

están separados legalmente—, por la autorización judicial, á virtud de las razones consignadas en lugar más apropiado de esta obra (1), que han de tenerse aquí por reproducidas.

Y no sólo no autoriza el Código el suplemento de la licencia del marido por la judicial, en orden á esta aplicación de que la mujer casada tenga capacidad para aceptar y ejercer el albaceazgo cuando no esté separada legalmente de aquél, dentro de los términos del segundo párrafo del art. 893 en relación con el 61 y demás concordantes, sino que no bastará aquella licencia marital si la mujer casada fuere menor, pues aunque dicho segundo párrafo dice, en general, «la mujer casada», sin distinguir entre la mayor y menor de edad, ese mismo artículo tiene un tercer párrafo, que, también de modo general é indistinto, dice en su primera parte «el menor no podrá serlo», precepto prohibitivo que alcanza á todos los menores, cualquiera que sea su sexo y estado, y que por esos mismos términos generales y absolutos en que está concebido no conforma con el núm. 1.º del 1.263, que niega la facultad de prestar consentimiento, ó sea la capacidad contractual para obligarse, puesto por tipo general de aptitud el párrafo 1.º del 893 á los menores *no emancipados*, de lo cual se infiere que los menores que lo sean tienen aquella capacidad para obligarse, y siendo el matrimonio causa de emancipación, la mujer casada menor no estaría comprendida en la prohibición del 1.263, por ser menor emancipada, en virtud de su estado de casada, y si lo estará, por ser menor, en el tercer párrafo del 893, que no distingue de menores emancipados ó no, y á todos les niega la capacidad para ser albaceas.

Verdad es, también, prosiguiendo la exégesis, que tanto el art. 893, como su concordante 1.263, formulan en párrafos separados de los mismos la regla de capacidad para ser albaceas y para obligarse, respectivamente, del menor y de la mujer casada, sin otra diferencia en la construcción de ambos que en el uno aparece antes el párrafo 2.º, que se refiere á la mujer casada, y después el tercero, relativo al menor, y en el otro, el núm. 1.º se contrae á los menores no emancipados, y el tercero, á las mujeres casadas. Pudiera creerse más fiel interpretación de los textos legales aplicar á los unos y á las otras esas respectivas reglas, y no la relativa á los menores, á las mujeres casadas, cuando tengan además aquella condición, ó, por el contrario, prescindir de aquel contexto literal y preferir la esencia del supuesto genérico de la menor edad, sometiendo á la regla que provee al mismo á *todos* los menores, aunque sean mujeres casadas, que es lo que parece más racional y acertado, aunque menos fiel con la letra y de mayor incongruencia literal con los textos legales de los arts. 893, 1.263, núms. 1.º y 3.º y sus concor-

(1) Núms. 45 y 46, cap. 17.º, t. V, 2.ª edic., págs. 626 á 629.

dantes 75, 83, núm. 1.º; 314, núm. 1.º; 315, 663, núm. 1.º; 1.254, 1.261 (1).

No deja de complicar el problema de hermenéutica, en el aspecto gramatical, la circunstancia de que al establecer la primera parte del art. 893, en términos generales y absolutos, que, «el menor no podrá serlo»—albacea—, añade: «ni aun con la autorización del padre ó del tutor», la cual adición se presta á sobreentender que se refiere tan sólo á los menores no emancipados, lo mismo que el núm. 1.º del 1.263, guardando entre ambos la debida congruencia legal, y que, por tanto, teniendo la mujer casada el concepto legal de emancipada, puesto que el matrimonio es causa de emancipación, según el art. 314, núm. 1.º y 315 (2) no le es aplicable este párrafo 3.º del art. 893, en la generalidad de su primera parte, por la restricción que virtualmente le impone la segunda, si se entiende que en ella se refiere sólo á los menores no emancipados, puesto que habla de la autorización del padre ó del tutor, atendida su expresa referencia en el primer párrafo al núm. 1.º del 1.263, á las demás concordancias de otros artículos, antes citados, y á la del núm. 1.º del art. 200 (3).

