

PROBLEMAS DEL ALBACEAZGO

EN el Seminario de Derecho civil, que funciona en esta Universidad, se ha tratado durante el presente curso del albaceazgo, y de entre los diferentes puntos tratados con relación a ese tema, he escogido un par de ellos, en torno a los que más interés se despertó, para llevarlos a las páginas de la Revista de la Facultad. Son, respectivamente: 1.º nombramiento condicional de albacea; 2.º nombramiento de albacea por un tercero.

Evidentemente es imposible recoger aquí todos y cada uno de los puntos de vista expuestos sobre los mismos. Se trata sólo de reflejar, en sus líneas generales, la posición y fundamentos de la ponencia mantenida, tal como, después de ser sometida a discusión, me pareció más razonable que quedara formulada.

I

NOMBRAMIENTO CONDICIONAL DE ALBACEA

El nombramiento de albacea se puede hacer puramente o no, porque ni la ley ni la naturaleza de la figura en estudio hacen de él un *actus legitimus*.

No parece dudoso que las normas aplicables a los nombramientos condicionales son, en principio, las dictadas para la institución de heredero o legatorio (C. c., arts. 790 y

siguientes). De manera que el nombramiento de albacea o la institución de heredero, si son condicionales están sometidos *por ser condicionales* a las normas concretas que afectan a los nombramientos o instituciones que son condicionales, además de *por ser nombramiento de albacea e institución de heredero*, estar sometidos también a las reglas generales de éstos. Cabe decir, asimismo, y por analogía de lo establecido en el artículo 791 respecto de los herederos y legatarios, que las condiciones en el albaceazgo, en lo no prevenido en los artículos 790 y siguientes, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales.

Si a todo lo dicho antes se añade que evidentemente la aplicación al albaceazgo de las normas dictadas para la herencia o el legado condicionales, no es posible cuando lo impida la naturaleza diferente de una y otra cosa, habrá quedado, en términos generales, visto lo referente al albaceazgo condicional.

Pero se pretende ahondar más en esta cuestión.

Visto ya lo dispuesto en los artículos 790 y 791, parece seguro, por lo que se refiere a los restantes de la sección cuarta («De la institución de heredero y del legado condicionales o a término») referentes a la condición, que no es susceptible de aplicación al albaceazgo lo establecido en los siguientes: 793, 2.º; 797; 798, 1.º (1); 799 (ni hay posibilidad de problemas en torno a la relación posible de éste con el 759, ya que el llamamiento al albaceazgo, siendo personalísimo, no es transmisible a los herederos del llamado) y 800 a 804.

Y entremos, ahora, en las diferentes clases de condición:

Por lo que atañe a las suspensivas y resolutorias, las primeras retrasan hasta que se cumplen el llamamiento del albacea, por aplicación de la regla general atinente a las disposiciones condicionales (C. c. art. 1.114), concretada para las disposiciones *mortis causa* en la doctrina referente al

(1) Artículos, estos dos, que realmente se refieren al modo, improcedente en el nombramiento de albacea, que no es una liberalidad.

llamamiento de heredero o legatario (2), y las segundas hacen cesar el albaceazgo (C. c. art. 1.114). No hay, sin embargo, efectos retroactivos: en un caso tendrá el albacea que comenzar a cumplir o continuar cumpliendo (si el cumplimiento ya lo iniciaron otros albaceas anteriores o los herederos) lo dispuesto en el testamento; en el otro, no se borra retroactivamente, cuando el albaceazgo cese, lo que del testamento ya se hubiese cumplido.

En ambos supuestos —condición suspensiva y resolutoria— no se aplican normas dictadas para la institución de heredero o de legatario, normas generales que faltan, sino las reglas propias de tales condiciones.

Hasta que resulte llamado el albacea, en el caso de condición suspensiva, o desde que cese en su cargo, en el de resolutoria, a tenor del artículo 911, como regla, corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador.

En el último caso, como es natural, deberá rendir cuentas a tenor del artículo 907.

Puede ocurrir, asimismo, que antes o después de los albaceas nombrados con condición suspensiva o resolutoria, sean nombrados otros albaceas. Habrá, pues, un relevo en el cargo, pero las cuentas las rendirán los salientes a los herederos y no a los entrantes.

