

Dr. Juan Larrea Holguín

1. Concepto

La ejecución y pleno cumplimiento de la voluntad del testador, dentro de las exigencias legales, se encargan naturalmente a los propios herederos, pero puede haber uno de ellos u otra persona que sin ser heredero, reciba la especial misión de velar por la ejecución de lo dispuesto en el testamento; el albaceazgo es la institución destinada a asegurar el cumplimiento de lo ordenado en la última voluntad del causante.

Las convicciones religiosas, el honor, el sentido de la dignidad y permanencia de la familia, constituyen valores morales que inclinan a respetar la voluntad del predecesor y el Derecho añade la firmeza jurídica a esas disposiciones, velando además porque se realice todo dentro del marco legal, sin perjuicios injustos para propios ni extraños.

Ya en el Derecho Romano surgieron modalidades de venta o "mancipacio" de los bienes del testador a una persona que quedaba así investida del dominio para ejecutar la voluntad del causante. También en los pueblos germánicos, que consideraban la herencia como una especie de patrimonio familiar, colectivo, la elección del nuevo cabeza de familia implicaba la obligación de velar por el cumplimiento de la voluntad del predecesor. Estas antiguas instituciones han originado en el Derecho de Occidente el albaceazgo, con las varias modalidades que se asume en los distintos sistemas jurídicos.

Actualmente el ordenamiento legal inglés da un mayor relieve al albacea, quien administra con amplios poderes los bienes sucesorios hasta la liquidación de las cargas y deudas, el pago de los legados y la entrega de lo que corresponde a cada heredero; éstos no reciben directamente los bienes del causante, sino a través del albacea que goza de amplias facultades. En grado algo menor, el derecho alemán sigue esta misma inspiración, y en América, sucede lo propio en México.

En cambio, el Derecho francés, español e italiano, que han influido tanto en nuestro continente, y como consecuencia, en estas naciones latinas

de América, la figura del albacea presenta menor importancia por sus más limitadas atribuciones; se considera más bien como un ejecutor testamentario que ante todo ha de garantizar la conservación de los bienes, aunque pueda en ciertos casos asumir otras facultades administrativas y aún de disposición, como veremos más adelante.

Dada la evolución que parte de esas dos fuentes del Derecho Romano y del Germánico, la figura del albacea se presenta un tanto ambigua y da origen a varias interpretaciones en cuanto a su naturaleza.

Para algunos, el albaceazgo constituye un encargo fiduciario y llegan algunos a decir que es legado fiduciario, lo cual se acepta en nuestro Código no para el albacea común y corriente, sino para el caso especial de los albaceas fiduciarios, tratado en el Título IX del libro III.

También se ha querido ver en el albacea un madatario del testador, que recibe poder para ejercerlo después de la muerte del causante. Algunos artículos del Código Civil dan pie para aceptar esta teoría y la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido ajena a ella, como se señalará oportunamente.

Hay una innegable proximidad de la institución del albaceazgo con la de la curaduría de bienes, e incluso no faltan referencias del Título VII "De los Ejecutores Testamentarios", a diversos artículos que tratan de las tutelas y curadurías, en el Libro 1.

La intervención conjunta del albacea con los herederos y con el curador de la herencia yacente, pone especiales límites a las facultades del ejecutor testamentario y configuran esta institución como algo "De los Ejecutores Testamentarios", a diversos artículos que tratan de las tutelas y curadurías, en el Libro 1.

La intervención conjunta del albacea con los herederos y con el curador de la herencia yacente, pone especiales límites a las facultades del ejecutor testamentario y configuran esta institución como algo "sui generis", que no puede asimilarse plenamente ni al legatario fiducial, ni al mandatario, ni al guardador, ni mucho menos a un funcionario público. Es preciso, pues, estudiar los textos legales sobre el albaceazgo sin el prejuicio de querer equiparar el albacea a ninguna de esas otras funciones jurídicas.

El artículo 1326 define así: "Ejecutores testamentarios o albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones". En las normas que siguen, precisa las facultades del albacea y sus limitaciones, que terminan de configurar exactamente lo que realmente es. Indudablemente, no sólo ejecuta la voluntad del testador, sino que resguarda el cumplimiento del derecho y protege los intereses aún de terceras personas, como son los acreedores.

Menos cercanos a nuestro derecho son los conceptos de quienes ven en el albacea una especie de fiscal o funcionario judicial que da solemnidad a los actos de apertura y conservación de la herencia, pago de las deudas y entrega de los bienes a los destinatarios.

El artículo 1316 completa el concepto del anterior, indicando que: "No habiendo el testador nombrado albacea, o faltando el nombrado, el encargo de hacer ejecutar las disposiciones del testador pertenece a los herederos".¹ Como es obvio, en la sucesión intestada no hay albacea y se aplica lo dicho en este artículo. Igualmente, cuando el nombramiento ha sido anulado, o bien el albacea ha muerto, se ha incapacitado o renuncia a ejercer sus funciones. Puede el testador prever estos casos y nombrar uno o más sustitutos.

Hay, por tanto, un común interés entre los herederos y el albacea: todos responden por la ejecución del testamento, y, algunas de las funciones del segundo, solamente pueden ejercerse de común acuerdo o contando con los herederos. Este objetivo común ha de inspirar la interpretación de la ley, que ciertamente presenta algunos vacíos u oscuridades, pero que se aclaran tomando en cuenta la finalidad de la institución.

Para el ejercicio de sus atribuciones, el albacea puede y debe intervenir en las medidas de seguridad iniciales y en la formación del inventario; después, administrará los bienes, con el objetivo de liquidar el patrimonio, pagando las deudas, cumpliendo los legados y demás cargas, y finalmente entregará los bienes a los herederos. Esto último, generalmente, cuando ya se haya verificado la partición, si son varios.

El albacea recibe los bienes que debe administrar, a medida que se haga el inventario, y de este modo, se tiene la base para las cuentas y para establecer su responsabilidad. ²

² Gaceta Judicial, Serie III, N° 85, p. 1919

Si ningún heredero ha aceptado la herencia y han transcurrido quince días, y no hay tampoco albacea que haya aceptado el cargo, se declarará la herencia yacente (art. 1285).

La actuación del albacea, de cualquier manera, resulta transitoria y sus poderes quedan limitados por la actuación de los herederos. Si éstos litigan entre sí sobre la cuota que les corresponde, el albacea no está obligado a entregar esa cuota litigiosa, sino una vez que se ejecutorie la sentencia que resuelva la controversia.³

2. Capacidad para ser albacea.

El artículo 1317 categóricamente, excluye del albaceazgo a los menores de edad y a los que no pueden ejercer una tutela o curaduría, remitiéndose a los artículos 536 y 537. Evita pues, el Código, decir directamente que los incapaces no pueden ser albaceas, pero la enumeración de los referidos artículos comprende a los diversos casos de incapacidad legal y aún a otras personas, como los ciegos y los mudos, que aunque con capacidad general, no la tienen especial para las guardas ni para el albaceazgo.

La analogía de las dos instituciones -guarda y albaceazgo- aparece con toda evidencia en este artículo en el que se remite a los requisitos para ser tutor o curador, como aplicables al ejecutor testamentario.

El artículo 536 declara incapaces para toda tutela o curaduría a los que carecen de la capacidad jurídica, y además a otras personas menos idóneas para desempeñar un cargo de confianza, por defectos físicos o morales, como los ciegos, los mudos, los que no tienen domicilio en la República, los de mala conducta notoria, etc.; ninguno de ellos puede ser albacea. No examinamos en este punto con detalle dichas incapacidades, porque ya se habló de ellas en el Tomo IV de esta obra.