Sin embargo de todo este proceso exegético, ajustado á la mayor fidelidad de tan numerosos textos del Código, el buen sentido y armonía esencial en la regla jurídica que ha de regir la capacidad para la aceptación y ejercicio del albaceazgo, se resisten á admitir la posibilidad legal de reconocerle en la mujer casada desde los doce años, que pudo contraer matrimonio, á los veintitrés, con la licencia de su marido, ó sin ella cuando esté separada legalmente de él, ó en la viuda, y no admitirla en la soltera ni en el hombre soltero de iguales edades, «ni aun con la autorización del padre ó del tutor», mucho más si se atiende á que el ejercicio del cargo de albacea constituye un mandato que exige una serie de actos de gestión y administración de intereses ajenos caracterizado con funciones representativas del difunto y de su herencia, poco apropiados para el sexo, edad y estado de la mujer casada menor, aunque la aceptación del cargo lo fuera con la licencia de su marido, y mucho menos si no fuera preciso este requisito, por hallarse legalmente separada de él.

En la misma consideración genéricamente análoga del *albaceazgo* con el *mandato*, puede encontrarse dentro del Código alguna confirmación en el sentido de estimar bien establecida, y de inteligencia absoluta y general, la prescripción prohibitiva del tercer párrafo del art. 893, al decir en su primera parte que *el menor no podrá ser albacea*, y aplicarlo á toda clase de menores; puesto que, si es cierto que el art. 1.716 declara que el

(1) Si se atiende á este criterio de interpretación, podría resultar *legalmente posible* la violenta conclusión que se consigna y critica en la nota 1.ª, pág. 661, t. V, 2.ª edic.

(2) Explicados en los núms. 7 y 8, cap. 8.º, t. II, y en los núms. 23 á 25, cap. 17.º t. V, 2.ª edic.

(3) Explicado en el núm. 57, cap. 31.º, t. V, 2.ª edic.

menor emancipado puede ser mandatario, y emancipada, como lo es la mujer casada, aunque fuera menor, también podría serlo según esa regla y el final expreso del mismo artículo, que añade, «la mujer casada sólo podrá aceptar el mandato con la autorización de su marido», y también lo es, que en el propio artículo, al reconocer al menor emancipado capacidad para ser mandatario, añade, «pero el mandante sólo tendrá acción contra él, en conformidad á lo dispuesto respecto á las obligaciones de los menores», y no se acomoda bien á la importancia y naturaleza del cargo de albacea, ni á las garantías que su delicado ejercicio exige, ese tipo reducido y menguado de responsabilidades circunstanciales y limitadas, que para el mandato ejercido por un menor emancipado establece dicho artículo.

Como haya de entenderse la segunda parte del segundo párrafo del art. 893, que examinamos, al declarar que no será necesaria á la mujer casada, para ser albacea, la licencia del marido, «cuando esté separada legalmente de él», á nuestro juicio no tiene duda que se refiere á todo caso de separación por causas de Derecho, sean éstas las que fueren y sea aquélla definitiva ó provisional; y que en tal hipótesis se comprenden, por tanto, lo mismo el de haberse pronunciado sentencia firme de divorcio (art. 73, núm. 1.º), que el haberse decretado como medida provisional y efecto civil inmediato de la interposición de demandas sobre nulidad de matrimonio ó divorcio (art. 68, núm. 1.º), que el de presunción de muerte ó de ausencia presunta ó declarada del marido (arts. 183, 188 y 191), el de locura ó interdicción civil del marido (arts. 220, núm. 1.º, 229 y 230) y el de prodigalidad del mismo, sólo en el caso en que la sentencia incluya el caso de dar licencia marital entre los actos prohibidos al incapacitado (arts. 221, segundo párrafo, 224), el ser declarado el marido prófugo ó en rebeldía en causa criminal (art. 1.441); es decir, en todos aquellos en que exista separación entre el marido y la mujer, ya física ó de hecho, ya de Derecho, por no ser legal representante el marido de la mujer, como para la normalidad de la vida conyugal lo establece el art. 60, siempre que obedezca lo uno y lo otro á causas y supuestos legales, sin que en ninguno de dichos casos se supla la falta de dicha licencia marital por la aprobación judicial, ya por no establecerlo así el art. 893, ya porque los demás artículos del Código que lo preceptúan lo hacen para la comparecencia en juicio, para la enajenación ó gravamen de bienes, pero no para la aceptación y ejercicio por la mujer del cargo de albacea, según dejamos antes indicado.