Hay institución condicional de albacea en el supuesto de que varios sean instituidos sucesivamente (C. c. art. 894, 2.º). La condición para el posterior puede ser tanto que no llegue a serlo el instituido preferentemente, como que cese de serlo éste, que ya fué albacea, pues se trata de que albaceas sucesivos son lo mismo los instituidos unos *en defecto* de otros, que los instituidos unos *después* de otros.

(2) DEGNI, pág. 7; FILOMUSI GUELFU, pág. 121; RADAELLI, página 166; NICOLA COVIELLO, pág. 141; RUGGIERO-MAROT, pág. 381; BARASSI, pág. 30; BUTERA, pág. 8; CASTAN, IV, pág. 154; DE DIEGO, pág. 354; TRAVIESAS, pág. 9; GARCIA VALDECASAS, pág. 994; GILTRICIA, pág. 22.

Puede ocurrir que el albacea sea nombrado pura y simplemente para desempeñar el cargo, pero bajo condición suspensiva o resolutoria para cierto sector de facultades o para una parte de su misión, etc.; como si, por ejemplo, se dispone que sea albacea Ticio, pero que sólo se encargue de ciertas mandas piadosas, si se convierte al catolicismo. Las facultades o parte de misión que dependan de la condición competirán a los herederos si la condición, respectivamente, falta o se cumple (art. 911).

Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas (artículo 792). El albacea, pues, resulta nombrado puramente.

Ahora, bien: ciertas condiciones que tienen una regulación particular en materia de institución de heredero o de legado, plantean, al menos *prima facie*, la duda de si esa regulación debe aplicarse al albaceazgo, ya que, en los supuestos correspondientes, se trata de que las cosas varían si la condición puesta en conexión con la liberalidad (herencia o legado) a ella sometida, se conecta no con esa liberalidad, sino con el nombramiento de un albacea. Tal es el caso de los artículos 793, 1.º, y 794.

Debo pensarse que ni la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio (art. 793, 1.º) se tendrá por no puesta al albacea, ni la de que éste haga en su testamento alguna disposición a favor del testador (art. 794); anulará su nombramiento.

Apóyase tal opinión en que lo inmoral o ilícito de dichas condiciones no reside en ellas mismas —es decir, en el hecho puesto como condición—, sino en la influencia que la liberalidad condicionada —sometida a ellas— pueda ejercer en la voluntad del que ha de realizar el hecho en que la condición consiste. O sea, lo inmoral o ilícito es la posible influencia en la decisión de abstenerse del matrimonio, o lo inmoral o ilícito es la captación de la última voluntad (3). Mas no sien-

(3) Por eso, cuando la condición es inmoral o ilícita en sí (cuando lo es el hecho puesto como condición), se tendrá por no puesta —art. 792— también al nombramiento de albacea; por ejemplo: nombro albacea a A. si asesina a B.

do de por sí en absoluto una liberalidad el nombramiento de albacea, sino suponiendo, por el contrario, una carga para el interesado el cumplimiento de su misión, no parece que; egoístamente, haya de no casarse o de disponer de sus bienes a favor del testador o de otra persona, para conseguir de ese modo el albaceazgo. En definitiva, no ofreciéndole liberalidad alguna que fuese posible *motivo decisivo* de su conducta, no parece que haya inconveniente en someter el nombramiento de albacea a las condiciones de los artículos 793, 1.º, y 794; porque se trataría simplemente de que para el albaceazgo no son inmorales ni ilícitas, y se querría o no algo para, *el supuesto* de que sucediese o no una cosa, que acontecerá o no de por sí (y que en sí no es ilícita ni inmoral), pero en cuya realización no influirá (hipotéticamente) la disposición condicional, influencia en que precisamente consistiría la inmoralidad o ilicitud.

Debe considerarse lo anterior seguro para cuando ni se hubiese dejado nada al albacea ni se le hubiese señalado remuneración alguna. Mas, respecto del caso contrario —artículos 900 y 908—, puede surgir duda sobre el posible enlace —por lo menos desde el punto de vista práctico— entre liberalidad (que de hecho resultaría condicional) y albaceazgo condicional.

