

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA CAPITAL

---

# DE LOS ALBACEAS

---

TÉSIS

PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

POR

MARCELO TORCUATO DE ALVEAR *o su distinguido*

*amigo y Sr. Ricardo Bernades, como testi-*  
*monio afectivo.*

Reg.....	94373
Vol.....	159653
Entr..	4-9-94!
Folio	266 - <i>Donado</i>

---

BUENOS AIRES

IMPRESA DE PABLO E. CONI É HIJOS, ESPECIAL PARA OBRAS

680 — CALLE PERÚ — 680

—  
1894

La responsabilidad por las doctrinas jurídicas sostenidas en esta tesis, corresponde exclusivamente á su autor.

(Art. 143 del Reglamento de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales).

FACULTAD  
DE  
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

---

*Decano:* DOCTOR MANUEL OBARRIO

ACADÉMICOS TITULARES

- Dr. BERNARDO DE IRIGOYEN.  
" PEDRO GOYENA.  
" EDUARDO COSTA.  
" AURELIO PALACIOS.  
" BENJAMÍN VICTORICA.  
" LEOPOLDO BASAVILBASO.  
" LUIS SAENZ PEÑA.  
" ALFREDO LAHITTE.  
" ANTONIO E. MALAVER.  
" JUAN JOSÉ MONTES DE OCA.  
" AMANCIO ALCORTA.  
" DAVID DE TEZANOS PINTO.  
" LUCIO V. LOPEZ.  
" WENCESLAO ESCALANTE  
" LUIS LAGOS GARCIA (Suplente).

ACADÉMICOS HONORARIOS

- Sr. JOSÉ MANUEL ESTRADA.  
Dr. VICENTE F. LOPEZ.  
" CÁRLOS TEJEDOR.  
" JOSÉ B. GOROSTIAGA.  
Teniente General BARTOLOMÉ MITRE.

*Secretario*

Dr. ENRIQUE NAVARRO VIOLA.

# CATEDRÁTICOS DE LA FACULTAD

## TITULARES

Derecho Civil.....	Dr. GERÓNIMO CORTÉS.
Derecho Civil (1 <sup>er</sup> año).....	" BALDOMERO LLERENA.
Derecho Comercial.....	" MANUEL OBARRIO.
Derecho Penal.....	" NORBERTO PIÑERO.
Derecho Romano.....	" PEDRO GOYENA.
Derecho Canónico.....	" DAVID DE TEZANOS PINTO.
Derecho Constitucional y Administrativo	" LUCIO V. LÓPEZ.
Derecho Internacional Privado.....	" AMANCIO ALCORTA.
Derecho Internacional Público.....	" ANTONIO BERMEJO.
Procedimientos .....	" ENRIQUE MARTINEZ.
Filosofía del Derecho.....	" WENCESLAO ESCALANTE.
Finanzas .....	" LUIS LAGOS GARCÍA.
Economía Política.....	" FÉLIX MARTÍN Y HERRERA.
Introducción al estudio del Derecho.....	" JUAN JOSÉ MONTES DE OCA.

## SUPLENTES

Derecho Civil.....	Vacante.
Derecho Civil (1 <sup>er</sup> año).....	Dr. D. RAIMUNDO WILMART.
Derecho Comercial.....	" PASCUAL BERACOCHEA.
Derecho Penal.....	" OSVALDO M. PIÑERO.
Derecho Romano.....	" CARLOS L. MARENCO.
Derecho Canónico.....	" NICOLÁS CASARINO.
Derecho Constitucional y Administrativo	" EMILIO CASTRO.
Derecho Internacional privado .....	" ENRIQUE S. QUINTANA.
Derecho Internacional público .....	" EDUARDO L. BIDAU.
Procedimientos .....	Vacante.
Filosofía del Derecho.....	Dr. FRANCISCO CANALE.
Finanzas.....	" JUAN CARBALLIDO.
Economía política .....	" FRANCISCO J. OLIVER.
Introducción al estudio del Derecho .....	" MANUEL A. MONTES DE OCA.

# MESAS DE TESIS

---

## PRIMERA

### *Presidente*

DOCTOR BENJAMIN VCTORICA

### *Vocales*

- Dr. JUAN J. MONTES DE OCA.
- " LUCIO V. LÓPEZ.
- " LUIS LAGOS GARCÍA.
- " BALDOMERO LLERENA.

## SEGUNDA

### *Presidente*

DOCTOR BERNARDO DE IRIGOYEN

### *Vocales*

- Dr. AMANCIO ALCORTA.
- " WENCESLAO ESCALANTE.
- " GERÓNIMO CORTÉS.
- " FÉLIX MARTIN Y HERRERA.

## TERCERA

### *Presidente*

DOCTOR LUIS SAENZ PEÑA.

### *Vocales*

- Dr. DAVID DE TEZANOS PINTO.
- " NORBERTO PIÑERO.
- " ANTONIO BERMEJO.
- " ENRIQUE MARTINEZ.

### *Secretario*

Dr. ENRIQUE NAVARRO VIOLA.

## INTRODUCCIÓN

---

Nuestro derecho civil, que tiene como fuente de casi todas sus instituciones al derecho romano, no se puede decir tenga en esta materia que entramos á tratar, igual origen, pues si es cierto que ya en Roma se podía encargar por testamento á un tercero para que cumpliera con las voluntades del testador, ya sobre la celebración de funerales; ó sobre el cumplimiento de algunos legados píos ó de alimentos, no es menos cierto que estos ejecutores testamentarios no tenían el carácter ni las funciones que el derecho escrito moderno les asigna, ni que tampoco estaba esa institución, sino como meras indicaciones en los testos y no como un cuerpo de doctrina sobre una materia organizada.

