así es que nos limitamos á consignar la dificultad, sin atrevernos á ofrecer el remedio (2).

Es regla de Derecho expresa en el Código, respecto de la mancomunidad de albaceas, la del art. 897, conforme al cual «si el testador no establece *claramente* la mancomunidad de albaceas, ni fija el orden en que deben desempeñar su cargo, se entenderán nombrados *mancomunadamente* y desempeñarán el cargo como previenen los dos artículos anteriores»; es decir, que la *solidaridad* en el albaceazgo no se presume, aunque haya pluralidad de albaceas nombrados, sino que ha de resultar *expresa* de la voluntad del testador y *claramente* establecida, cuyo

(1) Explicado en el núm. 12, cap. 6.º, t. III, 2.ª edic.

(2) La Dirección de los Registros, Resolución de 9 de Octubre de 1902, declaró que: «Estableciendo el art. 895 del Código civil que en caso de disidencia entre los albaceas mancomunados debe prevalecer el voto de la mayoría, es consiguiente, conforme á la sentencia de casación de 18 de Junio de 1898, que lo que aquella acuerde dentro del círculo de sus facultades, es válido, aunque deje de concurrir á la deliberación la minoría de los que ejercen el cargo.»

adverbio de modo, empleado por el Código, deja fuera de toda duda esta doctrina y la mantiene en armonía completa con el criterio de aquél en la segunda parte del art. 1.137 (1), respecto de las obligaciones solidarias, que en este punto, como en el de las obligaciones mancomunadas, de que tratan los arts. 1.137 á 1.148, en lo que sea aplicable á la mancomunidad y solidaridad del albaceazgo, puede tenerse como criterio legal y doctrinal análogo y supletorio.

Ninguno de los tres arts. 895 á 897, de cuya explicación tratamos, hacen desarrollo alguno, ni ofrecen reglamentación acerca del caso de albaceas *solidarios*, pues los tres primeros más bien lo son de la mera hipótesis de la *mancomunidad* en el albaceazgo, fuera del último, que consigna el precepto de que ha de ser *claramente establecida*, y del 894, que la menciona como una de las tres formas en que pueden ser nombrados los albaceas en el caso de pluralidad de los mismos; por lo cual, se hace más evidente la razón de analogía de aquellos otros artículos citados, correspondientes á las obligaciones, para concluir afirmando que el valor legal de las palabras *solidariamente* ó *solidaridad* se ha de entender como la ley las entiende para las obligaciones, ó sea, que en el caso de nombrarse varios albaceas con esta cláusula de *in solidum*, basta para la validez de los actos del albaceazgo que *todos, varios, ó cualquiera de ellos*, ejerzan ó realicen actos en su desempeño, que tendrán igual eficacia sea uno, varios ó todos los que los hayan verificado, puesto que mediante aquella cláusula á *todos* y á *cada* uno de ellos atribuye el testador la integridad de facultades del albaceazgo.

Aunque algo extraño y siempre de mayor complicación, cabe que se emplee una forma *mixta* por los testadores en la designación de albaceas, lo mismo en orden á la condición de *universales* los unos y *particulares* los otros, si bien los primeros resultarían limitados en lo que fuera especial y particular encargo de los segundos, que en la cualidad de *mancomunados* ó *solidarios* y en la designación ó no de otros *sucesivamente*, debiendo resolverse cada caso de combinación de estas circunstancias que la práctica ofrezca, según el criterio legal y doctrinal que les sea correspondiente.

#### b. Albaceas legítimos.

30. Lo son aquellos á quienes la ley defiere el albaceazgo, en defecto de los *testamentarios*. Según el art. 911 del Código, «en los casos del artículo anterior—es decir, en todos en los que el 910 declara terminado el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia ó remoción del albacea, y por el lapso del término legal para desempeñarlo—, y en el de no haber el albacea aceptado el cargo, corresponderá á los herederos la ejecución de la voluntad del testador»; á cuyas causas hay que agregar,

(1) Explicado en el núm. 33, cap. 4.º, t. IV, 2.ª edic.



aunque el Código no lo exprese, la de que el testador no hubiese nombrado albaceas en su testamento.