Para resolver la cuestión parece que, en todo caso, hay que discriminar lo que sea liberalidad de lo que no lo sea; y en este segundo supuesto —en cuanto que no hay liberalidad—, vale lo que ya he sostenido anteriormente. Pero en el supuesto primero, aunque realmente existen dos disposiciones distintas y separadas —institución en el albaceazgo e institución en los bienes— ambas disposiciones se encuentran relacionadas en el sentido de que, como de no cumplirse la condición y no alcanzarse aquel cargo no se recibirá la liberalidad, el deseo de obtener ésta puede influir en la decisión de cumplir la condición (no casarse o realizar en el propio testamento una disposición a favor de otro), influencia que es en lo que consiste la inmoralidad.

Parece que no juega en la cuestión el artículo 900, porque éste vale para cuando, *resultando llamado al cargo, no se acepte* (no importa, ahora, lo relativo a la renuncia, una vez

que se está ejerciendo), y si, por incumplimiento de la condición, no se es llamado, no caemos dentro de la hipótesis de no aceptación (repudiación), precisa para que se aplique la sanción del artículo 900. En conclusión: el no llamado al albaceazgo porque se casó (si la condición era de no casarse) o porque no dispuso en su testamento a favor de determinada persona (si la condición era captatoria), puede, sin embargo, recibir la liberalidad, porque el artículo 900 no reza con él.

El problema de la inmoralidad o ilicitud de las condiciones de los artículos 793, 1.º, ó 794, puestas al albaceazgo, sólo surge, pues, si el testador dispone una liberalidad a favor de quien sea albacea (persona indeterminada) o de Fulano (persona determinada) si es albacea. Ahora bien: en ambos casos, la inmoralidad o ilicitud del conjunto existe, ya que la liberalidad puede influir en la decisión de no casarse o de realizar la disposición testamentaria a favor de quien indicó el otro testador, y, por tanto, dándose la *ratio* de las sanciones de los artículos 793, 1.º, ó 794, deben aplicarse éstas. Luego el nombramiento de albacea será puro (793, 1.º) o nulo (794), y la liberalidad se recibirá, desde luego, y sin necesidad de no casarse, si se llega a ser albacea, o, desde luego, no se recibirá, aunque en su testamento el sedicente albacea realice la disposición apetecida por el otro testador.

Por último, son aplicables al albaceazgo los artículos 795, 796 y 798, 2.º. A tenor de los dos primeros: La condición puramente potestativa impuesta al albacea ha de ser cumplida por éste, una vez enterado de ella, después de la muerte del testador; exceptuándose el caso de que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse. La condición casual o mixta, bastará que se cumpla en cualquier tiempo, vivo o muerto el testador, si éste no hubiese dispuesto otra cosa. Si se hubiese cumplido al hacerse el testamento, y el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida, cuando fuere de tal naturaleza que no pueda ya existir o cumplirse de nuevo.

A tenor del tercero: Cuando el interesado en que la condición se cumpla o no, impidiere su cumplimiento (o incumplimiento), sin la culpa o hecho propio del albacea, se

considerará cumplida (o incumplida) la condición. Por ejemplo, si el heredero, deseoso de librarse del albacea nombrado condicionalmente, impide o provoca el hecho puesto como condición suspensiva o resolutoria.

II

NOMBRAMIENTO DE ALBACEA POR UN TERCERO

No hay acuerdo sobre si el nombramiento de albacea puede dejarse al arbitrio de un tercero.

Nuestra doctrina no suele tratar la cuestión concreta, pero los autores que lo hacen se inclinan por la negativa (4), bien sin más, bien apoyándose en que: 1.º «El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero ni hacerse por medio de comisario o mandatario» (artículo 670, 1.º) (5). 2.º. Las palabras del artículo 892 exigen que la designación de albacea se haga por el mismo *testador* (6) y no por un tercero a quien éste faculte (7).

La doctrina extranjera, sobre Derechos análogos al nues-

(4) LACRUZ, pág. 204; SANCHEZ ROMAN, pág. 1.404; ROCA en RIPP, página 225.

(5) LACRUZ, pág. 204; SANCHEZ ROMAN, pág. 1.404.

(6) Ciertamente, la Ley, al referirse al nombramiento del albacea, o a lo que para él pueda disponerse, únicamente contempla el caso de que lo realice el testador (artículos 892, 897, 902 principio, 904, 905, 908, 909). Mas esto no es argumento en sí: 1.º, porque puede decirse contemplado sólo el supuesto normal; 2.º, porque prueba que puede nombrarlo el testador, pero no que sólo pueda nombrarlo éste; quedando el problema en pie para cuando el testador conceda poder a tercero.