El derecho consuetudinario francés ha sido el primero que estableció los albaceas con el carácter y las funciones que hoy les atribuye el derecho escrito; y

él fué sin duda *más industrioso*, empleando la frase de Ricard, pues no era suficiente para garantir el fiel y completo cumplimiento de las disposiciones de última voluntad, á las cuales todas las leyes han tratado de garantir de la manera más perfecta, declarar indigno al heredero de recibir por causa de muerte, si es que se negaba á la ejecución de la voluntad del causante: *Omnibus qui contra voluntatem defuncti faciunt, ut indignus auferatur hereditas* (1). Fué muy provechoso y necesario que se acordara al testador la facultad de nombrar por el testamento una persona que le mereciera su entera confianza, y con cuyo nombramiento estuviera seguro que era como si su personalidad se prolongara hasta cierto punto aún después de sus dias, para que procediera en todo de acuerdo con su voluntad, manifestada por sus últimas disposiciones.

Fué con este objeto que esta institución se formó; y á pesar de las diferencias esenciales que nos enseñan las numerosas costumbres que determinaban los derechos civiles franceses, en esa época de su legislación, vemos en todas ellas, al regir los ejecutores testamentarios, atribuirles funciones semejantes é idén-

(1) PAUL SENT, libro 8º, título 3º.

ticos propósitos; motivo por el cual hemos podido asegurar, que recién en esta época fué cuando los albaceas aparecen con sus verdaderos fines, es decir, llevar á cabo el completo y perfecto cumplimiento de todo el testamento.

No es extraño, pues, que dada la conveniencia y sabiduría de esta institución, el Código Napoleón formara entre sus disposiciones el cuerpo de doctrina encargado de reglamentarla, y aún cuando varió algunos principios generales comunmente establecidos por la legislación consuetudinaria que le precedió, no afectó la parte esencial de esta materia de manera á no reconocer su origen.

Nuestro legislador, teniendo sin duda iguales consideraciones, ha dedicado un título del Código Civil que reglamenta especialmente los albaceas, y en el cual, no solo ha seguido los principios que establece el Código Napoleón, sino que ha tenido en cuenta también en sus artículos algunas de las sabias observaciones que los comentadores franceses hacen á las disposiciones que tratan este punto en su legislación.

Es con el auxilio de los principios y doctrinas que esos grandes jurisconsultos establecen, que nosotros entraremos á hacer el estudio de las disposiciones de

nuestro Código sobre esta materia, y únicamente ello hará que podamos vencer las dificultades que naturalmente encuentra el que por primera vez emprende un trabajo de este género, sin las fuerzas intelectuales suficientes, y únicamente necesitado por una disposición reglamentaria.

NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL ALBACEA  
Y MODO DE NOMBRARLO

El albacea es, siguiendo Aubry y Rau (1), un mandatario impuesto por el testador á sus herederos ó legatarios universales, con el fin de obtener una segura, exacta y diligente ejecución de sus últimas voluntades.

En esta definición se establece el carácter que tiene el albaceazgo, al decir que es un mandato.

Nuestro Código, de acuerdo con la gran mayoría de las opiniones de los tratadistas, ha sentado igual principio al establecer en el artículo 1868, inciso 7º, que las disposiciones del título que reglamenta el mandato son aplicables á las representaciones por albaceas testamentarios y dativos.

(1) *Droit Civil français*, tomo 7º, párrafo 711.

Pero si es un mandato en cuanto á su carácter general, no por eso es susceptible, el albaceazgo, de ser sometido á todas las disposiciones relativas á aquel; pues es un mandato de una naturaleza especial, razón por la cual está sometido á algunos principios diferentes.

Fundados en algunas de estas peculiaridades del albaceazgo, tal como por ejemplo, que este empieza cuando muere el mandante, causa por la cual al contrario cesa el mandato ordinario, ha sido que algunos han negado el carácter de mandatario al albacea.

«Que no se oponga, contestaremos con las palabras de Dalloz (1), que el mandato concluye por la muerte del mandante; esta regla no es de la esencia del mandato, y ella no recibe aplicación en el caso que el objeto del mandato sea de tal naturaleza que no pueda ser cumplido sino después de la muerte del mandante, que es lo que sucede en el caso del albaceazgo».

Pero si es un mandatario el albacea, ¿quién es el mandante?

Aunque esta pregunta esté contestada por la defi-

(1) *Répertoire de jurisprudence*, número 4023.

nición que hemos aceptado al principio de este capítulo, no está demás hacerlo ahora; pues ha habido quien ha creído ver en el albacea un mandatario de los herederos y legatarios, aún cuando sea nombrado por el testador.

Cuando el testador sea el que haya nombrado al albacea haciendo uso de la facultad que le acuerda el artículo 3844 de nuestro Código, cuando establece que él puede nombrar una ó más personas encargadas del cumplimiento de su testamento, ninguna dificultad puede encontrarse en asegurar lo erróneo de la opinión que hemos enunciado; pues el albacea representa al testador en cuanto este puede estar interesado de que su testamento sea exactamente ejecutado, y puede en tal sentido compeler á los herederos y legatarios al cumplimiento de las disposiciones testamentarias; es además del testador que recibe sus poderes y por último no es dado en principio que los herederos y legatarios revoquen el mandato conferido al albacea, sino en casos especiales y expresamente establecidos por la ley.