De esto se deriva lógicamente la regla de que los herederos se reputan, por tal cualidad, albaceas *legítimos* ó por el ministerio de la ley á falta de *testamentarios*, no existiendo otras personas que ellos, que puedan ostentar tal carácter; toda vez que aun dentro del Derecho anterior al Código, «la ley 7.<sup>a</sup>, tít. 10 de la Partida VI, fué derogada por las recopiladas 13, 14 y 15, tít. 20, lib. X de la Novísima Recopilación, que prohibieron terminantemente á la justicia eclesiástica mezclarse en el cumplimiento y ejecución de las últimas voluntades, por ser asunto de que tan sólo debían conocer los jueces seculares, y además, porque el decreto-ley de 6 de Diciembre de 1868, al trazar los límites de la jurisdicción propia de la Iglesia, no incluyó en sus atribuciones la de nombrar albaceas dativos» (1).

Así lo confirma también la jurisprudencia, según la cual, «es doctrina establecida por el Tribunal Supremo, que cuando los herederos entran en posesión de los bienes hereditarios, cesan en sus funciones los albaceas y queda terminada la testamentaria» (2).

Después del Código, en virtud de los términos de la cláusula general derogatoria de su art. 1.976, está fuera de duda que la única regla legal directa sobre la materia, es la del expresado art. 911. Tiene éste, sin embargo, dentro del Código, algunas *concordancias*, que le complementan y deben anotarse. Tales son las de los 747, 749 y 671 (3), en cuanto el primero, establece: que «si el testador dispusiere del todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al diocesano para que lo destine á los indicados sufragios y á las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente, para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y, en su defecto, á los de la provincia»; y el segundo, que cuando se trate de «las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ó de población, se entenderán limitadas á los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad», y que «la calificación de los *pobres* y la distribución de los bienes, se harán por la persona que haya

(1) Así lo declaró acertadamente la Resolución de la Dirección general de los Registros, de 2 de Enero de 1893, confirmando la doctrina de otras emanadas del mismo Centro, de 5 de Septiembre de 1863, 25 de Agosto de 1879 y 3 de Octubre de 1884.

(2) Sent. de 6 de Diciembre de 1895, en cuyo espíritu se informa también la de 14 de Febrero de 1898, si bien limitada en aquel caso á la apreciación de prueba de que el albacea nombrado no había abandonado ni renunciado el cargo.

(3) Explicados en los núms. 38 á 42, cap. 5.<sup>o</sup> y 37, cap. 12.<sup>o</sup> de este tomo.

designado el testador, en su defecto por los albaceas, y, *si no los hubiere, por el párroco, el alcalde y el juez municipal*, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran»; y el 671, en el cual se determina que «podrá el testador encomendar á un tercero la distribución de las cantidades que deje, en general, á clases determinadas, como á los parientes, á los pobres, ó á los establecimientos de beneficencia, así como las personas ó establecimientos á quienes aquéllas deban aplicarse».

Como se deduce de estos artículos, si el testador no hubiera hecho uso de la facultad que le reconoce el art. 671, de confiar á un tercero ese cometido de distribuir cantidades entre pobres parientes ó establecimientos de beneficencia, resultará que para el caso del 747, aun habiendo albaceas nombrados en el testamento, vienen á ser unos segundos albaceas *legítimos* ó por ministerio de la ley, con la nota excepcional de que coexisten en este caso con los testamentarios, y por partes iguales, el diocesano y el Gobernador civil, respecto el primero de los sufragios y obras piadosas en beneficio del alma del testador, y el segundo, respecto de la distribución de lo dejado para establecimientos benéficos del domicilio del difunto; y para el caso del 749, en cuanto á la calificación de pobres y distribución de bienes entre ellos, esto se hará por la persona que al efecto hubiere designado el testador, según el 671, en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, entonces por ministerio de la ley se consideran *albaceas legítimos* á este efecto el párroco, el alcalde y el juez municipal; á los cuales atribuye, no sin fundamento racional, alguna resolución el carácter de representantes legítimos de las entidades instituidas realmente herederas (1).

