

el art. 901 del Código civil, según lo prueban la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1) y las Resoluciones de la Dirección general de los Registros (2).

Conviene recordar la mención hecha antes en este libro de las sentencias de 31 de Enero y 6 de Febrero de 1903 (3), tal vez de apariencias contradictorias á primera vista, y sobre cuyo sentido se vuelve en otro lugar (4), al tratar de la extinción de la sustitución fideicomisaria, y con motivo de la explicación del núm. 4.º del art. 785, en su pretendida relación con el 786, que la jurisprudencia rechazó (5); al efecto de observar que deben considerarse compatibles los supuestos y doctrinas de ambas sentencias, si, como es debido, se aplica la primera al concepto de *albaceas* y *sus facultades*, según el criterio legal del art. 901, que explicamos, porque el caso que resuelve dicha primera sentencia de 31 de Enero de 1903, aunque figura en ella lo de *instrucciones reservadas*, con relación á aquel testamento, y se califica de *albaceazgo de confianza* el carácter y fines de aquel nombramiento, es de verdadero *albacea*, con tal nombre, aunque se le dé expresamente alguna vez en el considerando tercero el de *fiduciario*, y refiriéndose, para no darle por infringido por la Sala sentenciadora, como no le da la del Supremo, al art. 675 del Código civil, dejándole, por tanto, en la mera consideración de un caso de interpretación de cláusula testamentaria de nombramiento de albacea y aquellas instrucciones y encargo de distribución de una parte de la herencia, como simple norma de las facultades concedidas por el testador á su albacea.

Pero desde luego puede afirmarse que tal amplitud en el encargo, el

(1) Entre otras muchas, las sentencias de 7 y 30 Junio 1872, 7 Junio 1862, 3 Junio y 9 Diciembre 1864, 17 Enero 1866, 6 y 11 Mayo 1871, 4 Febrero y 24 Noviembre 1879, 11 Junio 1885, 2 Abril 1886, y por lo que se refiere á la jurisprudencia posterior al Código civil, resulta inspirada en el mismo sentido, según aparece, entre otras, de las sentencias de 1.º Diciembre 1891, 8 Febrero y 27 Octubre 1892, 17 Octubre 1893, 4 Julio 1895, 27 Enero 1896, 28 Abril y 5 Octubre 1897, 17 Marzo y 29 Noviembre 1899 y 30 Enero 1901.

(2) De 25 Septiembre 1863, 25 Agosto 1879, 28 Marzo 1883, 26 Enero 1889, 10 Mayo 1890, 18 Diciembre 1893, 21 Junio 1895, 7 Abril 1896, 18 Junio y 21 Agosto 1897, anteriores al Código; 3 Diciembre 1901, 3 Mayo y 1.º Septiembre 1902, 23 Junio y 28 Noviembre 1905. Esta última declara que, «si bien la Resolución de la Dirección general de los Registros de 1.º de Mayo de 1890 sienta la doctrina de que cuando el albacea vende bienes para el pago de deudas, no basta que así lo asegure, sino que precisa que lo acredite, esto se entiende tratándose de un albacea facultado sólo para vender para pago de deudas, que es el caso que dió lugar á dicha resolución, la cual no es aplicable tratándose de un albacea facultado en absoluto para la venta de bienes que fueren necesarios, á su juicio, sin reserva ni limitación alguna».

(3) Núm. 16, cap. 6.º de este tomo, en que se transcriben.

(4) Idem 64, cap. 13.º, idem.

(5) Por los fundamentos de aquellas sentencias, que amplía el pasaje de la Memoria anual de 1904, inserta en la nota (1) de las págs. 706 y 707 de este tomo.

carácter reservado de las instrucciones, el dejar por entero á cargo del albacea el cumplimiento del mismo, la relevación de dar cuentas y la de que se reputa á dicho albacea así nombrado, no sólo facultado para cumplir ese cometido del modo que tuviere por conveniente y disponer de los bienes como propios, sino instituyéndole, á mayor abundamiento, heredero de aquella misma parte de la herencia confiada á su distribución, según las referidas instrucciones, si respecto á su inversión se le molestara, no sólo excedería considerablemente del marco normal de facultades que un testador puede otorgar á su albacea, según el principio que inspira el art. 907 del Código civil, en cuanto éste dispone que, «los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya concedido el testador», puesto que añade, «y no sean contrarias á las leyes», y pugnaría con el núm. 4.º del art. 785, por el cual se declara que *no surtirán efecto* las disposiciones «que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique ó invierta según instrucciones reservadas que le hubiere dado el testador», sino que también á la licitud de semejante cláusula se opone el art. 907, al establecer que, «los albaceas deberán dar cuenta de su encargo á los herederos», y que, «toda disposición contraria á este artículo será *nula*», así como, finalmente, á otros textos capitales, cual el del 670, que declara al testamento un acto personalísimo y prohíbe que su formación, en todo ni en parte, se deje al arbitrio de un tercero, ni se haga por medio de comisario ó mandatario, como en realidad resultaría indirectamente hecho en caso semejante, y, por consiguiente, en general opuesto al espíritu y sistema del Código, en la materia.