Como resumen de la doctrina expuesta en la explicación de este art. 893, pueden formularse las siguientes reglas de Derecho:

1.ª Que la capacidad para ser albacea es igual á la exigida para contratar y obligarse.

2.ª Que la mujer casada, *mayor de edad*, necesita para ser albacea

la licencia de su marido, que no puede ser suplida por la judicial, sin que sea necesario aquel requisito cuando esté legalmente separada de su marido, entendiéndose que hay *separación legal* para este efecto, en todos los casos de dicha separación definitiva ó provisional ó de falta en el marido de representación de la sociedad conyugal, lo mismo por sentencia firme de divorcio que por medida provisional como efecto civil de demanda de nulidad de matrimonio ó de divorcio que por ausencia presunta, declarada, y presunción de muerte, que por locura, interdicción civil y prodigalidad, si á esto se extiende la incapacidad del prófugo, según la sentencia que le declare tal, ó por estar declarado prófugo ó rebelde en causa criminal, ó en cualquier otro caso análogo que por motivos de Derecho prive al marido de la autoridad marital ó de la representación de la sociedad conyugal.

3.ª Que el menor de edad, cualquiera que sea su sexo ó estado, no podrá ser albacea, ni aun suplida su falta de capacidad con ninguna clase de autorización.

IV. CARACTERES DEL ALBACEAZGO.

a. ¿Es voluntario ú obligatorio?

35. Los arts. 898 y 899 resuelven claramente este punto. Según el primero, el cargo de albacea es *voluntario*, como corresponde á su naturaleza de interés particular de la función de confianza, esencialmente privada, y á la semejanza jurídica con el mandato; necesitando, por tanto, de la aceptación del albacea para su *perfección* en Derecho. Esta aceptación puede ser expresa y tácita. La última la declara realizada el art. 898, por la falta de excusa del albacea nombrado «dentro de los *seis días* siguientes á aquel en que tenga noticia de su nombramiento; ó, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador». Este plazo se contará con arreglo al art. 7.º (1) del Código, ó sea los días naturales de veinticuatro horas, sin distinción de hábiles ni festivos, porque no se trata de procedimiento judicial; pero siempre subordinado su cómputo á partir de la fecha en que se pruebe que el albacea nombrado tenía noticia de su nombramiento, ó, conociendo éste de antemano, del en que supo la muerte del testador; sobre cuyos extremos, al albacea le bastará afirmarlos, y á los herederos, si lo contradicen, incumbirá la prueba.

La aceptación, ya expresa, ya tácita, convertirá el cargo de *voluntario* en *relativamente obligatorio*, porque después de aceptado no es *irrenunciable*, según declara el art. 899, pues á la vez de determinar que «el albacea que acepta este cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo», añade, «pero lo podrá renunciar alegando causa justa, al prudente arbitrio del juez».

(1) Explicado en el núm. 73, cap. 19.º, t. II, 2.ª edic.

Como se ve, es diferente la *no aceptación* de la renuncia, porque la primera no exige alegación de causa alguna, por ser esencialmente *voluntario* el cargo, *antes de aceptado*, siendo el albacea designado completamente libre para prestar ó negar su aceptación, mientras que la segunda requiere que se invoque *causa justa*, al prudente arbitrio del juez; y, además, aquélla no tiene formas determinadas por la ley, bastando que conste hecha la manifestación de no aceptar por cualquier medio, verbal ó escrito, público ó privado, solemne ó no solemne, si bien es prudente aconsejar al albacea que no quiera aceptar su designación, la cautela de hacerlo constar de modo indudable, para no caer en la presunción legal de la *aceptación tácita*, por el transcurso de los seis días, que es plazo excesivamente breve, cuya brevedad se explica por la natural urgencia de sus funciones una vez muerto el testador; y la renuncia necesita el empleo de formas judiciales—que no serán otras que las de un acto de jurisdicción voluntaria, toda vez que exige alegación de causa justa ante el juez, ya que la ley somete á su prudente arbitrio estimarla ó no como tal.