Igual tesis sostiene el Dr. Velez en la nota al artículo anteriormente citado, estableciendo además que si los albaceas están obligados al terminar sus funciones á dar cuenta á los herederos, es únicamente

en el carácter que tienen estos de representación de su autor.

¿Pero únicamente el testador es el que puede nombrar los albaceas que han de ejecutar su testamento?

Únicamente él es el que debe poder nombrar los albaceas; pues por el fin del albaceazgo, por el objeto que esta institución ha tenido y por las causas que le han dado origen, claramente se vé que el nombramiento del albacea por otros que no sean el testador, es contrario á los principios que deben regir esta materia, y esta es la opinión de la gran mayoría de los tratadistas que la estudian.

Es por estas mismas razones que no estamos de acuerdo con la facultad que nuestro Código establece al disponer que cuando el testador no ha nombrado albacea, ó 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 hiciesen, los acreedores de la sucesión ú otros interesados, no pueden pedir el nombramiento de albacea. La ejecución de las disposiciones del testador corresponde al heredero (1).

(1) Código Civil, artículo 3867.

que la ley ha establecido, en la última parte del artículo que estudiamos, que los herederos son los ejecutores naturales del testamento.

Creemos con Segovia (1) que esta última parte del artículo debe entenderse haciendo extensiva á los legatarios la facultad conferida á los herederos, y para ello nos fundamos en las idénticas condiciones de aquellos para ejecutar el testamento cuando falten estos.

La opinión de los tratadistas en cuanto á las formalidades que ha de revestir el nombramiento de los albaceas no es uniforme. Ha habido quien pensaba, como Furgole en el antiguo derecho, que podían ser nombrados en todo acto público ó privado suficiente para comprobar un mandato. Por otra parte, Pothier pensaba que únicamente se podían nombrar por testamento. Llevando la institución de los ejecutores testamentarios una modificación á los derechos que les corresponden á los herederos y legatarios, es por lo tanto natural que estas modificaciones no puedan ser hechas, desde que han de tener efecto después de la muerte del testador, sino en la forma y con las solemnidades que la ley reclama para las disposiciones de última voluntad.

(1) Nota 44, artículo citado.

Nuestro Código, sin dejar de tener en cuenta estas consideraciones, se ha apartado de la opinión absoluta de Pothier, y únicamente ha establecido, de acuerdo con los principios de esta materia y siguiendo la opinión de notables jurisconsultos como Coin Delisle (1), Zachariæ (2) y otros, que « el nombramiento de un executor testamentario debe hacerse bajo las formas prescritas para los testamentos ; pero no es preciso que se haga en el testamento mismo, cuya ejecución tiene por objeto asegurar » (3).

(1) Sobre el artículo 1025, número 4.

(2) Tomo 5º, página 389.

(3) Código Civil, artículo 3845.

## II

### PERSONAS CAPACES DE SER ALBACEAS

Según la disposición del artículo 1897 de nuestro Código Civil, el mandato puede ser válidamente conferido á una persona incapaz de obligarse, quedando el mandante responsable para con los terceros de las gestiones que el mandatario incapaz hubiese efectuado.

Estos principios que son uniformemente aceptados en la legislación y la doctrina respecto al mandato ordinario, no se aplican al albacea, que no es, sin embargo, como hemos dicho, sino un mandatario.

Esta diferencia de capacidad, exigida según que se trate de un albacea ó de un simple mandatario, está fundada en los verdaderos principios que deben dominar la materia. Si se permite nombrar al mandante un mandatario incapaz y se le hace responsable de los actos de este, es porque de él depende hacer cesar el mandato por la simple revocación y porque además él solo sería

el que sufriría los perjuicios que este mandato pudiera ocasionar.

No sucede lo mismo en el caso del albacea, pues este es impuesto por el testador á los herederos y legatarios, y además de no tener estos en principio la facultad de revocar el mandato serían los que sufrirían el perjuicio que el albacea pudiera producir en la ejecución del testamento. Es por esta razón que la ley ha querido garantizar á los herederos y legatarios con la responsabilidad personal del albacea cuando ha establecido que « el testador no puede nombrar por albacea sinó á personas capaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo, aunque sean incapaces al tiempo del nombramiento » (1).

En la última parte de este artículo nuestro Código se decide, de acuerdo con la mayoría de los tratadistas, á que la capacidad del que debe ser albacea exista en el momento de entrar á ejercer sus funciones, no siendo necesario que sea capaz al tiempo de la formación del testamento, ni tampoco á la muerte del testador, como otros establecen.

Con esta disposición se excluye, como muy bien dice Segovia, á los incapaces, como son los locos, los sordomudos, los religiosos y los menores.

(1) Código Civil, artículo 3846.

Pero en cuanto á estos últimos ¿la regla será uniforme? ¿Habrá que distinguir entre los emancipados y los que no lo son? Segovia (1) cree que únicamente deben considerarse incapaces para ser albacea los menores no emancipados, puesto que las incapacidades son de estricta interpretación.

La discusión que se puede suscitar sobre este punto, no carece de tradiciones, como se podría creer, pues ella ha existido en el antiguo derecho francés antes del Código Napoleón, y fué para evitarla y no dejar lugar á dudas sobre el punto, que éste estableció en su artículo 1030 que el menor no podría ser ejecutor testamentario, ni aún con la autorización de su tutor ó curador. Esta última suposición de que se encontrara el menor bajo curador, prueba que se ha puesto el legislador en el caso del menor emancipado.

No teniendo nuestro Código Civil una disposición análoga, las discusiones que ella hizo cesar vuelven otra vez á ser materia de este punto.

