



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

El albacea testamentario

2013

Tutor: Dr. Gerónimo Martínez.

Alumno: Nicolás Rafael Cané.

Título al que aspira: Abogado.

Fecha de presentación: Noviembre de 2013.

Dedicatorias y agradecimientos:

A mis padres y hermana por el apoyo incondicional

A Ana quien me alentó en todo momento.

A mi tutor, por inculcar sus conocimientos en mí, y a todos los profesores que dedicaron su tiempo para formarme en esta maravillosa profesión.

A todos ellos, muchas gracias por haber sido parte de un proceso que culmina con un sueño cumplido.

1. Resumen:

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.

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 presente trabajo tiene por objeto estudiar y analizar como se encuentra regulado el albacea en nuestro ordenamiento jurídico. El mismo resulta ser una figura no tomada en cuenta entre las personas y pocas veces recomendada por los letrados a la hora de asesorar sobre como disponer de los bienes en la última voluntad. Mi intención es proponer algunas modificaciones para convertirla en una institución más atractiva a sabiendas de la practicidad de la misma.

A la presente tesis la he dividido en seis capítulos.

El Primer Capítulo nos introduce en el tema en cuestión, desarrollando su concepto, la naturaleza jurídica, sus capacidades y de que manera se lo puede designar al mismo.

En el Segundo Capítulo se exponen de manera pormenorizada las potestades inherentes al albacea.

A través del siguiente Capítulo se busca responder a la pregunta ¿Cómo funciona el albacea en el proceso sucesorio argentino?

En el Capítulo Cuarto, me adentro en la problemática de la comisión del albacea, y los eventuales honorarios que podrían devengarse en favor del mandatario y patrocinante del albacea, para luego, en el Capítulo Quinto, si tratar antecedentes y derecho comparado haciendo especial hincapié en el executor y trustee del Common Law.

Por último, en el Capítulo Sexto, desarrollare las reflexiones finales y ciertos puntos que a mi opinión tienden a mejorar y a sumarle utilidad a la figura permitiendo una mayor implementación de mi tema en estudio.

2. Estado de la cuestión:

La práctica ha demostrado que no se da en general al albacea o executor testamentario la importancia que se merece, como hombre de confianza del testador, que seguramente por tal motivo le hizo esa designación.

Esta demostrado lo dicho a tal punto de ver tramitar sucesiones donde ni siquiera se notificó a los albacea de su designación, y si bien la sucesión pudo tramitarse correctamente por la intervención de los herederos, no quita que si el testador designo una persona como albacea, éste debe tener conocimiento de ello por el elemental respeto de las disposiciones del testador, ya que aunque en definitiva su función pueda ser mínima, tiene derecho a conocer la confianza que en él ha depositado otra persona, en este caso el testador, lo que será sin duda motivo de honra y satisfacción, ya que no todo se mide por dinero.

Se ha comprobado también que a la hora de formarse incidentes sobre la determinación de un legado, la opinión del albacea es tenida como de escaso o de ningún valor por parte del juez, quien a la hora de decidir prefiere valerse de otros

medios de prueba ofrecidos por las partes interesadas y olvidando, en mi opinión, que debe meritarse en estos casos la cercanía o relación que tenía el albacea con el testador, y el conocimiento que pudiese tener de su voluntad exteriorizada en el testamento, pues precisamente puede ser albacea quien está en mejores condiciones de saber qué es lo que realmente quiso decir el testador.

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 nuestra legislación estableció que la intervención conjunta del albacea con los herederos, pone especiales límites a las facultades del executor 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.

Resalto, por último, que tampoco ha sido dado observar que se le pida al albacea rendición de cuentas, pese a la disposición expresa del artículo 3868 del Cód. Civ. lo que demuestra que no necesariamente se le da cumplimiento estricto a la normativa pertinente.

A pesar de su eventual prescindibilidad, el albaceazgo se mantiene porque importa una gran conquista en el ansia de justicia que tiene el ser humano.

El albacea tiende a que se cumpla una voluntad que debe ser objeto de respeto y obediencia, y por eso que, completando el derecho de sucesión, viene a cerrar un círculo al que supervisa y asegura al mismo tiempo.

Así, podemos decir que el albacea testamentario, en principio, en nada perjudica a los herederos o legatarios, en realidad, puede facilitarles la realización de los trámites o actos necesarios para la aceptación de la herencia, incluyendo actos de conservación de los bienes, obtención de certificaciones necesarias, entrega de legados, formación inventario de la herencia, etc.

Por lo tanto, en caso de que los herederos no sepan o no puedan encargarse personalmente de la herencia, porque desconozcan la ley aplicable, o no vivan en argentina, o tengan dificultades para su administración, etc., puede ser muy aconsejable el nombramiento de un albacea, que sea de su confianza y si es posible, que sea un experto en la materia, además, usted podrá delimitar las facultades que quiera darle, para asegurarse una administración de la herencia más fácil para sus herederos. Debe recordar que siempre podrán sus herederos heredar directamente, si por el motivo que sea, deciden no contar con el albacea.

De allí la motivación del presente trabajo y la propuesta de que el albacea constituya en una figura con mayor preponderancia en el sistema sucesorio argentino.

3. Marco teórico:

Para el desarrollo del presente trabajo considero pertinente conceptualizar la terminología específica que servirá de base para el posterior análisis de nuestra posición en relación al objeto que nos convoca.

Testamento: artículo 3607 del Cód. Civ.: “El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone todo o parte de sus bienes para después de su muerte”.

Este concepto está discutido, porque el artículo habla de una disposición de bienes y no necesariamente el testamento conlleva disposición de bienes; ya por ejemplo podría hacer reconocimiento de hijos extramatrimoniales, nombramiento de tutor, etc. y no necesariamente disponer de los bienes.

Por eso la doctrina concuerda en un concepto: “El testamento es el acto jurídico en virtud del cual una persona expresa su última voluntad para ser ejecutada a su muerte”.

Podría señalarse que los principales caracteres del testamento son:

- * **Ser un acto jurídico unilateral**: se perfecciona con la voluntad del difunto o causante.
- * **Solemne**: porque si se equivoca en una solemnidad el acto será nulo.
- * **Personalísimo**: porque no se puede delegar en nadie para que teste en nombre de otra persona.
- * Si bien en principio podría decirse que es un acto de disposición de bienes, no necesariamente el contenido del testamento sea ese. (Ej. Reconocimiento de hijos extramatrimoniales).
- * Produce efectos a partir de la muerte del causante y no genera ningún derecho actual, salvo el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, que es a partir de la fecha de la formulación del testamento.
- * **Revocable**: el testamento es esencialmente revocable.

Legítima hereditaria: es aquella parte del “patrimonio” de una persona de la cuál no pueden ser privadas determinadas categorías de herederos (heredero forzoso/legitimario/descendiente, ascendiente, cónyuge) sin una justa causa de desheredación.

Esta porción reservada a estas categorías la debe respetar el causante. La contratara a la legítima es la porción disponible.

La legítima que se debe respetar es:

-descendientes: legítima $\frac{4}{5}$, el causante dispone de $\frac{1}{5}$.

-ascendientes: legítima $\frac{2}{3}$, el causante dispone de $\frac{1}{3}$.

-cónyuge: legítima $\frac{1}{2}$ de lo que entra en la herencia.

En cuanto a la interrogante ¿Qué pasa si concurren varios?

Si concurren descendientes y cónyuge se respeta $\frac{4}{5}$

Si concurren ascendientes y cónyuge se respeta $\frac{2}{3}$.

Esto es así porque la legítima mayor siempre debe respetarse.

Mejora: al hablar de mejora se entiende que es aquella porción que el causante le otorga a un heredero forzoso como un plus en su favor y que surge de la porción disponible.

La mejora es un plus otorgado al heredero forzoso tomado de la porción disponible.

Ejecutar un testamento: es cumplir o hacer cumplir o vigilar el cumplimiento (según los casos) de los legados y los cargos impuestos a herederos o legatarios (o excepcionalmente la partición, cuando ésta es hecha por el testador). Esta función estrictamente ejecutoria es diferente de la función de administración de la herencia.

4. Introducción:

El presente trabajo está ubicado en la rama del Derecho Privado.

Más precisamente, el Derecho Sucesorio y Derecho Constitucional.

El desarrollo de esta tesis ha sido de mi mayor interés, no solo por la investigación, el estudio y el análisis de la figura del albacea testamentario, sino también por la posibilidad de comparar su funcionamiento con lo reglamentado por otros ordenamientos jurídicos.

La importancia radica en que el albacea será, pues, la persona encargada de hacer cumplir nuestras últimas voluntades durante todo el proceso de adjudicación de la herencia vía testamentaria, por lo que el designado deberá disponer de las facultades necesarias para cumplir nuestros deseos desde el momento de nuestro fallecimiento hasta el libramiento de la herencia a sus destinatarios. La finalidad última está en poder proponer opciones de modificación en su funcionamiento a fin de reimpulsar esta interesante figura del derecho sucesorio tan desestimada por estas latitudes.

Planteo los siguientes problemas en cuanto a la función del Albacea testamentario:

¿Cuándo resulta posible la designación de albacea?

¿Cómo funciona y cuál es su campo de actuación?

¿Para qué sirve el instituto?

¿Por qué es una figura jurídica poco utilizada en nuestro país?

¿Qué ventajas tiene su designación dentro del proceso sucesorio?

¿Qué posibles modificaciones a su regulación puedan significar una agilización de su trabajo?

Relevancia del tema

Cuando se elija a un ejecutor testamentario, es decir, un albacea hay que tener muy en cuenta que la persona que seleccionada tendrá la responsabilidad de distribuir los bienes y propiedades dispuestos en el testamento. Elegir a alguien que entienda las

responsabilidades de un ejecutor y que sea confiable de seguro evitará un futuro litigio y otros dolores de cabeza a los beneficiarios.

Los objetivos del presente trabajo serán los siguientes:

Objetivo general: Investigar y analizar el régimen legal del Albacea testamentario en nuestro ordenamiento y su correlato en otras legislaciones.

Objetivos específicos:

- * Describir la naturaleza jurídica de este instituto
- * Analizar y desarrollar el funcionamiento del albacea testamentario.
- * Detectar las virtudes y defectos de esta figura.
- * Analizar como la jurisprudencia y doctrina fue dando solución a problemas en su funcionamiento, sobre cuestiones no reguladas en las normas que lo refieren.

Capítulo I

LA FIGURA DEL ALBACEA

SUMARIO: 1.Concepto 2.Naturaleza jurídica 3.Caracteres 4.Nombramiento
4.1.Nombramiento de albacea por los herederos o legatarios 5.Capacidad 5.1.Casos de
incapacidad 6.Designación de varios albaceas 7.Falta de designación del albacea
8.Conclusiones

1. CONCEPTO

La palabra albacea, es voz arábica, viene de “alwaci”, que significa lo mismo, es decir la persona a quien el testador confía el cumplimiento de su testamento. Vélez quien fue frecuentador asiduo de la obra de garcía Goyena, tomó de ella la denominación de “Los albaceas”, a secas, para el Título XX, Sección I, del Libro IV de su Código.

En este sentido De Gásperi señala: “tal es la explicación que podemos dar a esta palabra, sin filtración latina, en el lenguaje de esa rama del derecho civil tan íntimamente vinculada por la historia, a las instituciones del derecho romano”¹

El albaceazgo logró carta de ciudadanía en el derecho consuetudinario de casi todas las naciones de la Europa occidental, con el nombre de “ejecutores testamentarios”, como lo llamaba el derecho canónico, o de commissarii, curatores testamenti, según el lenguaje de los glosadores.

El albacea, en definitiva, es el encargado de que se cumpla el testamento en el cual se lo ha designado como tal. Lo dicho se desprende del art. 3844 del Cód. Civil, y de su nota que transcribo a continuación:

Art. 3844. El testador puede nombrar una o más personas encargadas del cumplimiento de su testamento.

Nota art. 3844. L.1, Tít. 10, part. 6ª. Téngase presente que en art. 1870, nº 7, está resuelto que las disposiciones de este Título son aplicables a los albaceas testamentarios o dativos. Zachariae y otros jurisconsultos enseñan que el albacea es mandatario de los herederos, y nosotros con otros escritores juzgamos que lo es del testador y no de los herederos. Si al concluir sus funciones está obligado a dar cuenta a los herederos, es porque éstos representan a su autor. Del carácter que damos al albacea resulta, que una demanda, por deuda de la sucesión, debe entablarse contra

¹Maffía, Jorge O., Manual de derecho sucesorio, tomo II, 4ª edición, Buenos Aires: Depalma, 1989.

los herederos, y no contra el albacea que no es representante de ellos. Resulta también que el albacea no puede por sí reconocer deudas contra la sucesión, lo que podría hacer si fuese mandatario de los herederos.

Se entiende al albacea como aquella persona designada por el testador en su testamento con el fin de que observe y ejecute de manera fiel el cumplimiento de la voluntad del causante. Se destacan aquellos dos términos –observación y ejecución– pues, generalmente, se asimila la función del albacea con la de ejecutor, y así, se conoce la institución también con el nombre de ejecutor testamentario. Pero por el contrario, el carácter principal de su cargo es el de observador, pues su función reside fundamentalmente en la vigilancia y control para que se disponga y cumpla lo más fidedignamente posible la voluntad del testador.

Es, sin duda alguna, una designación que entraña una entera *confianza* por parte del testador hacia su albacea. Resulta importante la distinción sobre todo cuando existen herederos llamados a la sucesión, en cuyo caso los albaceas no pueden obrar libremente, sino que, a la inversa, son los propios herederos los que asumen un real protagonismo durante el proceso sucesorio, en virtud de que ellos son los verdaderos propietarios de la herencia. El albacea, por el contrario, recién podrá decirse que asume carácter de ejecutor cuando no se presenten herederos a la sucesión, dado que sus funciones se verán notablemente ampliadas.

Fornieles elaboro una conclusión que considero muy atinado incorporar: “Resaltando la importancia de la figura del albacea, se dijo que no es raro que los herederos, muy diligentes para tomar los bienes dejados por el difunto, descuiden la ejecución de las cláusulas del testamento que disminuyen sus porciones hereditarias. Para prevenir este inconveniente, la ley ha concedido al testador la facultad de nombrar

albaceas o ejecutores testamentarios encargados de velar por el exacto cumplimiento de sus disposiciones”.²

2. NATURALEZA JURIDICA

La cuestión relativa a la naturaleza jurídica ha sido una de las cuestiones más debatidas en el derecho sucesorio, habiéndose formulado al respecto varias teorías.

Se lo ve al albaceazgo como una institución de conveniencia jurídica, y así está demostrado es sus orígenes.³

Considerarlo así es además una consecuencia lógica de su prescindibilidad, ya que como es sabido no es obligatorio designar albacea para el testador.

El doctrinario Goyena Copello afirma: ‘El fin que se persigue al designar un albacea no es ni conferir un poder que puede quedar desvirtuado, ni convenir un mandato que como tal no existe, ni nada por el estilo, sino simplemente, asegurar por medio de la designación de una persona de confianza una mejor, más rápida, y más consciente ejecución del traspaso de los bienes, ordenado ya sea por el causante o por la ley misma’.⁴

En la nota al artículo 3844 del Cód. Civ., Vélez Sarsfield caracteriza al albacea como un mandatario del testador, considerándolo un mandato post mortem y de naturaleza especial, o sea para ejercer una vez fallecido el mandante, cuestión prevista en el artículo 1980 del Cód. Civ. Esta teoría es sostenida, entre otros, por Borda. La jurisprudencia en general es uniforme en el entendimiento de que el albacea es un mandatario del testador y así se ha dicho en el fallo en el fallo “Navaz de Núñez, María L. suc.” de la Cam. Nac. Civil, Sala E, con fecha 15/2/1979 y también en el fallo “Varela de García Noya, Marta” de la Cam. Nac. Civil, Sala , con fecha 5/3/1981

² Fornieles, Salvador, Tratado de las sucesiones, 2º TOMO, 3º edición, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1950.

³ Goyena Copello, Héctor, Tratado del derecho de la sucesión, 2º edición, Buenos Aires: La Ley, 1972.

⁴ Goyena Copello, Héctor; Ibídem

Este fallo es comentado por Cafferata quien sostiene que “puede afirmarse, sin lugar a dudas, que el albacea aun cuando esta obligado a ajustar su conducta a las normas del Código Civil que regulan su actuación, no deja por ello de ser un mandatario del testador”. El propio Cafferata expresó que “de todo lo dicho podemos concluir que si bien las normas del mandato son aplicables al albaceazgo, la ejecución testamentaria no constituye un mandato común sino un mandato *sui generis*, pero mandato al fin”.⁵

Como la idea del mandato conduce a la paradoja de que adquiera vida por la muerte del mandante, contra lo estatuido por el artículo 1963, inciso 3º, del Cód. Civ. (el mandato se acaba por fallecimiento del mandante o mandatario), regla universal, hay que decir que este carácter de mandatarios del testador, que poseen los albaceas, hay una ficción que consiste en suponer vivo al mandante, puesto que de otro modo el mandato se extinguiría. La jurisprudencia, ha sostenido que, cualquiera sea la naturaleza jurídica del albacea, siempre debe tenerse en cuenta que está inserta en ella “el que a través del mismo se proceda a una mejor, más rápida y conveniente ejecución del traspaso de los bienes del causante ordenado por él a través del testamento o por ley” tal como se estipulo en el fallo “Prats de Pugnalin” de la Cam. Civ. Y Com. de Rosario, Sala II, con fecha 12/11/1984 .

Cabe advertir, sin embargo, que sus características peculiares determinan diferencias que lo distinguen del mandato común.

En primer lugar, la designación del mandatario común no es formal, ya que puede ser nombrado verbalmente o por escrito, y de manera expresa o tácita (artículo 1873 del Cód. Civ.). No así el albacea que sólo puede ser nombrado en forma expresa y por vía testamentaria. (artículos. 3845 y 3848 del Cód Civ.). En segundo lugar, el

⁵ Cafferata, José I., Legítima Y Sucesión Intestada, 1º edición, Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma, 1982.

mandato resulta revocable a voluntad del mandante (artículo 1970 del Cód. Civ.), en tanto que el ejecutor testamentario sólo puede ser destituido por las causas dispuestas en el artículo. 3864 del Cód.Civ., sin perjuicio de los supuestos que puede preveer el mismo testador para la revocación.

En cuanto a los poderes del mandatario, éstos quedan librados a la voluntad del mandante, muy por el contrario, los poderes del albacea tienen mayores limitaciones legales. Además, en el mandato se admite la sustitución (artículo. 1924 del Cód.Civ.); a diferencia de lo codificado en el albaceazgo, donde resulta inadmisibile tal posibilidad (artículo 3855 del Cód.Civ.).

Me resulta interesante poder destacar que si bien la teoría del mandato sui generis para entender la naturaleza jurídica del albacea es la que mayor adeptos ha ganado, no es la única existente entre los doctrinarios.

Los sostenedores de la teoría de la representación, coinciden en entender que el albacea actúa en condición de representante, aunque no exista unanimidad doctrinaria a la hora de determinar de quién resulta ser representante.

Para algunos, el albacea no sería sino un representante del que lo ha nombrado, es decir, del causante. Se entiende que la representación se suscita en un acto voluntario unilateral, mientras que el mandato tiene que darse por un acuerdo de voluntades. Sin embargo, esta postura fue muy refutada, debido a que en la representación, el representante opera en nombre del representado, sobre quien recaen los actos jurídicos de aquel, lo cual resulta difícil ante la muerte del mismo habiendo dejado ya de ser sujeto de derecho.