En el artículo 537 se establece la incapacidad para las guardas de una serie de personas por razón de su profesión o cargo, que se consideran demasiado absorbentes e importantes de modo que no tendrían la posibilidad de dedicarse de manera competente al cumplimiento del albaceazgo, tales son los miembros de la Fuerza Pública, los diplomáticos o cónsules acreditados en el exterior y otros en situaciones semejantes.

³ Gaceta Judicial, Serie II, N° 65.

No están comprendidos en estas incapacidades especiales los eclesiásticos, pero el artículo 1029 prohíbe al confesor del causante recibir herencia "ni como albacea fiduciario"; es decir que esta limitación se refiere al provecho personal que podría sacar el confesor como heredero, bajo la apariencia de recibir un legado de confianza en favor de otra persona o institución; no es incapaz de ser albacea, sino de "recibir herencia".

Lo mismo que sucede respecto de los guardadores, el albacea cesa en su cargo, si sobreviene una causa de incapacidad, como expresamente dispone el artículo 1328: "La incapacidad superviniente pone fin al albaceazgo".

3. Obligatoriedad del cargo de albacea.

"El albacea nombrado puede rechazar libremente el cargo" diciendo el Art. 1320; pero da una falsa impresión de absoluta libertad, ya que agrega en el siguiente inciso: "Si lo rechazare sin probar inconveniente grave, se hará indigno de suceder al testador, con arreglo al artículo 1035, inciso segundo".

De suerte que existe una severa sanción civil para el que se excusa sin "inconveniente grave" el cual debe ser probado por él mismo. Por tanto, podemos decir más bien, que el ejercicio del albaceazgo resulta obligatorio, en principio, y que sólo por excepción se permite excusarse.

El artículo 1035 a su vez, dice: "Son indignos de suceder el tutor o curador que, nombrados por el testador se excusaren sin causa legítima; y, el albacea que, nombrado por el testador, se excusare sin probar inconveniente grave". Hay cierta diferencia: los guardadores sólo pueden excusarse por las causas expresamente señaladas en la ley; mientras que el albacea, debe probar "inconveniente grave", que no se precisa o enumera en qué casos sea admisible y queda al criterio del juez el aceptarlo o no aceptarlo.

En todo caso, el llamado al ejercicio de este cargo civil, debe aceptarlo o excusarse, y para esto el juez le dará plazo razonable. Dice el artículo 1319 "El juez, a instancia de cualquiera de los interesados en la sucesión, señalará un plazo razonable dentro del cual comparezca el albacea a ejercer su cargo, o a excusarse de servirlo, y podrá el juez, en caso necesario, ampliar por una sola vez el plazo.

No vemos inconvenientes para que aún el mismo albacea se dirija pidiendo al juez este plazo, ya que él en cierto modo es también un "interesado en la herencia", aunque no tenga parte de ella.

Si la ley es estricta en conceder este plazo dentro del cual ha de decidir si acepta o no el cargo, se puede deducir que, una vez aceptado no puede excusarse, si no sobreviene una causa realmente grave, del mismo modo que no puede excusarse sin grave inconveniente. Más grave resultaría para los herederos, legatarios y acreedor una renuncia extemporánea e injustificable. Dada la analogía existente con los guardadores, se confirma esta conclusión.

Sin embargo, el Código no sanciona siempre con la indignidad para heredar al albacea que se excusa después de haber aceptado, sino que, le trata con menos rigor: únicamente perderá la parte proporcional de la remuneración por su trabajo, si hay un motivo aceptable para la renuncia, como en el caso de los mandatarios. Dice el artículo 1321: "Aceptando expresa o tácitamente el cargo, está obligado a evacuarlo, excepto en los casos en que es lícito al mandatario exonerarse del suyo. La dimisión del cargo, con causa legítima le priva sólo de una parte proporcional de la asignación que se le haya hecho en recompensa de servicio".

Ahora bien, este artículo no considera la otra hipótesis posible: que la renuncia después de haber aceptado, carezca de fundamento legal, no se base en una causa como la que permite que un mandatario renuncie el suyo. Parece que habría que aplicar a este caso lo dicho en el artículo 1320, que aunque parece referirse solamente al momento inicial, nada impide que se entienda también del que rechaza el cargo después de haberlo comenzado a ejercer.

Evidentemente, la ley quiere proteger a los herederos y demás interesados en la herencia, dando la mayor continuidad posible al trabajo del executor testamentario, por esto, el art. 2101, prevé las situaciones en que llega a faltar el albacea por incapacidad o por muerte, y dispone que los sucesores suyos tomen las medidas urgentes para evitar daños o perjuicios: "Si fallece o se vuelve incapaz el mandatario, los herederos darán aviso al mandante y harán en favor de éste lo que puedan y las circunstancias exijan. La omisión los hará responsables de los perjuicios. A igual responsabilidad estarán sujetos los albaceas...".

La sanción por la no aceptación sin motivo grave, o por la renuncia sin motivo grave, consiste en la indignidad para heredar al testador;

sanción indudablemente severa ya que puede implicar notable perjuicio económico y entraña cierto carácter deshonroso, como indica el mismo nombre de indigno.

La jurisprudencia ha precisado que esta severa medida de la indignidad se refiere únicamente a lo que habría recibido el albacea por el testamento en el cual fue nombrado, pero no a lo que tenga derecho en la sucesión intestada. Una sentencia de la Corte dice que el albacea heredero, que propuso y obtuvo la anulación del testamento que le nombrara albacea no se ha excusado, ni equivale esta conducta a una excusa sin fundamento, ni le somete a la sanción de indignidad, pudiendo muy bien suceder al mismo causante por la sucesión intestada.⁴

El cargo no es transmisible ni delegable a los herederos del albacea, como dice el artículo 1322. Si dichos herederos pueden y deben tomar las medidas urgentes, en beneficio de los herederos, lo harán como agentes oficiosos, y tienen la obligación de avisar cuanto antes, para que se remedie la situación creada por la muerte del albacea.

El carácter indelegable, se acentúa en el artículo 1323 que admite sólo una excepción: "El albaceazgo es indelegable, a menos que el testador haya concedido expresamente la facultad de delegarlo.- El albacea, sin embargo, podrá constituir mandatarios que obren a sus órdenes; pero será responsable de las operaciones de éstos." -

Los mandatarios del albacea, no lo reemplazan, sino que actúan como instrumento o ministros suyos; el albacea puede valerse de ellos para ejecutar su cargo y no para desvincularse de él; por esto, la ley dice que conserva toda la responsabilidad.

4. Atribuciones de los albaceas.

Primeramente conviene advertir que el Código admite la pluralidad de albaceas y dispone que si son varios, son solidariamente responsables, de donde se deduce que deben actuar de consuno, del mismo modo que está previsto para el caso de múltiples guardadores. El artículo 1324 se refiere a esta solidaridad y no menciona directamente la actuación conjunta, pero el siguiente artículo prevé la división de atribuciones por parte del juez, y luego, el artículo 1326 de modo directo

⁴ Gaceta Judicial, Serie V, N° 62, p. 1359. Sentencia del 13 de mayo de 1932.

indica que los albaceas han de obrar de consuno, salvo dicha división de atribuciones, que puede ser ordenada por el juez o el mismo testador. Habría sido preferible el orden inverso; señalar primero la obligación de obrar de consuno, salvo los casos de división ordenada por el testador o el juez, y luego la consecuencia de la responsabilidad solidaria como regla general, salvo las excepciones. He aquí los mencionados artículos:

"Art. 1324.- Siendo muchos los albaceas, todos son solidariamente responsables, a menos que el testador lo haya exonerado de la solidaridad, o que el mismo testador o el juez haya dividido sus atribuciones, y cada uno se ciña a las que le incumben".

"Art. 1325.- El juez podrá dividir las atribuciones, en ventaja de la administración y a pedimento de cualquiera de los albaceas o de los interesados en la sucesión."