(7) MANRESA-OGAYAR, pág. 831. Sin embargo, realmente estos autores autorizan el nombramiento por tercero cuando «recae esta facultad en los herederos; o en el mismo albacea nombrado y autorizado para delegar (artículo 909)».

tro, discrepa respecto a la posibilidad de dejar el nombramiento al arbitrio de tercero (8).

Por último, el B. G. B., *partiendo de concebir el testamento como acto PERSONALÍSIMO* (2.064 y 2.065), dispone, sin embargo, expresamente que «el causante puede encomendar a un tercero la determinación de la persona del ejecutor testamentario».

La determinación se realiza por declaración frente al Tribunal del caudal relicto; la declaración ha de emitirse en forma públicamente autenticada» (2.198, 1.º).

Desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, se puede opinar que el testador puede conferir a otra persona, sea un particular o no (por ejemplo, la autoridad judicial), la facultad, bien de nombrar o no albacea, bien de nombrar a quien estime oportuno: con lo que se puede dejar al arbitrio de tercero, lo mismo la existencia del albaceazgo que el sujeto llamado a desempeñarlo (9).

Tal opinión se apoya en los siguientes argumentos:

1.º El principio de que el testamento es un acto personalísimo, tal como debe ser entendido, es perfectamente compatible con la tesis que defendida, pues se trata de que se persigue evitar que las *liberalidades* (institución de *sucesores*) puedan no ser dispuestas por el propio testador, por

(8) Por la negativa: CUNHA, págs. 204 y 205; BUTERA, pág. 405; NATOLI, pág. 337. Por la afirmativa: LOSANA, pág. 405, núm. 1.038; AZZARTI y MARTINEZ, pág. 545, núm. 309; MANCA, pág. 628; GANGI, págs. 538 y 539; D'AVANZO, pág. 940.

(9) Las razones que se exponen a continuación apoyan que se pueda dejar al arbitrio de tercero quien haya de ser albacea; pero queda justificada también la otra tesis —dejar al arbitrio de tercero la existencia del albaceazgo— puesto que imponiendo el nombramiento de un albacea, cuya designación se concede al tercero, se excluye la ejecución del testamento por los herederos (art. 911) o por albacea dativo, mientras que autorizando a nombrar o no albacea, lo único que se hace es dejar más libertad al tercero para que elija quiénes han de ejecutar el testamento: si los herederos o el albacea.

el evidente peligro que aquéllo encierra, peligro que desaparece si se trata no de designar sucesor, sino albacea (10).

El espíritu del artículo 670 es algo más reducido que su letra; tal artículo fué dictado para excluir el antiguo testamento por comisario (como se desprende, además, de la parte final de su primer párrafo), que disponía de los bienes del *de cuius*; y que se persigue excluir esto, lo prueba el párrafo segundo del mismo artículo, que nos da la medida justa del espíritu del primero; dicho párrafo segundo («Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la SUBSISTENCIA del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente») muestra que no se puede dejar al arbitrio de tercero la *subsistencia* de las disposiciones que no se pueden encomendar a tercero: disposiciones sobre la *sucesión* en los bienes; precisamente ese párrafo segundo está dictado con la mira de que el primero no resultase burlado, dejando al arbitrio del tercero, no la disposición, pero sí su *subsistencia*; lo cual prueba que un párrafo y el otro abarcan las mismas disposiciones.

Sin embargo, la *expresión* de la ley parece contundente en contra de la tesis que se defiende: «El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación *en todo o en parte* al arbitrio de un tercero».

Mas tal expresión pierde mucha contundencia si se piensa que ese todo o parte (el nombramiento de albacea es normalmente, por realizarse con otras disposiciones, *parte* del testamento, y ya se comprende que la *letra* de la ley no deja al tercero ni siquiera el poder de hacer *parte* del mismo) del *testamento*, que no se puede hacer por otro, son el todo o parte del *testamento* que se acaba de definir tres artículos antes como «acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de TODOS sus *bienes* o de PARTE de

(10) No podría quedar también al arbitrio del tercero disponer de bienes a favor del albacea, ni tampoco designar a quien, por ser albacea, habría de recibir lo que hubiese dejado el testador al que lo fuese. Esas disposiciones de bienes deben ser nulas.

ellos» (artículo 667). Además, si se pretende aplicar absolutamente el espíritu que cabe en la amplia letra del artículo 670, 1.º, pronto es fácil advertir, a la vista de las disposiciones *mortis causa* que pueden hacerse en el testamento (11), lo inaceptable de la interpretación amplia que se ataca, que impediría dejar al arbitrio de otras personas cosas a que ni en la práctica se extiende la prohibición ni sería razonable extenderla (piénsese en funerales, enterramientos, publicación de obras del *de cuius*, etc.).