Cuáles sean esas *causas justas* y cuál la medida del *prudente arbitrio* judicial para estimarlas ó desestimarlas, son particulares ambos, sobre los que la ley no hace la menor indicación, porque, en efecto, deben ser las primeras de carácter circunstancial y variable respecto de la persona, de las cosas, del lugar, de los actos y demás accidentes imposibles de someter á un régimen legal taxativo, y el segundo, de índole ampliamente discrecional en la apreciación del juez; no sucediendo lo mismo que, por ejemplo, con las excusas de la tutela y protutela ó del Consejo de familia, por la diferente naturaleza y fines de los cargos que integran el *régimen tutelar* y los relativos al *albaceazgo*, ya que aquél puede decirse que provee á intereses de un orden público y social de cierta permanencia, á la vez que particulares, en tanto que éste afecta tan sólo á otros meramente privados y de práctica transitoria.

b. *¿Es gratuito?*

36. El art. 908 formula, ante todo, la declaración de que, «el albaceazgo es cargo *gratuito*». En armonía con igual declaración que para el mandato, su análogo jurídico, hace el art. 1.711; y como este añade, «salvo pacto en contrario», el 908 determina que «podrá, sin embargo, el testador señalar á los albaceas la remuneración que tenga por conveniente, todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición ú otros facultativos».

Nada podrá exigir el albacea, por el mero hecho de serlo y desempeñar el albaceazgo, fuera de lo relativo á sus trabajos profesionales en concepto, por ejemplo, de abogado, notario, arquitecto, agrimensor ó perito en todas aquellas gestiones y prácticas ó servicios que se refieran

á su título profesional, aunque estén comprendidos en el encargo de su nombramiento de albacea, tales como la tasación de fincas, objetos ó valores de la testamentaria, la formación del cuaderno particional de la misma, la protocolación de la partición de la herencia ú otros semejantes, que de no haberse hecho por el albacea con su aptitud pericial, habrían de ser realizados por otros peritos, y, por consiguiente, es justa la salvedad del art. 908, puesto que así como el albaceazgo, en general, representa un mero cargo de confianza del testador al albacea, fiado tan sólo á su probidad, no se exagere esta función de amistad y de piedad, que debe ser gratuita por su índole, comprometiéndose á título de ella los demás trabajos que digan relación á la competencia especial, técnica ó profesional del albacea, que deben reputarse á salvo, para su legítima percepción por el mismo, y háyale ó no hecho objeto de algún legado ó manda en su testamento, de los derechos ú honorarios que en aquel concepto le corresponda.

Pero de aquí no pasa la verdadera excepción de la regla general acerca del carácter *gratuito* del albaceazgo, que encabeza el art. 908. El otro supuesto en él comprendido, del derecho de los albaceas á la remuneración que el testador tuviera por conveniente señalar, tiene más bien la equivalencia jurídica de un legado, siquiera la causa que impulsara á aquél á ordenarle fuera el de recompensar á los albaceas de algún modo por los trabajos del albaceazgo; así como la práctica observada en algunos casos, no muy frecuentes, de que los herederos muestren su gratitud á los albaceas haciéndoles algún presente por el celoso desempeño de su cargo, no es derecho ni retribución inherente al mismo que transforme su naturaleza gratuita, sino una donación con causa ó remuneratoria; y, por último, el natural derecho que los albaceas tengan al reintegro de los gastos que por el desempeño de su cargo hayan sufragado de su peculio particular, no es más que un caso de simple indemnización, ajustado á los principios generales del Derecho, ya conforme al criterio general del art. 1.902 (1), ya por analogía con lo establecido para el mandato por el 1.728 (2), respecto del reembolso por el mandante al mandatario de los gastos suplidos ó anticipados por éste.

