

de su parte, que sin atribuirse la *representación* ni la *ejecución* por sí mismo de aquellos extremos del testamento para que éste no le autorizó ni la ley tampoco, sirvan á procurar que tengan el debido, puntual y fiel cumplimiento todas las disposiciones de la última voluntad del testador.

La segunda facultad y obligación atribuída é impuesta por esta regla 3.<sup>a</sup> del art. 902, del *régimen legal* del albaceazgo, en defecto del *voluntario*, es «la de *sostener*, siendo justo, la validez del testamento en juicio y fuera de él».

El testamento es causa de una *legalidad* establecida para regular la sucesión del testador que la hizo, y como no empieza á regir hasta la muerte de su autor, el Código no ha estimado bastante dejarla entregada á la defensa de los que pudieran estar interesados en su cumplimiento cuando fuere impugnada ó contradicha por otros, sino que por encima de los estímulos de estos intereses favorables ó adversos á la subsistencia del testamento, y ya que el testador no puede defender su obra, ha considerado que á los albaceas corresponde *representarle* en esta misión, puesto que ostentan cierta condición moral de imparcialidad y desinterés que no tienen los herederos ni legatarios designados en el mismo, y son los encargados, con más ó menos amplitud de facultades, del cumplimiento de aquella legalidad testamentaria.

No les autoriza la regla legal para impugnar la validez del testamento; pero no les obliga á sostenerla á todo trance ni de modo incondicional ni absoluto, sino «siendo justo», lo cual equivale á respetar su abstención de hacerlo cuando no lo sea, á su juicio, fundado generalmente más que en propia opinión, en el dictamen de persona competente, que siempre es prudente sirva de base á las determinaciones de conducta de los albaceas en este punto, aun cuando ellos fueran peritos en Derecho; sin que el cumplimiento de esta obligación y los pleitos que por este motivo pudieran provocarse, cualquiera que fuera el resultado de ellos, deba producir responsabilidades personales á los albaceas, ni tampoco su abstención en la defensa de la validez del testamento, cuando, por no estimarla justa, se abstuvieren de sostener dicha validez, aunque después se declarase que la tenía, salvo los casos de negligencia ó dolo, como motivos generales de responsabilidad en el cumplimiento de todas las obligaciones.

Aunque el Código no lo ha dicho, es evidente que los gastos que ocasiona la defensa de la validez del testamento, nunca han de ser sufragados por el albacea y sí entenderse de cargo de la herencia, por resultar de manifiesta justicia que así sea, y por analogía con lo dispuesto en los arts. 1.728 y 1.729 (1), relativos al mandato, de cuya naturaleza genérica participa el albaceazgo.

(1) Explicados en el núm. 43, cap. 18.º, t. IV, 2.ª edic.

La obligación de sostener el albacea la validez del testamento, siendo justo, no es sólo en juicio, sino fuera de él, es decir, en todo caso y forma en que aquélla se contradiga.

*Cuarta. Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes.*

Tiene esta regla, dos caracteres de índole diferente, aunque de visible concordancia entre sí; refiérese el uno á su *fin*, que es preciso y determinado, y consiste en que en este período transitorio y más ó menos duradero por que pasa el patrimonio del difunto durante su testamentaria, desde su fallecimiento hasta liquidación y distribución de la herencia y la adjudicación y entrega de su haber á cada uno de los partícipes, no se extravíe, destruya ó deteriore ninguno de los bienes relictos por aquel; y dice relación el otro, á los medios de conseguirlo, respecto de los cuales no cabe, por parte de la ley, otra regla que la que el Código ofrece, de índole discrecional y circunstancial, según la naturaleza de los bienes y las condiciones singulares del caso. «Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes», como dice la regla 4.<sup>a</sup> del art. 902, equivale á constituir al albacea en depositario y aun administrador de los bienes, aunque sólo sea á los efectos de su conservación.

Lo primero, lo dice claramente el Código en el fin expreso de *custodia* de los bienes, que señala su texto, y á que se contrae esa regla expresiva de tales facultades, á la vez que obligaciones otorgadas e impuestas al albacea; lo segundo, en cuanto que la conservación de dichos bienes, fin igualmente expreso en el Código, implica respecto de muchas, no sólo la mera custodia, como del metálico, alhajas ú otros valores y títulos de los mismos, sino la realización oportuna de aquellos actos de administración que exijan, por su especial naturaleza, otros bienes; por ejemplo, los rústicos en cuanto á su labor, abono y recolección de frutos en tiempo oportuno, reparaciones necesarias de inmuebles urbanos y percibo de sus rentas, alimentación de semovientes, etc., que son todos actos de administración, aunque el Código no emplee la palabra *administrar*.