Todo ello no podía desconocerse; así es que, sólo tratándose de un caso anterior á la fecha de promulgación del Código civil, como el citado, pues los dos testamentos que figuran en aquél se refieren á los años de 1848 y 1853, y á los fallecimientos inmediatos de los testadores, es como podían invocarse tales fundamentos, conformes con la legislación entonces vigente, siquiera al juzgar sobre ellos después en las citadas sentencias de casación, se mezcle la aplicación de dicho cuerpo legal, con más ó menos pertinencia, respecto de artículos del mismo relativos á la prescripción de acciones é interpretación de últimas voluntades. En suma, se trata de dos sentencias, la de 31 de Enero y 6 de Febrero de 1903, que no son contradictorias, sino perfectamente ajustadas al Derecho vigente en su tiempo respectivo, para los casos que resolvían; pues, como se deja dicho, la primera se refiere á caso muy anterior al Código, y la segunda á otro posterior, porque el testamento y el fallecimiento, cuestión que esta última resuelve, son, respectivamente, de los años 1898 y 1900.

También el proyecto de 1851 contenía prohibición explícita al albacea de formular inventario de los bienes de la herencia, si no estaba autori-



zado especialmente para ello por el testador, ó si no estuviera nombrado *contador partidor*; pero el Código guarda silencio sobre este particular. La solución variará, según que esté ó no expresamente autorizado, pues en el primer caso podrá hacerlo, á lo cual equivale que se le encomiende la práctica de las operaciones particionales, y en el segundo no, pues no está comprendido este extremo entre las facultades que le señalan los arts. 902 y 903, si bien tendrá derecho á intervenir en el que formen los herederos ó los contadores partidores, por la atribución genérica de vigilancia sobre la ejecución de todo lo ordenado en el testamento, que le otorga la regla 3.ª del art. 902.

Á falta de *régimen voluntario y principal* que determine expresamente en el testamento las *facultades* de los albaceas, éstas se regularán por el *régimen legal subsidiario* que establecen los arts. 902 y 903 y sus concordantes el 347, 349 y otros. Según dichos artículos, las atribuciones del albaceazgo son:

*Primera. Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador, con arreglo á lo dispuesto por él en el testamento, y, en su defecto, según la costumbre del pueblo.*

El Código no menciona el entierro, sin duda porque ha de verificarse, por lo general, pasadas las veinticuatro horas siguientes al fallecimiento, y es posible que, por la premura del hecho, ni siquiera sean conocidos los albaceas ni éstos tengan noticia de su cargo; pero es evidente que en ese texto puede considerarse virtualmente comprendido también el entierro, y que sería lícita su intervención en las disposiciones necesarias para el mismo, cuando fuere conocido en aquellos primeros momentos su carácter de albaceas, no obstante el respeto debido á la voluntad de la familia y á las iniciativas que generalmente toman ó concurso que prestan las personas amigas que la rodean en tan tristes circunstancias. De todas suertes, tanto el entierro como el funeral y los sufragios, entendiéndose por tales las misas, limosnas y demás disposiciones piadosas del testador en beneficio de su alma, pueden y deben considerarse comprendidas en esta primera atribución que á los albaceas reconoce el art. 902, y esto concuerda con lo que, para el caso de fallecimiento *abintestato*, sin descendientes, ascendientes y colaterales, establece el art. 966 de la ley de Enjuiciamiento civil, ordenando que el juez proceda al nombramiento de 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».

No es árbitro el albacea para adoptar libremente disposiciones á este fin, sino que sus facultades están reguladas dentro del Código; en primer término, por lo dispuesto por el testador en el testamento, según de ordinario suele hacerse, y, en su defecto, cuando nada haya provisto aquél ó fuera insuficiente, habrá de atemperar sus acuerdos el albacea, respecto

de estos extremos, á la costumbre del pueblo, ó sea á las prácticas locales, aunque el Código no lo diga, en armonía con el estado social y posición del difunto, coordinándolo todo con los deseos de la familia, pero sin que sea legalmente preciso al albacea, en el ejercicio de estas facultades, la intervención ni el consentimiento de los herederos.

Parece ocioso hacer la salvedad, de buen sentido, de que los albaceas deben considerarse facultados para prescindir de cualquiera disposición extravagante del testador, con este motivo.

Procede recordar aquí, como una *concordancia*, la extraña disposición del art. 840 del Código, criticada en otro lugar (1), respecto á la responsabilidad, especialmente impuesta, de los gastos de entierro y funeral, como deducción previa del tercio de libre disposición, á la legítima del hijo natural, si bien para advertir que tal imputación no le da derecho á intervenir, ni menos contradecir, las disposiciones que sobre este punto adopten los albaceas.