El segundo párrafo del art. 908, al establecer que, «si el testador lega ó señala conjuntamente á los albaceas alguna retribución, la parte de los que no admitan el cargo, acrecerá á los que lo desempeñen», es un precepto complementario del art. 900, que explicamos después, en cuanto determina la aplicación que ha de tener lo que hubiese dejado el testador al albacea, que lo pierde por no aceptar el cargo ó por renunciarle sin justa causa, «salvo siempre—es claro— el derecho que tuviere á la

(1) Explicado en el núm. 46, cap. 38.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) Idem en el núm. 43, cap. 18.º, idem.

legítima», y que ha de acrecer, según aquél, á los que lo desempeñen; pero obsérvese que este acrecimiento no tendrá lugar en todo caso de no aceptar el cargo ó de renunciarle, aunque este art. 908 emplee sólo la frase «los que *no admitan* el cargo», sino que, relacionado como está con el 900, no podrá aplicarse sino para la no aceptación ó para la renuncia sin justa causa, pero no para los que renuncien con ella ó cesen en el albaceazgo por muerte ó por imposibilidad sobrevenida posteriormente al comienzo de su ejercicio. Lo cual constituye una aplicación de la doctrina del derecho de acrecer establecida para los legados según la regla general del art. 987 en relación con los 982 al 986 (1).

Pero obsérvese que si esta es la interpretación que se deduce de los dos textos combinados de los arts. 900 y 908, por la manifiesta relación que tienen el supuesto del primero con la aplicación del segundo, tal pudiera ser el explícito sentido de la voluntad del testador, en cuanto á lo que dejare en su testamento á los albaceas, como expresa remuneración, recompensa ó retribución á las molestias y servicios del albaceazgo, y tales las reglas de su aplicación, según las hipótesis y vicisitudes de aceptación, renuncia ó cesación por otras causas en el mismo antes de ultimarse su cometido, que si discreparan del criterio legal establecido por los arts. 900 y 908, en su segundo párrafo, habría que estar con preferencia á lo claramente ordenado por el testador, de lo cual debe considerarse lo preceptuado en aquellos artículos como solución *supletoria* y sin perjuicio de lo dispuesto en el testamento. Esto no reza con los casos de *remoción* del albacea, pues pugna con el buen sentido, que quien llegó á ser objeto de esa destitución por motivos censurables que le hacen indigno de ejercer el cargo de albacea, haya de percibir á título del mismo recompensa alguna.

c. *¿Es personalísimo é intransmisible?*

37. Atendida su naturaleza de cargo de confianza, es indudablemente *personal é intransmisible* por regla general, á no ser que el testador haya autorizado expresamente la sustitución ó delegación del cargo, según lo establece el art. 909 de modo explícito y terminante, á diferencia del criterio en que se inspira el 1.721 (2) del mismo para el mandato, según el cual, «el mandatario puede nombrar sustituto si el *mandante no se lo ha prohibido*; pero responde de la gestión del sustituto cuando no se le dió facultad para nombrarlo, y cuando se le dió esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz ó insolvente; siendo nulo lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante».

No significa sustitución ni delegación el caso en que por haber desig-

(1) Explicados en el núm. 45, cap. 12.º de este tomo

(2) Explicado en el núm. 48, cap. 18.º, t. IV (2.ª edición).

nado el testador sus albaceas, en razón del cargo de párroco, alcalde, rector, etc., y no de persona individual que lo desempeñe á la sazón de su muerte, faltando este primer albacea, por fallecer ó dejar de ejercer aquel cargo, pase á otro que le suceda en su ejercicio, no reputándose, este segundo, *sustituto ni delegado* del primero; porque es la consideración ó cualidad del cargo, y no la persona que lo ejerce, la que sirvió de fundamento para su designación. El caso no es de *sustitución ó delegación*, sino de *nombramiento*, hecho *sucesivamente*, y no se rige por el art. 909, sino por el 894, antes explicado.

La autorización expresa del testador al albacea para *delegar* el cargo ó nombrar el *sustituto*, se acomodará á los términos del testamento y habrá de hacerse en favor de la persona ó personas nominalmente designadas por el testador, en cuyo supuesto es también caso de nombramiento sucesivo, más que de sustitución, ó por la libre designación del albacea, si el testador le facultó en esos términos de libertad (1).

El carácter *personalísimo* del cargo de albacea no le hace transmisible por ningún título singular ni universal, y, por consiguiente, no pasa á sus herederos, y ni los del testador ni los legatarios tienen acción para reclamar de los herederos del albacea el pago de un legado que no obra en su poder, careciendo los tales herederos del albacea de personalidad y representación para cumplir el testamento, según lo ha declarado la jurisprudencia (2).