"Art. 1326.- Habiendo dos o más albaceas con atribuciones comunes, todos obrarán de consuno, de la misma manera que se previene para los tutores en el art. 456.- El juez dirimirá las discordias que se suscitaren entre ellos.- El testador podrá autorizarlos para obrar separadamente; pero por esta sola autorización no se entenderá que los exonera de la responsabilidad."

Queda muy claro que el testador puede nombrar uno o varios albaceas y que si designa más de uno le queda la opción de imponerles una administración conjunta o bien puede separarla dedicando a cada uno una parte de los bienes que deba administrar. Si les designa para una administración separada, cada uno responderá de la suya, en los demás casos, responderán solidariamente. Cuando el testador simplemente les autoriza para dividirse la administración, los albaceas siguen siendo solidariamente responsables y se requerirá una expresa exoneración por parte del testador, para que se circunscriba la responsabilidad de cada uno a su propia administración. También se elimina la responsabilidad solidaria cuando el juez divide entre los albaceas la administración.

Señalada esta distinción, la ley continúa enumerando las atribuciones del albacea o albaceas, que se dirigen fundamentalmente a conservar los bienes con las debidas seguridades, pagar las deudas y satisfacer los legados, realizar las ventas necesarias, intervenir en juicios, y finalmente, entregar los bienes restantes a los herederos, según su respectivo derecho.

Conservación y seguridades. El artículo 1327 dispone: "Toca al albacea velar sobre la seguridad de los bienes; hacer que se guarden bajo llave y sello el dinero, muebles o papeles, mientras no haya inventario solemne; y cuidar de que se proceda a este inventario, con citación de los herederos y de los demás interesados en la sucesión; salvo que, siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes, determinen unánimemente que no se haga inventario solemne."

También el artículo 1300 establece que el albacea tiene derecho de asistir al inventario, y debe entenderse tanto para el caso de que él lo haya solicitado, como cuando hayan sido los herederos u otro interesado quienes lo pidieron.

La guarda bajo llave y sello, se entiende también con la salvedad de que los herederos estén conformes en no hacerlo o hayan confiado la tenencia de los dineros, papeles, etc. al mismo albacea o a uno de los herederos. Ya hemos considerado el artículo 1276 que exonera de esta guarda bajo llave y sello a los muebles domésticos de uso cotidiano, pero ordena que se haga una lista de ellos. De tal forma, se asegura cuáles son los bienes que forman parte de la sucesión y de los cuales tendrá que responder el albacea, si quedan bajo su tenencia.

La jurisprudencia de la Corte acusa fluctuación en cuanto a la obligatoriedad de hacer el inventario solemne: una sentencia declara que atenta la naturaleza del cargo, el albacea tiene derecho de solicitar el inventario como parte, en cualquier estado de juicio, sin limitación alguna. ⁵ Otra sentencia, en cambio, dice que siendo los herederos capaces, pueden renunciar al beneficio de inventario y el albacea no puede oponerse a esto ni exigir que se haga lo que la ley establece a favor de los herederos. ⁶ Esta segunda parece más ajustada al texto de la ley y a su espíritu, que quiere garantizar a los interesados en la sucesión, pero les permite renunciar a ciertas seguridades puestas en su favor.

En cuanto a la prescindencia de la fijación de sellos, otra sentencia de la Corte dice que se procederá "a menos que los herederos se hayan opuesto oportunamente a esas diligencias, exonerando al albacea de dicha obligación". ⁷

⁵ Sentencia del 2 de diciembre de 1937. Gaceta Judicial, Serie V, N° 145, p. 3557.

⁶ Gaceta Judicial Serie II, N° 72, p. 576.

⁷ Gaceta Judicial, Serie III, N° 143, p. 2379.

Los bienes de la sucesión deben quedar claramente bajo la responsabilidad de alguien, en todo momento. Si al albacea se le ha conferido en el testamento la tenencia de bienes, a él le corresponde el guardarlos desde el instante de la muerte del causante. A falta de esta atribución, la tenencia corresponde a los herederos, y si son varios o aún no han aceptado, habría lugar a que el albacea tome la tenencia aún sin haber recibido ese encargo preciso de parte del testador, y, finalmente, si ni siquiera el albacea ha aceptado aún su cargo, se deberá nombrar un depositario que momentáneamente responda por los bienes hasta la aceptación de unos u otros llamados a dicha tenencia. En este sentido tenemos una sentencia de la Corte Suprema: solamente puede nombrarse depositario si el albacea aún no ha tomado posesión, ni han aceptado la herencia los herederos.⁸

Habiendo nombrado el testador albacea con tenencia de bienes, no es aplicable el artículo 653 del Código de Procedimiento Civil que ordena entregar al último heredero, si es capaz, los bienes y papeles que se encontraren en la sucesión.⁹

Cuando el testamento contiene legados a favor de obras piadosas o de caridad, el Ordinario del lugar -generalmente será un Obispo, puede solicitar las providencias judiciales necesarias para que se cumplan los legados, conforme dispone el artículo 1334. Una sentencia declara que el ordinario, sin embargo, no es necesariamente parte en el juicio.¹⁰

Pero nada impide, sobre todo después del Modus Vivendi de 1937, para que el ordinario actúe también como parte, si tiene interés en la sucesión, sea a título personal o como representante legal de las instituciones a favor de las cuales se hayan hechos tales legados o para el cumplimiento de las finalidades indicadas en el testamento.

Así como el albacea debe tomar las medidas cautelares normales, también los herederos y demás interesados pueden exigirle las debidas seguridades, como lo establece el artículo 1340: "Los herederos o fideicomisarios, en el caso de justo temor sobre la seguridad de los bienes de que fuere tenedor el albacea, y a que respectivamente tuvieren derecho

8 1a. Sala. Mosquera-Jara. Gaceta Judicial Serie XII, N° 13, p. 2830.

9 2a. Sala 12 de septiembre de 1969. Gaceta Judicial Serie XI, N° 7, p. 953.

10 Gaceta Judicial Serie II, N° 50. p. 400.

actual o eventual, podrán pedir que se exijan las debidas seguridades." Deberá pues, el juez, determinar si hay lugar a estas especiales garantías exigidas al ejecutor testamentario.

El artículo 1328 dispone: "Todo albacea estará obligado a dar noticia de la apertura de la sucesión por avisos públicos en el periódico del cantón, si lo hubiere, o no habiéndolo, en carteles que se fijarán en tres de los parajes más públicos de la ciudad cabecera. cuidará de que se cite a los acreedores por edictos que se publicarán de la misma manera".

Así el albacea facilita la intervención de cualquier interesado en la sucesión y asegura también el cumplimiento de la voluntad del testador. Ese artículo introduce a los que siguen y que se refieren al pago de las deudas.

Pago de las deudas. El albacea no solamente ha de conservar los bienes hereditarios, sino que debe recaudar los créditos y pagar las deudas, incluidos los legados, dentro de los límites y con las modalidades que señala la ley y cumpliendo lo dispuesto por el testador.

Las deudas pueden ser satisfechas en dos momentos diferentes: antes de la partición o después de ella.

El pago antes de la partición, el albacea debe hacerlo con el concurso de los herederos, lo cual se explica porque dicho pago disminuye toda la masa hereditaria y afecta al derecho de todos los copartícipes; ellos deben consentir, considerando si es o no correcto realizar esos pagos.

Además, hay que considerar que puede haber un orden que deba guardarse, por respeto a los privilegios o prelación de créditos y, al no observarse estas normas, se gravaría más a los herederos.

Así dispone el artículo 1331 que: "El albacea encargado de pagar las deudas hereditarias, lo hará precisamente con intervención de los herederos presentes, o del curador de la herencia yacente, en su caso. "Y se desprende lógicamente que, si no ha recibido ese preciso encargo de pagar las deudas, no deberá hacerlo. Los acreedores deben dirigirse para cobrar lo suyo, a los herederos, y estos pueden hacerlo, aunque exista albacea encargado de hacer los pagos.