Por todo ello parece que, tratándose de disposiciones diferentes a herencia y legado, para ver si es posible encomendar a un tercero que las haga por nosotros, habría que —con omisión del artículo 670— examinar caso por caso la naturaleza de aquéllas y sopesar los argumentos posibles a favor o en contra, para concluir si el tercero puede o no tener intervención.

La compatibilidad del carácter personalísimo del testamento (tal como ese carácter debe entenderse) con la designación de albacea por un tercero, al que autorice para ello el testador, la prueba el B. G. B., admitiendo, como se ha visto, tal compatibilidad (12); y la correcta inteligencia de la exclusión absoluta de la intervención de terceros la prueban artículos como los 834 y 835 del Código italiano de 1865 y el 631 del de 1942, en los que dicha exclusión se refiere específicamente —como en el espíritu de nuestro artículo 670, 1.º, corroborado por su párrafo segundo— a la herencia o legado.

2.º La delegabilidad del albaceazgo (art. 909).

Este es el mejor argumento en pro de que el testador pueda autorizar el nombramiento de albacea por un tercero, como puede autorizar a un tercero —el albacea— para que nombre otro *albacea*, que, al fin y al cabo, en la parte que importa, esto es delegar el *cargo* (obsérvese bien, el *cargo*, y no sólo sus *funciones*).

(11) Cfr. GIAMPICCOLO, págs. 10 y sigs.

(12) Siempre puede, no obstante, argüirse que se trata de una excepción admisible sólo si la establece la ley.

Indudablemente esa delegalidad presta un apoyo decisivo a la interpretación (que se mantiene del artículo 670, y la misma ha bastado a la doctrina italiana (13) para defender, por analogía, la posibilidad del albacea nombrado por un tercero sobre la base de que lo autorice el testador, siendo de advertir que el artículo 700 del vigente Código italiano es aún menos radical que nuestro 909, pues permite sólo la sustitución del albacea («delegar el cargo», de nuestro Código) cuando éste *no pueda* continuar en tal cargo, mientras que nuestro susodicho artículo la permite *siempre*.

Claro está que hay diferencia entre *nombramiento* de albacea hecho por un *tercero*, y *delegación* del cargo verificada por el ya *albacea*. En primer término, el que delega es un albacea, y el tercero, no (aunque *podiese* serlo: nombramiento —no delegación— de albacea hecho por otro albacea; sobre esto se volverá después). En segundo término, en un caso hay atribución a un sujeto —albacea— de *facultades* y del poder de *transferirlas* —delegarlas—; mientras que en el otro hay sólo atribución a un sujeto —el tercero— de la facultad de designar a otro —albacea—. Pero esas diferencias entre delegación y nombramiento por tercero, sólo demuestran que éste no es el acogido en el artículo 909; mas en este artículo, que permite *transferir* a otro las facultades concedidas por el testador (delegación), no cabe duda que puede basarse el *conferir* a otro las facultades fijadas por aquél, pues en la *esencia de adquirirlas por el nombrado* (que es lo que importa al argumento de analogía), lo mismo da que antes las tuviese otro que no.

Eso parece que justifica, desde luego, la posibilidad del nombramiento de albacea dejado al arbitrio de tercero.

(13) Véase nota 8. Como dice GANGI —pág. 538—: «Si se admite que el testador pueda autorizar al ejecutor nombrado por él para nombrar otro ejecutor en sustitución, cuando no pueda continuar en el cargo, debe considerarse igualmente admitido que el testador pueda, desde luego, dejar al arbitrio de un tercero la designación de la persona del ejecutor». O, como afirma MANCA —pág. 628—: «En uno y otro caso es siempre la voluntad del testador la que inviste a otro de un encargo de confianza, y no hay razón para que no deba ser respetada».