Para otros se trataría de un representante de la herencia, considerada ésta como persona jurídica distinta de los herederos, aunque también fue muy objetada, ya que, no resulta admisible considerar a la sucesión como un sujeto de derecho, en definitiva,

como una persona jurídica distinta de los herederos que son llamados a la sucesión, simplemente porque nuestro ordenamiento jurídico no la regula como tal.

Rébora por su parte adhiere a la teoría de la delegación. La ejecución del testamento, puede ser encargada por el testador a un albacea o ejecutor testamentario, el que sería impuesto a los herederos y legatarios de cuota, con el fin de obtener una más segura, exacta y diligente ejecución de su testamento.

Por último algunos autores entienden que estamos en presencia de una institución *sui generis*, en virtud de que tiene características propias que hacen imposible asimilarla a una de las figuras legadas en la ley.

3. CARACTERES

La designación o nombramiento del albacea es una petición voluntaria, indelegable, remunerada y temporal. Que es voluntaria se deriva del hecho de que el testador en ningún caso está obligado a designar albacea, no corresponde a la esencia del testamento que éste contenga ejecutor testamentario y; que éste a su vez puede aceptar o no la designación, estando facultado incluso a renunciar después de haber aceptado sin necesidad de fundamentar su rechazo o renuncia (artículo. 3865 del Cód.Civ.). De acuerdo a lo expresado puede afirmarse que el albacea es un derecho, una facultad que le confiere el ordenamiento jurídico a toda persona que disponga de sus bienes por actos de última voluntad mediante testamento. El carácter potestativo surge claramente de los términos del artículo. 3844 del Cód.Civ., al establecer que: “El testador puede nombrar una o más personas encargadas del cumplimiento de su testamento”.

El hecho de que fuese un cargo no delegable (artículo.3855 del Cód Civ.) es indicativo que el albacea no puede bajo ningún pretexto y/o circunstancia delegar su función, adquiriendo así un carácter personalísimo. Tal es así que el mandato conferido

no pasa por su muerte a sus herederos, lo que no imposibilita el poder designar mandatarios, siempre y cuando lo hagan bajo sus órdenes y responsabilidad personal quién de este modo no delegaría propiamente el cargo. El nombramiento que en subsidio hiciera el testador para un reemplazante, no es tampoco impedimento para que puedan conferirse los poderes en la medida señalada con anterioridad. En este sentido, Maffía sostiene: “La designación del albacea debe ser hecha personalmente por el testador y en consecuencia no es válida la cláusula que faculte a otra persona a designarlo”.⁶ Es lógico que esto sea así atento al carácter personalísimo que tiene el nombramiento del albacea, y al hecho que su designación supone una auténtica confianza del testador en él. Lo contrario implicaría desvirtuar la figura, al quedar librada a las vicisitudes de la voluntad del designado, pudiendo incluso de permitirse la delegación, darse el caso de que el cargo sea ocupado por alguien que haya sido un desconocido del causante o peor aún que guarde algún encono.

En el caso del ejecutor testamentario inglés, éste puede ser nombrado por otra persona quien el testador hubiese facultado para hacerlo. Pero quienes sostienen lo contrario se fundamentan en que el mandato es por su naturaleza un contrato *intuitu personae*, y siendo así, exige, por regla general, al mandatario en desempeñarlo personalmente. Llerena fundamenta a través de una sencilla razón: “El mandatario es elegido por su fidelidad, su capacidad, su celo, su crédito. Falta por tanto a una ley esencial de la convención si él descarga en otra persona ignorada del mandante, una tarea que le ha ido confiada sólo a él y en consideración a su persona”.⁷

Todo lo desarrollado queda de manifiesto en el artículo 3855 del Cód.Civ.: “*El albacea no puede delegar el mandato que ha recibido, ni por su muerte pasa a sus herederos; pero no está obligado a obrar personalmente: puede hacerlo por mandatarios que obren bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éstos. Puede*

⁶ Maffía, Jorge O., Manual de derecho sucesorio, tomo II, 4ª edición, Buenos Aires: Depalma, 1989.

⁷ Pérez Lasala, José Luis, Curso De Derecho Sucesorio, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1989

hacer el nombramiento de los mandatarios, aun cuando el testador hubiese nombrado otro albacea subsidiario”.

En cambio: *“Cuando un funcionario ha sido en esta calidad nombrado executor testamentario, sus poderes pasan a la persona que le sucede en la función”* (artículo. 3866 del Cód.Civ.).

Asimismo, el albaceazgo resulta indelegable, en el sentido de que el testador no puede establecer que su elección o determinación sea hecha por un tercero tal como lo prevé la legislación inglesa.

Según Goyena Copello, las personas jurídicas pueden ser designadas para ejercer el cargo, ya que cumpliéndose la función bajo la vigilancia del órgano directivo de la persona jurídica, el solo hecho de que la ejecute el presidente, el gerente, o quienquiera que sea, no es un impedimento para que ella se lleve a cabo, conforme la intención del testador.⁸

Según la opinión mayoritaria, las personas jurídicas, también pueden ser albaceas, siempre que esté previsto en sus estatutos y su objeto así lo permitiera. En mi opinión no debería ser así ya que la designación de albacea por parte del testador importa un verdadero y real acto de confianza en una determinada persona física, no pudiendo aseverarse con corrección que haya confianza hacia una persona ideal o jurídica.

El carácter de remunerado (artículo 3872 del Cód.Civ.) emana del derecho que tiene el albacea a ser retribuido por sus funciones. El albacea tiene derecho a percibir honorarios por el ejercicio de su función. A tal efecto, señala el artículo. 3872 del Cód.Civ.: *“El albacea tiene derecho a una comisión que se gradúa según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión”.*

⁸ Goyena Copello, Héctor, Tratado del derecho de la sucesión, 2º edición, Buenos Aires: La Ley, 1972.

El derecho a la retribución se establecerá, respecto a su monto, teniendo en consideración dos criterios, según emana de la norma: a) la magnitud del trabajo que haya realizado; b) el caudal del acervo hereditario.

Por último, el carácter de temporario se desprende del hecho de que su función concluye por su muerte, o por haber agotado el cumplimiento de su mandato, o por renuncia. Por lo que el término no está determinado por un plazo cierto, sino que durará todo lo que fuera necesario para el leal cumplimiento de la voluntad del testador el cual ha designado en su testamento.

4. NOMBRAMIENTO

Respecto a la forma de nombramiento del albacea resulta claro acorde al artículo 3845 del Cód. Civ., que el mismo sólo puede ser designado por testamento en cualquiera de sus formas admitidas por la legislación argentina; aunque no es preciso que se haga en el testamento mismo, cuya ejecución tiene por objeto garantizar. En consecuencia, el nombramiento de un albacea sería nulo si se lo hace por cualquier otro acto que no sea que no fuera un testamento.

La segunda parte del artículo 3845 del Cód. Civ, permite que en un acto posterior al testamento mismo, el testador designe albacea para el cumplimiento de aquél. La doctrina entiende que como ese acto debe revestir las formas testamentarias, se tratará de un testamento en sentido *formal*, aunque no lo sea en sentido *sustancial*. En otras palabras, puede ser un acto en el que no se disponga de los bienes, sino que se limite solamente a designar albacea, o sea, un testamento en sentido *formal* y no *sustancial*.

No resulta inevitable que se utilice la palabra “albacea”, siempre que exista certeza en que la voluntad del testador fue designar a tal persona para desempeñar las

funciones de un albacea. Es decir, en suma, lo importante es conocer con precisión la voluntad del testador con independencia de la denominación que este pueda otorgarle.

Llamativa fue la situación que se dio en un fallo “Atkinson, Alfredo E. suc.” de los Cam. Civ. Rosario, Sala III, con fecha 22/8/1939 en el que se manifestó que, un testamento donde sólo se hacían legados, en el que se expresaba que “debe intervenir en todo esto el cónsul inglés”, importaba designar albacea al agente consular de esa nación”.

La doctrina entendió como de particular interés lo expresado por el Dr. Palacios en el fallo de Cámara, en el sentido de que la “interpretación de las disposiciones de *mortis causa* deben hacerse con criterio amplio y con arreglo a la buena fe. Es decir, si una disposición de última voluntad admite diversas interpretaciones, ante la duda, se deberá dar preferencia a aquella que le permita producir efectos”.

El mismo Dr. Palacios señala más adelante, siguiendo a Danz, que en la vida no “pocas veces se presentan hechos que nadie previó”,⁹ por lo que el juez deberá, ante todo, atenerse de menospreciar las intenciones del testador porque éste no se haya acordado de algo. Sigue diciendo Palacios que “considerando el testamento de alusión a la luz de estos principios, no cabe duda que al consignar el testador la frase final *debe intervenir en esto el cónsul inglés*, entendió designarlo albacea para el cumplimiento de todas sus disposiciones de última voluntad. En esto vale decir, en el testamento, debe intervenir el cónsul inglés, esto es, en su ejecución”.

Es por esto que lo importante y fundamental es desentrañar la real voluntad del testador, para saber si quiso o no designar un albacea con prescindencia de que haya puesto o no ese término en el testamento.

Dado que se necesita de la forma testamentaria para designación de albacea, será necesario utilizar también ese modo para revocar el nombramiento, por lo que tal

⁹ Danz, Erich, Interpretación de los negocios jurídicos, 1º edición, Pamplona. España: Analecta, 2006

revocación no se provocará si es formulada sea tanto en un documento público o privado que no tenga forma testamentaria, tal como nos enseña Salerno.¹⁰

Lo que resulta previsto en artículo 3845 del Cód. Civ., que dice así: *“El nombramiento de un executor testamentario debe hacerse bajo las formas prescriptas para los testamentos; pero no es preciso que se haga en el testamento mismo, cuya ejecución tiene por objeto asegurar”*.

4.1. NOMBRAMIENTO DE ALBACEAS POR LOS HEREDEROS O LEGATARIOS

Artículo 3867: *“cuando el testador no ha nombrado albacea, o cuando el nombrado cesa en sus funciones por cualquier causa que sea, los herederos y legatarios pueden ponerse de acuerdo para nombrar un executor testamentario; pero si no lo hicieren, los acreedores de la sucesión u otros interesados, no pueden pedir el nombramiento del albacea. La ejecución de las disposiciones del testador corresponde a los herederos.”*

El procedimiento a emplearse en este caso será equivalente al que corresponde para el nombramiento de administrador (artículo 3451 del Cód. Civ.), prevaleciendo, sin embargo la opinión de la mayoría cuando, si bien están todos de acuerdo en nombrar el executor, no lo estén en la persona que ha de desempeñar el cargo.

En tal sentido Llerena sostiene en que si alguno de los herederos se ofrece él mismo a cumplir las disposiciones del testador, y no quiere que se nombre executor testamentario, él debe ser nombrado, si los otros no quieren o no pueden obrar conjuntamente.¹¹

¹⁰ Salerno, Marcelo U. y Lagomarsino, Carlos A.R.: Código Civil argentino y legislación complementaria, 5º edición, Buenos Aires: Heliasta, 2006.

¹¹ Zannoni, Eduardo A, Manual de derecho de las sucesiones, 2ª edición, Buenos Aires: Astrea, 1989

A decir verdad la persona que resulte así designada no es un albacea en sentido propio, ya que éste sólo lo puede designar el testador pues, es un mandatario de éste para actuar luego de su fallecimiento.

Se trataría entonces de un mandatario de los herederos y/o legatarios, debiendo emplearse las normas del mandato y no las del albaceazgo. Por ello será posible la revocación del mandato por parte de quienes lo han otorgado.

Parte de la doctrina ha sostenido que “en el supuesto de este artículo no puede hablarse en sentido propio de albacea o ejecutor testamentario”, ya que él no recibe su “investidura del causante, tratándose en realidad de un mandatario de los herederos y legatarios, sujeto a las reglas del mandato común, no a las del albaceazgo”.

Es lógico lo dispuesto en este artículo en cuanto a que los acreedores de la sucesión u otros interesados no pueden pedir el nombramiento de albaceas, por cuanto las funciones de éste son sólo las de asegurar el cumplimiento de la voluntad del testador.

5. CAPACIDAD

Corresponde estarse a lo prescrito por el artículo 3846 del Cód. Civ., que dice así: *“El testador no puede nombrar por albaceas sino a personas capaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo, aunque sean incapaces al tiempo del nombramiento.”*

Nota al artículo 3846. L. 8, Tít. 5, lib. 3, Fuero real. *“Hemos establecido en el artículo 1897 de este Código, que el mandato puede ser válidamente conferido a una persona incapaz de obligarse; y aunque el ejecutor testamentario sea un mandatario, la ley debe exigir que el testador elija personas capaces de obligarse. En el mandato ordinario él es sólo quien sufre por la incapacidad de su mandatario: tiene siempre el recurso de revocar el mandato cuando le parezca, mientras que cuando el ejecutor*

testamentario es incapaz, son los herederos o legatarios a los cuales la incapacidad del legatario puede perjudicar sin que ellos hayan participado en su nombramiento, y sin que tengan el poder de revocarlo.”

La norma no guarda coherencia con lo establecido en el artículo 1897 del Cód. Civ.; en donde se dispone que el mandato pueda ser conferido de manera válida a una persona incapaz de obligarse.

De acuerdo a lo enunciado por el artículo transcrito resulta que el albacea debe ser capaz a la muerte del testador, pues es a partir de entonces que debe estar en condiciones de ejercer el albaceazgo. En la nota al artículo 3846 el codificador alude, por error, a la incapacidad del legatario, ya que debió decir albacea.

La capacidad se requiere, en definitiva, al momento de ejercer el albaceazgo. Es que, como dice Vélez Sarsfield en la nota al artículo 3846, son los herederos o legatarios a los que puede perjudicar la incapacidad del albacea sin que ellos hayan participado en su nombramiento.

Efectivamente, dado el carácter esencialmente revocable del testamento, el mismo puede ser modificado hasta la muerte de testador. Recién entonces cuando se produce el deceso del de cuius, es que adquiere plena validez dicho testamento. Hasta ese momento, si bien se trataba de un instrumento que podría llamarse perfecto, sin embargo su vida era precaria y estaba sometido a la cambiante voluntad de su autor. Por otra parte, recién a la época de la apertura de la sucesión el albacea entrará en funciones. En ese momento es lógico que se le exija la capacidad para obligarse y no antes

Ninguna de las personas afectadas por una incapacidad de adquirir por testamento (incapacidad de derecho nunca es absoluta), padece de ineptitud legal para desempeñar el albaceazgo, a menos que con mira de burlar la pertinente prohibición de la ley, le deje un legado el testador bajo el pretexto de facilitar la ejecución de sus

últimas voluntades, como lo establece el artículo 3849 del Cód. Civ., caso en el cual, nada podría recibir el beneficiario a título de ejecutor testamentario.

Dado estas circunstancias, se logra explicar que también puedan ser albaceas el heredero y el legatario, pero si cualquiera de ambos quisiese atacar el testamento, tendría que negarse a aceptar, o bien renunciar al cargo. Conforme con esta doctrina es lo estatuido por el artículo 3848 del Cód. Civ. que a continuación transcribo: *“El incapaz de recibir un legado hecho en el testamento, puede ser ejecutor testamentario: pueden serlo también los herederos y legatarios, los testigos del testamento y el escribano ante quien se hace”*.

Nota al artículo 3846. Pothier, *Donat. Testament*, Cap. 5, art. 1º, Toullier, t. V, nº 579 y 580. Troplong, *Testament*, nº 2010 y 2011. Aubry y Rau, Ç 711. *“En otros términos, las incapacidades relativas a recibir por testamento, no importan incapacidades para ser ejecutor testamentario. Sin embargo el albacea que no pudiese recibir nada como legatario, por ejemplo el confesor, nada tampoco podría recibir a título de ejecutor testamentario.”* Zachariae, Ç 491, notas 14 y 17 de Massé.

Comúnmente la doctrina entiende desatinada la decisión de Vélez Sarsfield de admitir la capacidad del escribano autorizante para ser albacea, pues puede suceder que éste tenga un *interés particular* en tal nombramiento. Resulta interesante destacar que de acuerdo al artículo 985 del Cód. Civ. son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fueren personalmente interesados; pero si los interesados lo fuesen sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido.

Se puede aseverar entonces que lo expuesto por el artículo 3848 del Cód. Civ. debe interpretarse en concordancia con el artículo 985. Si bien se acepta la primacía de lo establecido por el 3848, la doctrina ha criticado la capacidad para ser albaceas del escribano autorizante.

5.1. CASOS DE INCAPACIDAD

Como resultado de lo dispuesto en el artículo 3846 del Cód. Civ., no pueden ser albaceas los menores, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Tampoco podrían serlo los inhabilitados por las restricciones a su capacidad de obligarse y los religiosos profesos en virtud de que solamente son capaces de contratar para sus conventos no pudiendo obligarse ni obligar a otros.¹²

Respecto del indigno considero oportuno aclarar, que la indignidad no es una incapacidad, sino una circunstancia que contraría la vocación sucesoria, por lo cual cabe preguntarse si el indigno estaría habilitado para ejercer o no la función de albacea. En una posición criticada por extrema, Fassi sostiene que: “Nada impide que sea albacea porque la indignidad no está incluida entre las incapacidades”.¹³

Por su parte, en una postura más moderada, Borda hace una distinción entre si el testamento es posterior al hecho que provoca la indignidad, en cuyo caso se presume el perdón del testador (art.3297 del C.C.) o si es anterior, entendiendo en este caso que el indigno no puede ser albacea, porque éste es un cargo de confianza, y resulta lógico presumir que, de haber sabido el testador la conducta del albacea que lo hace indigno, no lo hubiera designado como tal.¹⁴

Por último se ha discutido si las personas jurídicas pueden o no ser albaceas. En un primer sentido, se sostuvo que no sería posible admitir la idea de que una persona jurídica pueda ser albacea porque se trata de un cargo otorgado en razón de la confianza hacia una persona humana.

Con posterioridad y contrariamente la doctrina estimó que no habría inconvenientes en reconocer dicha posibilidad a las personas jurídicas. En este sentido, el artículo 3844 del Cód. Civ., al referirse a quiénes pueden ser nombrados albaceas,

¹² Llambías, Jorge J. y Méndez Costa, María j.: Código Civil anotado, t. V-C, “Sucesiones”, 2º edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

¹³ Fassi, Santiago: Tratado de los testamentos, 1º edición, Buenos Aires: Astrea, 1970.

¹⁴ Borda, Guillermo A.: Tratado de derecho Civil “Sucesiones”, 9º edición, Buenos Aires: La Ley, 2009.

utilice el término *personas* sin distinguir entre personas individuales y personas jurídicas. El artículo. 3846 del Cód. Civ. se refiere a personas capaces de obligarse, enunciado que comprende ambas especies de personas. O bien, lo único que requiere la norma es capacidad para obligarse, capacidad de la que están conferidas también las personas jurídicas.

No es preciso decir que el testador al nombrar albacea se funde exclusivamente en la confianza depositada en una persona humana, puesto que el artículo 3866 del Cód. Civ. autoriza el nombramiento fundado en la atención del cargo y establece que, en tal caso, los poderes pasan a quien lo sucede en la función, por lo tanto, es posible designar albacea al presidente de una Sociedad de Beneficencia, ¿por qué no admitir que ésta misma pueda serlo?¹⁵

6. DESIGNACION DE VARIOS ALBACEAS

Dispuesto está por el artículo 3844 del Cód. Civ. que el testador puede nombrar una o más personas encargadas del cumplimiento de su testamento y en este caso debe tenerse presente que *la pluralidad de albacea no obliga a ninguno a obrar conjuntamente.*

La pluralidad de albaceas puede constar en acto sucesivos, es decir, no es necesario que se los designe en el mismo acto; siempre claro está, que los testamentos posteriores no impliquen una revocación del anterior o de los anteriores.