Dice el artículo 1332: "Aunque el testador haya encomendado al albacea el pago de las deudas, los acreedores tendrán siempre expedita su acción contra los herederos, si el albacea estuviere en mora de pagar."

El testador puede haber encargado, igualmente, al albacea, recibir el pago de lo que le deban al causante, tal como dispone el artículo 1622.

También respecto de los legados hay que distinguir los que gravan todo el haber hereditario y los que se hayan impuesto directa y particularmente a un heredero. Aquellos que no deben ser satisfechos por uno de los sucesores en concreto, serán pagados por el albacea, sacando las cosas o dinero necesarios del caudal hereditario en su conjunto, tal como ordena el artículo 1333: "Pagará los legados que no se hayan impuesto a determinado heredero o legatario; para lo cual exigirá a los herederos o al curador de la herencia yacente, el dinero que sea menester y las especies muebles o inmuebles en que consistan los legados, si el testador no le hubiere dejado la tenencia del dinero o de las especies. Los herederos, sin embargo, podrán hacer el pago de dichos legados por sí mismos, y satisfacer al albacea con las respectivas cartas de pago; a menos que el legado consista en una obra o hecho particularmente encomendado al albacea y sometido a su juicio". Como ejemplo de este último supuesto, puede darse el de edificar un mausoleo para sepultura del propio testador o de otra persona.

Si no se han pagado las deudas antes de la partición, será preciso dejar constancia en la misma partición, de cómo se van a satisfacer esas obligaciones, para lo cual, normalmente se destinarán ciertos bienes: una hijuela especial equivalente al monto de las deudas conocidas. Una forma extraordinaria sería la de que tal o cual heredero asuma el pago de determinadas deudas, pero esta fórmula requiere el consentimiento del respectivo acreedor, como es obvio.

El albacea debe, por consiguiente, velar porque se dispongan las cosas de modo que los acreedores o legatarios sean cubiertos en sus créditos. Por esto dispone el artículo 1329; "Sea que el testador haya encomendado o no al albacea el pago de las deudas, estará éste obligado a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficiente para pagar las conocidas."

Si no se ha dado los avisos por la prensa o no se ha establecido esos bienes reservados para pagar las deudas, el albacea, los herederos y los

tutores o curadores, que hayan incumplido tales obligaciones, serán responsables ante los acreedores, es decir, que tendrán que cancelar las deudas con sus propios bienes y no ya con los de la herencia. Así lo ordena el artículo 1330: "La omisión de las diligencias prevenidas en los dos artículos anteriores, hará responsable al albacea de todo perjuicio que ella irroque a los acreedores.- Las mismas obligaciones y responsabilidades recaerán sobre los herederos presentes que tengan la libre administración de sus bienes, o sobre los respectivos tutores o curadores."

Lógicamente, si no se verifica el pago de las deudas de modo voluntario, sea por parte de los herederos o del albacea con la intervención de ellos, los acreedores pueden exigir mediante juicio. La acción debe dirigirse primera y principalmente a los herederos, que son los obligados, pero también puede ser demandado el albacea en ciertos casos, como lo ha precisado la jurisprudencia.

. Durante el plazo (de cuarenta días a un año) que tienen los herederos para deliberar si aceptan o no aceptan la herencia, los acreedores pueden exigir el pago al albacea o al curador de la herencia yacente, según sea el caso, como lo dispone el inciso segundo del artículo 1277.

Una sentencia de la Corte precisa que el albacea, con tenencia de bienes o sin ella, necesita para estar en juicio de la intervención de los herederos o del curador de la herencia yacente.¹¹ De donde se deduce que los acreedores no pueden demandar sólo al albacea, sino que deben dirigir su acción conjuntamente contra los herederos y el albacea, o a falta de herederos que hayan aceptado, contra el curador de la herencia yacente y el albacea.

Pudiera ser que el albacea tampoco haya aceptado aún el cargo, pero si es demandado y contesta la demanda, acepta tácitamente y asume el cargo.¹²

En cuanto a los legatarios, para ellos el testamento constituye un título ejecutivo con el que pueden exigir el cumplimiento de la voluntad del causante y pueden usarlo para demandar al albacea con tenencia de bienes, a falta de herederos que hayan aceptado la herencia; así se re-

11 Gaceta Judicial, Serie I, N° 9.

12 1a. Sala. Sentencia de 29 de julio de 1971. Gaceta Judicial XII, N° 1, p. 6.

conoce en una sentencia de la Corte Suprema.¹³ Pero si hay herederos, no se debe demandar el pago de los legados al albacea sino a los sucesores.¹⁴

Si bien puede ser obligado el albacea a pagar los legados, si ha recibido del testador la tenencia de bienes y le ha encargado del cumplimiento de las disposiciones testamentarias, esto no excluye que proceda la demanda directa contra el único heredero -o todos los herederos- porque para realizar el albacea su cometido, tiene que exigir a su vez a los sucesores el dinero que sea necesario y los herederos son los obligados a las cargas testamentarias.¹⁵

La obligación de pagar las deudas, termina con la duración del cargo, durante él, se le puede exigir al albacea el pago, si no se ha hecho en este tiempo, después, exclusivamente responderán los herederos (salvo el caso que ya se expuso de responsabilidad por incumplimiento del artículo 1329). Y si los acreedores dejan pasar el tiempo sin cobrar, pueden perder su derecho por la prescripción extintiva. La jurisprudencia ha precisado que los legados se extinguen por la prescripción de diez años, contados desde la muerte del de cuius.¹⁶

El testador puede intervenir en juicio también para defender la validez del testamento, atacada por alguien. Uno de los herederos, el cesionario de sus derechos u otro interesado, pueden demandar la nulidad del testamento, y dirigirán su acción contra el heredero y contra el albacea.¹⁷ No obstante el juicio de nulidad, el heredero y el albacea pueden exigir el pago de un crédito de la herencia, pues conservan la calidad de tales, hasta que por sentencia ejecutoriada se declare lo contrario.¹⁸

El cumplimiento de los legados para obras de beneficencia está especialmente protegido por la ley, puesto que, además del albacea, pueden pedir medidas conservatorias y exigir el pago de los mismos legados, varias personas: los Ordinarios eclesiásticos, los personeros municipales y el Ministerio Público. Así lo dispone el artículo 1334:

¹³ 3a. Sala, N° 38, sentencia de 6 de marzo de 1972.

¹⁴ 3a. Sala Juicio 11 Dávalos-Herrera. 14 de enero de 1982.

¹⁵ Gaceta Judicial, Serie VI, N° 10, p. 166. 3a. Sala 25 de febrero de 1942.

¹⁶ Gaceta Judicial, Serie III, N° 47, p. 1641.

¹⁷ Gaceta Judicial, N° 48, p. 1619.

¹⁸ Gaceta Judicial, Serie II, N° 48, p. 1619.