3.º Prácticamente, el testador, puede, en todo caso, otorgar a un tercero el poder de nombrar albacea, nombrando albacea a este tercero; como puede remitir al juez la designación cuando, sin nombrar él albacea, excluya que la ejecución del testamento corresponda a los herederos (art. 911), en cuyo caso procederá el nombramiento de albacea dativo. Ciertamente se puede objetar que en aquel caso ya hay un albacea, y que se trata de ver si el tercero puede no ser albacea. Mas, ante esto, hay que entender que si todo va a depender del nombre —*flatus vocis*—, la cuestión desaparece, porque entonces (admitiendo por analogía del artículo 909 el poder de que un albacea nombre a otro) bastaría decir que el tercero no puede menos de ser albacea, aunque no se le denomine así, porque el encargarlo del nombramiento de otro es hacerlo albacea particular (art. 894, 1.º).

4.º La Dirección General de los Registros ha admitido la posibilidad de que se nombren albaceas con la facultad de proponer al juez el nombramiento de otra persona que, con el carácter de albacea dativo, desempeñe el cargo con los nombrados por el testador (Res. de 16 de mayo de 1903). Se trata, pues, no de *delegación* (14), sino de proponer el nombramiento de albacea una persona que no es el testador.

5.º La designación de albacea por un tercero puede ser en algunos casos útil o necesaria, dada la naturaleza de las disposiciones testamentarias que se trate de cumplir: piénsese en aquellas que interesen a la Historia, literatura, arte, investigaciones científicas, etc., para las que tal designación, en ciertos casos, nadie mejor que terceros (particularmente entidades especialistas) pueden llevarla a cabo (15).

6.º La voluntad del testador debe regir la situación que provoca su muerte, salvo los límites puestos por la ley,

(14) ROCA —en KIPP, pág. 225— entiende, por el contrario, que el poder de delegar ha de entenderse en el sentido de poder designar el albacea quién le suceda totalmente en el cargo, pero no de poder designar albaceas auxiliares, sin perjuicio de, desde luego, encomendar, si se quiere, a otros la ejecución o realización de determinadas gestiones o actos.

(15) Cfr. MANCA, pág. 628; GANGI, pág. 539.

límites que faltan en lo que atañe a la exclusión de la designación de albacea por el tercero, pues ya hemos visto que el artículo 670 afecta al nombramiento de heredero y legatario.

En definitiva, el testador puede dejar al arbitrio de tercero el nombramiento de albacea o la subsistencia del nombrado (16); el tercero lo mismo puede o no ser un particular (por ejemplo, la autoridad judicial), y, en aquel caso, no sólo el heredero u otro albacea (17), sino cualquier otra persona. Además, es obvio que pudiendo dejar, sin más, el nombramiento al arbitrio de tercero, pueda limitar ese arbitrio (determinación de forma en la que ha de nombrarse, o plazo para ello, o sujetos elegibles, etc.).

El sujeto designado debe ser capaz a tenor del artículo 893 (18).

La forma de designarlo, salvo voluntad contraria del

(16) Piénsese que esto sería condición resolutoria. Por ejemplo: sea albacea A hasta que lo decida B, o hasta que B lo decida, siempre que pruebe que A hizo tal o cual cosa; en cuyo supuesto no se deja la subsistencia al mero arbitrio de B.

(17) Como creen MANRESA-OGAYAR, pág. 831. Téngase, además, en cuenta que si no fuera admisible dejar el nombramiento de albacea al arbitrio de tercero, precisamente sería más aceptable cualquier otra excepción a la regla, que la hecha a favor de los herederos, por ser quienes normalmente podrían tener intereses contrapuestos a los que defendiese el albacea, cosa que podría influir peligrosamente en la elección.

(18) En cuanto a la capacidad que deba tener el tercero, puede pensarse que haya de ser la precisa para el albaceazgo; pero, si se medita más profundamente, se observa que aquella se exige al albacea por razón de las obligaciones que contrae, de la eventual responsabilidad en que puede incurrir y de los actos que en el ejercicio del cargo deba realizar; por todo lo cual, no hay motivo para exigir la misma a quien nada de esto afecta, sino que sólo elige a un sujeto para el desempeño de dicho cargo. Bastaría, pues, que el tercero tuviese capacidad para testar (art. 663), edad en la que él mismo podría nombrar albacea para sí. No obstante estas razones, si se entiende que el poder de nombrar albacea al tercero, éste habrá de tener la capacidad necesaria para serlo.

testador, puede ser cualquiera (19). En cuanto al plazo dentro del cual debe hacerse el nombramiento, si no se ha marcado o se deduce otra cosa del fin perseguido, es pensable aplicar por analogía varias normas —artículos 904, 1.005, 1.128—, pero, habida cuenta de que la misión del tercero es facilitar un nombramiento en el que el interesado se le urge la aceptación, parece más acertado conceder a dicho tercero el plazo de seis días que marca el artículo 898, a partir de que tenga noticia del encargo que se le confirió, o bien que la tenga de la muerte del testador, si lo conocía desde antes. Si el nombramiento se defirió a la autoridad judicial, puede seguirse el sistema de nombramiento de albaceas dativos.