*Segunda. Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero.*

Sólo al pago de los legados de cantidad ó en metálico se refiere esta facultad de los albaceas; porque, conforme al segundo párrafo del art. 886 (2), los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia, y no al de los legados de especie ó cosa determinada, que según el art. 882 (3), adquiere en propiedad el legatario desde que muere el testador, ni al de los legados de género, que, según los arts. 875 al 877 (4), la elección es del heredero ó del legatario. Concuerda con esta doctrina, el art. 885 (5), al decir, «el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero ó al albacea, cuando éste se halla autorizado para ella», que lo estará por la ley—regla 2.ª del 902—cuando el legado consista en metálico, y necesitará estarlo expresamente por el testador—art. 901—siempre que el testador le hubiere facultado expresamente para ello en su testamento.

Puede dar lugar á excepción de esta regla el caso en que, según el art. 858, el testador grave con mandas y legados en metálico, no sólo á sus herederos, sino también á algún legatario; porque en tales supuestos no es el albacea el facultado ú obligado para pagar el legado en metálico, sino aquel heredero ó legatario á quien, como gravamen, se le impuso el testador, ya que en todo caso, respecto de facultades ú obli-

(1) Explicado en el núm. 73 y siguientes, cap. 15.º de este tomo.

(2) Idem en el núm. 58, letra II, cap. 18.º de id.

(3) Idem, letra g, id.

(4) Idem id.

(5) Idem id.



gaciones del albacea, habrá de estarse, antes que al régimen legal de los arts. 902, 903, al voluntario del 901 que establezca el testador.

Tienen la equivalencia de legados en metálico las cantidades dejadas por el testador ó las limosnas, socorros ó cualquier otro acto de caridad; y en cuanto al legado de pensión periódica ó de cierta cantidad anual, mensual ó semanal, los albaceas podrán, voluntariamente ú obligados por el legatario, pagar las del primer período así que muera el testador y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, puesto que para reclamarlo así autoriza al legatario el art. 880.

Los albaceas harán los pagos de los legados de cantidad, procurando que no sobrevenga perjuicio á la legítima, cuya integridad garantizan los arts. 813, 817, 818 y 820 (1), y el orden de prelación que para los legatarios establece el 887 (2).

Esta facultad del albacea no es absoluta y personalmente exclusiva, sino que para ejercerla legalmente necesita hacerlo con el conocimiento y beneplácito del heredero, que no es lo mismo que su concurrencia é intervención en el pago del legado consistente en metálico. Lo del *conocimiento*, es garantía que la ley otorga al heredero para evitar que se hagan pagos indebidos, sea aquél voluntario ó forzoso, y respecto de los de esta clase, para que no puedan perjudicarse su derecho de legítima; y lo de *beneplácito* no significa precisamente consentimiento expreso, como requisito necesario, pues entonces no sería propiamente facultad ni obligación del albacea, si bien, en realidad, la falta del mismo traducido por aquiescencia ó no contradicción del heredero, cuando éste se opone ó no presta el referido beneplácito, tiene que producir el resultado positivo de privar al albacea de la facultad de hacer el pago del legado en metálico, de que se trata, si bien declinando la responsabilidad que esto origine, no en el albacea y sí en el heredero que no prestó su beneplácito para dicho pago.

Consecuencia de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 886 (3), de que los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie *aunque no lo haya en la herencia*, y complemento de las facultades 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del art. 902, hasta aquí explicadas, es el 903, que debía figurar á continuación como desarrollo de ellas, á las que se refiere y dice, «si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aprontaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles, y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos. Si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación ó establecimiento público,

(1) Explicados en los núms. 103 á 115, cap. 15.º de id.

(2) Idem en el núm. 63, cap. 18.º de id.

(3) Idem en el núm. 58, letra II, id.

la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos».

Inspira este art. 903, complemento de la regla 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del 902, la posibilidad, bien verosímil y quizá frecuente, de que no exista metálico bastante en la herencia para atender al pago de los sufragios y funeral del testador y al de los legados que consistan en metálico, y á esta hipótesis provee dicho artículo, facultando al albacea para *promover la venta de bienes*, tanto muebles como inmuebles, pertenecientes á la testamentaria.

Esta facultad, sin embargo, está limitada al cumplimiento de dos previas condiciones que, ya por el texto, ya por deducción racional, pueden elevarse á cinco, á saber: 1.<sup>a</sup>, que no haya numerario ó metálico alguno ó bastante en la herencia para aquellos pagos; 2.<sup>a</sup>, que no lo *apronten* los herederos de su peculio particular; 3.<sup>a</sup>, que sean notificados de aquella falta de metálico é invitados ó requeridos para que voluntariamente lo faciliten; 4.<sup>a</sup>, que, no haciéndolo así, llegado el caso de la venta, ésta se verifique por los albaceas con intervención de los herederos; 5.<sup>a</sup>, que, estando interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación ó establecimiento público, la venta de los bienes se haga con las formalidades especiales correspondientes, que son:

1.<sup>a</sup> No necesita explicación este supuesto legal; es una mera cuestión de hecho, como supuesto preciso al empleo de medios subsidiarios que este art. 903 establece, por la falta de metálico, para que puedan hacerse efectivas las facultades ú obligaciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del art. 902.]