"Art.1334.- Si hubiere legados para objetos de beneficencia pública, dará conocimiento de ellos, con inserción de las respectivas cláusulas demandas directa contra el único heredero -o todos los herederos-, porque para realizar el albacea su cometido, tiene que exigir a su vez a los sucesores el dinero que sea necesario, y los herederos son los obligados a las cargas testamentarias 21

La obligación de pagar las deudas, termina con la duración del cargo; durante él, se le puede exigir al albacea el pago, si no se ha hecho en este tiempo, después, exclusivamente responderán los herederos (salvo el caso que ya se expuso de responsabilidad por incumplimiento del artículo 1329). Y si los acreedores dejan pasar el tiempo sin cobrar, pueden perder su derecho por la prescripción extintiva. La jurisprudencia ha precisado que los legados se extinguen por la prescripción de diez años, contados desde la muerte del de cuius.²²

El albacea puede intervenir en juicio también para defender la validez del testamento, atacada por alguien. Uno de los herederos, el cesionario de sus derechos u otro interesado, pueden demandar la nulidad del testamento, y dirigirán su acción contra el heredero y contra el albacea.²³ No obstante el juicio de nulidad, el heredero y el albacea pueden exigir el pago de un crédito de la herencia, pues conservan la calidad de tales, hasta que por sentencia ejecutoriada se declare lo contrario.²⁴

El cumplimiento de los legados para obras de beneficencia está especialmente protegido por la ley, puesto que, además del albacea, pueden pedir medidas conservatorias y exigir el pago de los mismos legados, varias personas: los Ordinarios eclesiásticos, los personeros municipales y el Ministerio Público. Así lo dispone al artículo 1334:

"Art. 1334.- Si hubiere legados para objetos de beneficencia pública, dará conocimiento de ellos, con inserción de las respectivas cláusulas testamentarias, al ministerio público, a quien, así mismo, denunciará la negligencia de los herederos o legatarios obligados a ellos, o del curador

²¹ Gaceta Judicial, Serie VI, N° 10, p. 166. 3a. Sala 25 de febrero de 1942.

²² Gaceta Judicial, Serie III, N° 47, p. 1641.

²³ Gaceta Judicial, N° 4.8, p. 1619.

²⁴ Gaceta Judicial, Serie II, N° 48, p. 1619.

de la herencia yacente, en su caso.- El ministerio público perseguirá judicialmente a los omisos.- De los legados destinados a obras de piedad religiosa, como sufragio, aniversarios, capellanías, casas de ejercicios espirituales, fiestas eclesiásticas, y otros semejantes, dará cuenta al ministerio público y al ordinario eclesiástico, quien podrá pedir, en su caso, a la autoridad civil, las providencias judiciales necesarias para que los obligados a pagar estos legados los satisfagan.- El ministerio público y el ordinario eclesiástico, en su caso, también podrán proceder espontáneamente a la diligencia antedicha contra el albacea, los herederos o legitimarios omisos.- El mismo derecho se concede a las municipalidades, respecto de los legados de utilidad pública en que se interesen los respectivos vecindarios."

Por tanto, el albacea debe cuidar por el cumplimiento de los legados y exigirlo a los herederos, pero a su vez, si él no lo hiciera y en cualquier caso, los representantes de la comunidad beneficiaria de los legados de caridad, piedad o para obras de utilidad pública, asumen una especie de albaceazgo, puesto que exigen la ejecución de la voluntad del testador, tanto a los herederos como al mismo albacea. La intervención de estas personas, para la práctica de alguna diligencia judicial, se entiende en relación con el territorio en que tengan jurisdicción (así, el ordinario, en su Diócesis; el Alcalde en su Municipio, etc.) ²⁵

En forma correlativa a esta obligación de cumplir los legados y pagar las deudas testamentarias, el albacea tiene la facultad para cobrar, aún judicialmente, los créditos de la mortuoria, especialmente si ha sido encargado de ello por el causante. ²⁶ En esto, las atribuciones del albacea son en todo semejantes a las del curador de la herencia yacente, aunque, para la comparecencia en juicio debe contar con los herederos, como ya se dijo.

c). **2**Ven**ta** de bienes hereditarios.- La necesidad de pagar las deudas u otras obligaciones testamentarias, puede conducir a la venta de bienes, como está previsto en los artículos 1336 y 1337.

La venta se realizará "con la anuencia de los herederos presentes", como dice el artículo 1336. Los herederos pueden oponerse a la enajena-

²⁵ Gaceta Judicial Serie I, N° 154, P. 1228.

²⁶ 4a. Sala, juicio 40. Toledo-Pachaco. Sentencia de 11 de marzo de 1975.

²⁷ 2a. Sala N° 149, sentencia de 19 de septiembre de 1973.

ción de los bienes, pero solamente entregando el dinero necesario para cancelar las deudas. Cabría también la oposición, si no hay deudas que pagar o si el albacea no cumpliera los requisitos formales -venta en pública subasta-. También debe guardarse un orden razonable: vender primero los muebles, y si no son suficientes, se pasa a la enajenación de los inmuebles.

La jurisprudencia ha aclarado que no se puede impugnar la venta realizada, si no se prueba la justa oposición del heredero presente o la entrega del dinero necesario para cancelar las deudas o legados. Para los efectos de esta disposición, la presencia de los herederos debe entenderse en relación al territorio jurisdiccional en que se practique tal diligencia.²⁸

En el derecho francés se ha discutido sobre esta facultad del albacea, sosteniendo la mayor parte de los autores que solamente se puede proceder a la venta para el pago de los legados, pero no de las deudas del testador; sin embargo, como anota Planiol, la ventaja de la venta puede ser igual en ambos casos y evitar acciones judiciales perjudiciales para los herederos; aún para facilitar la partición puede ser aconsejable la venta.²⁹ En nuestro derecho, no cabe esta duda porque el tenor del artículo 1336 es muy claro:

"Art. 1336.- Con la anuencia de los herederos presentes procederá a la venta de los muebles, y subsidiariamente de los inmuebles, si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas o de los legados; y podrán los herederos oponerse a la venta, entregando al albacea el dinero que necesite para el efecto."

La forma de la venta, es la misma que la exigida para la enajenación de bienes de menores u otros incapaces sometidos a guarda, y se prohíbe, como en aquellos casos, que el albacea o sus parientes cercanos o socios de comercio adquieran los bienes que se venden. Dice el artículo 1337: "Lo dispuesto en los artículos 437 y 455, se extiende a los albaceas". La prohibición de que el tutor o curador compre los bienes del pupilo es absoluta en lo relativo a los inmuebles y no podrá hacerse ni con autorización del juez, según el último inciso del art. 455; de aquí se deduce que el juez podría autorizar para que compre algún mueble, de todos modos, siempre, en pública subasta. Lo mismo se aplica al albacea.

28 Gaceta Judicial, Serie I, N° 154, p. 1228.

29 Planiol y Ripert, ob. cit., Vol. V., p. 747-748.

Dados los términos del art. 437 que exige la subasta para la venta de bienes de pupilos, "salvo lo establecido en el Código de Procedimiento Civil", si se aplica a los albaceas la misma norma, tendríamos que la subasta se requiere, salvo que el albacea sea padre o madre causante, ya que el artículo 791 del Código de Procedimiento Civil, permite que los progenitores del pupilo puedan prescindir de la subasta. Quedaría aun la duda de si, siendo todos los herederos capaces podrían ellos exonerar de este requisito que parece impuesto un exclusivo interés de ellos; la duda se plantea por los términos absolutos implicados por el Código Civil que parecen no dar lugar a otra excepción que la prevista en el Código adjetivo. Pienso que, si no hay incapaces entre los herederos, la solución más razonable es la de admitir que ellos puedan permitir la venta sin subasta, cuando sus intereses así lo aconsejen.

Cumplidos los requisitos de la subasta pública, una sentencia, con mucho sentido de equidad, ha admitido que pueda comprar los bienes la esposa de un albacea que también era heredera; la venta se hizo considerando su calidad de heredera y por ello no le alcanzaba la prohibición en cuanto mujer del albacea. ³⁰

Comparecencia en juicio. Como hemos ido explicando, el albacea cumple un oficio de administrador y ejecutor de la voluntad del causante y para estos actos tiene que actuar en nombre y representación de la herencia, considerada como un patrimonio universal, casi como una persona jurídica; pero no tiene una plena representación que la habilite para toda clase de juicios; solamente le corresponde al albacea defender la validez del testamento -si fuere impugnada por alguien-, e intervenir en otros juicios que sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador, pero en este segundo caso debe hacerlo con participación de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente. Así lo dispone el artículo 1338.