Debe reputarse incluída en la fórmula de la ley, «tomar las precauciones necesarias», la facultad y hasta la obligación del albacea de hacer un recuento de inscripción, enumeración ó inventario de todos los bienes de la herencia relictos á la muerte del testador, que desde entonces y hasta su aplicación á herederos, legatarios y acreedores, se ponen bajo su custodia con la obligación de conservarlos, que puede ser provisional para estos solos efectos transitorios y hasta sin valoración de los diferentes bienes que forman aquella universalidad de la herencia, ó bien puede ser hasta el inventario formal valorado y definitivo que haya de servir de base á las operaciones particionales; si bien, para llevar á cabo lo primero le bastará al albacea su condición genérica de tal, y la

regla que explicamos, 4.<sup>a</sup> del art. 902, mientras que para lo segundo será preciso que se le haya investido de las facultades de contador partidor y encomendado la operación divisoria conforme al art. 1.057 del Código.

Evidente es, por tanto, que á él corresponde la posesión *material* de los bienes de la herencia durante este período, en cuanto tiene la facultad y la obligación de custodiarlos y de conservarlos, por ser su depositario legal, cuya posesión es perfectamente compatible con la *civillísima* que á los herederos atribuyen los arts. 440 (1) y 661 (2), y ajustada á la doctrina de la posesión jurídica, en general, ó de derecho, que cabe tengan diferentes personas respecto de una misma cosa y cada una por título de derecho diferente, como el dueño, el poseedor civil, el usufructuario, el enfiteuta, el arrendatario, el depositario, el comodatario, el acreedor pignoraticio, etc. (3); que es la distinción que hace también el art. 432 (4), al decir: «la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: ó en el de dueño ó en el de tenedor de la cosa ó derecho para conservarlos ó disfrutarlos, perteneciendo el dominio á otra persona».

Corresponde también al albacea, bajo este concepto, cierta personalidad representativa de la herencia, pero limitada á esos fines de custodia y conservación y no extensiva á otros que no sean de los previstos y autorizados por las diferentes reglas de los arts. 902 y 903 como expresivas del *régimen legal* del contenido del albaceazgo, en defecto del *voluntario*, ó sea de las facultades que expresamente le otorgara el testador, según el art. 901, conforme tenemos repetidamente dicho.

Esta situación transitoria, relativa á la conservación y custodia de los bienes de la herencia por el albacea, puede terminar por la aceptación de los herederos, si se hicieren cargo desde luego de los bienes, ó por el nombramiento de un administrador judicial, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.020 del Código ó en el 966, núm. 3.<sup>o</sup> y 1.069 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Pero es importante advertir, que estas facultades otorgadas ú obligaciones impuestas al albacea por la regla 4.<sup>a</sup> del art. 902, tienen una especial limitación, establecida, sin duda, como *garantía*, que consiste en que las precauciones que tome el albacea como necesarias, á su juicio, para la conservación y custodia de los bienes, lo haya de hacer «con *intervención* de los herederos *presentes*», y si todos estuvieran ausentes del lugar de la testamentaría, podría hacerlo únicamente por sí, si bien, por lo que se refiere á la práctica de inventario ó á cualquier otro acto

(1) Explicado en el núm. 37, cap. 16.<sup>o</sup>, t. III, 2.<sup>a</sup> edic.

(2) Idem en el núm. 31, cap. 1.<sup>o</sup> de este tomo.

(3) Cap. 16.<sup>o</sup>, t. III, 2.<sup>a</sup> edic.

(4) Según se explica en el núm. 33, cap. 16.<sup>o</sup>, t. III, 2.<sup>a</sup> edic.

que pueda influir en la verdad ó seguridad de los bienes de la herencia, sería conforme con el espíritu de la ley, ya que la letra no ha previsto la hipótesis que el albacea procurara que el acto revistiese las mayores condiciones de autenticidad y de fácil comprobación con la concurrencia de notario, ó testigos que así lo acreditaran. La palabra *intervención* no puede entenderse equivalente á citación, requerimiento, noticia, sino que significa concurrencia ó concurso de los herederos presentes á todas esas precauciones que el albacea adopte como necesarias para la conservación y custodia de los bienes.

Forman parte del *régimen legal* para el ejercicio del albaceazgo, en casos especiales, los arts. 747 y 749 (1), que, según se ha dicho (2), dan lugar á ciertas especies de albaceas *legítimas*. Refiérese el primero, al caso de haber dispuesto el testador de todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación. En tal supuesto autoriza el Código, según se ha dicho (3), á los albaceas para vender los bienes— todos, si de todos dispuso con igual fin, y los necesarios si sólo dispuso de parte—, y para distribuir su importe, dando la mitad al diocesano para que los 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, para los de la provincia.