Nosotros disentimos de la opinión de Segovia á pesar del respeto que nos merece.

Si es cierto que las incapacidades son de estricta interpretación, también lo es que el espíritu de nuestra

(1) Nota 3 al artículo 3846.

legislación sobre esta materia apoya la tésis que sostenemos. Efectivamente, el menor emancipado es capaz de obligarse, y dados los términos estrictos de nuestro artículo, es susceptible de ser albacea; pero la capacidad del emancipado para obligarse es limitada, y únicamente dentro de los límites que la ley determina á la capacidad de éste es que podría ser albacea, es decir, que concluiríamos de acuerdo con lo que sostenía Pothier (1), que únicamente se debería permitir ejercer el albaceazgo al emancipado, cuando las obligaciones que le pudieran resultar de su ejercicio fueran proporcionadas á lo que podría disponer en virtud de su emancipación.

Pero nosotros vamos aún más lejos, y pensamos que en ningún caso, dada nuestra misma legislación sobre este punto, se podría autorizar al menor emancipado á ejercer el albaceazgo: 1º porque imposible nos sería en la práctica, hacer la distinción que aconsejaba Pothier; 2º porque dado el espíritu, como hemos dicho, de nuestro Código, manifestado por todas las disposiciones que á continuación estudiaremos, trata de garantizar de la manera más completa posible los intereses de los herederos y legatarios con la responsabilidad personal

(1) *Donation testamentaire*, número 209.

del albacea, principios contra los cuales estaría abiertamente en contra la posibilidad de que una persona con capacidad restringida para obligarse y por lo tanto de responsabilidad limitada, fuera albacea.

« La mujer casada puede ser albacea con licencia de su marido ó del juez; pero los jueces no pueden autorizarla para ejercer el albaceazgo contra la voluntad del marido » (1).

Lo que el legislador exige, no es sólo, como dice perfectamente Demolombe (2), que el albacea pueda obligarse, sino que la obligación que contrae aceptando el mandato ofrezca á los herederos y legatarios la garantía de una plena responsabilidad. Es por estas razones que nuestro codificador ha exigido la autorización del marido para que este quede también responsable. Y dada nuestra legislación, en que el albaceazgo no es gratuito, más razón hay todavía ; pues no se puede alegar, como muy bien dice el Dr. Velez en su nota á este artículo, que la sociedad conyugal no debe responder desde que esta no obtiene ningún provecho del ejercicio por la mujer de las funciones de albacea.

Cuando el artículo establece que el juez dé la licencia, se refiere al caso en que el marido esté impedido ; pues

(1) Código Civil, artículo 3847.

(2) Tomo 22, número 25.

á continuación establece el mismo artículo, que nunca podrá darla el juez contra la voluntad del marido. La razón de esta disposición fácilmente se explica, pues en tal caso, como dice Segovia (1), la mujer no ofrecería suficiente garantía y responsabilidad. Por lo demás sería altamente inmoral semejante facultad en el Juez, que es contraria á los poderes de dirección que la organización social ha atribuido al marido.

Nuestro Código, á diferencia del de Napoleón, no distingue si hay separación ó si es en comunidad de bienes la sociedad conyugal, razón por la cual, por por nuestro derecho, únicamente en el caso de divorcio, ó de que fuese curadora del marido, la mujer casada no necesitará la autorización de aquel para ser albacea.

El albaceazgo es una carga, no es una liberalidad, y es por esto que puede ser albacea aún el que no pueda recibir un legado hecho en el testamento (2).

«Pero no podrá recibir nada á título de albacea, el que es incapaz de recibir como legatario» (3), mucho más en nuestro derecho, que, á diferencia del francés, asigna retribución al albacea y quita así todo pretesto al legado (4). Si no es, como acabamos de decir, el alba-

(1) Nota 6 al artículo 3847.

(2) Código Civil, artículo 3848

(3) Nota del Dr. Velez al artículo 3848.

(4) SEGOVIA, nota 9 á la nota citada.

ceazgo una liberalidad, nada se opone, y es por esto que el Código lo consigna, á que el testigo del testamento ó el escribano ante quien se hace sean nombrados albaceas. Pero no podrían ejercer estas funciones, pues sería nulo el testamento, si el testador les hubiese legado algo, aún cuando fuese en su condición de albaceas.

Los herederos y legatarios, como ya lo hemos dicho antes, son los naturales ejecutores del testamento: nada se opone, entonces, á que el testador designe alguno de ellos como albacea; y al contrario, á ello puede decidirlo la misma participación que la ley les acuerda en caso que él no designase albacea. En este sentido la ley ha establecido la facultad del testador de nombrar á los herederos ó legatarios como sus albaceas (1).

Cuando un testador además de nombrar á una persona su albacea le hace un legado, ¿ la persona nombrada podrá aceptar el legado y renunciar el cargo de albacea?

Tal pregunta no puede ser contestada de una manera absoluta sin previamente proceder á una distinción.

El legado ha podido ser hecho, ó bien completamente independiente del cargo de albacea ó ha podido el testador al hacerlo tener en cuenta las funciones que el lega-

(1) Código Civil, artículo 3848.

tario tenía que llenar como albacea, y precisamente por esas consideraciones hacérselo.

En el primer caso, claro es que bien puede el legatario aceptar el legado, sin estar por eso obligado á desempeñar las funciones de albacea. En el segundo, al contrario, no podrá el legatario dejar de ser albacea conservando el legado ; pues este ha sido condicional, y no cumpliéndose la condición no puede pretender tenga efecto.