"Art. 1338.- El albacea no podrá comparecer en juicio en calidad de tal sino para defender la validez del testamento, o cuando le fuere necesario para llevar a ejecución las disposiciones testamentarias que le incumban; y en todo caso, lo hará con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente."

Se entiende que la participación de los herederos presentes es necesaria para litigar contra un tercero, pero, puede suceder que el albacea

³⁰ Gaceta Judicial, Serie I, N° 154, p. 1228.

tenga que defender la validez del testamento contra los herederos quienes sean precisamente los que impugnen la validez y entonces no cabe pedir que cuente con la anuencia de ellos.

La "necesidad" de un juicio para cumplir las disposiciones del testador puede provenir de que las cosas legadas estén en manos de injustos detentadores, o que sea preciso cobrar deudas o exigir el cumplimiento de obligaciones (por ejemplo, de construir una casa) para poder entregar determinadas cosas a quienes haya ordenado el de cuius.

El albacea debe contar con la "intervención" de los herederos presentes para estos juicios, pero hay que interpretar que dichos herederos han de haber aceptado la herencia, de otro modo, contará el albacea con el curador de la herencia yacente o con los otros herederos que sí hayan aceptado.³¹

También está aceptada por el Derecho la comparecencia del albacea en el juicio de inventarios o de aposición de sellos, ya que estas diligencias tienden a hacer posible la justa ejecución de la voluntad del causante.

La comparecencia en juicio se refiere tanto a la posición de actor como a la de demandado. Si el albacea fuere demandado, con prescindencia de los herederos, o en acciones judiciales distintas de las que acabamos de reseñar, tendría que presentar la excepción de ilegitimidad de personería pasiva, pues él no tiene la representación para esos asuntos.

Tenencia de bienes. El testador puede disponer que el albacea asuma la tenencia de sus bienes o no los tenga. También puede darle la tenencia de una parte de esos bienes o de uno sólo. Esta amplia facultad de disposición, permite al causante asegurar como mejor le parezca el cuidado de su haber para que pase a los sucesores.

La tenencia no implica posesión. La posesión corresponde a los herederos, y la adquieren desde el momento de la muerte del causante, si bien su reconocimiento sólo se produce al aceptar la herencia y, de modo judicial, por la sentencia de posesión efectiva.

El albacea, como mero tenedor, no ejerce las acciones judiciales que corresponden al propietario ni al poseedor, pero sí las que se permiten al

³¹ 3a. Sala, sentencia de 18 de diciembre de 1969. Gaceta Judicial, Serie XI, N° 8, p.

mero tenedor, como son las tendientes a conservar los bienes, como las medidas cautelares y, como ya hemos dicho, las de aposición de sellos o de factura del inventario.

La situación jurídica del albacea con tenencia de bienes es, sin embargo, más firme que la de quien no tiene los bienes; sobre todo para el pago de los legados y las deudas, obrará con mayor libertad el que tiene los bienes, mientras que al carecer de esta atribución, tendrá que pedir a los herederos lo necesario para cumplir esas obligaciones. Aún la conservación material de las cosas, será más fácil, si las tiene a su cuidado directo. Finalmente, la administración de los bienes le da derecho a la remuneración, y si no está dotado de la tenencia de los bienes, propiamente no puede administrarlos ni le corresponderá remuneración.

Cuando el testador ha dado la tenencia de bienes al albacea, "tendrá las facultades y obligaciones del curador de la herencia yacente; pero no estará obligado a rendir caución sino en el caso del art. 1340", es decir, si los herederos, legatarios o fideicomisarios tuvieron justo temor sobre la seguridad de los bienes". Será el juez quien califique si es justo el temor de los interesados, e igualmente, el juez señalará el monto de la caución, en proporción al valor de los bienes que estén a cargo del albacea.

El artículo 1339 a propósito de la tenencia de bienes, termina con estas palabras: "Sin embargo de esta tenencia habrá lugar a las disposiciones de los artículos precedentes". Es decir, que la tenencia no implica una excepción, sino que las facultades del albacea quedan más definidas y precisadas por la equiparación al curador de bienes y no le ponen en una situación de privilegio o de mayor desembarazo para administrar y cumplir la voluntad del causante.

5. Responsabilidad.

La regla general sobre la responsabilidad del albacea está dada por el artículo 1342: "El albacea es responsable hasta de la culpa leve en el desempeño de su cargo". Por consiguiente responde también del dolo y en cambio, no se le puede exigir reparación de culpas levisimas.

Esta norma general, no puede ser alterada por voluntad del testador, que según el artículo 1341, "no puede exonerarla de sus obligaciones, según se hallan definidas en este Título".

Ya sabemos, que, como dispone el artículo 1324, si hay varios albaceas, en principio son solidariamente responsables, y solamente puede el testador exonerarles de la solidaridad, o el juez dividir las administraciones de manera que cada uno responda de la suya.

Dada la responsabilidad solidaria, puede demandar la rendición de cuentas uno o más de los acreedores a uno o más de los albaceas, siendo esta obligación de hacer, e indivisible.³²

Especial responsabilidad asume el albacea de respetar la ley. Todo ciudadano debe respetarla, y se presume que todos conocen las leyes, pero el Código ha querido acentuar esta responsabilidad del albacea, disponiendo en el art. 1344 que "Se prohíbe al albacea cumplir las disposiciones del testador en lo que fueren contrarias a las leyes, so pena de nulidad, y de considerársele culpado de dolo". Esta regla no aumenta la obligación de obedecer las leyes, pero sí señala el doble efecto de la violación de ellas por parte del albacea: la nulidad de los actos y su responsabilidad como imputable de dolo. El dolo a su vez es causa de remoción, de pérdida del derecho a cualquier remuneración y de indignidad para suceder al causante.

6. Terminación del albaceazgo.

El albaceazgo es esencialmente temporal y aún diríamos, transitorio. El ideal consiste en que las disposiciones del testador se ejecuten cuanto antes y, una vez ejecutadas, no perduran las atribuciones del albacea y cesa en su cargo.

Se extingue el albaceazgo por muerte, cumplimiento del plazo, cumplimiento de todos los encargos contenidos en el testamento, incapacidad sobreviniente, por la renuncia aceptada y por la remoción del albacea.

Como se trata de un encargo de confianza, no admite delegación a otros ni transmisión. Si muere el albacea, instantáneamente termina también su cargo. Es verdad que su cónyuge y parientes más cercanos asumen ciertas obligaciones de elemental prudencia, como la de dar la noticia de la muerte a los herederos, y la de actuar en los asuntos de urgencia y que ocasionarían perjuicios si no intervinieran; pero esta actuación no constituye una prolongación del cargo del albacea sino mas bien una agencia oficiosa, impuesta por las circunstancias.

³² Gaceta Judicial, Serie II, N° 32, p. 1488.

El testador puede prever que otra persona entre a desempeñar el cargo en caso de muerte, incapacidad o remoción del albacea; entonces el sustituto continuará con la administración y demás atribuciones del que primeramente actuó. Estos sustitutos podrían ser, eventualmente, los herederos del albacea, si así lo ha dispuesto el testador, pero no depende de la voluntad del albacea ni de otra persona que del mismo causante.³³

Se plantea la duda de si podrían los herederos nombrar un sustituto para el albacea que llega a faltar. La respuesta es negativa: sólo el testador puede hacerlo. Los herederos pueden nombrar un administrador común, con facultades similares y aún mayores, si así lo desean y siempre que todos sean capaces; en circunstancias de no estar todos de acuerdo, podrían recurrir al juez para que haga esa designación de administrador común, que no es precisamente un albacea, aunque cumpla funciones análogas. Las responsabilidades, las facultades, la forma de terminar su cargo, la remuneración y otros aspectos serán distintos de los propios del albacea.