El artículo 3870 del Cód. Civ. dispone que: “*Cuando son varios los albaceas nombrados bajo cualquiera denominación que lo sean, el albaceazgo será ejercido por cada uno de los nombrados en el orden en que estuviesen designados, a no ser que el testador hubiese dispuesto expresamente que se ejercerá de común acuerdo entre los*

¹⁵ Borda, Guillermo A, *Ibíd.*

nombrados. En este último caso, todos son solidarios. Las discordias que puedan nacer serán dirimidas por el juez de la sucesión.”

Como puede advertirse, la norma establece la presunción para el caso de silencio del testador, la que quedaría sin efecto si éste dispone lo contrario, entonces su voluntad será la que predomine. Esta presunción de actuación en orden de nombramiento, significa que cuando haya renuncia, muerte, incapacidad o destitución del nombrado en primer lugar, ocupará el cargo el segundo y así sucesivamente.

Por su parte Borda sostiene que esta solución contemplada en la norma encuentra justificación en el hecho de que la actuación conjunta de varias personas suele ser motivo de conflictos y demoras en el cumplimiento de la misión encomendada, todo ello en perjuicio de los herederos y legatarios.¹⁶

Es este supuesto, no podría hablarse de división de funciones hecha por el testador, pues sólo a falta del nombrado en primer término actuarán los otros.¹⁷

La segunda parte del artículo 3870 del Cód. Civ., antes transcripto nos indica que el testador puede determinar de manera expresa la forma en la que deberán actuar susodichos ejecutores testamentarios. Se determina que deberán obrar de *común acuerdo*. Quiero aclarar que no es lo mismo obrar “de común acuerdo” que implica obrar de unanimidad, que obrar “conjuntamente” siendo esto último la indicación que lo deben hacer a un mismo tiempo. Por lo que de común acuerdo significaría obrar de conformidad, unánimemente.

De generarse un desacuerdo o una discordia entre ellos, conforme lo establece el artículo, deberá ser resuelto por el juez de la sucesión.

El principal problema a resolver que se plantea cuando hay designación de más de un albacea, es el relativo a la solidaridad respecto de la responsabilidad que les puede

¹⁶ Borda, Guillermo A.; *Ibíd*

¹⁷ Cafferata, José I., *Legítima Y Sucesión Intestada*, 1º edición, Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma, 1982.

caber por su accionar. La solidaridad entre albaceas no puede tener lugar sino cuando por expresa disposición del testador ejercen de *consumo* sus acciones, efecto inconciliable con la actuación aislada de cada uno de ellos.

7. FALTA DE DESIGNACIÓN DEL ALBACEA

No habiendo el testador designando un albacea, le corresponde al heredero el cumplimiento de su voluntad.

Siendo así, el albacea no es sino un *ejecutor subsidiario* de las disposiciones testamentarias.

Estos antecedentes explican el artículo 3867 in fine del Cód. Civ. cuando dice: “*La ejecución de las disposiciones del testador corresponde a los herederos*” cuando el testador –debió agregar–, hubiese omitido el nombramiento de un albacea, como empieza el artículo.

Las Costumbres de Meaux (art. 36) y las Nivernesas (cap. XXXIII, art 3º), anteriores a la codificación francesa, permitían que, por fallecimiento u otra causa del ejecutor testamentario, proveyese el juez el nombramiento de un subrogado. Tal sería el único antecedente de la singular decisión del artículo 3867 del Código de Vélez, esta vez en abierta contracción con sus fuentes, y no menos con la doctrina inspiradora del artículo 3844, según la cual el albacea es mandatario del testador. Esta vez lo sería de los herederos, quienes, al nombrarlo le tendrían subordinado a su voluntad y expuesto ello a la frustración de su tarea, pues siendo ellos varios y con pretensiones contradictorias, nunca acertarían a impartir al albacea una *decisión uniforme* para el cumplimiento de las mandas del testador.¹⁸

8. CONCLUSIONES

¹⁸ Simó Santonja, Vicente L., Derecho sucesorio comparado y conflicto de las leyes en materia de sucesiones, 1º edición, Madrid: Tecnos, 1968

Posiblemente uno de los principales inconvenientes que exhibe la figura del albacea es su propio desconocimiento, máxime si referimos a sociedades como la nuestra, donde poco se recurre al testamento como forma de manifestación de última voluntad.

Reconocidas a nivel mundial de las virtudes del testamento como forma de disposición de bienes a la muerte de una persona, es una pena que no sea tan utilizada, previendo el desinterés en la ejecución de las cláusulas del testamento por parte de los herederos forzosos, máxime si estas disminuyen sus porciones hereditarias.

Para superar este inconveniente, la ley concede al testador la potestad de nombrar albaceas o ejecutores testamentarios encargados de velar por el exacto cumplimiento de sus disposiciones.

El capítulo contiene los basamentos fundamentales para poder acceder a un conocimiento estructural del albacea y así redescubrir las virtudes de la susodicha figura en el ámbito sucesorio.

Capítulo II

POTESTADES DEL ALBACEA

SUMARIO: 1.Especies 2.Facultades 2.1.Poderes del albacea cuando hay herederos forzosos 2.2.Bienes que deben quedar en poder del albacea 2.3.Seguridad de los bienes en poder del albacea 2.4.Poseción total de la herencia por el albacea 2.5.Delegación de facultades 2.6.Facultad de vender bienes 3.Conclusiones

1. ESPECIES

Existen distintas especies de albaceas:

A) TESTAMENTARIO: al hacer referencia al albacea, se entiende por tal al nombrado por el testador en su respectivo testamento. Es el albacea normal, o sea, el propiamente dicho. Sin embargo, se utiliza la denominación de albacea en otras hipótesis mencionadas a continuación.

B) LEGÍTIMO: se llama albacea legítimo en el supuesto de que sea el heredero el que actúe como tal, en defecto de albaceas designados por el testador. Esta forma no es reconocida por nuestra legislación.

C) DATIVO: el mismo es otra forma anormal de nombrar albaceas. Este es el designado por el juez de oficio para el supuesto de que el legítimo o el testamentario no quieran cumplir con el cargo. Tampoco esta regulado por nuestro derecho.

D) CONVENCIONAL: además del albacea testamentario, nuestra legislación prevé otra forma que es un modo, entendido por la propia doctrina como anormal. Este se denomina convencional y es nombrado por los sucesores. Para parte de la doctrina esta figura no puede considerarse un albacea, sino que resultaría técnicamente más adecuado hablar de un mandatario de los herederos. El mismo encuentra regulación en el artículo 3867 del C.C.

Vélez pensó que para el mejor cumplimiento de las disposiciones testamentarias, permitir que los herederos y legatarios puedan elegir un albacea que lleve a cabo la respectiva ejecución testamentaria.

La norma tiene aplicación cuando o el testador no nombró albacea; o cuando, habiéndolo designado por alguna causa cesa en sus funciones.

Pueden solicitar la designación de albacea los herederos y legatarios, no así los acreedores o cualquier otro interesado en la sucesión.

Para que fuese procedente su designación será imprescindible el acuerdo entre los herederos y legatarios. Finalmente va a ser el juez quien tenga que hacer la designación de la persona propuesta por los interesados. Si hubiera acuerdo sobre la necesidad de designar albacea, pero no pudiera convenirse la persona que sería nombrada, la cuestión deberá ser sometida a la decisión del juez.¹⁹

Borda manifiesta una fuerte crítica a esta posición legal, al aseverar que se trata de una verdadera anomalía; el albacea es el encargado de cumplir la voluntad del testador, y actúa independientemente y a veces en contra de los intereses de los herederos. Si éstos y los legatarios se ponen de acuerdo en la designación de una persona que ha de correr con el trámite del juicio y cumplimiento del testamento, no hacen otra cosa que designar un mandatario. Por lo tanto, se le tendrían que aplicar las reglas del mandato común y no las del albaceazgo; sus facultades serán las que ellos le confieran y no las previstas en los artículos 3852, 3854, 3855, 3856 y 3862 del Cód. Civ. Para poner término a su mandato, bastará con que así lo resuelvan los mandantes, siendo en consecuencia inaplicables los artículos 3864, 3865 y 3868 del Cód. Civ. Borda agrega que el artículo en cuestión, o sea el 3867, es una disposición desprovista de toda vigencia práctica. Jamás los herederos y legatarios se ponen de acuerdo para la designación de un albacea; cuanto más, designan un apoderado para el sucesorio o para lleve a cabo los actos relativos a la liquidación de los bienes, pago de los legados, partición, etc.

Lo cual, en realidad, no puede hablarse sino de un mandato de los herederos a la persona designada para llevar adelante lo relativo al cumplimiento de las disposiciones testamentarias; de lo contrario, la regulación de la norma estaría dando lugar a la posibilidad de que se nombre un albacea forzoso, impuesto por el juez, lo que resulta

¹⁹ Cafferata, José I., *Legítima Y Sucesión Intestada*, 1ª edición, Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma, 1982.

incompatible con el esquema normativo y además, crea una figura que no puede ser asimilada a la del albacea propiamente dicho.²⁰

De modo que la naturaleza jurídica de las funciones que cabe asignar al albacea convencional serían las referentes a un mandato. El albacea sería mandatario de los herederos y legatarios que lo hubieran designado, y a su gestión deberán aplicársele las reglas del mandato común.

E) CONSULAR: por la ley 163, de 1863, se otorgó a los cónsules extranjeros facultades para que pudieran designar albaceas dativos en las sucesiones de sus connacionales.

Para que pueda intervenir el cónsul debe cumplirse con los siguientes requisitos:

- 1- que el causante y sus herederos fueran extranjeros.
- 2- Tratándose de sucesiones *ab intestato*, que no hayan quedado ascendientes, descendientes, ni cónyuge legítimo, públicamente reconocido como tales, públicamente reconocidos como tales, residentes en el país.
- 3- En las *sucesiones testamentarias*, para que proceda la intervención del cónsul, los herederos instituidos en el testamento que se desea hacer valer deben ser extranjeros y estar ausentes, y en el supuesto de que el testador haya designado albacea, éste debe encontrarse también fuera del país.

El albacea consular cesará en sus funciones en los siguientes casos:

- 1- Cuando se dicte declaración de vacancia de la herencia, porque los bienes pasan a la propiedad del estado.
- 2- Cuando se presenta en el juicio sucesorio el albacea testamentario.
- 3- Cuando los colaterales residentes en el país fueran declarados únicos y universales herederos.
- 4- Según la jurisprudencia, también cesa su intervención cuando se presenten los herederos ausentes cuyo interés se desea por el medio de él.

²⁰ Borda, Guillermo A.: Tratado de derecho Civil "Sucesiones", 9ª edición, Buenos Aires: La Ley, 2009.

2. FACULTADES

Artículo 3851 del Cód. Civ.: *“Las facultades del albacea serán las que designe el testador con arreglo a las leyes; y si no las hubiera designado, el ejecutor testamentario tendrá todos los poderes que según las circunstancias, sean necesarias para la ejecución de la voluntad del testador”*.

Nota artículo 3851. Véase L. 3 Título 10, part. 6ª, y Título 21, L. 10, Nov. Rec. *El mandato hecho al albacea restringe los derechos de administración y libre disposición que pertenecen a los herederos es su calidad de propietarios, y por lo tanto, no pueden extenderse más allá de las disposiciones de la ley y de los límites indispensables a su objeto. Decimos “con arreglo a las leyes”, pues que el testador no podría, por ejemplo darle, facultad para que distribuyese sus bienes a su arbitrio, porque tal disposición sería a favor de personas inciertas.*

La parte del artículo 3851 que estimo apropiada analizar dice...*sean necesarias para la ejecución de la voluntad del testador*, es lo que en verdad determina las facultades del albacea, y será siempre una cuestión de apreciación que el juez debe resolver según las circunstancias del caso en concreto, entendiéndose que cuando habla de voluntad del testador, es exclusivamente para aquellas disposiciones que están fuera de la regulación de la ley.

Se objeta que no existe razón alguna para restringir el derecho que la ley confiere al testador de encargar a un albacea la ejecución de sus voluntades. ¿Qué quiere la ley? Quiere ella *conferir al testador el medio de proveer a la ejecución de sus disposiciones*. Luego debe permitirle investir a su albacea de todos los *poderes que sean necesarios para alcanzar ese objeto*.

Importa esto olvidar que también los herederos gozan de derechos dignos de ser contemplados. Trátese de conciliar los derechos de los legatarios, a quienes el ejecutor representa, con los derechos de los herederos.

¿Sólo al legislador le corresponde determinar cuáles derechos del testador deben subsistir después que él ha fallecido y en qué límites le permite trabar el derecho de propiedad de los herederos? ¿Son esos límites desasido estrechos? ¿Debe la ley acordar un poder más extenso al testador? ¿Son éstas cuestiones de legislación cuya solución no corresponde al intérprete? Se pregunta Llerena²¹

Siendo así, resulta evidente que la primera limitación a las facultades conferidas al testador en relación a los poderes de que puede investir a su albacea, es la ley. Por consiguiente, mal podría el disponente autorizar a su ejecutor testamentario a realizar ningún acto contrario a la ley aun cuando refiera a la ejecución de sus últimas voluntades. Toda extralimitación en que incurriese en este orden de ideas, sería nula como, por ejemplo, si existiendo herederos forzosos le facultase a disponer de sus bienes, con perjuicio de su legítima, para pagar legados.

Por mucha que sea la amplitud inferida de la construcción gramatical de la frase, debe entenderse que la ley sólo la autoriza a condición de que los poderes sean conformes con ella. De ninguna manera el albacea podría imponer restricciones a la propiedad y posesión de los herederos fuera de los términos expresamente permitidos por la ley y sólo con mira a la exacta ejecución de las últimas voluntades del testador, porque fuera de este objeto, nada puede hacer el albacea.

La nota del codificador al artículo 3851 es harto clara en este sentido.

2.1. PODERES DEL ALBACEA CUANDO HAY HEREDEROS FORZOSOS

Habiendo herederos *forzosos o legítimos*, la *posesión* de la herencia les corresponde (artículos 3417/18 del Cód. Civ.). El heredero que ha entrado en ella, sea de pleno derecho (artículo 3410 del Cód. Civ.), o por orden de juez competente

²¹ Maffía, Jorge O., Manual de derecho sucesorio, tomo II, 4ª edición, Buenos Aires: Depalma, 1989.

(artículos 3412/13 del Cód. Civ.), continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, pues que le sucede en la propiedad y en la posesión, aún cuando el testador haya confiado a un albacea la ejecución de sus últimas voluntades, según así lo determina el artículo 3863 del Cód. Civ.

En el fallo “Campomar, Carlos” de la Cam Nac. Civ., Sala A, con fecha el 10/7/1995 se ha sostenido, con razón, que “si el albaceazgo concurre con la institución de herederos, las funciones de los ejecutores testamentarios quedan acotadas al cumplimiento de los legados, mejoras y cargas”, siendo sus función circunscriptas a la vigilancia y observación para que se cumpla con la voluntad del testador, con la “facultad de realizar todos aquellos actos tendientes a preservar el patrimonio relicto, en miras a garantizar el efectivo cumplimiento de las mandas”

Es que en tal caso las facultades del albacea son esencialmente ejecutorias. De ahí que deba controlar aquella parte del acervo relicto que sea indispensable para, por ejemplo, cumplir con el pago de las deudas si las hubiere.

Si bien el albacea, como executor testamentario que es, tiene en principio amplias facultades, no puede nunca admitirse que se conduzca como dueño y señor de la herencia, ya que sólo debe limitarse a hacer cumplir o controlar que se cumpla la voluntad del testador. El testador no podrá conferir al albacea facultades que contraríen a las leyes y/o que vulneren los legítimos derechos de los herederos y demás sucesores. Es significativo señalar que las atribuciones del albacea varían según existan o no herederos, ya que en el primer supuesto sus funciones se limitan, en principio, a las de vigilancia y contralor del cumplimiento de la voluntad del causante, pues la administración de la herencia corresponde a los herederos.

Pero no existiendo herederos se extienden las facultades del albacea pudiendo realizar bienes para cumplir los legados, ejercer acciones posesorias, y ejecutar todos los actos que resulten necesarios para hacer cumplir las mandas del testador.

En el supuesto de que sea el albacea el encomendado de distribuir la porción disponible, él debe intervenir en todo lo que se relacione con la determinación de esa parte.²²

También puede el albacea, y más aún se puede afirmar con razón que es su deber, iniciar el juicio testamentario si no lo hicieran los herederos.

Así se ha dicho en el fallo ‘Franco de Marini’ de la Cam. Nac. Civ., Sala D, de fecha 4/1/1973, que: ‘El motivo por la que las facultades del albacea se limitan cuando hay herederos forzosos se halla en la naturaleza de la legítima hereditaria que les pertenece, no como una concesión o liberalidad del causante, sino como un derecho que les da la ley, aun contra la voluntad del testador’.

La jurisprudencia es prácticamente uniforme en el sentido de que habiendo herederos forzosos, las facultades del albacea se restringen copiosamente, y que no habiendo éstos y el testamento se agotara en legados, de acuerdo con el artículo 3854 del Cód. Civ. le corresponderá la posesión de la herencia, teniendo mucho mayor poder de intervención y facultades.

2.2. BIENES QUE DEBEN QUEDAR EN PODER DEL ALBACEA

Artículo 3852 del Cód. Civ.: *“Habiendo herederos forzosos, o herederos instituidos en el testamento, la posesión de la herencia corresponde a los herederos, pero debe quedar en poder del albacea tanta parte de ella, cuanta fuese necesaria para*

²² Cafferata, José I., Legítima Y Sucesión Intestada, 1º edición, Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma, 1982.

pagar las deudas y legados, si los herederos no opusiesen respecto legados, que en ello van a ser perjudicados en sus legítimas”.

Si bien este artículo hace referencia a los herederos forzosos, o instituidos, debe entenderse que también rige cuando hay herederos legítimos, ya que el artículo 3854 habla expresamente de unos y otros, y debe entenderse como un complemento del artículo transcrito. Como consecuencia de lo normado en este artículo, el albacea tiene la administración de los bienes que se le entreguen en virtud de esta disposición.

Sin embargo, como el cumplimiento de las mandas recae sobre los herederos, son éstos los que deben arbitrar los medios para llevarlas a cabo, y que en consecuencia, si no hay una autorización expresa que lo autorice a petitionar la venta, lo único que cabe es que los beneficiarios reclamen sus mandas, y eventualmente ejecuten los bienes para que se les entreguen las sumas legadas, o con el producido de ellas se adquieran los bienes según sea el legado.

Las facultades indicadas, esto es, cumplir las mandas y eventualmente arbitrar los medios a tal fin, son las *funciones ejecutorias por excelencia del albacea*, y se puede afirmar que, *la razón misma del instituto*. Es éste el vértice de la institución y todo cuanto se diga o se haga tiende pura y exclusivamente a apuntalarlo.

En última instancia todo depende de la manera en que el testamento ha sido confeccionado y redactado, de la mayor o menor inteligencia de sus cláusulas y las particularidades de las mandas y los bienes. De allí entonces, que todo dependa en última instancia, del caso en concreto, y a él se deba ajustarse todo lo dicho y en él se deba concretar ese margen de apreciación tan grande que la ley confiere a los magistrados.

Llerena se hace los siguientes planteos: ¿De qué bienes tomará el albacea la parte que sea necesaria para pagar las deudas y legados? ¿De los muebles o de los inmuebles?