Este artículo parece que faculta á los albaceas para vender, *por sí solos*, y así habrá de entenderse cuando sea el total de la herencia lo destinado á esos fines, aunque en el testamento no se consignara expresamente esta facultad, como hace preciso el art. 1.901, por regla general, porque la ley (art. 747) suple aquella falta de autorización expresa, si omitió el testador consignarla en el testamento. No sucederá lo mismo cuando lo destinado á dichos sufragios y obras piadosas en beneficio del alma, sea sólo una parte del caudal hereditario y en el resto haga otra institución de heredero además de la del alma, pues en tal caso habrá que concordar este artículo con el 902 y 903 y aplicar, por analogía, igual criterio que el establecido por el último acerca de la necesidad de que intervengan en las ventas los herederos, y aun el del segundo párrafo de dicho 903, en cuanto á ser también preciso que la venta de los bienes se haga con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos, cuando estuviesen interesados en la herencia Corporación ó establecimiento público.

Se refiere el segundo, 749, á doctrina semejante en el caso de con-

(1) Explicados en los núms. 41 y 37, respectivamente, cap. 12.<sup>o</sup> de este tomo.

(2) Núm. 30 de este capítulo.

(3) Núm. 40, cap. 15.<sup>o</sup> de este tomo y 30 de este capítulo.

tener el testamento disposiciones hechas á favor de los pobres en general, en el que faculta para la calificación de pobres y distribución de bienes á la persona que haya designado el testador, en su defecto á los albaceas, y, á falta de ellos, al párroco, al alcalde y al juez municipal, que tienen en tal caso la equivalencia de albaceas legítimos; pero ni respecto de unos ni de otros consigna, como el 747, la facultad de vender bienes, y habrá que estar á lo dispuesto en el 903, si hubiere herederos, los cuales han de *intervenir* en las ventas necesarias para aquella distribución de limosnas, considerando equivalente tal supuesto á los de las reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del 902, si es que no cuidó el testador de autorizarles expresamente para vender bienes según el 901, si fuera necesario por falta de metálico y no lo aprontasen los herederos de lo suyo, como les permite hacerlo el art. 903.

*b. Obligaciones de los albaceas.*

41. Ya hemos anticipado que en la nomenclatura de *facultades* empleada por el art. 901, y principalmente el 902, no había gran exactitud gramatical, y, por consiguiente, significación jurídica propia, puesto que todas ellas tienen la doble faz de *derechos* y de *obligaciones*, y algunas son más lo segundo que lo primero. Así es que la enumeración de los que constituyen el ejercicio del albaceazgo podrían resumirse en la de su desempeño y fiel cumplimiento dentro del tiempo y demás requisitos de la ley, una vez aceptado, lo cual le hace obligatorio, salvo el caso de renuncia con justa causa al prudente árbitro del juez, según el art. 899 (1), y su enumeración en este orden:

*Primero.* Las impuestas por el testador en su testamento.

*Segundo.* Las que se determinan por los arts. 895 y 897 (2), en cuanto á la *forma* del ejercicio del cargo, según que, siendo varios, fueran nombrados mancomunada ó solidariamente; el 896 (3), para los casos de suma urgencia; los 902 y 903 (4), los 904, 905 y 906 (5), respecto del término legal para su ejercicio.

*Tercero.* La obligación que especialmente establece el art. 907 de dar cuenta de su encargo á los herederos, ó en su defecto al juez.

Esta obligación de rendición de cuentas, se acomodará á las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> Por debida analogía con los principios que inspiran el art. 1.720, que impone á todo mandatario la obligación de dar cuenta de sus operaciones, el 907, primer párrafo, establece igual obligación para los albaceas, que deben rendirla de su encargo á los herederos, siendo

(1) Explicado en el núm. 35 de este capítulo.

(2) Explicados en el núm. 28 de este capítulo.

(3) Idem id.

(4) Explicado en el número anterior de este capítulo.

(5) Idem en el núm. 43 de este capítulo.

extraño que á éstos, para el efecto de este derecho á que se les rindan cuentas por los albaceas, no se hayan adicionado también los legatarios de parte alicuota, pues los que lo sean de especie, género ó cantidad no se hallan en igual caso de interés respecto de las cuentas y su derecho al legado ha de hacerse efectivo, generalmente, por y con cargo á los herederos.

2.<sup>a</sup> Si no existieran herederos determinados, á quienes los albaceas debieran entregar los bienes, habiendo sido éstos nombrados para dar á los de la herencia la inversión ó distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho, la obligación de aquéllos de rendir cuentas habrá de cumplirse ante el juez.

3.<sup>a</sup> Supliendo por analogía el silencio del Código en este punto con la ley de Enjuiciamiento civil, parece que en defecto de disposición en el testamento que otra cosa establezca, determinando el lugar donde hayan de presentarse las cuentas, ha de reputarse competente el juez del domicilio del poderdante ó dueño de los bienes—en este caso el testador—ó el del lugar donde se desempeñe la administración—aquí el albaceazgo—, tramitándose el expediente conforme á las reglas de la jurisdicción voluntaria, cuya naturaleza tiene, según el art. 1.811, y con la intervención del ministerio fiscal, que previene el 1.815 en los casos que el mismo indica, ambos de la ley de Enjuiciamiento civil.