2.<sup>a</sup> Refiérese ésta á una hipótesis muy racional, que realizada, hace desaparecer la idea de necesidad de recurrir á la venta de bienes de la herencia, á que se contrae el 903, por la racional inducción de que, siendo los herederos los continuadores de la personalidad jurídica del causante, cuya universalidad de bienes relictos y constitutivos de su herencia viene obligada, en concepto de deudor, al pago de los legados ordenados en metálico, lo mismo que de los gastos por sufragios y funerales, ellos desde el momento que aceptan ó están dispuestos á aceptar dicha herencia, ya puramente, ya á beneficio de inventario, y en este caso, dentro de los límites del mismo, son los verdaderos deudores, y si tienen metálico y voluntad de aplicarlo á la satisfacción de aquellas deudas originadas por la sucesión del *de cuius*, prefiriéndolo á la venta de bienes de la misma, por considerarlo así más conveniente á sus intereses, nada más justo que reconocerles el derecho de impedir ó evitar aquellas ventas facilitando el numerario que falta para atender á dichos pagos.

3.<sup>a</sup> Es ésta una condición indispensable para que pueda tener lugar la anterior de que los herederos apronten ó suministren dinero de lo suyo, cuando no lo hubiere bastante en la herencia para el pago de funerales y legados de cantidad, no sólo lógicamente, porque mal podrían hacerlo



si desconocían esta necesidad, sino en cuanto legalmente implica el cumplimiento del requisito legal de que esos pagos se hagan con el conocimiento y beneplácito del heredero, conforme exige la regla 2.<sup>a</sup> del art. 902, para la satisfacción de los legados que consistan en metálico, criterio igualmente aplicable al pago de sufragios y funeral, á que se refiere la regla 1.<sup>a</sup> del mismo artículo, aunque en ella nada se diga ya por la urgencia y necesidad inexcusables de aquellos gastos, ya porque la disposición de que se hagan, corresponde al albacea, sin esperar el conocimiento y beneplácito del heredero, y mediante ello se impida la venta de bienes de la herencia.

4.<sup>a</sup> Significa que, cumplidas las anteriores, se está en el supuesto de la venta de bienes de la herencia, para atender con su importe á tales pagos, y en este punto, el criterio del Código hace preciso distinguir entre *promover* y *realizar* la venta; lo primero, es derecho á instar, procurar ó *promover* la venta que compete al albacea, en legítima correspondencia á sus facultades y obligaciones de pagar sufragios, funeral y legados consistentes en metálico, y cuya satisfacción le puede ser exigida por acreedores y legatarios, incurriendo en responsabilidad, si por su culpa ó mora no les pagara, utilizando el medio de promover la venta de bienes que la ley le otorga, cuando falte metálico en la herencia, y lo segundo es ya la celebración misma de la venta, en la cual es indispensable *intervenga* el heredero, concurriendo á ella con su consentimiento, autorización ó aprobación al albacea, de tal modo que ó son los herederos los que en realidad venden ó se reputa, al menos, que la venta hecha por el albacea se verifica en la representación de la herencia que, para este efecto de la transmisión del dominio de los bienes hereditarios, sólo los herederos tienen.

La intervención necesaria de los herederos es requisito común á la venta de bienes de la herencia, sean muebles ó inmuebles los vendidos, á pesar de que la redacción y puntuación del final del primer párrafo del art. 903, pudiera hacer creer, dado el punto y coma puesto á la palabra *muebles*, así como la continuación del texto legal que une con la conjunción copulativa *y*, pero para otro supuesto, que menciona por vía de inciso, el de que no alcanzaran los muebles, que promueva el albacea la de los inmuebles, con intervención de los herederos, entendiéndose que este requisito de la *intervención*, que sólo figura en las palabras finales del artículo, era aplicable únicamente al caso de venta de bienes inmuebles.

La construcción gramatical es defectuosa y se presta á ese equívoco; pero, indudablemente, lo de la intervención de los herederos en la venta de bienes de la herencia, se refiere lo mismo á la de los muebles que á la de los inmuebles, siquiera en la de éstos la hiciera formalmente más indispensable el art. 20 de la ley Hipotecaria, antes de su última reforma

parcial, que fué, sin duda, la razón habida en cuenta para entender necesaria, en casos de venta de bienes inmuebles ó derechos reales en ellos constituidos de herencia todavía *pro indiviso* aquella *previa inscripción colectiva* de la misma á nombre de todos los herederos y la concurrencia de éstos al otorgamiento de la escritura de venta (1).