Si haber *dinero suficiente*, de ello dispondrá el ejecutor testamentario para el cumplimiento de su cometido; y a falta de dinero, de los muebles, para pagar los legados de la misma naturaleza, para lo cual podrá provocar la venta de los que sean necesarios a tal objeto, a menos que los herederos le ofrezcan dinero para impedirlo. Si ni con el dinero de la sucesión, ni el producido de la venta de los bienes muebles fuese suficiente para pagar los legados, entonces así, podrá el albacea, de acuerdo con los herederos, y en su defecto, con autorización de juez, provocar la venta de los inmuebles, dentro de los límites de lo indispensable, tal como lo preceptúa el artículo 3856 del Cód. Civ.²³

Y si el testador no le hubiese dado al albacea la facultad expresa de vender sus bienes muebles e inmuebles, lo mismo la tendrá por aplicación del inciso 2º del artículo 3851 del Cód. Civ. El acuerdo con los herederos a que el artículo 3856 condiciona el ejercicio de ella, es conforme con el absolutismo, y la exclusividad de la noción del dominio y de su posesión, transmitidos por muerte del testador a sus sucesores universales. La *autorización del juez* supone una controversia entre el heredero y el albacea, o sea, entre el propietario del bien cuya venta se promueve y el mandatario del testador, cuya voluntad trasciende en este caso más allá de su muerte. No le bastará al heredero su caprichosa oposición.

Deberá fundarla en el eventual perjuicio en su legítima, como lo preceptúa el artículo 3852 del Cód. Civ. in fine, porque dentro de los límites de su porción disponible puede el testador hacer los legados que considere conveniente o mejorar con ella a sus herederos legítimos. El albacea, por su parte, tampoco pretenderá hacer valer su decisión sin referencia a la ley. La sola voluntad del testador no será suficiente si ella desdeña los preceptos de *orden público* que la ciñen y la reducen a sus justos límites. El

²³ Maffía, Jorge O., Manual de derecho sucesorio, tomo II, 4ª edición, Buenos Aires: Depalma, 1989.

deber de pagar las deudas que el ejecutor testamentario podría invocar, como obligación principal inherente a su ministerio, *no es abstracto*, pues habiendo herederos forzosos, sólo puede cumplírsele con su conocimiento, quienes siempre podrían ofrecer dinero propio para solventar las deudas del difunto.

Se ha discutido quién es el que debe reconocer la deuda de la testamentaría y quién debe cumplirla. La doctrina conforme con el argumento del artículo 3852 del Cód. Civ. juzga que puede sostenerse que el pago debe ser demandado a la vez contra el heredero y el ejecutor testamentario, porque de demandarse sólo contra éste, se lo expondrá a ser responsable de un pago inoportuno, si no llamase a juicio al heredero; y si, por el contrario, se demandase aisladamente contra el heredero, tendría que repetirse la demanda contra el albacea, quien pagaría el legado, según que reconozca o no su legitimidad.

En el caso “Casabella, Reynaldo c/Legatarios de Bruno Magdalena S.”, de la Cam. Civ., Com. y Lab. de Rafaela, con fecha del 21/05/2003 ha dicho con razón, que “corresponde el rechazo de la demanda por cobro de pesos” –en el caso, deuda generado a partir de un supuesto préstamo privado- dirigida contra los legatarios y no contra los albaceas que designo el causante, tratándose de una sucesión testamentaria donde no hay herederos sino sólo legatarios, pues es el albacea quien tramita la sucesión y asume la representación de la herencia, siendo contra él que deben dirigirse las demandas de los acreedores o legatarios.

Otra consecuencia emanada del artículo 3852 del Cód. Civ. es que siendo solvente la testamentaría, no tienen los legatarios por que esperar la partición de la herencia para exigir la entrega del legado, y viceversa, los herederos no tienen derecho de subordinar el pago del legado a dicha partición, pues la posesión legal de que los herederos forzosos se hallan investidos debe conciliarse con su obligación de dejar en

poder del albacea tanta parte de la herencia, cuanto fuese necesaria para pagar las deudas y legados.²⁴

Se han presentado conflictos al momento de decidir sobre las actuaciones judiciales llevadas a cabo en el sucesorio por el albacea; entendiéndose al respecto debe considerarse que “se extralimita el albacea en sus atribuciones si promueve, persigue o de otra forma procura o adelanta, en su calidad de albacea, el interés específico de los beneficiarios”.

Se ha sostenido, entiendo con razón, que “cuando se ha instituido herederos el albacea no es propiamente un ejecutor testamentario, sino más bien un encargado de vigilar el cumplimiento de la voluntad del causante”. En consecuencia, el trámite del juicio sucesorio es correspondiente a los herederos y sólo en caso de ostensible inactividad puede actuar el albacea para acelerar el procedimiento, pues de darse el caso de que a los herederos forzosos o instituidos no les interese en demasía acelerar el procedimiento sucesorio, no vemos por qué el albacea no deba respetar y sujetarse a la voluntad de aquéllos.

Considero que en tal supuesto al albacea no le corresponde de ninguna manera impulsar el proceso sucesorio, ya que en nada se ven perjudicados derechos de terceros, ni existen legados pendientes de cumplimiento. En el supuesto descripto se torna totalmente innecesaria la actuación o intervención del albacea, salvo que surgiese algún conflicto entre los herederos y que la opinión del albacea sea fundamental para dirimirlo.

En la práctica se puede advertir cómo se han tramitados sucesiones testamentarias con designación de albacea, donde al haber sólo herederos forzosos, ni siquiera se notificaba al albacea de su cargo, es decir, que éste nunca se enteraba de que

²⁴ Llambías, Jorge J. y Méndez Costa, María j.: Código Civil anotado, t. V-C, “Sucesiones”, 2º edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

había sido designado para tal función. Sin lugar a dudas esto constituye un exceso, ya que habiendo nombramiento de albacea el juez, en mi opinión, debería pedir a los herederos que expliquen el por qué de su decisión de no hacer intervenir al albacea y, en el caso de que el juez encontrara atendibles sus razones, eximirlo de notificar a aquél.

Dentro de las facultades ejecutorias que el Código confiere al albacea, presumiblemente la más significativa desde el plano de las actividades que importen una alteración dentro de los bienes que componen la misma herencia, y que ha de incidir sobre los que reciban los herederos, nos encontramos la norma del artículo 3856 del Cód. Civ.: *“El testador puede dar al albacea la facultad de vender sus bienes muebles o inmuebles; pero el albacea no podrá usar de este poder sino cuando sea indispensable para la ejecución del testamento, y de acuerdo con los herederos o autorizado por juez competente.”*

Parte mayoritaria de la doctrina entiende que, de todos modos, emana tal facultad del artículo 3851 del Cód. Civ., pues esta norma le confiere todos los poderes necesarios para la ejecución de la voluntad del testador.

2.3. SEGURIDAD DE LOS BIENES EN PODER DEL ALBACEA

Artículo 3853 del Cód. Civ.: *“Los herederos y legatarios, en el caso de justo temor sobre la seguridad de los bienes de que fuese tenedor el albacea, podrán pedirle las seguridades necesarias”.*

De entre las medidas que podrían tomar en este caso los herederos y legatarios, debe considerarse contenida la facultad de requerir fianza al albacea o pedir embargo preventivo, como se decidió en alguna oportunidad. Resulta indudable que lo dispuesto en este artículo se reducirá en definitiva a la apreciación que el juez haga de las particularidades del caso, por tratarse de una cuestión de hecho. Es decir que el juez

deberá justipreciar el fundamento del pedido que hagan los herederos o legatarios, así como también respecto de la conveniencia de las seguridades ofrecidas.²⁵

2.4. POSESION TOTAL DE LA HERENCIA POR EL ALBACEA

Artículo 3854 del Cód Civ.: *“Cuando las disposiciones del testador tuviesen sólo por objeto hacer legados, no habiendo herederos legítimos o herederos instituidos, la posesión de la herencia corresponde al albacea”*

Nota al artículo 3854: *“En el caso de este artículo y del anterior, los bienes que quedan en poder del albacea son en calidad de depósito o secuestro, para satisfacer con ellas los derechos constituidos por testamento”.*

La posesión que el artículo otorga al albacea no sólo ha caído en desuso sino que hasta ha sido negada en algunos pronunciamientos, ya que quiénes deben cumplir las mandas son los herederos, circunscribiéndose el albacea a velar por ello y sólo en caso de inacción substituirlo.

Sobre esta cuestión es importante resaltar que aun habiendo herederos legítimos no forzosos, si el testador agota sus bienes en legados, el albacea será necesariamente poseedor de la herencia, pese a que el artículo comentado parece excluir siempre de la posesión al albacea, si existen herederos aunque sean sólo legítimos.

Bien vale aclarar que la posesión a que se refiere este artículo no debe entenderse como la posesión hereditaria prevista en los artículos 3410 y siguientes del Cód. Civ., sino como una tenencia o posesión precaria de los bienes en los términos del artículo 2352 del Cód. Civ., y ello es así teniendo en cuenta lo expuesto en la nota al artículo 3854. La posesión de los herederos es en cambio ejercida a título de propietario.

²⁵ Salerno, Marcelo U. y Lagomarsino, Carlos A.R.: Código Civil argentino y legislación complementaria, 5º edición, Buenos Aires: Heliasta, 2006.

El albacea no es un verdadero poseedor si no se le confiere ningún derecho real *in re*, ni *ad rem*.

Entonces no va a ser sino un depositario, un depositario judicial, que posee en nombre del heredero, único poseedor en toda la latitud que el derecho atribuye a esta palabra. La nota de Vélez al artículo 3854 expone una clara influencia por esta doctrina.

Se entiende que más cerca de la verdad se encuentran quienes sostienen que a pesar de su aparente sinonimia, ambos preceptos entrañan conceptos diferentes, y si al concepto de posesión de la herencia del artículo 3853 del Cód. Civ. quiere entenderse en forma *sui generis* puede hacérselo, sin lugar a dudas, pero mucho más simple es entender que lo que el Código ha querido darle al albacea no es una mera detentación, como surgiría de seguir el concepto de depósito que nos da la nota, sino una verdadera posesión, pero no de la herencia como ente ideal, sino de los objetos que la componen materialmente. Así se justifica toda la economía del Código en materia de posesión hereditaria y se conciben ambas disposiciones aparentemente reductibles en el texto, pero irreductibles en los conceptos.

2.5. DELEGACION DE FACULTADES

Como nos hemos referidos anteriormente al comentar el artículo 3844, la función del albacea es personal e indelegable, lo que por otro lado se repite al comienzo del artículo 3855 del Cód. Civ., que dice así: *“El albacea no puede delegar el mandato que ha recibido, ni por su muerte pasa a sus herederos; pero no está obligado a obrar personalmente: puede hacerlo por mandatarios que obren bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éstos. Puede hacer el nombramiento de los mandatarios, aun cuando el testador hubiese nombrado otro albacea subsidiario”*.

Aunque esto no impide que pueda designarse mandatarios que, en definitiva, acatarán órdenes del albacea quién será siempre el único responsable.

Llerena se pregunta si puede el testador autorizar al albacea para delegar el mandato y llega a la conclusión de que sí puede hacerlo ya que todos los autores franceses citados por el codificador tratan especialmente el punto y lo resuelven en sentido afirmativo.²⁶ Cita a Vazeille, quien al tratar el artículo 1025, n° 5, dice: “El testador puede conferir a la persona que ha nombrado ejecutor testamentario el derecho de sustituir el mandato dado”.

Por otra parte, en el propio Código Civil, el artículo 1870, inciso 7°, dice que las disposiciones del mandato son aplicables a las representaciones por los albaceas. Es decir que si el albacea nombra mandatarios sin facultad dada por el testador, será siempre responsable del obrar de éstos y, en cambio, si el testador lo faculta para delegar el mandato, no responderá por los actos llevados a cabo por la persona en quien delegó el cargo, con autorización del testador, ya que a aquél se lo considerará como nombrado por el propio testador. Claro está que la facultad de delegar el cargo otorgada por el testador debe ser clara y no dejar lugar a duda alguna, atento la prohibición que surge de este artículo.

2.6. FACULTAD DE VENDER BIENES

Artículo 3856 del Cód. Civ.: “*El testador puede dar al albacea la facultad de vender sus bienes muebles o inmuebles; pero el albacea no podrá usar de este poder sino cuando sea indispensable para la ejecución del testamento, y de acuerdo con los herederos o autorizado por juez competente.*”

²⁶ Borda, Guillermo A.: Tratado de derecho Civil “Sucesiones”, 9° edición, Buenos Aires: La Ley, 2009.

Tal como se menciona con anterioridad, el testador tiene plena libertad de otorgar al albacea todas las facultades que considere convenientes para el ejercicio de su misión, respetando siempre el límite impuesto por la ley.

Serían contrarias a las leyes disposiciones que faculten al albacea a distribuir los bienes conforme a su arbitrio, pues sería una institución a persona incierta, o que designe al sucesor, o reconocer deudas o pagarlas, sin la conformidad previa de los herederos.²⁷

El artículo comentado no efectúa distinción entre bienes muebles o inmuebles, por lo que la autorización del testador puede recaer sobre cualquiera de ellos.

Me resulta importante destacar que, conforme a la norma, sólo puede el albacea hacer uso de la autorización conferida cuando sea indispensable para la ejecución del testamento.

En principio debe considerarse que la autorización a que alude el artículo 3856 lo es para que el albacea pueda con el producido de la venta proceder a pagar las deudas y legados.

Respecto a la cuestión de que el albacea debe contar con la conformidad de los herederos, ello es así porque éstos pueden valerse de otros medios para hacer los pagos, y ello debe respetarse.

Si existiera conformidad de los herederos, éstos serán quienes designen los bienes que se venderán en primer lugar.

En caso de silencio, o no habiendo herederos ni legatarios de cuota, el orden será decidido por el juez, aunque parece prudente no disponer la venta de los inmuebles sino en último término.

²⁷ Llambías, Jorge J. y Méndez Costa, María J.: Código Civil anotado, t. V-C, "Sucesiones", 2ª edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

Con respecto al requisito impuesto por el causante al albacea, con relación a la autorización del juez competente para que se efectúe la venta del inmueble, resulta de tanto mayor aplicación en el caso de que se encuentren en juego los intereses de un menos, según lo entendió la jurisprudencia.

En el caso “Videla, Marcelo G”, Cam. Nac. Civ., Sala G, con fecha 6/10/1987 ha entendido que si en el testamento el causante no instituyó herederos y dispuso que el albacea pague a los legatarios con la venta obligatoria de un inmueble, ésta resulta procedente.

De igual forma se ha sostenido en el fallo “Luzzetti, Carlos c/Rocca, Adolfo G.”, de la Cam Nac. Civ., Sala D, con fecha del 15/11/1983 que: “Debe quedar en poder del albacea tanta parte (de la herencia) cuanto fuese necesaria para pagar las deudas y legados, es clara la legitimación de los ejecutores testamentarios para pretender la fijación del monto definitivo de los legados de dinero, atento al notorio incidente “deteriorarte del fenómeno inflacionario”. Sin perjuicio de la eventual conveniencia procesal de arbitrar la participación en el proceso de los “beneficiarios ya que de negarse la precedencia del reajuste, no habría prima facie agravio inferido a los albaceas en su carácter de tales”.

En cuanto a la adquisición de los bienes, importa recordar que el artículo 1361 dispone que: “Es prohibida la compra, aunque sea en remate público, por sí o por interpósita persona...a los albaceas, de los bienes de las testamentarías que estuviesen a su cargo”. Pero es necesario advertir que la prohibición no regirá cuando el albacea sea, además, sucesor universal, ya que en el supuesto la venta puede constituir un modo de partición con los efectos declarativos propios a ella.

3. CONCLUSIONES

A lo largo de todo el capítulo, se hizo una exposición pormenorizada de sus funciones. Para que el albacea sea una opción con mayor consideración por parte de las personas a la hora de preveer la disposición de los bienes a su muerte, es fundamental que la misma sea conocida. Por ello se analizaron sus facultades con especial hincapié en la de vender bienes hereditarios, su interacción con herederos forzosos y como se complementan a la hora de establecer la posesión de la herencia.

Considero loable resaltar la muy atinada crítica de Borda a la disposición contenida en el artículo 3867 del C.C., por considerar incompatible que los herederos y legatarios puedan elegir un albacea para la respectiva ejecución testamentaria.

Constituye sin dudas una verdadera anormalidad de nuestro código, pues el albacea es el encomendado de cumplir la voluntad del testador, operando con independencia y a veces en contra de los intereses de los herederos.

Capítulo III

FUNCIONAMIENTO DEL ALBACEA

SUMARIO: 1. Principales derechos 1.1.Exigencia del cumplimiento de los cargos
1.2.Apertura del juicio sucesorio 2.Deberes del albacea 2.1.Rendición de cuentas
2.2.Responsabilidad del albacea por su administración 3.Efectos del nombramiento de
albacea 4.Fin de las funciones 4.1.Traspaso de los poderes del albacea 4.2.Causales de
destitución 5.Conclusiones

1. PRINCIPALES DERECHOS

Me voy a referir ahora a los principales derechos de los que goza el albacea, poniendo de resalto el derecho de intervenir en las contestaciones relativas a la validez del testamento, o sobre la ejecución de las disposiciones que contenga.

Esta facultad es expresa en el inciso 1º del artículo 3862.

Los pleitos contemplados por este precepto son aquellos que los herederos legítimos, pero no forzosos, podrían promover en el interés de excluir a los legatarios instituidos por el testador.

Por otra parte, es muy importante tener presente que el albacea no esparte en los pleitos que promuevan los acreedores, u otros terceros.

1.1. EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS CARGOS

Artículo 3861 de Cód. Civ.: *“El albacea puede demandar a los herederos y legatarios por la ejecución de las cargas que el testador les hubiese impuesto en su propio interés”*

Dentro de esta norma se halla contenido el resumen máximo de las facultades, deberes del albacea, la posibilidad de reclamar por el propio difunto el cumplimiento de aquello que él impuso a sus sucesores en su propio beneficio. Es el caso en que el beneficiario es el propio difunto.

En la nota al artículo comentado, Vélez Sarsfield se refiere al caso más común donde tiene aplicación la norma. El albacea tendrá entonces derecho para demandar a los herederos y/o legatarios para que hagan los sufragios y limosnas que les haya encargado realizar, siempre y cuando, los encargados de administrar esto permanezcan en la inacción.

1.2. APERTURA DEL JUICIO SUCESORIO

Borda respecto a esta cuestión nos enseña precisando que generalmente el fin perseguido con estas actuaciones, la más de las veces apresuradas, es lograr honorarios que las leyes de arancel fijan por el solo hecho de la apertura, y que se debe a ello la jurisprudencia y doctrina moralizadora que tiende a sujetar al albacea dentro de los cánones estrictos a que debe ajustar su actuación cuando existen herederos.

Se admite que el albacea pueda iniciar el juicio sucesorio, siempre que al hacerlo no incurra en un inexcusable apresuramiento, aunque debe reconocerse que es discutible en doctrina esta facultad.²⁸

El artículo que corresponde tener presente en este tema es el 3862: *“Tiene derecho de intervenir en las contestaciones relativas a la validez del testamento, o sobre la ejecución de las disposiciones que contenga; mas no puede intervenir en los pleitos que promuevan los acreedores de la sucesión, u otros terceros, en los cuales sólo son parte los herederos y legatarios”*.

El albacea tiene el derecho, y no la obligación de intervenir en las cuestiones suscitadas por la validez del testamento. Siempre tendrá derecho a defender la validez y la eficacia del testamento en que se lo nombró. Si la nulidad del testamento fuese manifiesta no lo podría defender y su actividad no lesiona la confianza depositada en él por el testador.