4.<sup>a</sup> La rendición de cuentas se hará de una vez, terminado que sea el albaceazgo, á no ser que el testador hubiera determinado en su testamento otra forma ó plazos de rendirlas.

5.<sup>a</sup> Pueden ser *data* legítima de sus cuentas, las cantidades destinadas á reintegro que el albacea se aplique de los gastos que le haya originado el ejercicio del cargo; así como serán *cargo* y responderá de aquellos que, procedentes de la herencia, haya percibido y no aplicado á las necesidades del albaceazgo.

6.<sup>a</sup> Á los herederos compete el ejercicio de la acción de rendición de cuentas contra los albaceas obligados á prestarlas, y viceversa para los reintegros é indemnizaciones que se deban á los albaceas. Una y otra se transmiten á los herederos.

7.<sup>a</sup> Sobre la forma en que han de rendirse las cuentas, nada podía prevenir ni previene el Código; es completamente libre, aunque siempre ha de ser acompañada de los debidos y posibles justificantes.

8.<sup>a</sup> Según el párrafo tercero del art. 907, «toda disposición del testador contraria á este artículo—es decir, á la obligación de rendir cuentas los albaceas á los herederos ó al juez, según prescriben los dos párrafos anteriores del mismo—será *nula*».

Alguna vez los testadores, para poner más de manifiesto la extraordinaria é ilimitada confianza que le merecían los albaceas, relevaban á éstos de la obligación de rendir cuentas de su cargo, y llegaban al ex-

tremo de aplicar sanciones, incluso la de privación de herencia ó legado, á aquellos interesados partícipes en la sucesión que se las pidieran, prohibiendo á los jueces ó tribunales que se las reclamaran. Esta cláusula, que se generalizó mucho en la práctica y casi llegó á hacerse de *estilo*, sobre ser sumamente peligrosa y contra la normalidad del Derecho, vino á convertirse socialmente en una especie de compromiso para los testadores, cuando las personas designadas por su amistad para dicho cargo conocían la designación al tiempo de hacerse el testamento, como muestra obligada de confianza que las leyes permitían y muchos practicaban, en compensación del servicio amistoso que representaba el desempeño del cargo de albacea y de las molestias que le son inherentes.

En este punto, lo mismo que en alguno análogo, como en los fideicomisos con instrucciones reservadas, antes del Código muy en boga y derogados por el núm. 4.º del art. 785, dicho cuerpo legal, con plausible criterio, ha aceptado el criterio radical de la *nulidad* en ambos supuestos; y así, *no surtirán* efecto las disposiciones que tengan por objeto dejar á una persona todo ó parte de los bienes hereditarios para que los invierta según instrucciones reservadas que le hubiese dado el testador (núm. 4.º del art. 875), y serán nulas todas las disposiciones del testador contrarias á la obligación de rendir cuentas los albaceas.

La regla es absoluta y general, y además justísima, porque el derecho recíproco de esa obligación de rendir cuentas relativas al desempeño del albaceazgo, es cosa que corresponde á los herederos y no al testador. Este no puede relevar de tal obligación; pero aquéllos pueden renunciar su derecho, y la renuncia será eficaz á tenor del pár. 2.º del art. 4.º, en cuanto no sea contra el interés, el orden público ó en perjuicio de tercero.

*c. Prohibiciones á los albaceas.*

42. Contiene una prohibición impuesta al albacea, el art. 909 del Código; y aunque explicado ya (1) desde el punto de vista de los *caracteres*, cabe hacerlo de nuevo en este lugar en cuanto consigna una limitación al ejercicio de dicho cargo, cual es la de no poder *delegarlo* sin autorización expresa del testador; y aunque sin precedentes legales en nuestro antiguo Derecho, no se puede menos de reconocer el acierto del legislador al establecer dicha prohibición.

El testador, al encargar á una persona determinada las funciones de albacea, es porque sabe ó conoce sus condiciones de probidad, su actividad, su pericia, en una palabra, porque tiene confianza en él; si no autoriza para delegar, es debido á que fuera del designado no encuentra persona que le ofrezca las mismas garantías de aptitud para aquel cometido;

(1) Núm. 37 de este capítulo.

por el contrario, cuando el difunto faculta al albacea para que, á su vez, pueda encomendar á otra persona el ejercicio del albaceazgo, es porque su confianza en él es ilimitada por la casi certeza que el testador tiene de que, en caso de delegación, el cargo recaerá sobre persona idónea.