Esto es cosa distinta, «en el supuesto de que el albacea hubiere contraído responsabilidades en el ejercicio de su cargo, por separarse de las instrucciones del testador, cuya responsabilidad fuera consiguientemente exigible á sus herederos, lo cual no tiene relación alguna con la acción limitada á pedir el pago de un legado y la que se dirigiera á hacer efectivas aquellas responsabilidades, pues ambas acciones, ni por su naturaleza, ni por sus efectos, ni trascendencia, ni por la índole de la prueba que requieren, pueden ser confundidas», según también lo declaró el Tribunal Supremo (3).

El carácter *personal y no delegable*, por regla general, del albaceazgo, no significa que todos los actos que motive su desempeño hayan de ser llevados á cabo *personalmente* por el albacea, ni que á éste le sea prohibido encargar la administración de bienes ó práctica de cualquier ges-

(1) La Dirección de los Registros, en Resolución de 22 de Octubre de 1897, entendió, extremando algo la analogía y como interpretación de esta doctrina concordada con el art. 1.057, que era nula la partición hecha por otras personas que el albacea, á quien el testador la encomendó, considerando que, una vez aceptado el cargo, á él exclusivamente correspondía practicarla, sin que pudiera delegarla en otra persona, ni aun en los mismos herederos.

(2) Sent. de 27 de Marzo de 1896, inserta en el núm. 18 de este capítulo.

(3) Idem id.

ción, hacerse representar por procurador ó dirigir ó defender por letrado, siempre que todo se realice en nombre de su función de albacea ostentada por él y bajo su responsabilidad. La regla en este punto es: el albacea puede encomendar á terceras personas, pero sin atribuirles el carácter de tal, los mismos encargos que pudiera haber hecho el testador en vida, sin perder su condición de dueño ó tenedor de los derechos de su patrimonio en actos y gestiones á él relativos; ó, lo que es lo mismo, que lo que no puede delegar el albacea, ni transmitir por vía de sustitución, ni por cualquier otro título, si no le autorizó expresamente para ello el testador, es el albaceazgo en la totalidad de sus funciones, pero sí parcialmente aquellas gestiones, hechos ó encargos singulares que sean producto de su ejercicio. De esto resulta que el albaceazgo, por regla general, tiene el carácter de *personalísimo é intransmisible*.

d. *¿Es temporal?*

38. Desde luego el cargo de albacea, que se refiere á un fin concreto y determinado, que es el cumplimiento de la última voluntad expresa del testador, en la sucesión testada, y de la presunta en la intestada, siendo un ministerio civil que corresponde á un estado transitorio, circunstancial y necesariamente pasajero, y, por consiguiente, interino y no definitivo, no podía ofrecer carácter alguno de *permanencia* y tenía por naturaleza que ser *temporal*, inspirándose las leyes, lo mismo las anteriores al Código civil que éste, al regular el ejercicio del albaceazgo, en esta doctrina y con un marcado criterio de restricción, procurando corregir el lamentable espectáculo y considerable abuso ofrecido por algunas testamentarias de larguísima duración.

Ese es el sentido que inspira los arts. 904 á 906, ambos inclusive, del Código, que más adelante explicamos (1), y mantenido por la jurisprudencia (2), al declarar que el cargo de albacea «no reviste un carácter permanente como el de heredero, por razón del que las obligaciones de dicho cargo hayan de prolongarse indefinidamente».

V. CONTENIDO DEL ALBACEAZGO: *derechos ó facultades, obligaciones, prohibiciones, plazo y sanciones respecto del mismo*.

39. Al contenido del albaceazgo se refiere cuanto en el Código se dispone, respecto de *derechos ó facultades y obligaciones* de los albaceas, *prohibiciones* impuestas á los mismos, *plazo* para el desempeño de su cargo y en cierto modo especial *sanción civil*, aparte de otras generales, que la ley señala, singularmente, para la no aceptación ó renuncia sin justa causa.

a. *Derechos ó facultades de los albaceas*.