Si, de cualquier manera, el nombramiento no se realiza válidamente, siempre es posible, en tiempo hábil, realizar otro debidamente; mas si el tercero no acepta nombrar o después no quiere o no puede hacerlo, la ejecución del testamento se confiará a los herederos o a quien proceda (albacea sustituto, albacea dativo).

Al tercero que no nombra albacea, si se le confirió el encargo de que lo nombrase (caso distinto al de concederle el poder de nombrarlo o no, a su discreción), le son aplicables, por analogía, las normas referentes al albacea que no acepta el cargo (art. 900).

Aún suponiendo que se designe albacea por el tercero, no ya negligentemente sino de mala fe, a falta de límites puestos por el testador de una u otra forma (por ejemplo, bajo forma de condición resolutoria para la cesación en el cargo del albacea nombrado), no queda otro camino para poner fin a la gestión que el de la remoción, cuando es posible.

MANUEL ALBALADEJO
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL

(19) No hay que nombrarlo en testamento, porque tal exigencia se entiende para el albacea nombrado por el testador, y, cuando éste conceda a un tercero el poder de nombrarlo, es dicha concesión la que ha de hacerse en testamento. El tercero no ha de designar al albacea de una forma determinada, lo mismo que el albacea que delega el cargo —art. 909— tampoco ha de delegarlo así

LISTA DE AUTORES

- AZZARITI Y MARTINEZ: Sucesiones a causa de muerte e donaciones, 2.^a ed., Padova, 1948.
- BARASSI: Le successioni per causa di morte, 3.^a ed. Milano, 1947.
- BUTERA: Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni, Torino, 1940.
- CASTAÑ: Derecho Civil, I, 2.^o, 8.^a ed. 1952, y IV, 5.^a ed. Madrid, 1912. Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales, Madrid, 1954.
- COVIELLO, NICOLA: Delle successioni, Parte General, 4.^a ed. Nápoles, 1935.
- CUNHA: Tratado de Direito civil, vol. X, Coimbra 1936.
- D'AVANZO: Delle successioni, Firenze, 1941.
- DE DIEGO: Instituciones de Derecho Civil español, III, Madrid 1932.
- DEGNI: Lezioni di Diritto civile. La successione a causa di morte, IV, Padova, 1937.
- FILOMUSI GUELFI: Diritto ereditario, I. Roma, 1909.
- GANGI: La successione testamentaria, II, 2.^a ed. Milano, 1952.
- GARCIA VALDECASAS, Guillermo: De nuevo sobre la adquisición de la herencia en R. D. P., 1951, págs. 991 y sgs.
- GIAMPICCOLO: Il contenuto atípico del testamento, Milano, 1954.
- GITRAMA: La administración de la herencia en el Derecho español, Madrid, 1950.
- LACRUZ: Anotaciones a la traducción del Derecho de sucesiones, de Binder, Barcelona, 1955.
- LOSANA: «Sucesiones testamentarie» en Digesto italiano, XXI, 4.^a parte.
- MANCA: en D'Amelio, Comm. al C. C. Libro delle sac. e delle donazioni, Firenze, 1941.
- MANRESA-OGAYAR: Comentarios al C. c. VI, 7.^a ed., 1951.
- NATOLI: L'amministrazione dei beni ereditari, I, Milán, 1917.
- RADAEELLI: L'eredita giacente, Milán, 1918.
- ROCA: Anotaciones a la traducción de Kipp (salvo indicación las citas se refieren al volumen segundo).
- RUGGIERO-MAROY: Istituzioni di Diritto privato, 8.^a ed., Milán, 1950.
- SANCHEZ ROMAN: Estudios, VI, 2.^o, 2.^a ed.
- TRAVIESAS: «Sobre derecho hereditario», en R. D. P., 1921, págs. 1 y sgs.