Nos referimos al caso en que el causante haga el nombramiento, teniendo presente las condiciones personales del albacea, pues cuando la designación de persona se hiciera en consideración al cargo, y no á quien le desempeñe ó haya de desempeñarlo; por ejemplo, si aparecen nombrados albacea el cura párroco de una iglesia determinada ó el alcalde de un Ayuntamiento, al variar las personas que desempeñen dichos cargos, el albaceazgo pasa á las nuevas que les sustituyan. Pero bien mirado este caso, según tenemos dicho, no es de delegación, puesto que el albaceazgo queda incorporado, por decirlo así, en el cargo de párroco ó de alcalde, ó en el de que se trate, y puesto que se hizo en consideración á éste y no á las personas que lo desempeñaban ó pudieran desempeñarlo.

Otra de las prohibiciones impuestas por la ley á los albaceas, es la consignada en el núm. 3.º del art. 1.459, al establecer que, «no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública ó judicial, por sí ni por persona alguna intermedia... 3.º Los albaceas, los bienes confiados á su cargo».

Los *precedentes legales* de esta doctrina en el Derecho anterior de Castilla, están contenidos en la ley 1.ª tít. 12, lib. X de la Novísima Recopilación, la cual, aunque referida á los mandatarios, puede tener aplicación á los albaceas. El Código, haciendo extensiva la prohibición á todo mandatario ó administrador, ha resuelto la cuestión planteada por una sentencia del Tribunal Supremo (1), al interpretar la ley recopilada, antes citada, en el sentido de referir dicha prohibición á los administradores *legales*, pero no á los de carácter voluntario.

Por lo que á la interpretación de este artículo se refiere, para su debida aplicación, es preciso tener presente que los albaceas pueden ser *universales* ó *particulares*, según el art. 894 (2) del Código, y, por tanto, un albacea, siendo particular, podría adquirir bienes de la herencia, puesto que el texto legal no se refiere más que á aquellos «confiados á su cargo», y como en este supuesto, el albacea no tiene ninguno, ó sólo algunos, todos, en el primer caso, ó aquellos que no estuviesen encomendados á su guarda en el segundo, podrán ser adquiridos por él (3).

(1) 18 Diciembre 1866, inserta en el núm. 36, cap. 18.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) Explicado en el núm. 28 de este capítulo.

(3) Así lo ha entendido la Dirección General de los Registros, en su Resolución de 13 de Noviembre de 1895, que, aunque referida á los mandatarios, parece aplicable á los albaceas, en el sentido de que éstos podrán adquirir los bienes de la testamentaria que *hubiesen estado* confiados á su cargo, y la prohibición sólo hace referencia á los que *lo estén* en el momento en que se intente la adquisición.

En resumen, pueden señalarse, para la aplicación de este artículo, las siguientes reglas:

- 1.<sup>a</sup> Se tendrá en cuenta si el albacea es particular ó universal.
- 2.<sup>a</sup> Cuáles son las facultades que el testador le haya conferido en su testamento.

d. *Plazo del albaceazgo.*

43. Ya hemos dicho que, uno de los caracteres del albaceazgo, es el de ser *temporal*. Los arts. 904 á 906, ambos inclusive, así lo establecen regulándolo, y el 910, lo confirma al declararle terminado por el lapso de tiempo señalado por el testador, por la ley y en su caso por los interesados, y, debe añadirse, por el juez.

Cuál sea ese plazo; cómo y por quién se determina en cada caso, lo mismo que sus prórrogas; cuándo empieza á contarse en los diferentes supuestos, y cuáles sean los efectos de su transcurso, son los temas en este punto comprendidos.

El *plazo* para el ejercicio del albaceazgo, lo puede determinar el testador, y si éste no lo hace, la ley. Las *prórrogas*, el testador, sin que pueda dejarlo al arbitrio de los albaceas ni de un tercero, ni ordenarlo con fórmulas indefinidas, como «la de por todo el tiempo que necesitare», ni otras semejantes; en su defecto, la ley, el juez ó los herederos y legatarios, de *común acuerdo ó por mayoría*.

Tanto el *plazo*, como las *prórrogas*, fijados expresamente por el testador, no tienen otro límite que el de la voluntad del mismo.

El *plazo* ó la *prórroga* establecidos por la ley, en defecto de determinación expresa del testador, son siempre de *un año*. Si se trata del plazo dentro del cual debe cumplir su encargo el albacea, deberá empezarse á contar el de un año, bien desde su aceptación, que puede ser *expresa ó tácita*, reputándose de la última clase si no se excusa dentro de los *seis días* siguientes á aquel en que tenga noticia de su nombramiento, ó si éste le era ya conocido, dentro también de los *seis días* siguientes al en que supo la muerte del testador (art. 898); bien desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez ó nulidad del testamento ó de alguna de sus disposiciones (art. 904). Es de advertir que, en este supuesto, si se promovieran los pleitos después de transcurrido algún tiempo en el ejercicio del albaceazgo, parece inferirse del sentido general de dicho artículo, que no se computará el transcurrido, aunque el Código no provea de modo explícito á esta hipótesis, y que el año de que habla el art. 904, se contará desde que sean firmes y se notifiquen al albacea las sentencias que pongan término á dichos pleitos.