El criterio en que se inspiraron las diferentes resoluciones de la Dirección de los Registros, de las cuales forma cabeza en este punto la citada de 7 de Enero de 1875, consistió en la distinción de que los albaceas fueran universales ó particulares y que de una ó de otra clase estén facultados para enajenar; pues, si eran *universales*, se les consideraba como herederos á los efectos de que para poder inscribir á nombre del adquirente en la enajenación y dejar cumplido lo preceptuado por el art. 20 de la ley Hipotecaria, según el cual, era preciso que resultara inscrito el dominio de un bien inmueble ó derecho real á favor de la persona que lo transfiera ó grave, á no ser que la adquisición fuera anterior á 1.<sup>o</sup> de Enero de 1863, se hiciera previamente una inscripción colectiva á favor de dichos albaceas universales por su supuesta equivalencia con los herederos, y si eran *particulares*, la inscripción previa colectiva se hiciera á nombre de los herederos, en el cual se hacía la enajenación; si bien en dicha inscripción debía igualmente constar la facultad para enajenar, del albacea, y resultando así acreditados estos dos extremos en el Registro, se entendía cumplido el art. 20 citado y podía inscribirse la escritura de enajenación otorgada por los albaceas particulares en representación de los herederos.

Con tal criterio, se ofrecía la variedad de que si enajenaba el albacea por sí solo, siendo universal y hallándose autorizado para hacerlo, en el testamento, conforme al art. 901, no habían de intervenir en aquélla los herederos; pero se exigía además, la inscripción previa á favor del albacea, que es y obraba, á lo sumo, como un *representante* del testador, que no tuvo nunca ni adquirió ningún derecho en la finca enajenada; ó si, por no reunirse aquellas condiciones, la venta había de hacerse por los herederos ó á nombre de ellos, aunque por el albacea, en su *representación*, entonces la inscripción previa y colectiva había de ser hecha á nombre de dichos herederos, que, por estar la herencia *pro indiviso*, nunca llegaron ni llegarían ninguno de ellos, á ser verdaderos dueños del inmueble enajenado.

Esa Resolución de 7 de Enero de 1875, digna del mayor estudio por lo nutrido de su argumentación, quizá excesiva en muchos de sus fundamentos de índole indirecta y colateral, parece que exageró el obstáculo

(1) En la importante Resolución de la Dirección general de los Registros, de 7 de Enero de 1875 y en otras anteriores y posteriores, antes citadas algunas, y además en las de 28 Abril 1866, 25 Septiembre 1873, 13 Junio 1874, 30 Abril 1878, 14 Junio 1886, 2 Enero y 7 Agosto 1893.



del art. 20 de la ley Hipotecaria, que no tuvo otro fin que mantener en el Registro la historia de todas las transmisiones del dominio de cada finca en él inscrita, sin solución de continuidad, cuyo fin quedaba perfectamente atendido, sin necesidad de la previa inscripción á favor del albacea universal autorizado para enajenar, desde el momento en que tales circunstancias se hicieran constar en la enajenación y en el Registro, y, por consiguiente, al inscribirse la escritura á favor del adquirente, sin necesidad de esa inscripción previa á favor del albacea, que en realidad no había sido ni un solo momento dueño del inmueble enajenado, y que no era más que un apoderado ó mandatario *sui generis* ó *mortis causa*, como no se hace inscribir tampoco previamente á favor del mandatario *inter vivos*, facultado especialmente para vender, ni la Dirección ni los Registradores han estimado nunca que por eso se infringiera el art. 20 de la ley Hipotecaria; siendo igualmente formularia é inútil la inscripción previa colectiva á nombre de los herederos que no aceptaron todavía ó dividieron aun entre sí la herencia y que no han sido realmente dueños, ni lo serían jamás después de la enajenación de la finca vendida, para cuya inscripción á favor del comprador se ordenaba la suya previa colectiva, como dueños en conjunto ó *pro indiviso* del inmueble enajenado; debiendo advertir que bastaba, para que no se interrumpa el tracto patrimonial en el Registro y quedara cumplido el art. 20 mencionado, en esta errónea inteligencia que se le diera, que si el albacea era particular y no estaba autorizado especialmente por el testador ni por la ley para vender bienes de la herencia, enhorabuena que se supiera su defecto de personalidad ó su falta de representación por los herederos en conjunto, ó colectivamente, como representantes y continuadores todos de la personalidad jurídica del causante; pero una cosa es suplir y completar la personalidad y otra  *fingir un estado patrimonial de propiedad*, que no se ha tenido, ni se puede tener, porque precisamente se simula é inscribe en el momento y con el fin único de que pase á otro adquirente, de lo cual se deduce la falta de fundamento que legitime la inscripción previa colectiva á nombre de los herederos y lo artificial y no real de la necesidad de la misma.