Llegado el caso de tener que aplicarse el artículo 911, de ser llamados como albaceas legítimos los herederos por falta de los testamenta-

(1) Resolución de la Dirección general de los Registros, de 24 de Mayo de 1901, que dice así:

«Ordenándose por el testador la distribución de una parte alicuota de sus bienes entre casas necesitadas y pobres vergonzantes de la parroquia, á disposición del párroco y administradores de vergonzantes de ella, dichas entidades son las instituidas realmente herederas, tanto más cuanto que, conforme á lo declarado en Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Octubre de 1890, basta para la existencia de la institución hereditaria que aparezca de un modo inequívoco la voluntad del testador, respecto á la misma, sin necesidad de emplear para ello palabras especiales ó formularias.

»En este supuesto es indudable que los representantes legítimos de los establecimientos pobres indicados, son los llamados á adquirir la expresada participación para distribuir su importe entre los mismos, sin que pueda alegar tal representación el albacea ejecutor de la última voluntad del testador, nombrado por el Tribunal eclesiástico del domicilio de éste, limitadamente á otra parte de la herencia dejada para la celebración de misas y sufragios.

»Por lo expuesto, procede la negativa de inscripción de la escritura de descripción de bienes, otorgada por dicho albacea, en cuanto se refiere á los correspondientes á casas necesitadas y pobres vergonzantes.»



rios, los actos que dichos herederos realicen en cumplimiento de la voluntad del testador no serán á título de heredero, sino de albacea, con los derechos y responsabilidades de tal, sin que pueda en buena doctrina afirmarse que exista incompatibilidad ó redundancia entre uno y otro carácter, por sobreentender que el de heredero es más extenso y comprende el de albacea, toda vez que aquél ha de continuar, mediante la sucesión, la personalidad jurídica del causante en la esfera patrimonial de los derechos por él relictos, y, por tanto, que el asignarle el cargo de albacea viene á constituir como un caso de *auto-representación*. Contra esta apariencia puede oponerse la razón decisiva de que los herederos, en concepto de *albaceas legítimos*, no se representan á sí mismos, sino al testador y á su herencia *yacente ó pro indiviso*, ni son aquéllos exclusivamente los interesados en ella, aunque lo sea en el mayor grado, sino también los legatarios, los acreedores, etc.

Deberán, pues, dichos herederos, como *albaceas legítimos*, ajustarse en el ejercicio del albaceazgo á las prescripciones establecidas para los albaceas, y tendrán las facultades y derechos, obligaciones y responsabilidades prescritos por el Código, en defecto de lo establecido á este propósito en el testamento para los testamentarios que no llegaron á aceptar el cargo ó dejaron de serlo, sobreviniendo por ello, los legítimos; y si fueren varios, les serán aplicables los artículos 895 á 897, presumiéndose *mancomunados*, á no haberse establecido *claramente* la *solidaridad* de los albaceas por el testador en términos que permitan, dado el sentido de las cláusulas del testamento, entender que la voluntad de aquél fué siempre que su albaceazgo se ejerciera con la cualidad de *in solidum*, lo mismo por los albaceas testamentarios que al efecto designó que por los *legítimos* que, á falta de aquéllos, hubieran de desempeñarlo.

c. *Albaceas dativos.*

31. No se registra en el Código ningún artículo que se refiera á esta especie, y, á lo sumo, puede invocarse, por remota analogía, el artículo 1.020, que autoriza al juez para «proveer, á instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, á la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo á lo que se prescriba para el juicio de testamentaria en la ley de Enjuiciamiento civil», disponiendo el 1.026 que «hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración»; y «el administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquier otra persona, tendrá en ese concepto la representación de la herencia para ejercitar las acciones que á ésta competen, y contestar á las demandas que se interpongan contra la misma».

También el art. 966 de la misma, que para los *abintestatos* en que el finado no deje ascendientes, descendientes ó colaterales dentro del

cuarto grado, ni cónyuge legítimo que hubiere vivido en su compañía, ordena al juez que proceda á nombrar un albacea *dativo*, que se encargue de disponer el entierro, exequias y todo lo demás que sea propio de este cargo con arreglo á las leyes; pero es indudable que la necesidad de tal designación puede ofrecerse en todos los casos en que falten albaceas testamentarios ó legítimos, por no existir herederos, en virtud de haberse distribuido toda la herencia en legados, ó para los fines de los artículos 671, 747 y 749, sin haberse designado albaceas ú otra persona encargada de la distribución de los bienes, ó por no haber aceptado ó cesado en su cargo por distintas causas los que fueron nombrados en el testamento, en cuyos casos, en los del 671 y 747 se impondrá la necesidad de nombrar los *dativos*, y, en el del 749, el reputar como legítimos el párroco, el alcalde y el juez municipal, que el mismo designa.