El plazo de duración del cargo será el que fije el testador. Conforme al artículo 1346, debe ser un tiempo cierto y determinado: puede consistir en el señalamiento de una fecha: "hasta el primero de enero del año 2000", o bien un plazo propiamente dicho, significado en número de días, meses o años; pero también podría consistir en un evento cierto y determinado, como el día en que cumpla cincuenta años el albacea.

Nuestro Código no pone un límite a la facultad del testador para determinar el tiempo que ha de durar el albaceazgo. No he encontrado jurisprudencia nacional al respecto, pero una sentencia española resuelve el problema planteado por un testamento que señaló en diez años el plazo del albacea y fue impugnado por el heredero, alegando abuso del derecho y que se contrariaba a la equidad; la sentencia declaró la validez de lo establecido en el testamento ya que el Código Civil español, como el nuestro, no señala un límite a la voluntad del testador en este aspecto.³⁴

"Si el testador no hubiere prefijado tiempo para la duración del al-

³³ Planiol y Ripert, Vol. V. P. 750.

³⁴ Sentencia de 13 de febrero de 1989, citada por Aranzadi: Código Civil, 1992, art. 904. P. 968.

baceazgo, durará un año contado desde el día en que el albacea haya comenzado a ejercer el cargo. "dice el art. 1347. Y luego se añade:

"Art. 1348.- El juez, con conocimiento de causa, podrá prorrogar el plazo por un año más".

Por tanto, el plazo puede ser testamentario, legítimo (señalado por la ley) o dativo, cuando el juez lo prorroga. Sería, por ejemplo muy razonable la prórroga por un cierto tiempo, cuando están a media realización las gestiones del albacea para vender bienes y pagar deudas, o falta poco para culminar un juicio en el que se exige el reintegro de un bien al patrimonio hereditario, etc.

El plazo puede resultar largo, pero no impide el adelanto de los trámites para la partición de bienes, y el artículo 1349, señala que puede continuar actuando el albacea aún después de concluida la partición. Incluso puede ser especialmente importante la gestión del albacea, para hacer que los herederos que ya se han dividido el patrimonio del causante, cumplan ciertas cargas, deudas u obligaciones. Dice el art. 1349: "El plazo prefijado por el testador o la ley, o ampliado por el juez, se entenderá sin perjuicio de la partición de los bienes y su distribución entre los partícipes". Por tanto, ni la existencia del plazo impide la partición, ni la partición hace terminar el albaceazgo por sí misma. Sí será frecuente que, al consumarse la división de los bienes, ya no tenga nada que hacer el albacea, porque también se hayan cumplido todos los legados y se hayan pagado las deudas.

Precisamente este pleno cumplimiento de lo que toca realizar al albacea, es otro de los motivos de la terminación de su cargo. Pagadas las deudas, entregados los legados y los bienes a los herederos, el albacea rinde cuentas, entrega o cobra el saldo que hubiere, y así termina su función. En tal sentido dice el artículo 1350: "Los herederos podrán pedir la terminación del albaceazgo, desde que el albacea haya evacuado el cargo, aunque no haya expirado el plazo señalado por el testador o la ley, o ampliado por el juez".

Ahora bien, pueden existir legados o fideicomisos que deban cumplirse después del plazo de duración del albaceazgo, o deudas cuyo

plazo igualmente exceda el del albacea; estas circunstancias no hacen que se prorrogue el cargo hasta que estén cumplidas esas obligaciones; salvo que el testador haya dado expresamente al albacea la tenencia de las respectivas especies o de la parte de bienes destinados a cumplirlos; en cuyo caso se limitará el albaceazgo a esta sola tenencia. "Lo dicho se extiende a las deudas cuyo pago se hubiere encomendado al albacea, y cuyo día, condición o liquidación estuvieren pendientes; y se entenderá sin perjuicio de los derechos conferidos a los herederos por los artículos precedentes", dice el artículo 1351.

En estos supuestos se produce, pues, una especie de cesación progresiva en las funciones: cumplido el plazo termina el albacea como tal, pero sigue encargado - por expresa disposición del testador- de la tenencia de ciertos bienes, hasta que se paguen las deudas o se cumplan los legados; queda circunscrita a esta sola función y a esos solos bienes el encargo del albacea. Tendrá incluso que rendir cuentas y podrá recibir la remuneración por el cargo que ya dejó propiamente de desempeñar, aunque siga actuando para estos cometidos específicos, que darán lugar a nuevas cuentas cuando se terminen.

El albacea no puede ser demandado para el pago de las deudas si ha transcurrido el término del albaceazgo, que debe ser cierto y determinado - dice una sentencia-. En tal caso debe demandarse a los herederos.³⁵ Salvo, naturalmente, el caso que acabamos de indicar y que está previsto en el artículo 1351, de que el testador haya encomendado tales pagos aún después de fenecido el plazo del albaceazgo.

La terminación por incapacidad superviniente está prevista en el artículo 1318: ésta pone fin al albaceazgo. Naturalmente, tal incapacidad debe constar por decisión judicial, como sucede siempre en los casos de interdicción, o por expresa sentencia a petición de los interesados, si no ha procedido ya un acto judicial declaratorio de la incapacidad.

No está previsto por nuestro derecho el caso de la ausencia o desaparecimiento del albacea, pero, según las normas generales aplicables a esas situaciones, entendemos que igualmente se requeriría sentencia judicial que declare el abandono del cargo y su terminación.

³⁵ Gaceta Judicial, Serie I, N° 125, p. 1000.

La renuncia, puede producirse por causas legales, que, conforme al artículo 1321, son las mismas que autorizan excusarse al mandatario que aceptó el cargo. "La dimisión del cargo, con causa legítima, le priva sólo de una parte proporcional de la asignación que se le haya hecho en recompensa del servicio. La "justicia" de la causa debe ser apreciada por el juez.

También puede suceder que el albacea renuncie sin causa justa, y en tal caso está faltando a su obligación y el efecto será igual que si hubiere sido removido, con todas sus consecuencias negativas para él.

La remoción está prevista en el artículo 1343: "Será removido por culpa grave o dolo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente. En caso de dolo se hará indigno de tener parte alguna en la sucesión y además de indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados, restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución". Ya hemos señalado que el artículo 1324 responsabiliza por dolo al albacea que cumple disposiciones testamentarias contrarias a las leyes, como serían las que privaran a un legitimario de su asignación forzosa o el hacer pasar bienes a personas incapaces o indignas de suceder.

La remoción implica sentencia judicial que declare la culpa grave o dolo del albacea. Aunque él responde hasta de la culpa leve, ésta no es suficiente para pedir la remoción. Pueden pedir la remoción tanto los herederos - cualquiera de ellos o todos-, como el curador de la herencia yacente.

La sanción por la remoción consiste en la pérdida de la remuneración, la obligación de indemnizar cualquier perjuicio y la indignidad para suceder, como lo expresa terminantemente el art. 1343. Sin embargo, una sentencia de la Corte dice que si bien un ejecutor testamentario, por causa de dolo en el ejercicio de su cargo, se hace indigno de tener parte alguna en la sucesión, esto se ha de entender respecto de las asignaciones que independientemente de su legítima se le hubieren hecho en el testamento, pues el artículo 1343 sólo a los albaceas, y no a los legitimarios, se refiere.³⁶ Demasiado sutil me parece la distinción, y aunque trata de poner a salvo el derecho de los legitimarios, considero que reduce arbitrariamente la severidad de la pena civil impuesta por el artículo

³⁶ Gaceta Judicial, serie 1, N° 50.

lo 1343, que se refiere claramente a "no tener parte alguna en la sucesión", cuando el legislador no distingue, no puede hacerlo el intérprete, y si dice "parte alguna", no cabe agregar: "salvo su legítima".