La *prórroga* otorgada por el testador, debe señalarse *expresamente* en su testamento, y si no se hubiese señalado el tiempo en que consiste, pero sí indicado su concesión, expresando la voluntad de ampliar el plazo legal, se entenderá prorrogado aquél por *un año*. Estas *prórrogas*,

tanto la determinada expresamente por el testador, como la que en su defecto señala la ley, tienen el carácter de *primeras*.

Son *segundas prórrogas*, las otorgadas por el juez ó por los herederos y legatarios.

La *segunda próroga*, otorgada por el juez, no tiene tiempo determinado por la ley y ha de solicitarse transcurrida la *primera próroga* del testador ó de la ley, si no se hubiese todavía cumplido la voluntad del testador, en cuyo caso, podrá «el juez conceder otra por *el tiempo que fuere necesario*, atendidas las circunstancias del caso» (art. 905). Es éste un derecho de los albaceas, que podrán ejercitar, aun con la contradicción de herederos y legatarios, correspondiendo á la libre estimación del juez otorgarla ó no y determinar el tiempo por que la otorga, según las circunstancias del caso. El Código no ha previsto el de que el testador no hablara de próroga en el testamento, y, sin embargo, los albaceas la consideran necesaria para cumplir su cometido; y como, si bien es cierto que aquella omisión pudiera ser consciente por estimar que era suficiente el plazo que él señalara ó el de un año que fija la ley, si él no lo señaló, sin necesidad de prórrogas, también pudiera suceder que su silencio en este punto obedeciera á una simple imprevisión ú olvido, la solución que parece más acertada es la de reconocer á los albaceas, *en todos los casos*, el derecho de solicitar la próroga judicial, siquiera en éste no sería *segunda*, sino *primera* próroga. Dicho se está, que tal interpretación no es admisible cuando el testador expresamente hubiera prohibido toda próroga y dispuesto que los albaceas cumplieran su encargo en el único plazo señalado por él, ó en su defecto en el de un año que señala la ley.

La próroga ha de solicitarse antes de que expire el plazo de la anterior, otorgada por el testador ó por la ley; y será juez competente para conocer de este acto de jurisdicción voluntaria, el del lugar en que se ejerza el albaceazgo y en que radique la testamentaria.

También los herederos y legatarios podrán prorrogar el plazo del albaceazgo «por el tiempo que crean necesario». Esta próroga puede tener el carácter de *primera, segunda ó tercera ó sucesivas*, según que haya sido concedida sin haber otorgado ninguna el testador ó habiendo otorgado alguna, agotada sin haber terminado su cometido el albaceazgo, ó habiéndose concedido después de otorgada la segunda ó judicial.

Su duración es distinta, si se concede de *común acuerdo* por herederos y legatarios, en cuyo caso será de todo el tiempo que *ellos crean necesario*; pero si se concede sólo por mayoría, «la próroga no podrá exceder de un año» (art. 906).

Lo que no ha dicho el Código, es cómo ha de entenderse formada la *mayoría* para esta aplicación, si de votos ó de personas, en cuyo caso tanto valdría el de cada uno de los legatarios como el de cada uno de

los herederos, lo cual podría exponer á los mayores partícipes en la herencia á someterse á los menores que constituyeran mayoría de personas; ó, si por razón de las participaciones que representaran en la herencia, cualquiera que fuese el título de legatario ó heredero, ó si había de tener preferencia el voto de la mayoría de herederos sobre el voto de la mayoría de legatarios. Esta última solución no es admisible, por contraria al texto legal, pues el art. 906 llama conjunta é indistintamente á formar el acuerdo á herederos y legatarios, sin marcar entre ellos preferencia alguna por razón de su título universal ó singular; y de las otras dos soluciones, la primera puede ofrecer un resultado injusto y perjudicial para los mayores interesados, pareciendo por esto preferible la segunda que, además, tiene en su abono una razón legal de analogía por lo ordenado en el art. 398 (1), en cuanto dispone que para la administración y mejor disfrute de la cosa común—como es la herencia *pro indiviso*—serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes, y que, «no habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad».

¿Tendrán los albaceas algún recurso contra el acuerdo negativo de prórroga, por unanimidad ó por mayoría de los herederos y legatarios? Si no utilizaron todavía el de la prórroga judicial, cuando el testador no la hubiera prohibido expresamente, entendemos que, á los albaceas corresponderá, á pesar de aquel acuerdo negativo de los interesados, solicitarla y obtenerla del juez, porque la negativa de la una no excluye la concesión de la otra, en tanto que la primera es de carácter *voluntario* y la segunda de carácter *judicial*.