Tal es la doctrina de nuestro Código cuando establece que: «Si el testador ha hecho un legado al albacea en mira de la ejecución de su testamento, el albacea no puede pretender el legado sin aceptar las funciones de ejecutor testamentario » (1).

La resolución de la primera parte de este artículo no es más que una cuestión de hecho que está sometida á la apreciación de los jueces.

Los tratadistas han procurado establecer reglas más ó menos generales para determinar cuándo se debe suponer que un legado es hecho en mira de que el cargo de albacea sea desempeñado y cuándo no. Algunos han atendido al monto del legado, para deducir de ahí, si se puede considerar como una simple retribución de las

(1) Código Civil, artículo 3849.

funciones del ejecutor ó si, por el contrario, por la gran importancia no se puede considerar hecho en vista de las funciones del albacea (1). Siendo el albaceazgo por nuestro Código oneroso, más difícil es por lo tanto el caso en que el testador haya tenido en vista al hacer el legado la retribución de las funciones del albacea; además, como dice Segovia, las condiciones á cargas no se presumen (2); por esto es que creemos, contrariamente á la opinión del Dr. Velez (3) de que no se debe presumir que el legado ha sido hecho con la condición implícita de aceptar el cargo, que al contrario se debe de considerar en general como independiente de esta condición.

El testador puede haber nombrado albacea á una persona incapaz de serlo, un menor, por ejemplo, y haberle al mismo tiempo hecho un legado.

El incapaz de ser albacea, ¿podrá, sin embargo, recibir el legado?

La afirmativa está expresamente establecida en el Código cuando dice, que «es válido el legado hecho á un individuo que no puede ser ejecutor testamentario, aunque el mandato no tenga efecto» (4).

(1) DEMOLOMBE, obra citada, tomo 22, número 14.

(2) Nota 10 al artículo 3849.

(3) Nota al artículo 3848.

(4) Código Civil, artículo 3850.

Creemos que sobre este punto una resolución tan absoluta es errónea, y que se debe hacer la misma distinción que anteriormente hemos efectuado sobre una cuestión semejante.

Así, si el legado ha sido hecho independientemente de la ejecución testamentaria, será válido ; y recíprocamente, si el testador ha entendido subordinar el legado á una condición, no podrá este tener efecto.

### III

#### FACULTADES, DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ALBACEA

La obtención de los fines del albaceazgo requiere el establecimiento de los medios necesarios.

Han sido estos medios los que el legislador ha querido establecer cuando reglamenta los derechos y facultades del albacea.

Siendo el albacea, como ya varias veces lo hemos repetido, un mandatario del testador, á este correspondería designar las facultades de aquel, siguiendo las reglas del mandato.

Pero como el albaceazgo presenta caracteres especiales, que lo diferencian del mandato ordinario, puede producir efectos que, dada su naturaleza, la ley no puede autorizar; es por esto que se establece que si bien las funciones del albacea son las que determine el testador, estas se entenderán con arreglo á las leyes (1).

(1) Código Civil, artículo 3851.

Si el testador se hubiese limitado á designar al albacea, sin establecer sus facultades, exacto es suponer que su voluntad ha sido que estas sean las necesarias para la perfecta ejecución del testamento.

Tal ha sido la razón, sin duda, de nuestro Código cuando establece que « el ejecutor testamentario tendrá todos los poderes que según las circunstancias sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador, cuando este no hubiese designado las facultades » (1).

Una de las facultades más importantes conferidas al albacea es la de ocupar una porción de la herencia suficiente para pagar los legados. Con esta facultad se ha querido facilitar la ejecución del testamento y evitar la demanda que tendría que entablar el albacea contra los herederos y legatarios para la entrega de las cantidades necesarias al cumplimiento de sus funciones.

Muy diversas son la extensión y duración que en la doctrina y la legislación se da á la tenencia del albacea. Así, por ejemplo, en el Código Napoleón, únicamente la tenencia se puede referir á los muebles y solamente por el término de un año, terminado el cual los bienes secuestrados por el albacea deben volver á los herederos ó legatarios; sin que por

(1) Código Civil, artículo 3851.

otra parte esto signifique que el albaceazgo haya terminado.

Esta posesión material que se acuerda sobre los muebles, existe además por el mismo Código que hemos citado, únicamente cuando el testador la haya acordado, pues en caso que este no lo haya establecido, el albacea no podrá exigir que los muebles le sean entregados.

Nosotros disentimos de esta opinión y creemos que es más consecuente con los principios que dominan en esta materia la doctrina de nuestro Código, por la cual la ocupación ó detención de los bienes de la sucesión le corresponde al albacea por derecho, y está limitada, en cuanto á la cantidad y tiempo, únicamente por lo requerido para la ejecución del testamento.

Efectivamente, desde que se cree conveniente y en muchos casos necesaria la ocupación de los bienes, en cantidad suficiente, para la ejecución testamentaria, ¿por qué se debe limitar á un plazo determinado y fijo? Fácil es comprender que los albaceazgos serán muy diferentes en cuanto á su importancia y cargas, y por consiguiente también en cuanto á su duración.

Pero esta tenencia que el Código establece y marca sus límites, cuando existen herederos, ¿podría ser aumentada por el testador en cuanto á los bienes que ha-

bía de comprender, aún cuando no fuese necesario para el cumplimiento del albaceazgo?

Creemos que nó, pues por ella se limitaría lo que corresponde de derecho á los herederos, y aún cuando no ataque la posesión que á estos pertenece, es, sin embargo, una traba, que de hecho impide al heredero el ejercicio de sus derechos, y podría ofrecer graves inconvenientes del punto de vista del interés público, sea por los conflictos que pudiera ocasionar entre el heredero y el albacea, sea por la imposibilidad en que ella coloca á aquel de tener su cosa, administrarla y sacarle provecho (1).