Publicado el Código civil, se hacía esto más evidente, si cabe, observando que lo único que había de distinguirse en cada caso era, si el régimen del albaceazgo era *voluntario* ó *legal*, y en el primero si el testador facultó ó no expresamente para vender, especificando ó no los bienes que habían de venderse, aunque esto es lo mismo, puesto que especificados se hallan por estar comprendidos en una herencia determinada, y en caso de existir esa autorización expresa al albacea, es equivalente al de *mandato especial* para vender conferido por acto *inter vivos*, que no necesita, ni es procedente, previa inscripción del dominio de lo vendido á favor del mandatario, ni aquí tampoco á favor del alba-

cea, ni suplemento alguno mediante el concurso de los herederos, ni menos de inscripción previa colectiva á favor de ellos de la finca vendida por el albacea, á quien debidamente autorizó para ello el testador, ni existe obstáculo alguno para la inscripción á favor del adquirente por el art. 20 de la ley Hipotecaria, pues el tracto jurídico de las inscripciones del dominio en el Registro no resulta interrumpido si aquel derecho aparece de los asientos del mismo inscrito á favor del testador, en cuyo nombre realmente se hace la venta por el albacea, como mandatario especial, á quien facultó expresamente para ello el testador, mucho más hoy en que no subsiste el criterio doctrinal que inspiró la Resolución de la Dirección de los Registros mencionada, de 7 de Enero de 1875 y sus similares, de no considerar á los albaceas como mandatarios del testador, sino que, por el contrario, la jurisprudencia posterior (1) al Código, se ha pronunciado en opuesto sentido, según dejamos dicho (2).

Si el ejercicio del cargo del albaceazgo hubiera de ajustarse al régimen *legal* de los arts. 902 y 903, en defecto del *voluntario* del 901, entonces claro es que el albacea no podría hacer por sí enajenaciones de inmuebles, porque ninguna de las cuatro reglas del 902 le autoriza para ello, y las que le facultan á *promover* la venta de bienes muebles ó inmuebles para pago del sufragio, funeral y legados, ha de hacerlas, según el art. 903, *con intervención de los herederos* y con las formalidades prevenidas por las leyes en los casos en que estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación ó establecimiento público; pero sin que tampoco aparezca la necesidad de la inscripción previa colectiva á favor de los herederos, los cuales intervienen con el albacea en la enajenación, para enajenar en nombre y representación del testador, cuyo derecho de dominio en el inmueble enajenado aparece en el Registro, siendo esto bastante para que la inscripción á favor del adquirente no tenga dificultades ni solución de continuidad en el mismo que pueda estorbarla, puesto que la concurrencia de albaceas y herederos es pura cuestión de garantías en la enajenación de bienes de la herencia y de *personalidad y representación* respecto del dominio inscrito del enajenante testador, en cuyo nombre se hace por los que la continúan, y no del *derecho real inscrito*.

La virtualidad de esta doctrina de impugnación de la de *inscripción previa* colectiva de herederos ó albaceas universales, que introdujo y mantuvo por mucho tiempo la Dirección general de los Registros, se ha abierto paso, según se consigna en otros lugares, en algunos de los cuales se transcribe (3), y ha venido á convertirse en precepto le-

(1) Sents. 4 Julio 1895, 17 Abril 1900, 16 Noviembre 1904 y 24 Febrero 1905, insertas en el núm. 17 de este capítulo.

(2) Núm. 3 de este capítulo.

(3) Núm. 51, cap. 5.º de este tomo, pág. 247.



gal (1), «no siendo, después de éste, necesaria la previa inscripción á favor de los albaceas, para inscribir los documentos de enajenación ó gravamen que éstos otorguen por sí solos, si estuviesen expresamente facultados para ello por el testador, no habiendo herederos forzosos, ó constando el consentimiento de éstos, si los hubiere, para la enajenación ó gravamen, con tal que el inmueble ó derecho real se halle inscrito á favor del testador» (2).

Formula dicho artículo una regla especial para una circunstancia de excepción, cual es la de «que estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, Corporación ó establecimiento público»: casos en los que la venta de bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para los mismos. Ciertamente es que lo de *interesado* en la herencia, es denominación general, que igualmente puede referirse al heredero que al legatario; pero es también evidente que, siendo este texto del segundo párrafo del art. 903, y no mencionándose en el primero más que al heredero, ya para aprontar metálico, si no lo hubiera en la herencia, que aplicado al pago de los sufragios, funeral y legados, impidan la venta de bienes de la misma; ya para intervenir en ella, esa frase genérica hay que entender relacionada con la especial del primero, relativa sólo á los herederos y no á los legatarios, á los cuales la ley otorga otras garantías, como las de la anotación preventiva, si no lo son de parte alícuota (3); y si lo fueran, el de promover el juicio de testamentaría (4), según queda explicado en otro lugar. Aunque el Código habla de *menores*, además de los ausentes, Corporaciones ó establecimientos públicos, es manifiesto que su espíritu comprende todas las personas que, por otras causas de defecto de capacidad de obrar están sujetas al régimen tutelar, y puesto que sólo dice, «la venta de los *bienes* se hará con las formalidades, etc.», sin distinguir de muebles ó inmuebles, á ambas clases de bienes, ha de entenderse aplicable este precepto de que se guarden aquellas que estén «prevenidas por las leyes para tales casos» (5).