Aunque se haya disfrutado la prórroga judicial por los albaceas y la prórroga concedida por el testador, es decir, primera y segunda prórrogas, y aun en el caso de que en el testamento se hubiere expresamente negado la prórroga y dispuesto que el albacea no disfrutara para el ejercicio del albaceazgo más que el plazo que el testador le señale, ó, en su defecto, el legal de un año, será válida la prórroga que herederos y legatarios otorguen á los albaceas de *común acuerdo* por el tiempo que *crean necesario*, y el de *un año*, si el acuerdo fuese por mayoría, porque esta determinación de los interesados constituyó una convención lícita y eficaz que ha de sobreponerse como régimen de conducta en el albaceazgo, respecto de su duración, á todo otro motivo, habida consideración, también, á que ellos son los principales interesados en que el albaceazgo cumpla bien su cometido y los que mejor pueden juzgar de las circunstancias del caso y necesidad de la prórroga. Aunque el Código no habla de esta prórroga más que en singular, no

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

hay inconveniente en afirmar, por las razones antes expuestas, que podrán los interesados otorgar otra ú otras, siempre que sea de *común acuerdo* y no por mayoría, ya que las de esta clase tienen el límite legal de *un año*, puesto que, además de aquellos fundamentos, existe el de que el Código no lo prohíbe, y la única pauta á que sujeta las prórrogas unánimemente concedidas por herederos y legatarios, es la de que sean por el tiempo «que crean necesario», y la unanimidad aleja toda idea de contradicción de intereses.

Ni en estos arts. 892 al 911, que tratan de los albaceas, se declaran expresamente aplicables sus reglas á los contadores partidores, ni en el 1.057 y siguientes, que se refieren á la partición, se establece plazo alguno para el desempeño de este cargo; pero el Tribunal Supremo ha declarado muy fundadamente, «que es evidente el deber del partidore de desempeñar su cometido dentro de un plazo, y no fijado éste expresamente por el legislador, ha de suplirse este vacío aplicando, por analogía, el concedido á los albaceas, ó sea el de un año; entendiéndose que el transcurso de dicho plazo sin haber hecho uso de su facultad, constituye una *renuncia tácita* de la misma» (1).

Este último extremo de equivalencia de *renuncia tácita*, constituye una adición, quizás algo excesiva, ó una ampliación de doctrina, además de la aplicación por analogía que la primera parte de la declaración transcrita comprende.

La obligación de los albaceas de cumplir su encargo durante los plazos y prórrogas legales establecidos para ello, según el art. 899 (2), y respecto de los plazos y sus prórrogas, conforme á los arts. 904 á 906, que explicamos, cuando no lo verifiquen así, no tiene en este lugar del Código sanción expresa y directa para su infracción, á no ser la del 910 (3), como causa de extinción del albaceazgo; pero esto no es bastante ni puede servir de estímulo al cumplimiento de los fines del mismo dentro del tiempo legal, cuando dicho cargo es generalmente gratuito, según el art. 908 (4), y ocasionado ordinariamente á grandes molestias, de donde resultará la posibilidad de que los albaceas carezcan de interés en que su cometido quede cumplido en aquellos plazos.

Tampoco es aplicable á este supuesto el art. 900 (5), porque no á todos los albaceas se les deja algo en el testamento, ni, según el tenor del mismo artículo, la pérdida de lo que se les hubiera dejado es aplicable á esta hipótesis, sino las de no aceptar el cargo ó renunciarlo sin justa causa.

(1) Sent. 13 Noviembre 1903, que contiene otras declaraciones, inserta en el núm. 24 de este capítulo.

(2) Explicado en el núm. 35 de este capítulo.

(3) Idem en el id. 45 de este tomo.

(4) Idem en el id. 36 de id.

(5) Idem en el id. siguiente de id.

Es preciso buscar dicha sanción, por analogía con el mandato, en el art. 1.718 (1), á cuyo tenor, «el mandatario queda obligado, por la aceptación, á cumplir el mandato y responder de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante, y en el 1.902 (2), según el cual, «el que por acción ú omisión, cause daño á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado»; en cuanto ambos artículos son expresivos de un indudable principio de justicia, derivado de un supuesto general, que concuerda con el del caso de un albacea, á quien fuera imputable, por hechos ú omisiones de su parte el no haber terminado el albaceazgo dentro de los plazos legales para ello, y es de lógica aplicación, por evidente analogía, así como también lo son por igual concepto las prescripciones de los arts. 1.100, respecto á mora, 1.103 y 1.104, en cuanto á la culpa, y del 1.102 (3), relativo al dolo.

e. Sanciones del albaceazgo.