Respecto de las disposiciones testamentarias en particular, el albacea tiene derecho a intervenir en defensa de éstas en nombre del testador que le encomendó esas funciones, pero los beneficiarios de las disposiciones que se pretendan atacar igualmente conservan su derecho de actuar. Es decir que el derecho del albacea no limita el derecho de los que consideren beneficiados por el testador.

²⁸ Borda, Guillermo A.: Tratado de derecho Civil “Sucesiones”, 9º edición, Buenos Aires: La Ley, 2009.

No tratándose la discusión acerca de la validez del testamento o la ejecución de sus disposiciones, las acciones entabladas por los terceros deben dirigirse a los herederos y legatarios, según corresponda.

Se ha resuelto que el albacea puede iniciar la acción tendiente a hacer ingresar al patrimonio de la sucesión los bienes cuya venta se dice simulada con base en la experiencia de un contra documento, o intervenir en todo incidente que modifique el capital del difunto, alterando su voluntad.

Se discute en doctrina la facultad del albacea para iniciar el juicio sucesorio, y así mientras para Cafferata tiene personería para iniciarlo aunque el Código Civil no lo diga, haya o no herederos, para Zannoni, en cambio, el albacea es un tercero interesado en la apertura de la sucesión pero no es parte legítima, limitándose su actuación a lo previsto en el Código, salvo que no existan herederos. Según Borda tiene derecho a iniciar el juicio sucesorio sólo en el caso de que los herederos se muestren inactivos.²⁹

La jurisprudencia ha sostenido que la actuación del albacea se encuentra restringida aunque el testador haya conferido la facultad de iniciar la sucesión, en alguna cláusula testamentaria y ello dado que, además de no fundarse en ninguna disposición legal, excede las normales atribuciones de vigilancia y control del cumplimiento de la voluntad del causante, que le son propias.³⁰

Asimismo se ha sostenido que solamente en el caso de inactividad de los herederos, el albacea puede iniciar el juicio sucesorio, por lo tanto, si los herederos legítimos, ignorando el testamento han iniciado la sucesión intestada, pero luego ante la presentación del testamento por el albacea han adecuado el trámite al procedimiento testamentario, debe considerarse que son ellos y no el albacea quienes iniciaron la sucesión.

²⁹ Llambías, Jorge J. y Méndez Costa, María j.: Código Civil anotado, t. V-C, "Sucesiones", 2º edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

³⁰ Llambías, Jorge J. y Méndez Costa, María j; *Ibidem*.

La actuación procesal del albacea se circunscribe a la intervención en las contestaciones concernientes a la validez del testamento o a la ejecución de las disposiciones testamentarias, y a las que sean convenientes a alcanzar el cumplimiento de los legados, cargos, etc., que tales disposiciones contienen, es decir, participa en el proceso, pero no es parte legítima de él, salvo los casos en que no existan herederos.

2. DEBERES DEL ALBACEA

Dejando asentado, que el deber más importante del albacea es el de cumplir fiel y acabadamente con el encargo que le fue otorgado, me referiré a deberes específicos a que se encuentra obligado por ley.

En primer lugar se puede hablar del deber de asegurar los bienes y realizar un inventario. Esta cuestión se encuentra en el artículo 3851 del Cód. Civ. que dice así: *“El albacea debe asegurar los bienes dejados por el testador, y proceder al inventario de ellos con citación de los herederos, legatarios y otros interesados. Habiendo herederos ausentes, menores, o que deban estar bajo una curatela, el inventario debe ser judicial”*.

Este es un deber primordial, pues tiende a asegurar los bienes que componen la herencia, evitando su apropiación por terceros. Por ejemplo, tratándose de dinero, no bastará con inventariarlo sino que será necesario depositarlo a fin de evitar la apropiación y lo mismo sucederá con inmuebles, que además del inventario deberán ser custodiados por personal idóneo, sobre todo si son grandes o tienen una gran extensión, etcétera.

Resulta indispensable comprender que el albacea debe poner en seguridad y resguardo los bienes que por la muerte del testador hayan quedado abandonados, debiendo velar por su preservación, a cuyos efectos tomará todas las medidas conducentes a tal fin. Si los bienes consisten en algún establecimiento industrial o

comercial, cuya paralización traiga perjuicios, debe considerarse autorizado para hacerlo continuar.

Esta disposición es una lógica consecuencia de la función del albacea, cual es la de vigilar que se cumpla o en su caso de hacer cumplir la voluntad del testador. Así debe evitar que se pierdan o desaparezcan los bienes que integran el acervo hereditario, ejecutando las medidas necesarias para poner en seguridad a los bienes, pudiendo ser éstas judiciales o extrajudiciales. (medidas precautorias contra terceros o herederos).

En conformidad a lo dispuesto en este artículo el albacea debe confeccionar un inventario de los bienes, y lo podrá hacer personalmente o a través de un mandatario que, actuará bajo sus órdenes. Tendrá que practicarse judicialmente si existen herederos menores, incapaces o ausentes, pero en los demás casos puede practicarse en forma extrajudicial. Igualmente en todos los casos deberá citar a los herederos y legatarios para practicarlos, ya que el artículo así lo impone.

La locución “asegurar los bienes”, sin explicación alguna ha hecho decir a Segovia³¹ que significa “poner en seguridad”, o resguardarlos, si se tratase, por ejemplo, de dinero en efectivo, alhajas, piedras preciosas u otros objetos de valor expuestos a extravío o sustracción.

Si bien, el albacea no puede ser dispensado de la obligación de realizar el inventario, en el caso de que los herederos lo hayan confeccionado, el albacea puede aceptarlo, sin necesidad de hacer otro.

También puede exigir que se complete el inventario practicado por los herederos, en el supuesto de que hayan quedado bienes sin inventariar.

Respecto a esta cuestión encontramos el artículo 3858 del Cód. Civ. que dice así: *“El testador no puede dispensar al albacea, de la obligación de hacer el inventario de los bienes de la sucesión”*.

³¹ Segovia, Lisandro: El Código Civil de la República Argentina, Buenos Aires, 1884.

Nota al artículo 3858: *“Regularmente se enseña que el albacea puede ser dispensado de hacer el inventario de los bienes de la sucesión, pero esto no importa privar que se haga inventario, sino exonerar al albacea de una formalidad que puede ser llevada por todos los que tengan algún interés en la sucesión.”*

Acorde a lo dispuesto por este artículo, en el supuesto de que el testador haya dispensado al albacea de hacer el correspondiente inventario, esta cláusula se tendrá como no escrita, siendo válido el testamento en todo lo demás.

Si el testador hizo partición de los bienes por testamento, debe el albacea practicar el inventario sólo si hay herederos ausentes, menores o incapaces.

Pero si no los hay y los herederos están conformes en la partición, no habrá necesidad de hacer inventario, a menos que por otro motivo sea indispensable conocer el monto de los bienes. Este otro motivo será sin duda una circunstancia de hecho que, como tal, deberá ser apreciada por el juez.

En el fallo “Tessore, Ethel E.”, de la Cam. Civ. Y Com. de la ciudad de Concepción del Uruguay, con fecha del 18/3/2002 se ha sostenido que “la reclamación por inclusión o exclusión de los bienes del acervo hereditario procede aun cuando el inventario ha sido aprobado”, pues dicha aprobación no prejuzga sobre la propiedad -en el caso, de la constatación judicial llevada a cabo surgió que cierta maquinaria no fue encontrada- de los mismos.

Una cuestión de importancia refiere al pago de las mandas.

Esta cuestión es tratada en el artículo 3859 del Cód. Civ.: *“El albacea debe pagar las mandas con conocimiento de los herederos; y si éstos se opusieran al pago, debe sorprenderlo hasta la resolución de la cuestión entre los herederos y legatarios.”*

En concordancia con este precepto se podría afirmar que el albacea puede ser demandado por los legatarios para que cumpla las mandas dispuestas por el testador.

Entonces el cometido del albacea respecto de pagos es cubrir los gastos de la sucesión, las mandas y los legados, exigiendo a este fin que se dejen es su poder los bienes suficientes³²; pero si los herederos no están de acuerdo con esto, como los legatarios y acreedores entablan las acciones respectivas contra los herederos, el albacea interviene en el juicio sólo cuando esos pagos afecten la ejecución de las disposiciones del testador.³³

Cuando el albacea paga, a pesar de la oposición o sin dar conocimiento a los herederos del respectivo pago, será responsable, si resulta que el mismo se hizo indebidamente.

Se ha dicho también en el caso “Luzzetti, Carlos c/ Rocca, Adolfo G”, de la Cam. Nac. Civ., Sala D, con la fecha de 15/11/1983 que “en el terreno del cumplimiento efectivo de los legados”, el rol del executor testamentario se circunscribe a anotar o “procurar con diligencia” suficiente el conocimiento por los destinatarios de las disposiciones de última voluntad en su provecho, con lo que satisface todo “escrúpulo que despierte el alto honor derivado del cargo que le es discernido por el testador”.

Esta resolución pone una vez más de relieve la principal función de vigilador que cabe al albacea de que se cumplan las disposiciones testamentarias, con lo que tales funciones en el caso de existir herederos se reducen sustancialmente.

2.1. RENDICION DE CUENTAS

Le cabe como a todo sujeto que realiza una gestión que no le es propia.

Esta obligación de rendir cuentas no es más que señalar el destino de los bienes que ha detentado, y que debe justificar pues no son suyos.

³² Ferrer, Francisco A.M. y Medina, Graciela, Código Civil Comentado Sucesiones. Tomo II (Artículos 3539 a 3874). 2ª Edición actualizada, Buenos Aires:Rubinzal Culzoni, 2011.

³³ Llambías, Jorge J. y Méndez Costa, María j.: Código Civil anotado, t. V-C, “Sucesiones”, 2º edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

La rendición de cuentas será procedente cuando haya mediado una administración, esto es, cuando el albacea haya recibido la posesión de la herencia, o le hayan sido entregados bienes particulares con el fin de administrarlos y de pagar deudas y legados, para lo que haya sido menester actos que impliquen percepción y disposición de fondos. Pero si su actuación se redujo solamente a la defensa del testamento o el control de los actos de los herederos, resultará ajeno a la obligación de rendir cuentas. Aunque el código habla de la obligación de dar cuenta a los herederos, uniformemente se admite que ella es debida también al fisco, a los legatarios, y a los acreedores.

La característica de mandatario del testador que el codificador le acuerda al albacea se resiente, porque a pesar de ser lógico consigo mismo debió admitir la dispensa de la obligación de rendir cuentas que en materia de mandato se admite (artículo 1910 del Cód. Civ.). Lo cierto es el resultado, que es justo, y de allí entonces la solución del código.

No sólo a los herederos debe rendirse cuentas, sino a todo aquel que tenga y demuestre un interés legítimo en recibirlas como, por ejemplo, el legatario de cuota, los legatarios cuyas mandas se hayan visto incumplidas o reducidas, los acreedores impagos de la herencia, el síndico del concurso o quiebra de la sucesión, etc. No sólo debe rendirse cuentas al término de la labor del albacea, sino que cuando la labor se prolongue por mucho tiempo, por la complejidad de la sucesión o dilación en ella, periódicamente se podrá exigir rendiciones de cuentas, conforme lo regulan los códigos procesales para el administrador judicial. En cuanto a la forma de rendir cuentas, éstas deben ser detalladas y documentadas, no bastando la simple alegación del cumplimiento de las mandas ni de los pagos, y debiéndose adjuntar los comprobantes y recibos necesarios que demuestren el exacto cumplimiento.

El artículo aplicable es el 3868 que dice así: *“El albacea está obligado a dar cuenta a los herederos de su administración, aunque el testador lo hubiese eximido de hacerlo.”*

Nota al artículo 3868: *“Damos la resolución del artículo contra Pothier, Toullier y Aubry y Rau, porque tal dispensa autorizaría al albacea, habiendo herederos legítimos, a tomarse el sobrante de las legítimas, y cuando sólo haya herederos voluntarios, a darles la que quisiera, contra el espíritu del testador. El ejecutor testamentario es un mandatario, y la rendición de cuentas es una de las obligaciones esenciales que derivan del mandato. Si fuese exonerado de dar cuentas vendría a ser un verdadero propietario, y no puede presumirse que el que nombra un albacea, haya tenido la intención de instituir un verdadero legatario si él quisiera hacerse tal. El testador ha podido sin duda legar al albacea, cuando no hubiese herederos legítimos o herederos instituidos, todo lo que no se emplease en pago de deudas o de las cargas hereditarias; mas de que hubiese podido hacerlo, no se sigue que el mandatario pueda apropiarse las cosas que le han confiado bajo una calidad que excluye todo derecho de propiedad sobre esas mismas cosas.”*

En este caso resultarán aplicables las mismas disposiciones del mandato, contenidas en los artículos 1909 y ss.

La doctrina considera conveniente que el albacea rinda cuentas de su gestión, del mandato encomendado, ya que no necesariamente será administrador de la sucesión.

Al no haberse establecido término alguno por el código para hacer efectiva la rendición de cuentas, el albacea tiene derecho a deducir los honorarios que se hubiesen regulado, así como los gastos que hubiese originado el cumplimiento de su misión. (arts. 3872 y 3873).

En verdad lo más importante de este artículo es que el testador no puede eximir de ningún modo al albacea de rendir cuentas, lo que deberá hacer frente a los herederos y/o legatarios universales.

En la práctica es muy raro que el albacea cumpla con esta norma, por que en general los que pueden pedirla no lo hacen. Es decir que el albacea rendirá cuentas cuando el juez así lo ordene en virtud del pedido hecho por quien esté facultado para ello.

2.2. RESPONSABILIDAD DEL ALBACEA POR SU ADMINISTRACION

Artículo 3869 del Cód. Civ.: *“El albacea es responsable de su administración a los herederos y legatarios, si por falta de cumplimiento de sus obligaciones hubiese comprometido sus intereses.”*

Resulta lógico lo dispuesto en este artículo por cuanto el albacea ejecuta el encargo de otra persona, como lo es el testador, quien no podría eximirlo de esta responsabilidad. Resulta indudable también que para que surja la obligación por parte del albacea de indemnizar a quienes haya perjudicado por su gestión, debe haber obrado con culpa o dolo, lo que deberá ser meritudo por el juez en el caso que se le presente.

Si bien el artículo habla de administración, por tal debe entenderse toda la gestión en sí que el albacea cumple en tal carácter, y así por ejemplo, la falta de aviso, o el aviso con demora, a un legatario que le beneficiaba entraña una responsabilidad si como consecuencia de ello sufrió algún perjuicio. Existen algunas opiniones que pareciera que circunscriben la responsabilidad ateniéndose a la letra del artículo, a los perjuicios ocasionados a herederos y legatarios.

También en este supuesto deben aplicarse las reglas del mandato, ya que ésa es la naturaleza jurídica de la función del albacea, debiendo entenderse que si el albacea renuncia anticipadamente a cobrar comisión (honorarios) por su gestión, ella deberá ser

analizada con menor rigor, teniendo en cuenta que en tal caso el albacea está en realidad prestando un servicio al amigo que desaparece, y no un negocio remunerado.

Corresponde aclarar que el albacea resultará responsable ante cualquier perjudicado por su gestión, como podría serlo los acreedores o beneficiarios de cargos. En cuanto a que el testador no puede exonerar al albacea de responsabilidad por el desempeño de sus funciones se ha de entender que el artículo 3869 del Cód. Civ. constituye una limitación expresa a las facultades que puede otorgar el testador, que deben serlo con arreglo a las leyes, tal como lo dispone el artículo 3851.

3. EFECTOS DEL NOMBRAMIENTO DE ALBACEA

Artículo 3870 del Cód. Civ.: *“Cuando son varios los albaceas nombrados bajo cualquier denominación que lo sean, el albaceazgo será ejercido por cada uno de los nombrados en el orden en que estuviesen designados, a no ser que el testador hubiese dispuesto expresamente que se ejerciera de común acuerdo entre los nombrados. En este último caso, todos son solidarios. Las discordias que puedan nacer serán dirimidas por el juez de la sucesión.”*

La primera parte del artículo establece un orden de actuación de los albaceas para el caso de que el testador haya designado a más de uno. Resulta claro que para que actúe el designado en forma subsiguiente, el anterior debe haber cesado en sus funciones, sin importar el motivo por lo que ello ocurrió. La responsabilidad de los albaceas sucesivos es independiente y ninguno responderá por los actos que realice otro u otros.³⁴ Cuando el testador ha dispuesto que los albaceas ejercerán sus funciones de común acuerdo, ellos serán los que decidan como habrán de ejercerlas, no significando tal disposición una designación conjunta.

³⁴ Llambías, Jorge J. y Méndez Costa, María j; *Ibidem*.

Puede darse el caso de que los albaceas designados para actuar de común acuerdo decidan entre ellos que actuará uno solo, decisión ésta que habrá que respetar por ser la conformidad de los designados.

Se discute doctrinariamente el supuesto de que por cualquier causa alguno o algunos de los nombrados concluye en su cargo, habiendo quienes entienden que en tal caso los restantes pueden ejercer las funciones encomendados por el testador, y quines entienden lo contrario, es decir que los demás albaceas no podrán ejercer sus cargos, por que el albaceazgo caduca, ya que el testador quiso contar con el acuerdo de todos los nombrados y no sólo con una parte de ellos.³⁵

Para mi consideración la primera postura sería la más adecuada.

Se a sostenido que el albacea se encontraba legitimado para apelar la resolución del juez, puesto que si el testador lo designó con otros para ejercer en forma conjunta, esa misión puede cumplirla sólo a falta de los otros (artículos 3871 y 3870). Por otra parte, encontrándose en juego la interpretación del acto de última voluntad es notorio su derecho a intervenir en la cuestión.

El testador podrá designar varios albaceas y distribuir entre ellos las funciones que habrán de cumplir. En este caso si concluye la función de alguno de los albaceas, por cualquier motivo, los demás no podrán sustituirlo.

Cuando el albaceazgo se ejerza de común acuerdo, conforme a lo dispuesto por el testador, la aceptación de un mandato semejante equivale a lo prescripto por el artículo 1920 del Cód. Civ., última parte, convención que les hace aceptar las consecuencias de la solidaridad respecto a los perjuicios ocasionados por los otros. Puede sí entenderse que esta responsabilidad deja de ser solidaria cuando el perjuicio ocurre porque uno de los albaceas ha obrado traspasando los límites del mandato conferido por el testador, o de las facultades conferidas por la ley.

³⁵ Pérez Lasala, José Luis, Curso De Derecho Sucesorio, 2º edición, Buenos Aires, Depalma, 1989.

Si los albaceas designados de este modo no se ponen de acuerdo en la forma de actuar, el juez es quien decide, conforme lo dispuesto el artículo, facultad que las leyes de Partidas y Goyena conceden a la mayoría y que, interpreta de mejor manera la voluntad del testador, ya que quien dice de común acuerdo está queriendo significar que si tal acuerdo no existe decide la mayoría.

En este título del Código no está contemplado el caso de los albaceas conjuntos, pero si el testador los ha designado para actuar en forma conjunta deberá aplicarse lo dispuesto por los artículos 1899 y 1900 del mandato, por remisión del artículo 1870, inc 7°. En este caso si alguno de los ejecutores no quiere o no puede ejercer sus funciones por cualquier motivo, el albaceazgo caduca. Aquí la responsabilidad no es solidaria.³⁶

Es también importante referirse a la posibilidad de la actuación de un albacea a falta de otros.