40. Á este punto proveen en el Código los arts. 901 á 903, ambos

(1) Núm. 43 de este capítulo.

(2) Sent. 27 Marzo 1896 cit.

inclusive, bajo la forma de una regla *general* en el primero, varias reglas *especiales* numeradas en el segundo y adicionadas en el último, que más bien debiera figurar como un desarrollo de las que llevan la numeración de *primera y segunda* en el 902.

La *regla general* se formula por el art. 901, en términos verdaderamente irreprochables, al decir: «Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias á las leyes.» Y, sin embargo, precepto tan claro exige alguna explicación.

En primer lugar, el *sistema* del Código en este punto, consiste, en establecer un régimen *principal y voluntario* y otro *subsidiario y legal*. Antes que á nada deberá estarse, en cuanto á las facultades del albaceazgo, á las que *expresamente* les haya conferido el testador á sus albaceas, con la sola natural limitación de que no sean *contrarias á las leyes* (1); y, en defecto de esa expresa determinación del testador, se regirá el ejercicio del albaceazgo por las reglas *especiales* de los arts. 902 y 903. De ello resulta que, en primer término, quedará sujeto el desempeño del cargo de albacea á cuantas limitaciones nazcan de la contradicción ó prohibición de las leyes, porque lo que no le sería lícito, según éstas, al mismo testador, ni á otro cualquiera, no puede serlo tampoco al albacea, aunque el testador le facultara para ello, ya que otra cosa equivaldría á suponer con fuerza bastante á la ley particular de la sucesión, que es el testamento, para derogar las leyes generales.

Tales serían, por ejemplo, dentro de esta materia de sucesiones *mortis causa*, aquellas facultades concedidas á los albaceas contrarias al carácter personalísimo del testamento (670), y por las cuales se dejara su formación en todo ó en parte al arbitrio del albacea, ó autorizado éste para entregar todo ó parte de la herencia á personas incapaces ó indignas de suceder ó inciertas ó interpuestas (arts. 745, 750 y 752 á 756), ó contra cualquiera otra prescripción legal, por efecto de disposiciones contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres, ó la absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio, ó la de cierta reciprocidad en el testamento del legatario á favor del testador ó de otra persona (792 á 794), ó contra la legítima de los herederos forzosos (813), ó encomendando el testador á otro la facultad de mejorar, ó la de desheredar (830 y 849), ó la de relevar de la obligación de rendir cuentas á los albaceas (907), ó el encargo de hacer la partición al albacea, que fuera también uno de los coherederos (1.057), etc.

Este régimen de voluntad, establecido por el testador en su testamento, en cuanto á la determinación de las *facultades* de los albaceas y

(1) Lo mismo consigna, sin declaración ni comentario, la Dirección General de los Registros en su Resolución de 28 de Noviembre de 1905.

de preferente aplicación al legal que sólo á falta de aquél se estatuye por los arts. 902 y 903, necesita dos condiciones: 1.^a, que no sea contrario á las leyes, según queda dicho; y 2.^a que *expresamente* se hayan conferido por el testador dichas facultades á los albaceas; cuyo adverbio de modo, en su sentido literal, parece excluir toda interpretación, por virtud de la cual se induzca ó deduzca alguna facultad que tácita ó virtualmente se entienda ó deba racionalmente entenderse conferida por el testador á los albaceas; estricta inteligencia, que no parece aceptable, ya que no lo es privar al testamento, en esta parte del nombramiento de albaceas, del necesario complemento de una buena interpretación hecha con arreglo al criterio legal del art. 675 (1). Lo que, sin duda, quiere decir la palabra *expresamente*, que emplea el art. 901, no es que se excluyan, como facultades de los albaceas, conferidas en el testamento, las que no resulten de su significación literal y gramaticalmente indudable del mismo, sino que se consideren tales aquellas que clara y verdaderamente resulten ser facultades conferidas á dichos albaceas, ya por la letra y modo expreso del testamento, ya por recta interpretación del mismo.