32. El supuesto, igualmente lícito, de que, por falta de albaceas testamentarios, llegue el caso de que funcionen como *legítimos* los herederos, y éstos, de común acuerdo, designen una ó varias personas que se encarguen de los deberes y funciones del albaceazgo y aun de la práctica de las operaciones particionales, no da á éstos el carácter de albaceas *dativos*; ni, como suelen llamarse, *convencionales*, sino que su condición jurídica será tan sólo la de *mandatarios* de los albaceas como delegados legítimos, que seguirán ostentando esta cualidad, á pesar del mandato á esas terceras personas bajo las reglas generales del mismo y las especiales del encargo conferido, sin tener otra representación que la de sus mandantes, los cuales seguirán á su vez siéndolo, como albaceas legítimos del difunto y de su herencia yacente.

III. ELEMENTOS PERSONALES.

a. *Aptitud para nombrar los albaceas.*

33. Se regula por el precepto general del art. 982, antes explicado (1), en cuanto faculta á todo testador para nombrar uno ó más albaceas, y por los arts. 662 y 663, también explicados (2), que definen y reglamentan la testamentifacción activa.

b. *Aptitud para ser nombrados los albaceas.*

34. Á este particular provee el art. 893, que en la edición primitiva del Código no tenía más que el primer párrafo, y en la reformada ofrece tres: aquel, que contiene la regla general de capacidad para ser albacea, establecida en absoluta equivalencia de la capacidad para *obligarse*, y los dos últimos, que se refieren, el uno á la de la *mujer casada*, y el otro, á la del *menor*, y que pueden ser considerados como reglas especiales ó preceptos de excepción respecto de aquél.

Dicha regla general de capacidad para el albaceazgo, como idéntica

(1) Núm. 27 de este capítulo.

(2) Núm. 22, cap. 5.º de este tomo.



de la necesaria para contratar y obligarse, está referida á los arts. 1.261 y 1.263, en cuanto el primero declara que no hay contrato sino cuando concurren, entre otros requisitos, el de consentimiento de los contratantes; y el segundo, que no pueden prestarle los menores no emancipados, los locos ó dementes y los sordomudos que no sepan escribir y las mujeres casadas, en los casos expresados por la ley, á cuya explicación en otro lugar (1) nos referimos.

No subsiste aquella larga lista de incapacidades para el albaceazgo que se registraba en alguna de nuestras antiguas leyes (2), derogadas ya las unas por impropias é inadecuadas á la constitución política y civil de la época moderna y aun al espíritu y letra de otras leyes anteriores á la misma (3), y toda esta doctrina de la capacidad para ser albacea se rige, según se ha dicho, por el art. 893, de que ahora se trata, en relación con los citados 1.261, núm. 1.º, y 1.263, y á cuya explicación, ya hecha, nos remitimos (4).

Concuerda con esta doctrina el art. 27 del Código, al establecer que «los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden á los españoles», y, por consiguiente, podrán ser albaceas, salvo lo que pudiera disponerse en contrario en los tratados internacionales.

Si á la explicación de esta regla general de capacidad para ser albacea puede bastar la indicada referencia por la identidad del criterio legal, con la necesaria para obligarse, es decir, con la *contractual*, sin duda bajo el fundamento de que el ejercicio del albaceazgo le constituyen una serie de actos *inter vivos*, que el albacea ha de realizar en representación del testador difunto y de la herencia yacente, para cumplimiento de la última voluntad, no sucede lo mismo con los párrafos 2.º y 3.º del mismo art. 893, relativos á la capacidad ó incapacidad para el albaceazgo de la mujer casada y del menor de edad.