La tenencia de los bienes que corresponde al albacea, no afecta en nada los derechos posesorios que corresponden á los herederos; pues á estos son á los que, aún cuando no tengan materialmente estos bienes, pertenece la posesión, como consecuencia de sus derechos de propiedad sobre la universalidad de la sucesión.

Si tan extensos son los derechos que los herederos y legatarios conservan sobre los bienes que el albacea ocupa, natural es que la ley estableciera algunas garantías para que esos mismos derechos no fueran defraudados; es por esto que la ley ha establecido que « los

(1) DEMOLOMBE, tomo 22, número 45.

herederos y legatarios, en el caso de justo temor sobre la seguridad de los bienes de que fuere tenedor el albacea, podrán pedirle las seguridades necesarias » (1).

Si se limitan las facultades del albacea respecto á la tenencia de los bienes hereditarios, no es sino en cuanto pueda afectar los derechos de los herederos, y es por esto que cuando no los haya y por lo tanto las disposiciones del testador solo tuviesen por objeto hacer legados, aquella les coresponderá sobre toda la herencia (2).

« El testador puede dar al albacea la facultad de vender sus bienes muebles ó 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 ó autorizados por el juez competente »(3). Tal es la disposición por la cual se acuerda, en nuestro Código, tan importante facultad al heredero y ella no hace sino sentar los principios que la mayoría de los tratadistas establecen sobre este punto, y se podría decir que la totalidad, pues que los que se oponen á que puedan vender los inmuebles, es fundándose en el código Napoleón, que no da la tenencia de éstos al here-

(1) Código Civil, artículo 3853.

(2) Código Civil, artículo 3854.

(3) Código Civil, artículo 3856.

dero, y de ahí es que han querido deducir, confundiendo el poder de vender con el de ocupar, esta prohibición ; distinción que como sabemos no existe entre nosotros, por lo tanto no habría lugar á fundar la prohibición.

La disposición citada no autoriza, como se ve, la venta de los bienes sino en tanto sea necesaria para la ejecución del testamento ; pues de otra manera se podría herir los intereses legítimos de los herederos, que la ley trata tanto de garantir impidiendo que el alba-ceazgo pueda ser un perjuicio para aquellos cuando no lo exige el cumplimiento de las voluntades del testador.

También se requiere el acuerdo de los herederos, pues estos son los propietarios de los bienes, y natural es entonces que ellos intervengan, porque dada esta condición, debe ser hecha además la venta, como muy bien lo establece Dalloz (1), á nombre de ellos.

Pero no basta que haya necesidad de vender para cumplir con las ejecuciones testamentarias ; es además necesaria en muchos casos la autorización del juez, como garantía de que aquella será hecha en las circunstancias y forma más convenientes, sobre todo cuando los herederos pueden no existir ó no encontrarse en la posibilidad de intervenir.

(1) Obra citada, número 4087.

Siendo la ejecución del testamento la principal función del albacea, natural es que tenga la facultad de intervenir en las contestaciones que sobre la validez de aquél puedan suscitarse. « Pero no solamente debe tener esta facultad cuando se trate de la validez del testamento todo entero, pero aún para sostener la validez de tal ó cual legado que fuese contestado por el heredero ó por otro legatario » (1). Pero si las contestaciones no se refieren á la validez del testamento ni de ninguna de sus disposiciones sino que tienen lugar con los acreedores de la sucesión ú otros terceros, claro es que ya no existen los mismos motivos para que el albacea pueda intervenir, y al contrario los hay para que no pueda tener esta facultad, pues, como lo hemos establecido anteriormente, el albacea no representa á los herederos ó legatarios sino que es mandatario del testador en cuanto al cumplimiento de sus disposiciones. Estos son los principios á que nuestro código ha atendido al establecer la disposición del artículo 3862.

Pero no es suficiente que el albacea tenga únicamente la facultad de intervenir ; en muchos casos necesario es que pueda tomar, como dice Demolombe (2), él mismo la ofensiva, é introducir una acción en jus-

(1) DEMOLOMBE, tomo 22, número 78.

(2) Tomo 22, número 80.

ticia á fin de obtener la ejecución de la voluntad del testador, sea contra los herederos, sea contra los legatarios, sea contra los unos y los otros.

Así lo ha entendido nuestro código cuando ha establecido que « el albacea puede demandar á los herederos y legatarios por la ejecución de las cargas que el testador les hubiere impuesto en su propio interés » (1).

En efecto, la razón y la necesidad exigen que sea así, pues puede suceder que no haya contestación entre el heredero y legatario, y que los dos, al contrario, se confabulasen para no cumplir la voluntad del testador y para dividirse el provecho que pudiera reportarles esta falta de cumplimiento, como si, por ejemplo, el testador ha dejado una suma para que sea empleada en un monumento fúnebre ó en la fundación de un establecimiento de caridad, y los primeros se pusiesen de acuerdo para burlar, en provecho de ellos, la voluntad del causante.

Imposible, sería sin desconocer las verdaderas funciones del albaceazgo, no dar al albacea los medios de impedir este acuerdo.

Nuestro Código, á diferencia del francés y siguiendo el chileno, establece una comisión que el albacea ten-

(1) Código Civil, artículo 3861.

drá derecho á exigir, y que se graduará según el trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión. Con esta disposición, como muy bien lo hace notar el Dr. Velez en su nota respectiva, no altera el carácter de mandato que tiene el albaceazgo ; pues aquel es gratuito por su naturaleza y no por su esencia.