44. Aparte las *sanciones* de carácter general, derivadas de responsabilidades, por acción ú omisión en el cumplimiento de las relaciones civiles, á que se refieren los arts. 1.100, 1.101, 1.102 y 1.103, concernientes á las consecuencias de la mora, la culpa y el dolo, el 1.718, por analogía con el mandato, al efecto de la responsabilidad de daños y perjuicios á favor del mandante, por los que se le ocasionen con el incumplimiento de aquél, equiparando bajo este concepto al albacea con el mandatario, y del 1902, como principio general de responsabilidad y obligación de indemnizar el daño causado á otro por acción ú omisión del que la realice ó cometa (4), hay otras *sanciones* que como especiales del albaceazgo deben mencionarse aquí, unas *civiles* y otras *penales*; y más respecto del ejercicio del cargo, así como otras relativas á su no ejercicio, por la no aceptación ó renuncia posterior sin justa causa.

Son sanciones *civiles* del albaceazgo:

1.<sup>a</sup> Las especialmente establecidas en el testamento por voluntad expresa del testador, respecto de los albaceas nombrados en el mismo, siempre que no sean contrarias á las leyes, por evidente analogía con el criterio legal que inspira el art. 901 (5), y por la doctrina de que la voluntad del testador es la preferente norma de su sucesión *mortis causa*, si no se opone á lo dispuesto en las leyes generales.

2.<sup>a</sup> Lo establecido por el art. 900, en cuya virtud, el albacea que no acepte el cargo, ó el que le renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere á la legi-

(1) Explicado en el núm. 48, cap. 18.º, t. IV, 2.<sup>a</sup> edic.

(2) Idem en el id. 46, cap. 38.º, id., id.

(3) Insertos en las letras a, b y c, núm. 44, y explicados en el núm. 51, cap. 14.º, t. IV, 2.<sup>a</sup> edic.

(4) Insertos y explicados todos en los diferentes lugares antes citados, t. IV, 2.<sup>a</sup> edic.

(5) Explicado en el núm. 40 de este capítulo.

tima. Inspirase, sin duda, este artículo en algo análogo á aquel criterio jurídico que sirvió de fundamento al axioma romano, «*Ubi successionis est emolumentum ibi et tutelæ onus esse debet*», puesto que la merced ó liberalidad que el testador ordenara en su testamento en favor de sus albaceas á título de herencia ó de legado, y mucho más si le diera la forma expresa de retribución ó remuneración por las molestias que les pudiera originar el albaceazgo, perdería su *causa* desde el momento en que no se desempeñaron las funciones de este cargo por motivos de la exclusiva voluntad del albacea, cuales son, la no aceptación del mismo, ya que es *voluntario*, según el art. 898 (1), ó la renuncia sin justa causa, después de aceptado; y porque, además de la mala correspondencia con el testador, que le hizo tales confianza y merced, se supone que la no aceptación ó la renuncia sin justa causa del albaceazgo, implica la repudiación de lo que en el testamento se le dejara; lo cual es solución que se acomoda más al criterio de reciprocidad en que se basa aquel principio de «*qui sentit commodum et incommodum sentire debet*», y viceversa.

Gira todo este art. 900, sobre dos bases; la de voluntad y la de libertad en el testador y en el albacea. En el testador, para ordenar la institución, legado ó remuneración en el testamento, libremente, en favor del albacea; y en éste, para aceptar ó no, y renunciar ó no, con justa causa, después de aceptado el cargo del albaceazgo. Por eso, no puede alcanzar la pena civil de privación de lo que se le hubiere dejado en testamento á lo que por necesidad de Derecho, y no por voluntad, corresponde percibir de la herencia al albacea en concepto de *legítima* y como heredero legítimo, de cualquiera clase que lo sea, ni tampoco como acreedor; y, por lo mismo, tampoco es aplicable esa sanción de la pérdida por el albacea de lo dejado en testamento á su favor libre y voluntariamente por el testador, á los casos en que la falta de desempeño del albaceazgo obedezca á otros motivos que no sean de la exclusiva voluntad de éste. Así sucederá en los casos de incapacidad anterior, ó sobrevinida al albacea, para serlo, ó imposibilidad por muerte ó lapso del término señalado por el testador, por la ley, y en su caso por los interesados — que también sería lógico incluirlo en esa responsabilidad cuando le fuera imputable la dilación por su negligencia —, á no ser que de tal suerte estuviese ordenado lo que le dejara en el testamento el testador con carácter condicional, que fuera expresa y precisa condición para percibirlo, el total y fiel cumplimiento de su encargo, en cuyo supuesto, cualquiera que fuese la causa, voluntaria ó involuntaria, de parte del albacea, que le impidiera ultimar su cometido, habría que entender aplicable la sanción de pérdida de lo dejado á su favor, que no fuera *legítima*, bajo

(1) Explicado en el núm. 35 de este capítulo.