(1) Por el art. 17, pár. 7.º, de la ley de reforma parcial de la Hipotecaria, de 21 de Abril de 1909, trasladado su texto al art. 20, en el pár. 7.º del mismo de la edición oficial de 16 de Diciembre de igual año.

(2) Tampoco será precisa dicha inscripción previa, en los diferentes casos que indican los párrafos siguientes del art. 20 de la edición oficial reformada de la ley Hipotecaria, de los cuales se hace mención al tratar de la partición de herencia en el cap. 28.º de este tomo.

(3) Núm. 6.º, art. 42, L. Hip., y sus concordantes.

(4) Art. 1.038, núm. 3.º, L. Enj. civ.

(5) Que no es del momento enumerar, como los arts. 269 á 272 del Cód. civ., explicados en el núm. 138, cap. 20.º, t. IV, 2.ª edic., concordados hasta donde sea posible su coexistencia con los 2.011 á 2.024 de la ley de Enj. civ., si la venta fuera judicial, y los arts. 181 y siguientes, aplicables hasta el 198, lo mismo que el 35 al 39, respecto de Corporaciones ó personas jurídicas; 747, 748 y 994, en relación á sus respectivos

En armonía con doctrina, que dejamos antes consignada (1), explicando el art. 901, respecto de facultades concedidas expresamente al albacea por el testador, acerca de si la de vender comprendía la de hipotecar ó gravar bienes de la herencia, al efecto de determinar, si por analogía, podría entenderse que en los casos de *venta*, de que habla el art. 903, en relación con las reglas 1.ª y 2.ª del 902, facultando al albacea para *promoverla*, y autorizándole para realizarla, sólo *con intervención* de los herederos, podría el testamentario, en vez de eso, adquirir metálico mediante sustitución de préstamos hipotecarios, y con su importe realizar el pago de legados, sufragios y funeral, reputándose facultado para ello, á virtud del citado art. 903, entendemos resueltamente que *no*; porque la disposición del Código equivale y sustituye á la facultad concedida por el testador, y cuando ésta, en su testamento, lo mismo que en la ley, es *especial* para realizar un acto determinado, por ejemplo, el de *vender bienes*, no se puede considerar autorizado el albacea para realizar otros que aquél, aunque sean similares y tal vez más ventajosos. Si el testador ó la ley lo hubieran querido así, lo hubieran dicho, y de lo específicamente determinado no se puede ir á generalizaciones, sino mediante criterios arbitrarios é injustificados; si bien es cierto que, alguna decisión de nuestra jurisprudencia, anterior al Código (2), autorizó la doctrina opuesta. Sólo en el caso que herederos y albaceas, por mutuo y voluntario acuerdo, creyeran más conveniente hacer fondos hipotecando que vendiendo bienes de la herencia, podría esto llevarse á cabo válidamente, como una convención lícita, pero no á nombre ni bajo el concepto de cumplimiento de lo dispuesto en el art. 903.

*Tercera. Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él.*

Dos facultades, á la vez que obligaciones, se atribuyen é imputan á los albaceas en esta regla 3.ª del art. 902, que son:

- 1.ª Vigilar la ejecución de todo el testamento, y
- 2.ª Sostener su validez.

En explicación de la *primera*, no hay que olvidar dos cosas, al parecer contradictorias, cuales son: que la característica genérica de los albaceas es la de ser *ejecutores* del testamento en que fueron nombrados, y la otra, que, esto no obstante, los albaceas no tienen más facultades que las que el testador expresamente les haya concedido y no sean contrarias á las leyes (art. 901), ó las que, en defecto de este *régimen voluntario* que las regule, *taxativamente* les reconocen los arts. 902 y 903, que constituyen el *régimen legal subsidiario*. De donde resulta

supuestos; explicados los dos grupos primeros en los caps. 5.º y 15.º, t. II, 2.ª edic., y los del último grupo en diferentes lugares de este tomo.

(1) Núm. 40 de este capítulo.

(2) Sent. 11 Mayo 1871, inserta en el núm. 14 de este capítulo.



que, si bien dentro de aquel régimen voluntario les pueden ser conferidas *todas* las necesarias á la completa ejecución del testamento, y asumir, respecto á todos sus extremos, la plena representación de la herencia mientras estén *pro indiviso* sus derechos y acciones, al efecto de que sólo por su intermedio se desenvuelva y ultime la ejecución completa del testamento en que fueron nombrados con tal *máximum* de facultades, cuando así no sea, no tendrán más que las expresamente concedidas por el testador; y cuando éste se limitara á nombrarles, sin determinar sus atribuciones, no tendrán otras que las que estrictamente señalan los arts. 902 y 903, entre las cuales está la de la regla 3.<sup>a</sup> del primero, al decir, «vigilar sobre la ejecución de todo lo ordenado en el testamento», y *vigilar* no equivale á *representar*, ni menos á *ejecutar* cuanto se refiere al cumplimiento de la disposición testamentaria.