Pero cuando el testador haya asignado una remuneración, creemos con Segovia (1), que en este caso no habrá lugar á la que el Código establece, lo mismo que cuando se le haya hecho un legado que se pueda considerar como recompensa de su trabajo ; pues así son los términos expresos con que el Código Chileno, del cual nuestro Codificador ha tomado el espíritu de su disposición, reglamenta el derecho del albacea á una comisión.

Como para la ejecución de sus funciones el albacea puede verse precisado á hacer gastos, natural es que no recaigan sobre él, desde que ninguna ventaja va á reportar de ellos ; es por esto que nuestro Código ha establecido que « los gastos hechos por el albacea relativos á sus funciones son á cargo de la sucesion » (2).

Este artículo ha sido tomado del 1034 del Código Francés, y por lo tanto es susceptible de las mismas

(1) Nota 50 al artículo 3872.

(2) Código Civil, artículo 3873.

observaciones que á este se le han hecho por los tratadistas que lo estudian. Así creemos con Demolombe (1) y Marcadé (2), que no puede ser siempre á cargo de la sucesión los gastos ocasionados. Que si bien es cierto que esto sucederá así, cuando no haya herederos forzosos, una distinción deberá hacerse cuando estos existan.

Los gastos que hubieren sido útiles á toda la sucesión, tanto á la reserva como á la parte disponible, serán á cargo de la sucesión ; tales como los de inventario, funerales, etc.

Pero los que no aprovecharan sino al cumplimiento de las disposiciones á título gratuito, no deben ser soportados sinó por la parte disponible ; pues no puede el testador limitar de ninguna manera lo que la ley no le permite disponer.

El albacea tiene la facultad de pagar las mandas, pero con conocimiento de los herederos, y en caso de oposición por parte de estos, el pago debe suspenderse hasta que se resuelva la cuestión entre los herederos y legatarios.

Tal es la doctrina que establece nuestro Código en el artículo 3859, y con ella no hace sino seguir los princi-

(1) Obra citada, tomo 2º, número 116.

(2) Obra citada, tomo 4º, número 116.

pios que predominan en esta materia, pues tal facultad es una función esencial al cargo de albacea, y el consentimiento exigido á los herederos no es sinó una consecuencia del derecho de propiedad que estos tienen sobre la herencia.

En caso que los legados sean para objetos de beneficencia pública ó destinados á obras de piedad religiosa, debe ponerlo en conocimiento de las autoridades que presiden á esas obras ó que están encargadas de los objetos de beneficencia pública (1).

Con este artículo se propone el legislador que los que tienen verdadero interés en que se cumplan estos legados, sepan que existen, para que interpongan los medios necesarios para obtenerlos, y de esta manera al mismo tiempo se cumpla la voluntad del testador.

La ley acuerda al albacea, como hemos visto anteriormente, facultades importantes sobre los bienes de la sucesión, y natural era entonces que ella misma estableciera medidas prudentes por las cuales evitara los perjuicios que el albacea mal intencionado pudiera ocasionar en los bienes que pertenecen á los herederos y legatarios. Entre ellas podemos citar la que establece el inventario, por el cual no solamente garante el albacea

(1) Código Civil, artículo 3860.

el derecho de los otros, sino también que se prevee de las inculpaciones de que pudiera ser objeto posteriormente.

Tales son las consideraciones que el legislador tiene en vista, cuando establece que « el albacea debe hacer 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 ó que deban de estar bajo curatela el inventario debe ser judicial » (1).

La intención que el legislador tiene cuando establece el inventario judicial así como cuando da intervención en el privado á los herederos, legatarios y otros interesados, fácilmente se comprende, pues es la única manera de que realmente el inventario pueda ser una garantía para los intereses de todos los que tienen derecho á los bienes que componen la sucesión.

« El testador no puede dispensar al albacea de la obligación de hacer inventario de los bienes de la sucesión » (2). Tal es la disposición por la cual nuestro Código resuelve una cuestión que ha dado lugar á extensas discusiones entre los comentadores franceses,

(1) Código Civil, artículo 3857.

(2) Código Civil, artículo 3858.

tanto respecto á la interpretación legal como respecto á la parte doctrinaria.

Cuando hay herederos forzosos, la opinión es uniforme en que el testador no puede dispensar al albacea de hacer inventario, pues esta dispensa importaría permitir que el testador dispusiera de más parte de sus bienes de la que la ley le autoriza, pudiendo de esta manera defraudar las legítimas forzosas.

Igual conclusión y también de una manera uniforme, se establece cuando el albacea es incapaz para recibir un legado del testador; pues sería ilusoria la incapacidad establecida si la misma ley daba la manera cómo el testador la podía indirectamente hacer cesar.

Las diferentes opiniones se presentan cuando ni el albacea es incapaz de ser legatario ni hay legítimas que el testador tenga que respetar.

En tal caso una gran parte de los tratadistas establecen que nada debe impedir que el testador dispense á los albaceas de hacer inventario; que al contrario, nada se opone á ello, pues desde que puede legarle una parte de sus bienes y aún legarle todos, nada tendría de inconveniente el que les dispense de hacer el inventario (1).

(1) MERLIN; *Repert.*, ver *execut. testam.*, número 4; TOULLIER, tomo 3º, número 604; DURANTON, tomo 9º, número 406; MARCARDÉ, artículo 1031; TROPLONG, tomo 4º, Nº 2033.