La remoción, desde luego, sólo puede producirse una vez que el albacea ha aceptado el cargo. La jurisprudencia ha confirmado esta norma de sentido común.³⁷

7. Rendición de cuentas.

Como toda persona que maneja negocios ajenos, el albacea está obligado a rendir cuentas. Este deber lo sitúa el código, cuando "cesa en el ejercicio del cargo". Sin embargo, nada impediría para que el albacea vaya ejecutando esta obligación a medida que termina el cumplimiento de ciertos encargos, como el pago de legados y deudas, o también presentando sus cuentas en forma periódica; estas modalidades no le eximirían de una rendición general y final de cuentas, pero pueden facilitar y hacer más eficaz el objetivo de la ley que es asegurar el correcto desempeño del cargo. Para el albacea, puede tener la ventaja de obtener también parcialmente el reembolso de lo que eventualmente haya tenido que gastar de su propio peculio para servir el cargo.

Las cuentas se rinden ante el juez, y han de ser "examinadas" por los respectivos interesados, esto es, los herederos legatarios y acreedores; todos ellos, en efecto, pueden resultar perjudicados por una mala administración así como todos ellos resultarán satisfechos en sus legítimas aspiraciones, si el albacea cumple debidamente su función.

Dice el artículo 1352: "El albacea, luego que cese en el ejercicio de su cargo, dará cuenta de su administración, justificándola.- No podrá el testador relevarle de esta obligación".

Nuestro derecho ha zanjado la discusión que se presentaba en el derecho francés sobre si el testador podía dispensar al albacea de esta obligación de rendir cuentas. Categóricamente declara el Código ecuatoriano, que no cabe esa dispensa. Y la razón es evidente: sin cuentas no se puede establecer la responsabilidad y equivaldría a condonar el

³⁷ Sentencia de 13 de mayo de 1932. Gaceta Judicial. Serie V, N° 62, p. 1359.

dolo futuro, lo que pugna contra toda ética y derecho. Además, también interesa al mismo ejecutor testamentario el rendir las cuentas, que establecerán si existe un saldo a su favor y permiten también el cobro de su remuneración.

Puede surgir oposición al informe contable del albacea y entonces hay lugar a un juicio de cuentas. Éste puede versar sobre la obligación de rendirlas, o sobre las cuentas rendidas. En el segundo caso, la controversia se traba con las objeciones a la cuenta y la contestación del rindente a dichas objeciones. Por lo mismo, fijada así la litis pendencia, no se admiten ulteriores reclamaciones sobre lo que no haya sido materia de la controversia y la sentencia judicial recae solamente sobre las partidas impugnadas que serán o aprobadas o tachadas de falsas o ilegales.³⁸

El albacea puede rendir las cuentas pidiendo que se cite al heredero que tenga la posición efectiva de la herencia; pero si se presentaron otros herederos de igual o mejor derecho, también ellos serán parte en el juicio de cuentas. ³⁹

Las cuentas, examinadas y aprobadas, conducen a un resultado: establecer si existe un saldo en contra del administrador que deba entregar el albacea, o, por el contrario, si hay un saldo a su favor que deba ser satisfecho por los herederos. El artículo 1353 declara: "El albacea, examinadas las cuentas por los respectivos interesados, y deducidas las expensas legítimas, pagará o cobrará el saldo que en su contra o a su favor resultare, según lo prevenido para los tutores y curadores, en iguales casos".

Las expensas a que se refiere el artículo transcrito son las de conservación y administración de las cosas que hayan estado a cargo del albacea, lo cual se dará sobre todo si tuvo la tenencia de bienes. Tales son, por ejemplo, los gastos de la aposición de sellos y de la factura de inventario, o los destinados a hacer producir un negocio que no podía ni debía paralizarse, los de reparaciones locativas, y las mismas costas judiciales de la rendición de cuentas, entre otros.

8. Remuneración.

En los antiguos derechos europeos, se consideraba gratuito el cargo de albacea, que se solía asimilar en esto, como en muchos aspectos, al

³⁸ Gaceta Judicial, Serie III, N° 143

³⁹ Gaceta Judicial, Serie I, p. 147

mandato. Pero la complicación de los negocios, la carga que supone la administración de bienes sucesorios, la grave responsabilidad que implica, han hecho que se convierta en regla general, precisamente la contraria: el cargo debe ser remunerado.

Nuestro Código deja a la decisión del testador el establecer dicha remuneración, con el límite de que no puede exceder a "la cuarta parte de libre disposición". Debe entenderse que el límite es la cuarta parte de los bienes sucesorios, aunque la libre disposición del testador pueda ser mayor (la mitad o toda herencia) en los casos en que no hay descendientes o no tiene ningún legitimario. Esta cuarta parte de los bienes, no puede ser superada, ni en el caso en que el testador haya nombrado varios albaceas, entonces se deberá distribuir entre ellos la recompensa, sin superar dicha cuarta parte en su monto total.

El pago del albacea se deduce del acervo total de bienes, según dispone el artículo 1345, ya que es un gasto general que debe ser soportado por los causahabientes. Se origina, sin embargo, una duda sobre el modo de calcular el máximo posible, es decir la cuarta parte, ya que, si se divide para cuatro el monto total de los bienes, tendremos una cantidad mayor que si se parte en cuatro el acervo líquido, hecho ya el descuento de las costas generales y demás cantidades que deben descontarse. Pienso que la solución más acertada es la que considera "la cuarta de libre disposición", tal como debe computarse para el pago de las asignaciones forzosas, esto es, dividiendo para cuatro, el acervo líquido, aunque la operación matemática resulte difícil, ya que hay que descontar también la remuneración del albacea, aquella que precisamente se trata de calcular.

Dice el artículo 1345: "La remuneración del albacea, si el testador no hubiere señalado ninguna, será el cuatro por ciento de los bienes que administre; si fueren dos o más, la remuneración se dividirá entre ellos en partes iguales. En ningún caso, tales derechos excederán de la cuarta de libre disposición y se deducirán del acervo total de los bienes."

Parece que sería más equitativo que cada albacea perciba el cuatro por ciento de los bienes que realmente administra, cuando tienen administraciones separadas legalmente (por disposición del testador o aprobadas por el juez), y no por partes iguales, ya que uno puede tener mayor trabajo y responsabilidades, mientras que otro, con menores riesgos y esfuerzo, vendrá a recibir lo mismo que el primero. En esta línea de equidad, una sentencia de la Corte reconoció incluso a un albacea que había

administrado mal los inmuebles, una remuneración por el buen compartimiento y la conservación de los muebles, calculándolo sobre el monto de estos últimos bienes.⁴⁰

El artículo 1353 sanciona al albacea que hubiere sido removido por culpa grave o dolo, a la pérdida de toda remuneración, debiendo incluso devolver lo que haya recibido a título de remuneración.

El pago de la remuneración se hará una vez terminado el albaceazgo, rendidas y aprobadas las cuentas, precisamente para establecer si tiene derecho y en qué medida lo tiene. Pero si los herederos son todos capaces, podrían fijar una forma de remuneración periódica, como anticipo, o reconocer parciales retribuciones a medida que se van terminando asuntos, para hacer una liquidación final, imputando y descontando dichos adelantos. Pero el albacea no puede exigir estos pagos anticipados.

Una sentencia declaró prematura la rendición de cuentas exigidas al albacea de que cesara en su cargo, e igualmente rechazó la reconvencción de éste, que pedía la remuneración anticipada⁴¹.

⁴⁰ Gaceta Judicial, Serie 1, N° 107, p. 852

⁴¹ 5 a. Sala. Arrobo-Montaño. Sentencia de 19 de diciembre de 1973.