Artículo 3871: *“Si hay varios albaceas solidarios, uno solo podrá obrar a falta de otros.”*

Esta norma dispone que cualquiera sea el motivo de la falta de actuación, ya sea inercia, imposibilidad, etc., confiere el derecho a que actúe cualquiera de los otros albaceas solidarios.

Cuando el testador nombra varios albaceas solidarios es porque quiere asegurar más el cumplimiento de sus disposiciones, y hacer menos posible la inexecución de su voluntad, porque la falta de uno puede ser suplida por la de otro.

El albacea que ha cumplido con las disposiciones del testador, a falta de los otros nombrados solidariamente, y el testador ha hecho un legado a todos ellos en virtud

³⁶ Llambías, Jorge J. y Méndez Costa, María J.: Código Civil anotado, t. V-C, “Sucesiones”, 2ª edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

del albaceazgo, tiene derecho a percibir todo el legado, ya que no sería justo que unos aprovecharan el beneficio y otros la carga.³⁷

4. FIN DE LAS FUNCIONES

La finalización del albacea esta prevista en el artículo 3865 del Cód. Civ.: *“El albaceazgo acaba por la ejecución completa del testamento, por la incapacidad sobreviviente, por la muerte del albacea, por la destitución ordenada por el juez y por dimisión voluntaria.”*

A estas causales cabe agregar la nulidad o revocación del testamento en que fue designado el albacea, y el trascurso del término cuando el testador limitó el albaceazgo en el tiempo.

Veámoslas a continuación:

1º) Ejecución completa del testamento.

Es una cuestión de hecho determinar cuándo se considera finalizada la labor del albacea por cumplimiento de las mandas o legados, y por ello su intervención subsiste mientras no se hayan cumplido todas las disposiciones del testador. Se entiende que mientras algo quede pendiente de ejecución, interpretación, o resolución, el testamento no puede considerarse cumplido, ni aun cuando se afiance el eventual cumplimiento de lo que se resuelva o interprete.

2º) Incapacidad sobreviviente.

Esto hace cesar ipso iure la intervención del albacea sin perjuicio de que durante el trámite de la causa en la cual se le declare incapaz los herederos pidan al juez que se lo aparte, cuando haya peligro, sobre todo en los bienes que tiene a su cuidado.

³⁷ Zannoni, Eduardo A, Manual de derecho de las sucesiones, 2ª edición, Buenos Aires: Astrea, 1989

Se entiende que hay incapacidad sobreviniente siempre que la persona designada para ocupar el cargo de albacea pierda la capacidad de obligarse, de acuerdo a lo previsto en el artículo 3846 del Cód. Civ. El ingreso en órdenes religiosas, la demencia, la inhabilitación, la condena penal en más de tres años de prisión o reclusión, pueden ser causas de incapacidad sobrevinida. La demencia no declarada judicialmente no autoriza a dar por terminada la función del albacea, pero si fuere notoria el juez podrá suspenderlo mientras se tramita el juicio pertinente de insania.³⁸

3º) Muerte del albacea.

Siendo el albaceazgo un cargo *intuitu personae* el fallecimiento le pone término, y no pasa el cargo a sus herederos: la regla es que la muerte pone fin al desempeño del cargo, aun cuando el cargo en sí subsiste en cabeza de otro, por haberse previsto de manera tal que la muerte de alguien individualmente no lo afecte en su existencia (albaceas sucesivos o conjuntos, o en cabeza de algún funcionario, o representante de sociedad, entidad, etc.).³⁹

No obstante, los herederos del albacea, como “subentran” en la posición jurídica de su causante, estarán legitimados activamente para percibir los honorarios del albacea o el legado remuneratorio efectuado en su favor, y para cobrar el saldo que resulte a favor del albacea en la rendición de cuentas; igualmente estarán legitimados pasivamente para rendir las cuentas que no hubiese rendido el albacea y para pagar el saldo que resultare de ellas en contra del albacea.

4º) Destitución.

El albaceazgo termina por destitución ordenada por el juez, a pedido de parte interesada siempre que hubiere incurrido en algunas de las causales previstas por la ley. Estas causales están previstas en el artículo 3864, que dice así: “Los herederos pueden

³⁸Zannoni, Eduardo A; *Ibíd.*

³⁹Fassi, Santiago C., *Tratado de los testamentos*, 1º edición, Buenos Aires: Astrea, 1970/71.

pedir la destitución del albacea, por su incapacidad para el cumplimiento del testamento, o por mala conducta en sus funciones, o por haber quebrado en sus negocios”.

Las causales son:

A) Incapacidad para el cumplimiento del testamento: no se trataría aquí de la pérdida de la capacidad jurídica a que se refiere el artículo 3865, sino de la falta de aptitud o idoneidad para cumplir el cargo. Ej.: si se trata de una persona de bajo nivel de conocimientos que le impidieran llevar a cabo una función ejecutoria altamente complicada, o por si causa de enfermedad no se hallara posibilitado para desempeñar con eficacia la función.

B) Mala conducta: gestión dolosa o culposa en el cumplimiento de sus funciones de albacea, ya sea por hechos ciertos, como cuando ha vendido bienes sin autorización del juez ni de los herederos y ha demorado el pago de deudas y legados, o cuando aparece en negocios contrapuestos con los de la sucesión por los cuales debe velar, o ha realizado actos que perjudican a la sucesión y benefician a empresas de la cual él es funcionario.

5°) Quiebra en sus negocios.

La quiebra o el concurso civil que se le declare lo desprovee de garantías hacia la sucesión, y ésa es la razón por la cual puede solicitarse su remoción.

Sin perjuicio de ello, y habiendo confianza en el albacea, puede mantenérselo, ya que esta causa de remoción no opera *ipso iure*, por cuanto el fallado o el concursado no es un incapaz *strictu sensu*.

6°) Renuncia del albacea.

Con la obligación de satisfacer daños y perjuicios a los herederos, legatarios y demás interesados, si la renuncia fuese intempestiva y les causare perjuicio. (artículos. 1978 del Cód. Civ.)

7°) Revocación o nulidad del testamento.

Casos de cesación tácitos pues surgen de las propias características del albaceazgo testamentario. Recordemos que la intervención del albacea es necesaria, bajo pena de nulidad de lo actuado, en todo juicio o incidente que se plantee con relación a la validez del testamento.

8º) Expiración del termino fijado por el testador.

Es muy importante resaltar que nuestro código no fija un término para la actuación del albacea, contrariando a los precedentes históricos y a lo que determinan la mayoría de los códigos modernos, por ejemplo el código francés, el italiano, el español, etc. No obstante, el testador puede fijar plazo al albacea para el cumplimiento de su contenido. En ese supuesto, el cargo concluye al término fijado por el testador. Si el testador no determina otra cosa, el plazo se contará a partir de la apertura de la sucesión, salvo que se retrase la entrada en funciones del albacea por causas ajenas a su voluntad, en cuyo caso el término comenzará a correr desde el momento que cesaron los obstáculos.⁴⁰

El modo normal de finalizar el albaceazgo es la ejecución de todas las disposiciones del testador. Si el testamento se ha cumplido íntegra y debidamente, será en definitiva una cuestión de hecho que será resuelta por el juez si no hay conformidad entre el albacea y todos los herederos y/o legatarios.

Deben también darse por terminadas las funciones del albacea si en el testamento no se establecen legados o cargos de ninguna especie, y los herederos instituidos se han presentado en el sucesorio a asumir sus derechos. En algún fallo se dijo que el albacea es mandatario del testador, y no de los herederos, y dado que aquél ningún mandato le había conferido, la intervención del ejecutor se tornaba completamente inoficiosa.

⁴⁰ Fassi, Santiago C; *Ibíd.*

Para Fornieles basta con que los herederos aseguren efectivamente el cumplimiento de los legados para que cese el albaceazgo.⁴¹

Se decidió que concluyen las funciones del albacea cuando todos los herederos instituidos se presentan a los autos sucesorios, si el testamento no contiene “legados, mandas ni cargos”, o solo establece una mejora a favor de uno de los herederos forzosos y los otros la admiten expresamente.

Con fundamento en esta norma se ha dicho que los sucesores del muerto tienen, fuera de toda duda, el derecho a pretender que el albacea cumpla convenientemente con sus deberes, siendo ilógico suponer que la ley haya querido perpetuar al albacea cuya actuación no respete la voluntad del testador o perjudique sus intereses, de allí que, frente a un albacea remiso, sea posible una intimación para que ejecute sus obligaciones dentro de un plazo bajo apercibimiento de remoción.

4.1. TRASPASO DE LOS PODERES DEL ALBACEA

Artículo 3866 del Cód. Civ.: *“Cuando un funcionario ha sido en esta calidad nombrado executor testamentario, sus poderes pasan a la persona que le sucede en la función”*.

Este artículo trata el caso de que designe albacea por ejemplo al cura de tal parroquia, al presidente de tal sociedad, etc., en cuyo caso, muerta la persona que comenzó a desempeñar el cargo al abrirse la sucesión, deberá ejercer el albaceazgo la persona que los sustituya en el cargo.

Es indudable que un nombramiento hecho de esta forma puede dar lugar a dudas acerca de si el testador quiso nombrar albacea a la persona en sí misma, o a la que ejerza el cargo, y en tal caso será el juez el encargado de resolver conforme a las

⁴¹ Fornieles, Salvador, Tratado de Sucesiones. Tomo II; 3º edición, Buenos Aires: Ediar Soc. Anón, 1950.

circunstancias del caso, teniendo presente la naturaleza de las disposiciones, etc., como lo establece para un caso similar el codificador en la nota al artículo 3799.⁴²

4.2. CAUSALES DE DESTITUCION

Artículo 3864 del Cód. Civ.: *“Los albaceas pueden pedir la destitución del albacea, por su incapacidad para el cumplimiento del testamento, o por mala conducta en sus funciones, o por haber quebrado en sus negocios”*.

Un supuesto claro de incapacidad para que el albacea pueda ejercer sus funciones sería, por ejemplo, si por razones determinadas debiera permanecer fuera del país por períodos de tiempo prolongado. También puede darse el caso de que el albacea no tenga la aptitud necesaria y/o carezca de conocimientos como para ejercer la función para la que fue designado, o también por razones de enfermedad. Cabe la destitución del albacea cuando éste tiene la incapacidad para el cumplimiento de sus funciones que, a diferencia de la incapacidad sobreviniente, aquí no se trata de capacidad de derecho, sino de idoneidad para llevar a cabo el desempeño del cargo, por ejemplo, si no sabe leer o escribir o si no tuviese la instrucción adecuada a las dificultades de la función, lo que debe medirse en relación a cada caso, o se halla muy enfermo, o hubiera sufrido un accidente que lo ha imposibilitado físicamente.

Es indudable que el pedido de destitución del albacea que pueden hacer los herederos deberá ser apreciado por el juez conforme a las circunstancias de hecho en que se funde el pedido.

La regla principal es que el albacea desempeñe sus funciones como lo haría un buen padre de familia.

⁴² Ferrer, Francisco A.M. y Medina, Graciela, Código Civil Comentado Sucesiones. Tomo II (Artículos 3539 a 3874). 2ª Edición actualizada, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2011.

En el caso de haber quebrado en sus negocios entendemos que debe diferenciarse según ello haya ocurrido por dolo-fraude del albacea, o por otras circunstancias que lo llevaron a tal situación, ya que no vemos que este último caso sea causa necesaria de destitución del albacea, máxime si da fianza u otras garantías, y siempre que los acreedores no impidan su libertad.

No es necesario que la mala conducta sea dolosa, pudiendo ser el fruto de la negligencia o impericia del ejecutor testamentario.

En el caso “Estrugamou, Alejandro suc.”, Cam. Nac. Civ., Sala C, del 24/4/1979 se ha sostenido que “no resulta ajustada a derecho la suspensión” de funciones del albacea dispuesta *in audita parte*, invocando como único fundamento la inconducta que le imputaban los denunciantes, si el único elemento de cargo exteriorizando al efecto son los relativos a la inexactitud de la fecha del acta de diligencias de posesión de un bien del acervo, la que fuere también suscripta por el otro co-albacea a quien no se le imputa cargo alguno”

Así como en el fallo, “Gormstein de Kaplan, Cecilia”, Cam Nac. Civ., Sala E, del 12/6/1985, se sostuvo que “no interesa la mala conducta en que pueda incurrir el albacea fuera de sus funciones, sino que, para que la causal por mal conducta en sus funciones, procesa, debe aquélla recaer sobre el ejercicio del albaceazgo”

Aunque el artículo habla sólo de herederos se debe entender, según nuestra opinión, que también los legatarios pueden solicitar la destitución del albacea, si se dan los supuestos contemplados en la norma, ya que de lo contrario se podrían ver perjudicados.

Desde ya que el albacea puede renunciar en cualquier momento a su cargo, siendo responsable por la gestión llevada a cabo frente a los herederos y/o legatarios, conforme a las reglas pertinentes del mandato.

La mala conducta comprende excede la mala gestión, como si el albacea provocara cuestiones inútiles, obstaculizara la marcha del juicio sucesorio, distrajera fondos, o aun cuando fuese moroso extendiendo excesivamente el término de sus funciones.

Aunque el artículo nombra sólo a los herederos, la legitimación activa para pedir la destitución no se reduce a ellos, ya que también están facultados para pedirla los legatarios, los acreedores, y en algunos supuestos, el fisco.

Dimisión: Puede renunciar en cualquier momento, sin necesidad de justificar su decisión, ya que su misión es esencialmente voluntaria. Deberá, sin embargo, ajustarse a las obligaciones que impone el mandato, en particular las establecidas por los artículos 1978 y 1979. Por tanto, podrá hacerlo dando aviso, pero si lo hiciese en tiempo indebido, sin causa suficiente, deberá satisfacer los perjuicios que la renuncia causare. Además, aunque renuncie con justa causa, debe continuar sus gestiones, si no le es del todo imposible, hasta que se puedan tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta.

5. CONCLUSIONES

Habiendo ya señalado cuales son las facultades, en este capítulo se ha pugnado por intentar responder a esa gran interrogante para esta figura que constituye saber cual es el real funcionamiento del albacea dentro del proceso sucesorio.

Más allá del contenido teórico que se expuso anteriormente es indispensable conocer como es que el albacea se desenvuelve procesalmente. Hay un momento crítico de su participación que es en el inicio del proceso donde nos encontramos con una biblioteca dividida respecto de la posibilidad de iniciar o no el juicio sucesorio.

Coincido con Cafferata al afirmar, que tendría personería para iniciarlo aunque el Código Civil no lo diga expresamente.

Como toda figura que tiene como principal obligación la ejecución de encargos de otra persona deberá rendir cuentas de lo actuado, con el ingrediente distintivo de no poder ser eximido por el testador de mencionada tarea, ya que también deben protegerse los intereses de los herederos y legatarios.

Capítulo IV

REMUNERACION DEL ALBACEA

SUMARIO: 1.Comisión del albacea 1.1.Legado remuneratorio 1.2.Fijado por el juez
1.3.Orden de prelación en el pago 2.Quien soporta los honorarios 3.Gastos del albacea
4.Pago o cobro del saldo correspondiente al albacea 5.Honorarios del mandatario y del
patrocinantes del albacea 6.Conclusiones

1. COMISION DEL ALBACAEA

Artículo 3872: *“El albacea tiene derecho a una comisión que se gradúa según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión”*.

Nota artículo 3872. Cód de Luisiana, art. 1676, Cód. de Chile 1302. En la nota al art. 1871 de este Código, *establecemos que el mandato no es gratuito por su esencia, sino por su naturaleza, y que un salario u honorario no altera su carácter*.

En nuestro derecho el albaceazgo no es gratuito sino retribuido. Ahora bien, el albacea puede obtener la retribución por dos vías: por medio de una comisión u honorario (fijado por el testado y supletoriamente por el juez) o por medio de un legado remuneratorio.

El ejecutor testamentario tiene derecho a una comisión, con lo cual el albaceazgo aparece como un cargo de carácter oneroso.

El carácter oneroso del albaceazgo admite, una excepción: cuando el testador estableciera en el testamento que el desempeño del cargo sea gratuito. La aceptación del cargo, conociendo la condición impuesta por el causante, importa la renuncia tacita a la retribución.

En la práctica el inconveniente se plantea a la hora de establecer un monto de esa retribución cuando no fuese fijada por el testador, que el codificador llama comisión, pese a lo cual se habla continuamente de los honorarios del albacea.

El artículo supone dos parámetros precisos para determinar la comisión del albacea:

- 1º) la relevancia de los trabajos realizados, y
- 2º) la importancia de los bienes de la sucesión.

Esta retribución será una carga de la sucesión que debe ser soportada por la masa hereditaria.

Para el caso que el albacea haya designado mandatarios para ejecutar determinados actos, en principio corresponde a aquél pagarles lo que les corresponda.

Pero, si la delegación de funciones se debe a que el albacea no puede cumplirlas personalmente, la retribución del mandatario es a cargo de la sucesión.⁴³

Podría añadirse que ello será así siempre y cuando el albacea no pueda cumplir personalmente sus funciones por causas ajenas a su mejor buena voluntad.

Existe la posibilidad que sea el propio testador el que determine cuál va a ser la comisión que percibiera el albacea por su gestión.

Pérez Lasala⁴⁴ sostiene que si el testador ha fijado la retribución en forma directa, el albacea no podrá impugnarla ni obviarla pidiendo la regulación judicial, y no podría renunciar a esa retribución para solicitar al juez que determine su comisión. Cafferata,⁴⁵ en cambio, entiende que podría hacerlo por aplicación del artículo 3872.

Es decir, si el testador fija directamente la retribución, el albacea no puede impugnarla ni obviarla pidiendo la regulación judicial. Al aceptar el cargo de ejecutor, consiente tácitamente la retribución determinada por el testador; de ahí que no pueda impugnarla por insuficiente. Por la misma razón, tampoco podrá renunciar a la retribución fijada por el testador y solicitar que se le regulen honorarios aplicándole el artículo 3872, encontrándose posición contraria en Cafferata.

No obstante, cabe en ciertos casos, la impugnación del monto fijado por el testador por parte de los herederos. Cuando se trate de herederos forzosos que vean afectadas sus legítimas por una retribución inadecuada, pueden impugnar dicha retribución. Aunque fuera de esa hipótesis no habrá posibilidad de impugnarla por alta que pueda parecer.

⁴³ Llambías, Jorge J. y Méndez Costa, María J.: Código Civil anotado, t. V-C, "Sucesiones", 2º edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

⁴⁴ Pérez Lasala, José Luis, Curso De Derecho Sucesorio, 2º edición, Buenos Aires, Depalma, 1989

⁴⁵ Cafferata, José I., Legítima Y Sucesión Intestada, 1º edición, Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma, 1982.

Si el ejecutor, por cualquier causa, no termina su cometido, correspondería rebajar la retribución hasta la proporción del servicio prestado.⁴⁶

Con recto criterio en el caso “Boggan de Argal, Juana”, de la Cam. Civ. y Com. de la ciudad de Bahía Blanca, con fecha 31/5/1978, se afirmó que “el albacea no percibe honorarios, que son una característica de lo que se paga por los servicios de profesionales que ejercen un oficio liberal o sueldo de honor; sino una simple comisión como lo expresa el artículo 3872 del Cód. Civ”.

Implicará en definitiva fundamental determinar si las funciones del albacea fueron sólo de vigilancia y contralor del cumplimiento de las disposiciones del testador, o fueron más allá de lo común y se le confiaron tareas para las cuales el instituyente tuvo en cuenta, sin lugar a dudas, la condición de profesional del derecho del albacea, lo que en la práctica significó no tener que recurrir a otros profesionales con la correspondiente retribución de su actividad.