En orden á las mujeres, en general, el Código se acomodó á la prác-

(1) Núm. 47, cap. 10.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) 7.ª, tit. 5.º, lib. III, F. R., que prohibía serlo á los siervos, religiosos, mujeres, menores, locos, herejes, moros, judíos, mudosordos por naturaleza, alevosos, traidores, condenados á muerte ó á extrañamiento.

(3) Por ejemplo, en lo relativo á los religiosos, que, después de la ley de 21 de Julio de 1867 y de su art. 38, recobraron todos sus derechos civiles y la testamentifacción activa y pasiva respecto de la interdicción civil; la ley de 18 de Junio de 1870, que, si bien de modo no expreso, en su letra puede considerarse comprendido el caso del albaceazgo por analogía con la tutela ó curatela en que había de cesar, lo mismo que en la administración de bienes ajenos que tuviera á su cargo por cualquier otro concepto; y en cuanto al Código civil, en el segundo párrafo del art. 32, como precepto genérico, aunque impropia mente calificada como una de las restricciones de la personalidad jurídica, según se deja explicado en el núm. 14, cap. 5.º, t. II, 2.ª edic.

(4) Núm. 47, cap. 10.º, t. IV, 2.ª edic.

tica permisiva, ya muy generalizada, y no siguió el criterio prohibitivo de leyes precedentes (1). De dicho art. 893 y sus concordantes se infiere claramente, aunque no lo afirme de modo expreso, que la mujer, mayor de edad, *soltera ó viuda*, puede ser nombrada albacea, aceptar y ejercer el cargo.

No así la *casada*, para la que está dictado el párrafo 2.º del art. 893, la cual sólo podrá serlo con licencia de su marido, que no será necesaria cuando esté separada legalmente de él.

La necesidad de la licencia del marido para que la mujer pueda aceptar y ejercer el albaceazgo, en el caso de no estar separada legalmente, es una lógica consecuencia de dos preceptos: el del primer párrafo de este mismo art. 893, que fija la regla de capacidad necesaria para ser albacea en la que lo es para obligarse, y el del art. 61 (2), que prohíbe á la mujer, entre otras cosas, *obligarse* sin dicha licencia, sino en los casos y con las limitaciones establecidas en la ley.

Lo que no dice este art. 893 que explicamos, ni ningún otro que pudiera ser considerado como concordante, ya de carácter general, como el 61 citado, ya de los especiales (3), es que la falta de licencia marital pueda ser sustituida con la judicial.

Con un criterio más racional que legal, algún comentarista (4) «no ve en ello inconveniente, pues el Código admite ese medio en muchos casos, haciendo compatible el derecho de la mujer con la limitación que le impone la voluntad, no siempre acertada ni justa, de su marido...; y si el marido niega con razón su licencia, el juez no ha de conceder la autorización», cuya ilustrada opinión no suscriben otros escritores (5), para los cuales «los términos escuetos y categóricos del apartado que analizamos, dicen, parecen oponerse á toda contestación afirmativa. Además, el art. 60 del Código autoriza esa habilitación sólo cuando trate de ejercitar la mujer ante los Tribunales acciones civiles ó criminales; y ni el artículo siguiente, ni otros que enumeran los derechos de marido y mujer mencionan ese remedio supletorio, á falta del consentimiento ó poder del representante de la sociedad matrimonial».

Tampoco suscribimos la idea de que pueda suplirse la falta de la licencia del marido, para ser la mujer albacea—cuando los cónyuges no

(1) 8.ª, t. 5.º, lib. III, F. R.

(2) Explicado en los núms. 45 á 47, cap. 17.º, t. V, 2.ª edic.

(3) Por ejemplo, como lo dicen: el 60, para la comparecencia en juicio; el 995, para la aceptación ó repudiación de herencia; el 1.053, para pedir la partición; el 1.361, para enajenar, gravar ó hipotecar bienes de la dote inestimada; el 1.387, para los mismos actos ó para litigar respecto de bienes parafernales.—Véanse los resúmenes legales de la capacidad de los cónyuges según el Cód. civ., núm. 64, grupo A, pár. 1.º, letra c, y grupo C, pár. 1.º, letra a, cap. 17.º, t. V, 2.ª edic.

(4) Manresa, ob. cit., t. VI, pág. 661.

(5) Scævola, ob. cit., t. XV, pág. 421.