Así lo serán todas las que se deriven de las expresamente concedidas, aunque de ellas no se haga especial mención, siempre que en esas derivaciones de lo *más* expreso á lo *menos* tácito no se contraríen los fines para los que la facultad se concede; por ejemplo, la facultad de enajenar bienes, concebida en términos generales, puede comprender la de arrendar ó la de hipotecar, permutar y gravar, que son formas y deducciones inferiores que la de enajenación por venta; pero cuando la autorización de ésta sea concedida para pago de deudas y legados reparto de limosnas, sufragios ú obras benéficas, entonces la facultad de vender no comprende la de realizar esos otros actos de disposición, enajenación y gravamen, por ser contrarios á los fines para los cuales el testador autorizó al albacea, que fué para vender; el autorizar tan sólo para la práctica de las operaciones particionales, no es cosa igual á la de cumplir cuanto en el testamento se ordene, sino que ha de concretarse á realizar aquella operación particional y no comprende la representación de la herencia ni la facultad de enajenar.

Esta facultad de enajenar, concedida en términos absolutos, todos ó parte de los bienes, sin determinar formas, requisitos, ni intervenciones de otras personas, autoriza al albacea para enajenar en cualquier forma y sin que sean precisos el conocimiento, beneplácito, ni intervención de los herederos, porque estos requisitos, á que se refieren los arts. 902 y 903, que corresponden al régimen legal y subsidiario del albaceazgo en defecto del *voluntario* libremente establecido por el testador y regulado por el principio general del art. 901, que proclama la supremacía de la volun-

(1) Explicado en el cap. 19.º de este tomo.

tad del testador en punto á facultades de los albaceas, siempre que las que confiera á éstos *no sean contrarias á las leyes*, cuya medida consiste en que se reputa que los albaceas puedan hacer todo lo que podría hacer el testador por sí mismo, si el testador les faculta expresamente para ello, bajo un criterio de completa libertad y sin más limitación que las prohibiciones legales.

El Código no reprodujo el art. 728 del proyecto de 1851, según el cual, «existiendo herederos forzosos, no podrá el testador autorizar á los albaceas para que se apoderen de sus bienes; pero si ordenar que para apoderarse de ellos los herederos sea necesaria la intervención ó citación en forma de los albaceas. Á falta de herederos forzosos, podrá el testador autorizar á los albaceas para que se apoderen de sus bienes; mas para ejecutarlo será siempre necesaria la intervención ó citación en forma de los herederos».

Dentro del Código civil vigente, redactado con presencia y conocimiento del texto antes transcrito, no puede mantenerse como legal, puesto que no lo reproduce, igual criterio, y, por tanto, el albacea puede ser autorizado por el testador para hacerse cargo de todos los bienes de la herencia y aun aplicar la parte libre de los mismos, pagando deudas, legados, etc., y practicar las operaciones particionales hasta su protocolación, existan herederos forzosos ó voluntarios; pero lo que no puede el testador autorizar al albacea, ni éste hacer, cuando existan herederos forzosos, es nada que pueda perjudicar su legítima ni limitar las garantías que la ley otorga á éstos, de que intervenga el Juez mediante la acción que les corresponde para promover el juicio de testamentaria, á diferencia del caso en que los herederos sean voluntarios, en el cual el testador podrá libremente facultar á los albaceas para cuanto estime oportuno y sea su voluntad, aunque cause alguna contrariedad, quebranto ó perjuicio á sus herederos voluntarios.

Es de advertir que, las facultades conferidas por el testador á los albaceas, han de entenderse aplicables sólo á los que él designó en el testamento, y no á los que les reemplacen, por su falta, con el carácter de *legítimos*, y más principalmente con el de *dativos*, puesto que estas facultades, más ó menos amplias, se fundan en la confianza que inspirara el albacea al testador, según el juicio que tuviera formado de su aptitud, fidelidad, celo y demás circunstancias personales en relación al cometido del albaceazgo (1).

En esta doctrina guarda completa armonía el Derecho anterior con

(1) Así lo entendió también la Dirección general de los Registros, en su Resolución de 3 de Diciembre de 1901, al decir: «El albacea que nombre el Juzgado, por renuncia del que hubiese designado el testador, no puede tener la facultad de vender los bienes hereditarios sin necesidad de subasta pública, concedida al segundo en el testamento, por ser personalísima y motivada por la confianza que aquel inspirase al testador.»