1.1. LEGADO REMUNERATORIO

Puede ocurrir que el testador haya hecho al albacea un legado teniendo en mira la ejecución del testamento (art. 3849). Es decir, el testador puede prever la remuneración del albacea, ya no fijando su monto en el testamento, sino disponiendo un legado en su favor. Si el testador estipula que el legado tiene por finalidad remunerar la actuación del ejecutor, no habrá problemas a la hora de interpretar su significado.

Pero en la práctica, usualmente, el testador si dispone un legado a favor del albacea no determina expresamente su carácter remunerativo, generándose así un problema de interpretación ya que no resulta claro determinar si el testador hizo tal legado en mira a la ejecución del testamento o independientemente de la labor del ejecutor testamentario.

⁴⁶ Maffía, Jorge Osvaldo, Tratado de las sucesiones, Tomo II. - 3a edición, Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2012.

Así se ha dicho en el fallo “Diarbekirian, Markis”, de la Cam. Nac. Civ., Sala B, de fecha 14/7/1983, que “cuando el testador dispone un legado a favor del albacea se trata de un legado remuneratorio, pues se hace en mira a la ejecución del testamento”, y es por ello que la doctrina concuerda en que, “en tal caso, el albacea no puede pretender acumular al legado una remuneración distinta por su función”.

En el fallo citado debemos aclarar que el testador había dispuesto expresamente el legado a favor de los albaceas como forma de retribuir sus funciones.

La determinación de la voluntad del causante tiene una doble importancia, si el testador hizo el legado en mira a la ejecución del testamento: a) porque si el albacea renuncia al cargo, no podrá adquirir el legado; b) porque no podrá, al término de su gestión, reclamar el legado y la comisión que reconoce el artículo 3872.

Al contrario, si el legado ha sido hecho expresa o tácitamente, con independencia de la función de albacea encomendada: a) el albacea podrá renunciar al cargo e igualmente recibir el legado; b) al finaliza con su labor, el albacea podrá reclamar el legado y también la comisión del artículo 3872.

La dificultad se suscita, si el testador no establece expresamente el carácter remuneratorio o la liberalidad del legado.

La jurisprudencia de nuestros tribunales da pautas indicativas sobre esta cuestión. Así se ha declarado que procede considerar que en el legado hecho a favor de un albacea no sea teniendo en cuenta la ejecución del testamento, se lo ve como una liberalidad sólo determinada por una razón afectiva, fundada en vínculos espirituales o de consanguinidad. Pero si el legado está contenido en una cláusula testamentaria que se limita a mencionar el cargo conferido al albacea y la suma con que se lo beneficia, agregando a renglón seguido la recomendación del exacto cumplimiento de la misión

encomendada, hará presuponer que el legado si fue hecho en mira a la ejecución del testamento, aunque exista amistad entre el testador y el albacea.⁴⁷

Ahora, de haber una gran desproporción entre el valor del legado y la comisión que correspondiera al albacea, es un indicio de que la manda no ha sido hecha en mira a la ejecución del testamento.

En todo caso, para determinar si el legado es o no remuneratorio, es indispensable analizar las distintas cláusulas del testamento y las circunstancias que han podido mover al testador para disponer del legado. Se trata de una cuestión de hecho, que depende en cada caso de la interpretación del propio testamento.

Puede suceder que el albacea haya cumplido parcialmente su cometido, por cualquier causa. En ese caso se deberá entregar al albacea la parte del legado proporcional a la tarea cumplida. Si el legado fuera indivisible, el albacea podría reclamar el valor proporcional del legado, según la tarea efectuada.

¿Qué sucedería si los bienes del sucesorio, en caso de legado remuneratorio, no fueran suficientes para pagarse legado? Borda sostiene que si el albacea aceptó el cargo, también tácitamente aceptó la forma de remuneración fijada en el testamento por vía de legado; siendo así es natural que quede sometido a la regla que impone que los legados como tales están subordinados a un orden de preferencia, cuando no existan bienes suficientes para cubrirlos todos. No hay argumento serio para que ese legado remuneratorio, cuando no se lo pueda satisfacer total o parcialmente, ya porque haya otros legados preferentes, ya porque no alcancen los bienes para cubrir ningún legado, pueda transformarse en “carga” de la sucesión, en virtud de la regulación de honorarios.⁴⁸

⁴⁷ Borda, Guillermo A.: Tratado de derecho Civil “Sucesiones”, 9º edición, Buenos Aires: La Ley, 2009.

⁴⁸ Maffía, Jorge Osvaldo, Tratado de las sucesiones, Tomo II. - 3a edición, Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2012.

Cuando albacea haya aceptado el legado remuneratorio, deberá aceptarlo como tal, teniendo en cuenta el orden y la contribución al pago de cargas y deudas de la sucesión (art. 3501), y el único modo de sustraerse a este régimen es la renuncia inicial al legado para solicitar oportunamente la regulación judicial de su comisión.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Aragón, José M. suc.”, con fecha del 24/6/1975, ha sostenido que “en la retribución cabe atenderse a la práctica de los tribunales del fuero civil que la estiman en un 50% de la que corresponde al letrado”.

1.2. FIJADO POR EL JUEZ

Como no existen pautas reales sobre las cuales determinar el honorario, la jurisprudencia poco a poco, ha ido confeccionando reglas concernientes al mismo. Así se ha resuelto que le corresponden aún cuando el testador le pida al albacea que no cobre honorarios. El juez debe fijarla, de conformidad con el artículo 3872 del Cód. Civ.

1.3. ORDEN DE PRELACION EN EL PAGO

Para el caso que el albacea haya sido retribuido con una comisión, sus honorarios tienen la calidad de carga de la herencia y adquieren, por tanto, un rango preferencial. Pero si la retribución finca en un legado, éste quedaría ubicado en el orden de prelaciones que determina el artículo 3795.

2. QUIEN SOPORTA LOS HONORARIOS

Los honorarios del albacea deben ser considerados como una carga de la masa hereditaria, sea que los hay fijado el causante o el juez. Constituyen un gasto

casuístico, una carga de la sucesión en los términos de la nota al artículo 3474 del Cód. Cod.

3. GASTOS DEL ALBACEA

Artículo 3873 del Cód. Civ.: *“Los gastos hechos por el albacea relativos a sus funciones son a cargo de la sucesión”.*

Si el albacea hubiese adelantado gastos, éstos le serán reembolsados con los debidos intereses, pudiendo discutirse si se deberán desde que los gastos fueron hechos, o desde la presentación de las cuentas; por nuestra parte, pensamos que debería ser desde que los gastos fueren hechos.

4. PAGO O COBRO DEL SALDO CORRESPONDIENTE AL ALBACEA

Artículo 3874 del Cód. Civ.: *“Examinadas las cuentas por los respectivos interesados, y deducidas las expensas legítimas, el albacea pagará o cobrará el saldo que en su contra o a su favor resultare, según lo dispuesto respecto de los tutores en iguales casos”*

Cuando el albacea ha aplicado fondos de la sucesión para su uso particular, es indudable que deberá reembolsarlos con sus intereses.

Hay un caso mencionado en la obra de Llerena donde en la cuenta particionaria de una sucesión se reconoció un crédito a favor del albacea de la sucesión; el valor de dicho saldo le fue adjudicado en parte del valor de una finca de aquélla. Pasados algunos años sin cobrar la deuda, el albacea o los herederos del albacea pretendieron que con la adjudicación hecha por el perito, se había constituido un condominio entre los herederos y el albacea. Los herederos negaron ese condominio y sostuvieron que el único derecho que había tenido el albacea era hacer vender la finca, para con su valor pagarse de su crédito, el cual, al mismo tiempo se declaró prescripto.

5. HONORARIOS DEL MANDATARIO Y DEL PATROCINANTE DEL ALBACEA.

Para esta cuestión resulta indispensable analizar estos dos casos por separado: el del nombramiento de mandatarios especiales y el patrocinio letrado.

En el artículo 3855 del Cód. Civ. consagra la posibilidad que tiene el albacea de poder designar *mandatarios especiales* que obrasen bajo sus órdenes. Si el albacea no hubiere convenido con el mandatario retribución, hay que presumir la gratuidad, a no ser que el mandatario fuese un profesional que realice trabajos propios de su profesión.

El conflicto se suscita principalmente cuando el mandatario es un abogado que lleva a cabo las funciones del ejecutor testamentario, por la razón de su profesión. En este caso resulta claro que tendrá derecho a cobrar honorarios de conformidad a la labor realizada, pero los obligados a pagarla no son los herederos, ya que son ajenos al contrato que el albacea firmo con su mandatario, sino el propio albacea.⁴⁹

Esta regla es considerada absoluta, aunque fuera necesaria la delegación de funciones por no ser posible cumplirlas personalmente por el albacea.

Cuando el albacea no es abogado, en principio, necesitará del patrocinio de un letrado para actuar en el proceso sucesorio, cuya elección quedara a cargo del albacea. Respecto a los honorarios del letrado que designe el albacea, la jurisprudencia entiende que son a cargo de la sucesión ya que es imprescindible el patrocinio letrado para actuar en juicio, sea contencioso o voluntario.

Ahora bien, si el albacea es letrado y actúa en el doble carácter de albacea y letrado, se sostiene que sólo cabe regular honorarios en el doble carácter, cuando realiza

⁴⁹ Cafferata, José I., *Legítima Y Sucesión Intestada*, 1º edición, Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma, 1982.

actos ajenos a su actuación profesional; de lo contrario sólo le corresponderán honorarios como letrados.

No hay uniformidad en la jurisprudencia cuando el albacea es abogado y se hace patrocinar por otro letrado, sosteniendo algunos fallos que en tal caso los honorarios de este último no pueden incidir sobre la masa hereditaria, tal como se aseguro “Rodríguez Carth, María L. suc.”, de la Cam. Nac. Civ., Sala B, del 23/11/1878 y otros como se dijo en “Martínez Haedo, Irene, suc.” De la Cam. Nac. Civ., Sala E, con la 17/2/1984, en que en este caso los honorarios del letrado del albacea aunque éste sea abogado, son a cargo de la sucesión.

6. CONCLUSIONES

Un tema siempre controversial es la remuneración del albacea. Los herederos, en general, se muestran reacios a tener que pagar la contraprestación que le fije el juez al albacea, siendo motivo de debate y controversia en el proceso sucesorio.

Para superar este inconveniente, formule una eventual solución, convirtiendo a la pauta subjetiva de fijación de remuneración en una objetiva. Es decir, que ya no quede al arbitrio del juez su determinación sino que sea un porcentaje sobre el total de la masa de bienes hereditarios, previa valuación de los mismos por parte de peritos.

Otra cuestión problemática abordada en el capítulo son los legados remuneratorios dispuestos en el testamento a favor del albacea. En el caso que el testador disponga un legado en su favor, es muy común que no se determine expresamente su carácter remuneratorio, produciéndose así un problema de interpretación al querer determinar si el testador hizo el legado en mira a la ejecución del testamento o independientemente de su labor. Ante la oscuridad de la ley, la jurisprudencia se hizo cargo de otorgarle una solución plasmada en fallos jurisprudenciales que han sido expuestos en el capítulo.

Capítulo V

ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

SUMARIO: 1.Antecedentes 1.1.Derecho romano 1.2.Derecho germánico 1.3.Derecho canónico 2.Derecho comparado 2.1.Derecho anglosajón 2.2.La figura del trustee 2.3.Diferencia con el régimen argentino 2.4.Legislaciones europeas 3.Libertad de testar y sus restricciones 4.Conclusiones

1. ANTECEDENTES

En cuanto a los antecedentes de esta institución podemos señalar los siguientes como los más destacados

1.1. DERECHO ROMANO

En el derecho romano, en un principio se encargaba a los herederos o a la autoridad pública que hicieran cumplir fielmente la voluntad del causante. Es que en este derecho no se conoció en sus orígenes la institución de los ejecutores testamentarios.

Recién con el *Corpus Juris Civilis* se logra una regulación armónica e integral de la institución.

Doctrinarios y estudiosos del Derecho Romano vinculan al albaceazgo con la institución del *familiae emptor*, cuya aparición fue paralela con la utilización del testamento. En su fase primitiva, el testamento, no fue propiamente un testamento sino un acto con el cual se lograban las finalidades prácticas del testamento.

El *familiae emptor* era la persona a quien se le transferían los bienes, ante una situación de muerte inminente, mediante la *mancipatio*, con la finalidad de que los transmitiera a quien aquél indicara, que venía a ser así el heredero efectivo una vez acaecida su fallecimiento. Se trataba un acto de suma confianza, quedando la voluntad del causante librada a la buena fe y lealtad del *familiae emptor* a quien se le otorgaba un dominio puramente formal.

Es así como en esta etapa primitiva del testamento, el fideicomiso guardaría relación con el albaceazgo. El *familiae emptor* sería una expresión primitiva de la fiducia, porque el causante depositaba su confianza en la lealtad de dicha persona, con el objeto de que ésta cumpliera con sus últimas voluntades. Por lo que el *emptor* sería el

primer fiduciario que apareció en el derecho romano con funciones semejantes el ejecutor testamentario.

Ya en la segunda etapa, el testamento pasó a ser un verdadero testamento. La *mancipatio* se conservó como una mera formalidad, ya que lo determinante eran las palabras (*nuncupatio*) por medio de las cuales el testador marcaba su última voluntad y designaba heredero. Al quedar reducida la *mancipatio* a una mera formalidad, el *familiae emptor* quedó a su vez reducido al papel de un simple testigo, no siendo ya posible asimilarlo a la figura de un ejecutor testamentario.⁵⁰

Otra forma que se asimilaba el albacea, en el derecho romano, era la del *cura funerarii*, que consistía en encomendar a un tercero el ordenamiento y pago del entierro y sufragios por el alma del testador.⁵¹

1.2. DERECHO GERMÁNICO

Los doctrinarios suelen situar el origen del ejecutor testamentario en el antiguo derecho romano, en la época en que aun no existía el testamento. En virtud de que no se admitió el testamento por mucho tiempo, el que quería disponer de sus bienes para después de su fallecimiento debía recurrir a un procedimiento indirecto. Se simulaba una venta por la que el comprador, persona de confianza del disponente; adquiría la propiedad de la cosa que se transmitía, dejando la posesión y el goce de la misma hasta el momento de su fallecimiento. Sucedida la muerte, el *salmann* (intermediario) se encargaba de entregar el patrimonio ficticiamente adquirido a la persona o personas designadas por el disponente; dicha entrega se hacía ante la Asamblea Pública, mediante la entrega de la *festuca*, se simbolizaba el traspaso de la propiedad del patrimonio a sus verdaderos destinatarios.

⁵⁰ Sáenz de Santa María Tinture, Ignacio, Notas sobre los albaceas y contadores partidores, 4ª edición, Madrid: Rústica editorial, 1953.

⁵¹ Biondi, B., Sucesión testamentaria y donación, 2ª edición, Barcelona: Bosh, 1960

Al salamann se lo conocía como ejecutor de última voluntad. Se trataba, de la ejecución de un testamento nuncupativo que no era permitido por la ley. Es así como se manifiesta la semejanza entre el salamann y el familiae emptor del derecho romano. Su función era la misma: servir de intermediario para el traspaso de los bienes de su propietario a una tercera persona.

En una fase más adelantada de su evolución, el Saalman ya no es una persona absolutamente necesaria a la cual hay que recurrir para disponer de la herencia, sino que aparece como un simple ejecutor de la voluntad del difunto.

1.3. DERECHO CANÓNICO

Autores europeos como Caillemer, sin desconocer la influencia tanto del derecho romano como el germánico en el desarrollo del instituto, consideran decisivos el aporte del cristianismo, hasta el punto de ver la institución como una creación de la iglesia.

Los que sitúan el origen del albaceazgo en el derecho canónico, consideran que en la época medieval la ejecución testamentaria fue casi exclusivamente empleada para garantizar el cumplimiento de las donaciones *pro anima*. Con el devenir del tiempo, los obispos terminaron asumiendo total control de la ejecución de todos los testamentos que contenían disposiciones piadosas, y llegaron a transformarse en los órganos más importantes de la ejecución de la voluntad testamentaria.

Acaecido el nacimiento del albaceazgo con miras al cumplimiento de una finalidad piadosa, tuvo las primeras regulaciones en las compilaciones canónicas, es así como, la figura del ejecutor testamentario adquirió entonces una gran unidad y una importancia significativa, desligada de los fines piadosos que tuvo en su origen. Los ejecutores tomaban posesión de la herencia, la liquidaban, cobraban los créditos, pagaban las deudas, distribuían los bienes entre los herederos, etc.

Es así como el obispo, llegó a ser ejecutor legal de todo testamento que contuviera esta clase de disposiciones.

2. DERECHO COMPARADO

El estudio del derecho comparado nos permite comprender mejor los distintos sistemas jurídicos, así como nos sirve para investigar e indagar en las relaciones jurídicas que se han establecido en las realidades sociales. La comparación sirve para entender los derechos extranjeros y hacernos conscientes de las características de nuestro propio derecho.

2.1. DERECHO ANGLOSAJÓN

Veamos a continuación como funciona en el Derecho anglosajón, principalmente derecho de Inglaterra y Gales en que normalmente la voluntad del testador impera, por lo que no existen herederos legitimarios o forzosos. Aunque es cierto que esta libertad está limitada cuando hay una persona dependiente del testador, por lo que en caso de ser excluida totalmente del testamento, éste podría ser impugnado.

El procedimiento de liquidación de herencia en el Common Law se hace a través de un albacea (executor) o administrador (administrator), es decir, la herencia no pasa directamente a los herederos sino que es tratada en primer lugar como un sujeto jurídico propio, pues entre ambos se interpone la figura del *personal representative*.

La expresión personal representative designa conjuntamente conjuntamente al ejecutor nombrado en el testamento y al administrador de una herencia intestada. Si una persona fallece intestada, será el presidente de una de las divisiones de la Alta Corte de Justicia, quien designe a un administrador (administrator) (nombrado por el juzgado). Si el causante fallece con testamento en el cual se designa albacea (executor) (designado por el propio testador), tiene éste funciones análogas a las del administrador. Para entrar

en posesión de los bienes necesita de la homologación de su designación que tiene lugar ante la Alta Corte de Justicia.

Tanto uno como el otro tiene una misma misión: liquidar la sucesión, administrando entretanto la herencia. Para cumplir su función el *personal representative* toma posesión de los bienes del difunto, realiza el cobro de créditos, paga a los acreedores y levanta las cargas de la sucesión. Una vez obtenido el activo neto, remite el expediente sucesorio al organismo competente, para que se pueda fijar el impuesto correspondiente. Pagado éste procede a distribuir los fondos sobrantes entre los herederos y legatarios universales, en el plazo de un año a partir del fallecimiento del causante.

La figura del personal representative, representa la sucesión y es responsable de los deterioros que por su culpa sufran los bienes.

En la medida de que la herencia o una parte de la misma se encuentre en un estado con Common Law, por regla general y a nivel procesal, se requiere la intervención del albacea (executor) o del administrador (administrator) ¡y ello con independencia de cuál sea el derecho sucesorio material aplicable! En este supuesto corresponde la designación ya en el testamento de un albacea (executor) añadiendo una reserva que diga “en la medida en que el derecho aplicable al proceso sucesorio exija un albacea/administrador”. (Con esta frase queda aclarado que con ello no se dispone ninguna ejecución testamentaria en el sentido de los ordenamientos jurídicos romano-germánico).

2.2. LA FIGURA DEL TRUSTEE

La figura del *personal representative* está íntimamente relacionada con la del *trustee*.