El empleo de este verbo significa una situación *intermedia* entre la plenitud de facultades para la total ejecución del testamento, y el que no se pueda rechazar cierta especie de intervención y de acción fiscalizadora, y de inspección por parte del albacea, que alcance á todos los extremos del cumplimiento de aquél, aunque, ni por el testador ni por la ley resulte investido de todas las facultades necesarias para promover y llevar á cabo por sí dicha ejecución total del mismo.

Dentro de este régimen legal de los arts. 902 y 903, por no haberse determinado por el testador las facultades del albaceazgo, según éste pudo hacerlo, con mayor ó menor amplitud, conforme al art. 901, no tiene el albacea competencia para administrar—fuera de los límites que indica la regla siguiente, 4.<sup>a</sup>—, de tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes; lo cual es más función de depósito que de administración, á no ser para los fines de la conservación de los bienes, ni para pagar otras deudas que las relativas á los sufragios y funerales y los legados consistentes en metálico, según las reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del 902 y 903; ni puede llevar á cabo las operaciones particionales, ni realizar acto alguno que no sean los taxativamente señalados en dichos arts. 902 y 903; ni ostenta, en suma, la representación total de la herencia, mientras se halle en estado de *indivisión*, ni tiene, por consiguiente, verdadera personalidad para accionar ni excepcionar, en nombre de la testamentaria, según ha reconocido la jurisprudencia (1), al declarar que el albacea, ni como tal ni como contador, tiene el deber ni la facultad de representar en juicio la herencia, lo cual corresponde sólo al administrador de la misma, cuando no consta que el albacea tuviera tal carácter, ni conforme á la voluntad del testador ni á la ley.

Que la representación de la *herencia yacente* la tiene el albacea testa-

(1) Sent. 28 Abril 1897.

mentario, si el testador expresamente se la confiere, según el art. 901, es indudable, como lo ha reconocido alguna sentencia del Tribunal Supremo (1); pero lo extraño es que al establecerse el régimen legal de atribuciones de los albaceas, según el Código civil, ni en los arts. 902 y 903, ni en ninguno otro relativo á esta materia, se determine que la representación de la herencia yacente corresponda al albacea, según lo confirma la jurisprudencia al declarar que, los arts. 902 y 1.057 no atribuyen directa ni indirectamente á los albaceas, aunque sean contadores, y no habiendo sido nombrados administradores de la herencia, conforme á los arts. 1.020 y 1.026, la facultad de representar en juicio á la herencia (2).

De ello resulta que la doctrina estrictamente legal, según el Código y la jurisprudencia, es que á los albaceas, aunque sean contadores partidores, si no fueren *universales* ó hubieren sido nombrados judicialmente administradores de la herencia, con arreglo á los arts. 1.020 y 1.026, ó no les hubiere conferido el testador expresamente esta facultad en su testamento, conforme al art. 901, carecen de personalidad para la *representación* en juicio de la herencia, con arreglo al art. 902, que entre las facultades ú obligaciones que enumera, como régimen legal del albaceazgo, no consigna dicha facultad de representar á la herencia, y á no ser que ésta se deduzca como precisa, según en algunos casos puede serlo, para la efectividad de los extremos que comprende la regla 4.<sup>a</sup> de dicho art. 902, que le faculta á tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, si bien añade, «con intervención de los herederos»; puesto que, para que eso tenga efecto, cabe la hipótesis de ser indispensable alguna vez la representación en juicio del caudal hereditario, accionando ó excepcionando en defensa del mismo. Aparte esta deducción, que no tiene nada de explícita en el texto legal, sólo queda atribuir la representación en juicio, al albacea, para el fin concreto de sostener la validez del testamento en juicio y fuera de él, según la regla tercera del citado art. 902.

Bajo la palabra *vigilar*, ha de reconocerse al albacea el derecho y la obligación de inspeccionar ó fiscalizar y hasta *intervenir*; pero sólo para los efectos de *vigilar*, y no para los de *representar* y cumplir por sí, en la ejecución de todo lo dispuesto en el testamento, puesto que el Código dice de *todo lo demás*, ó sea en aquello que él no está facultado para *ejecutar* por sí, y á que le autorizan ó le obligan los arts. 902 y 903; debiendo entenderse, para que esta *vigilancia* no sea meramente pasiva ó contemplativa y tenga alguna finalidad práctica, que racionalmente ha de comprender todas aquellas iniciativas y excitaciones é intervenciones

(1) De 6 de Octubre de 1897 y otras anteriores al Código civil, como la de 7 de Junio de 1862 y 2 de Abril de 1876, inserta la primera en el núm. 21 de este capítulo.

(2) Sent. de 28 de Abril de 1897, inserta en el núm. 21 de este capítulo.