Es importante precisar que hablamos aquí solo de la institución sucesoria, no de otros *trusts* de carácter societario o mercantil que proliferan en el creativo mundo de los contratos de fiducia.

El *trust created in will* anglosajón es una creación de la *Equity* medieval, destinada a suplir las lagunas y arbitrariedades suscitadas por la aplicación estricta del *Common Law*. Mediante aquel contrato sucesorio, un *trustor* o *settlor* transfería a un tercero de buena fe, el *trustee*, la titularidad de la masa hereditaria en beneficio de sus herederos, que por ser mujeres o menores no tenían capacidad jurídica. En aquellos tiempos, el *trustee* pasaba a ser el propietario de los bienes y, como tal, podía disponer de ellos, aunque lamentablemente no siempre de acuerdo con la buena fe. Para evitar estos abusos, la figura del *trust* fue modificada a finales del siglo XIX y actualmente el *trustee* no adquiere la titularidad de los bienes, sino que, a menos que el testador expresamente le confiera algún derecho, tiene exclusivamente la obligación de administrarlos hasta que el beneficiario adquiera la mayoría de edad o se cumpla lo dispuesto en el testamento. En el marco de las operaciones de administración, el *trustee* está autorizado a enajenar bienes cuando sea necesario para pagar las deudas de la herencia o ello redunde en interés del beneficiario. Tampoco es un mero albacea o *executor* del testamento.

2.3. DIFERENCIA CON EL RÉGIMEN ARGENTINO

Si se compara las facultades de los albaceas argentinos con su equivalente inglés, el excutor, se debe concluir que los albaceas tienen muchas menos que aquellos, así;

.-El Excutor inglés recibe los bienes de la herencia pudiéndolos administrar como si fueran propios, debiendo pagar con ellos los impuestos pertinentes, costes funerarios, etc., y teniendo la capacidad de vender los bienes, administrarlos y

repartirlos entre los herederos según su criterio, siendo responsable ante los beneficiarios, del cumplimiento de sus obligaciones. Además, en todo testamento inglés se deberá nombrar un Executor, para que administre la masa hereditaria.

Los herederos no siempre podrán heredar de forma directa, normalmente lo tendrán que hacer a través del executor.

En cambio, si bien podría el testador dar al albacea argentino la facultad de vender sus bienes muebles o inmuebles; no podrá usar de este poder sino cuando sea indispensable para la ejecución del testamento y de acuerdo con los herederos o autorizado por juez competente.

Aún en caso de que tal facultad no hubiera sido mencionada, el albacea podría proceder a la venta si ello fuera indispensable para pagar los legados.

De cualquier manera, esa venta no puede hacerse sino con la conformidad de los herederos y, en caso de oposición, con la del Juez. Si hubiera legatarios de cuota, también debe requerirse su conformidad.

El albacea no puede adquirir los bienes de la testamentaria (artículo 1361, inc. 3); el acto sería nulo y el executor testamentario se haría pasible de remoción, a pedido de parte interesada.

2.4. LEGISLACIONES EUROPEAS

Veamos el otro grupo de legislaciones correspondiente a los demás Derechos europeos, en los que las facultades del albacea se van adelgazando. En el Derecho alemán, no obstante, la posición del heredero se ve fuertemente afectada por la existencia del executor testamentario, ya que, a falta de disposiciones del testador, le corresponde la administración de la masa hereditaria (parágrafo 2302 ss. del CC alemán), pudiendo incluso obligar a la masa hereditaria en tanto ello sea necesario para la administración ordinaria, facultades ampliables hasta afectar incluso a los

legitimarios. En el Derecho francés la posición del albacea es más débil que en el inglés y alemán. De conforme a lo regulado en esta legislación, el testador puede conceder la saisine o detentación de todo o parte del mobiliario, aunque nunca por más de un año y un día a contar desde la fecha de su fallecimiento. La doctrina extiende la saisine a los inmuebles y diversas sentencias han determinado que el presidente del Tribunal puede prorrogar su misión en calidad de administrador judicial a efectos de gestionar hasta el momento de la partición de la herencia. Como observa D. Barbero en su *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, II, 5 ed. Turín 1955, 1054, se comprende perfectamente en el sistema sucesorio del Código Napoleón la conveniencia del nombramiento de una persona de confianza del de cuius para asegurar la ejecución de su voluntad plasmada en el testamento que exclusivamente puede serlo a título de legatario, con una posición débil frente a los herederos cuya vocación emana siempre de la ley, por lo que la posibilidad de un antagonismo inmanente entre la voluntad del de cuius y la del heredero, es posible.

En cambio, tanto en el Derecho español como en el italiano, la figura del albacea aparece más desdibujada. En ambos, a diferencia del germánico que, a través del consuetudinario influyó en el Código Napoleón, se deja a salvo los derechos de legítima al heredero testamentario. Puede, por lo tanto, el testador dar lugar a una vocación que atribuya a los instituidos, según su voluntad, una posición jurídica de la misma eficacia que la legal⁵². No obstante, el ejecutor testamentario es útil para una serie de disposiciones, p. ej., instituciones en favor del alma o de los pobres, en los que falta una persona verdaderamente interesada. Los derechos hispanoamericanos siguen esta tónica, sin más excepción que el mexicano, en cuyo Código, como señala H. Gatti, ‘el albacea tiene una misión fundamental y además es un cargo de carácter necesario. Su existencia

⁵² Biondi, B; *Ibidem*.

no depende exclusivamente de la voluntad del testador ni tampoco su presencia sólo tiene lugar en la sucesión intestada”.

3. LIBETAD DE TESTAR Y SUS RESTRICCIONES.

Existen distintos sistemas en el derecho comparado que difieren del sistema argentino

El 1º sistema, Libertad Absoluta de Testar, es decir, plena libertad a la hora de disponer de los bienes vía testamentaria, aunque determinados herederos puedan exigir una suma en carácter de alimentos. (EEUU, Inglaterra, Nicaragua, etc.)

Un 2º sistema es el que establece Una Determinada Porción Legítima la cual se la reserva a determinada categoría de herederos que por la proximidad de parentesco que poseen con el causante se los protege con una determinada porción de la cual no pueden ser privados sin justa causa.

Dentro de este segundo sistema hay una subdivisión: A) De porción simple: no interesa la cantidad de miembros (legitimarios) que se presenten a recoger bienes a la sucesión, la porción que se les reserva es siempre la misma. Es el caso de Argentina donde se le reservan 4/5 del total.

B) De porción variable: la porción que se le reserva a esta categoría de herederos depende del número de legitimarios que se presenten a la sucesión. A mayor número de legitimarios mayor será el monto de la reserva. (Francia, Holanda, etc.)

Por último el 3º Sistema que establece una porción legítima, una porción disponible y la posibilidad de traer de la porción legítima una porción a favor únicamente de un descendiente (España). También llamada como legítima larga.

4. CONCLUSIONES

Cuando resolví que el albacea testamentario fuera tema de esta tesis, en tomo momento considere fundamental la necesidad de referirme a su par previsto en el derecho anglosajón. Es interesante como a lo largo de siglos evolutivos, a figura del Trustee desplegó un papel imprescindible en las sucesiones, al que se le han ido sumando sucesivas reformas que permitieron dinamizar y modernizar la figura actualizándola a los requerimientos de la sociedad contemporánea del momento.

Por supuesto que de ninguna manera se puede pretender que nuestro albacea sea legislativamente asimilado al trustee, pero sin dudas existen caracteres que pueden ser rescatados e incorporados al régimen legal argentino. Esto le otorgaría una revitalización al albacea colocando en los primeros planos del derecho sucesorio.

Capítulo VI

REFLEXIONES FINALES

SUMARIO: 1. Conclusión final y propuestas

1. CONCLUSIÓN FINAL Y PROPUESTAS

Resulta muy conveniente que el causante designe albaceas en herencias complejas, con muchos bienes, o en aquellas en las que se prevean conflictos entre los sucesores en relación con la interpretación, el alcance y ejecución de las disposiciones testamentarias o con la partición hereditaria. Asimismo, es recomendable designar albacea en los testamentos de padres con hijos discapacitados, puesto que se trata de una persona de confianza a quien se puede encargar el cuidado y atenciones concretas que el hijo necesite.

Por otra parte, puede ser prudente nombrar como albaceas a profesionales, con independencia de la familia.

Considero que en la Argentina mucho queda por trabajar respecto a la necesidad de dinamizar esta importante figura jurídica, pero de lo que no caben dudas algunas, es que la regulación de la institución del albaceazgo, es sin dudas insuficiente. Resulta una necesidad, la promulgación de normativas jurídicas propias para esta institución que permitan otorgarle mayor practicidad a la figura.

Para la formulación de las distintas propuestas, tuve muy en cuenta lo analizado y desarrollado a lo largo de la construcción del presente trabajo, haciendo hincapié también en las disposiciones normativas existentes en la actualidad tanto en Europa como en America, las cuales vienen resultando eficaces, otorgándole al albacea una mayor participación en los procesos sucesorios debido a su practicidad.

Enumeración de las propuestas:

1) Como lo especificamos en el inicio del trabajo; la porción disponible de haber herederos forzosos con la que cuanta el testador es pequeña si la comparamos a la prevista en otras legislaciones. Por ello la posibilidad de disponer de lo bienes hereditarios vía testamentaria se ve restringida por el respeto que impone la porción legítima.

Considero que con acierto el proyecto de reforma del Código Civil de la Republica Argentina, en actual estudio en el Congreso de la Nación reduce la porción legítima de $4/5$ a $2/3$, significando así una expansión en la porción disponible. Pero si veo desacertado que se lo siga considerando al albacea como una institución voluntaria, entiendo que debería convertirse en una figura obligatoria para el caso de la formulación de un testamento.

Porque tal como nos enseña Borda el testamento no es sólo una mera disposición de bienes sino que implica una manifestación de última voluntad por parte del causante que pueden incluir de los mas variadas cuestiones incluso el reconocimiento de hijos extramatrimoniales. Entonces pienso: ¡quien mejor que el albacea para velar por el cumplimiento de la voluntad del causante!

Otra cuestión aparte de la designación obligatoria es que el albacea para intervenir en el proceso sucesorio se haga representar por un letrado en el caso de que esté así no lo fuese. Considero muy importante mantener de forma separada lo que refiere a la confianza, a la fiducia depositada en el albacea de las cuestiones técnicas que deben ser encargados a conocedores de la materia a fin de garantizar el adecuado funcionamiento del proceso sucesorio. A favor del abogado es una posibilidad de regulación de honorarios a cargo de la sucesión.

Ahora bien, en mi opinión, si el albacea es abogado no tiene por qué, salvo razones fundadas, hacerse patrocinar por otro letrado, y en el caso de que así lo haga los honorarios de éste deben ser a su cargo, pues de otra forma se encarecerían injustamente los gastos de la sucesión, en desmedro de los beneficiarios por el testador.

Habrá que analizar en cada caso sus circunstancias especiales, y si el albacea actuó como tal y como abogado, podrá percibir una doble retribución por los dos roles cumplidos.

2) Otra cuestión que considero su modificación se refiere a lo regulado por el artículo 3864. Aunque el artículo manifiesta que la destitución del albacea sólo la podrán pedir los herederos, pienso que también resultaría lógico que la puedan solicitar los legatarios e incluso los acreedores, porque todos ellos también tendrían algún interés legítimo en la destitución. De no ser así, esas personas estarían indefensas frente a los albaceas que con una mala gestión podrían provocarles daños irreparables.

Si bien esta posibilidad esta prevista por la jurisprudencia correcto sería su incorporación al artículo.

3) Consultando con otros profesionales del derecho, especialistas en la cuestión puedo afirmar que en la práctica profesional casi nunca a sido necesario que el albacea proceda a confeccionar inventario de los bienes, siendo suficiente la denuncia hecha por los herederos en el expediente, lo que demuestra la relativa importancia que se le da a esta disposición cuyo cumplimiento debería estar garantizados por los jueces. También considero pertinente que se le de vista al albacea sobre la tasación de bienes que pudieran hacer los herederos y en el caso de no ser aceptados por este, resuelva el juez designando peritos valuadores de ser necesario.

4) ARTÍCULO 2524 del proyecto de reforma del año 2012.- **Forma de la designación. Capacidad.** *El nombramiento del albacea debe ajustarse a las formas testamentarias, aunque no se realice en el testamento cuya ejecución se encomienda. Pueden ser albaceas las personas humanas plenamente capaces al momento en que deben desempeñar el cargo, las personas jurídicas, y los organismos de la administración pública centralizada o descentralizada. Cuando se nombra a un funcionario público, la designación se estima ligada a la función, cualquiera que sea la persona que la sirve.*

Me parece importante traer a colación este artículo y relacionarlo con el punto 1) cuando me refiero a la obligatoriedad del albacea. Entiendo que debería ser por las características de la institución una persona física, y que en el caso de la no designación por parte del causante crear una lista, con un funcionamiento similar en cuanto su forma de inscripción y designación a la de un perito para ocupar ese lugar cuando no se lo haya designado y así poder velar por el cumplimiento de la voluntad del causante.

5) Entiendo que una vez aceptado el cargo no se puede discutir la comisión estipulada por el causante. Otra cuestión siempre discutible es la fijación de la comisión cuando esta no haya sido dispuesta por el testador. Porque no mejor fijar pautas objetivas de retribución en lugar de las actuales subjetivas que siempre traen complicaciones. Esas pautas objetivas se correspondan a un porcentaje de la valuación que se haga de los bienes y para el resto de las cuestiones se fije otro porcentaje, por ejemplo para el trámite de reconocimiento de un hijo extramatrimonial.

Por mencionar un caso; en España, la comisión que se prevé a favor del albacea oscila entre el 1 y el 4 por ciento del valor total de los bienes dependiendo de su cuantía.

6) Por último crear la figura del “interventor” tal como existe en otras legislaciones como por ejemplo en México.

El interventor es la persona cuya actividad se deduce como la de un supervisor, que autoriza y fiscaliza ciertas actividades u operaciones del albacea para que sean realizadas conforme a las leyes decir, para que vigile el desempeño y manejo del albacea.

Características del cargo de interventor

-Las funciones del interventor se limitaran al exacto cumplimiento del encargo del albacea

- el interventor debe ser mayor de edad y capaz de obligarse

- durara en su cargo mientras no se revoque su nombramiento. La revocación puede hacerse por los hederos en cualquier tiempo, pero en el mismo acto debe nombrarse al que lo sustituya

- serán retribuidos de conformidad a lo que acuerden los herederos que lo nombran; si el que lo nombra es el juez, cobrara por sus servicios a arancel asimilados para los apoderados.

- el apoderado no puede tener la posesión de la herencia, de los bienes de la sucesión.

BIBLIOGRAFÍA

a) General

Borda, Guillermo A.: Tratado de derecho Civil “Sucesiones”, 9º edición, Buenos Aires: La Ley, 2009.

Fassi, Santiago C., Tratado de los testamentos, 1º edición, Buenos Aires: Astrea, 1970/71.

Fornieles, Salvador: Tratado de Sucesiones. Tomo I; 3º Edición, Buenos Aires, Ediar Soc. Anón editores, 1950.

Fornieles, Salvador, Tratado de las sucesiones, Tomo II, 3º edición, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1950.

Maffía, Jorge O., Manual de derecho sucesorio, tomo II, 4º edición, Buenos Aires: Depalma, 1989.

Maffía, Jorge Osvaldo, Tratado de las sucesiones, Tomo II. - 3a edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012.

Zannoni, Eduardo A, Manual de derecho de las sucesiones, 2ª edición, Buenos Aires: Astrea, 1989

b) Especial

Biondi, B., Sucesión testamentaria y donación, 2º edición, Barcelona: Bosh, 1960

Cafferata, José I., Legítima Y Sucesión Intestada, 1º edición, Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma, 1982.

Ferrer, Francisco A.M. y Medina, Graciela, Código Civil Comentado Sucesiones. Tomo II (Artículos 3539 a 3874). 2ª Edición actualizada, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2011.

Goyena Copello, Héctor, Tratado del derecho de la sucesión, 2º edición, Buenos Aires: La Ley, 1972.

Llambías, Jorge J. y Méndez Costa, María j.: Código Civil anotado, t. V-C, “Sucesiones”, 2º edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

Pérez Lasala, José Luis, Curso De Derecho Sucesorio, 2º edición, Buenos Aires, Depalma, 1989.

Sáenz de Santa María Tinture, Ignacio, Notas sobre los albaceas y contadores partidores, 4º edición, Madrid: Rústica editorial, 1953.

Salerno, Marcelo U. y Lagomarsino, Carlos A.R.: Código Civil argentino y legislación complementaria, 5º edición, Buenos Aires: Heliasta, 2006.

Segovia, Lisandro: El Código Civil de la República Argentina, Buenos Aires, 1884.

Simó Santonja, Vicente L., Derecho sucesorio comparado y conflicto de las leyes en materia de sucesiones, 1º edición, Madrid: Tecnos, 1968.

ÍNDICE

1. Resumen.....	3
2. Estado de la cuestión.....	4
3. Marco Teórico.....	6
4. Introducción.....	9

Capítulo I

LA FIGURA DEL ALBACEA

1. Concepto.....	12
2. Naturaleza jurídica.....	14
3. Caracteres.....	17
4. Nombramiento.....	20
4.1. Nombramiento de albacea por los herederos o legatarios.....	22
5. Capacidad.....	23
5.1. Casos de incapacidad.....	26
6. Designación de varios albaceas.....	27
7. Falta de designación del albacea.....	29
8. Conclusión.....	29

Capítulo II

POTESTADES DEL ALBACEA

1. Especies.....	32
2. Facultades.....	35
2.1. Poderes del albacea cuando hay herederos forzosos.....	36
2.2. Bienes que deben quedar en poder del albacea.....	38
2.3. Seguridad de los bienes en poder del albacea.....	43
2.4. Posesión total de la herencia por el albacea.....	44
2.5. Delegación de facultades.....	45
2.6. Facultad de vender bienes.....	46
3. Conclusión.....	48

Capítulo III

FUNCIONAMIENTO DEL ALBACEA

1. Principales derechos.....	51
1.1. Exigencia del cumplimiento de los cargos.....	51
1.2. Apertura del juicio sucesorio.....	51
2. Deberes del albacea.....	54

	104
2.1. Rendición de cuentas.....	57
2.2. Responsabilidad del albacea por su administración.....	60
3. Efectos del nombramiento de albacea.....	61
4. Fin de las funciones.....	64
4.1. Traspaso de los poderes del albacea.....	68
4.2. Causales de destitución.....	69
5. Conclusión.....	71

Capítulo IV

REMUNERACION DEL ALBACEA

1. Comisión del albacea.....	74
1.1. Legado remuneratorio.....	76
1.2. Fijado por el juez.....	79
1.3. Orden de prelación en el pago.....	79
2. Quien soporta los honorarios.....	79
3. Gastos del albacea.....	80
4. Pago o cobro del saldo correspondiente al albacea.....	80
5. Honorarios del mandatario y del patrocinante del albacea.....	81
6. Conclusión.....	82

Capítulo V

ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

1. Antecedentes.....	84
1.1. Derecho romano.....	84
1.2. Derecho germánico.....	85
1.3. Derecho canónico.....	86
2. Derecho comparado.....	87
2.1. Derecho anglosajón.....	87
2.2. La figura del trustee.....	88
2.3. Diferencia con el régimen argentino.....	89
2.4. Legislaciones europeas.....	90
3. Libertad de testar y sus restricciones.....	92
4. Conclusión.....	92

Capítulo VI

REFLEXIONES FINALES

1. Conclusión final y propuestas.....	95
2. Bibliografía.....	100