Nosotros creemos siguiendo la opinión de Demolombe (1), y de acuerdo con la doctrina aceptada por nuestro Código, que la dispensa de hacer inventario debe considerarse como no escrita.

Si es cierto que puede legar al albacea todos sus bienes, también lo es que no lo ha hecho, y por lo tanto no es dable tal dispensa respecto de bienes de los cuales tendrá que dar cuenta á los herederos, á quienes les pertenecen por las mismas disposiciones del testador.

Esta doctrina es sostenida y justificada plenamente por Pothier en estos términos :

« La razón es, decía, que sería contra la honradez y el decoro que el ejecutor quisiera prevalerse de la facultad que el testador le daba de no hacer inventario, no teniendo ningún interés en no hacerlo, y teniendo al contrario interés en hacerlo, para alejar las sopechas que sobre su conducta podrían recaer no haciéndolo (2).

Siendo el albacea un mandatario, natural era que el Código estableciese que fuese responsable no solamente del dolo en el desempeño de su cargo, sino también de la culpa, pues desde que acepta el albaceazgo, para lo

(1) Tomo 22, número 63.

(2) Nota 3ª sobre el artículo 291 de la costumbre de Orleans, y de los *Donat. testam.*

cual es completamente libre desde que no es un servicio público, y estando debidamente remunerado por el trabajo que pueda tener en el desempeño de sus funciones, no le sería dado que por negligencia ocasionase perjuicios á los herederos ó legatarios.

Esta diligencia, de parte del albacea, ha querido garantizar el Código cuando ha establecido en el artículo 3869 que es responsable de su administración á los herederos y legatarios si por falta de cumplimiento de sus obligaciones hubiese comprometido sus intereses.

El conocimiento del conveniente desempeño del albaceazgo no lo pueden tener los herederos y legatarios sino por la presentación de la cuenta á que está obligado, obligación por otra parte que es general á todo mandatario respecto de su mandante; y si en el albaceazgo es á los herederos y legatarios á quienes se deben dar las cuentas, no es, como ya anteriormente lo hicimos notar, porque sean los mandantes sino como representantes que son de su causante, que es el mandante.

Por otra parte, esto no es sino la acción directa que todo mandato da al mandante para exigir cuentas á su mandatario, que con la acción indirecta de este para reclamar indemnización y gastos efectuados, constituyen las relaciones principales que el mandato puede crear entre los que lo han establecido.

El Código no se ha apartado de estos principios y ha establecido en su artículo 3868 la obligación del albacea de dar cuenta á sus herederos.

¿ Puede el testador dispensar al albacea de la obligación de rendir cuentas ?

La cuestión que origina esta pregunta presenta muchas analogías con la que hemos tratado anteriormente sobre si puede el testador dispensar al albacea de la obligación de efectuar el inventario, pues hay una gran relación entre la obligación de rendir cuentas y la de hacer el inventario, porque, como dice Dalloz (1), ¿ cuál es, en efecto, el fin del inventario sino el de servir de base á la rendición de cuentas ?

A pesar de que mostrando la analogía de las dos cuestiones queda hasta cierto punto contestada la pregunta que hacemos, pues las consideraciones anteriores son aplicables á este caso; agregaremos algunas de las objeciones que sobre este punto se hacen.

Dar al albacea, se ha dicho, la tenencia de la herencia sin la obligación de hacer el inventario primero y sin la de rendir cuentas más tarde, es permitirles hacer de ella lo que quieran y disponer como dueños; es, en realidad, convertirlos en propietarios con la

(1) Obra citada, número 4110.

simple condición de que devuelvan lo que no crean conveniente emplear ó guardar. Esto es, con expresiones impropias, un verdadero legado, que es válido como todo otro si no excede lo disponible y no se dirige á personas incapaces de recibir. Estas son las razones que han dado para establecer la conformidad con los principios de la no rendición de cuentas.

Fácil nos será demostrar el poco fundamento que ellas tienen. Efectivamente, dispensar al albacea de rendir cuentas no puede significar ni tampoco puede hacer presumir en el testador la voluntad de constituir á aquel propietario: tal presunción sería falsa, pues no pueden suponerse conjuntamente la tenencia en el albacea de los bienes hereditarios para dar cumplimiento á los legados y al mismo tiempo el derecho de propiedad sobre ellos, es decir, la facultad de no cumplir con las voluntades del testador.

Toullier y Duranton han argumentado además, sosteniendo la dispensa de rendir cuentas, recordando que desde que el testador puede legar (nos referimos aquí como en toda la discusión anterior á los casos en que no haya legítimas forzosas ni el albacea sea incapaz de recibir legados del testador) sus bienes al albacea bien puede dispensarlos de rendir cuentas, que es menos. Esto no es sino una aplicación de la regla

*quien puede lo más puede lo menos.* Pero esta regla no es exacta en todos los casos, pues no podrá el testador hacer lo menos, cuando esto sea un ataque ilegal á los derechos de propiedad de los herederos, que él mismo ha conferido, y cuando estas dispensas «son inmorales, como decían los antiguos; pues estimulan al mal... *at delinquendum*» (1).

Nuestro Código, siguiendo los principios que sostenemos, ha establecido en el artículo antes citado, la obligación del albacea de rendir cuentas aún cuando el testador lo hubiese dispensado.

El testador puede, haciendo uso de la facultad que la ley le acuerda (2), nombrar varios albaceas, y estos ejercerán sus funciones de la manera y con la participación que aquel les designara.

Así, el legislador ha establecido que «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 que estuviesen designados, á no ser que el testador hubiese dispuesto expresamente que se ejerciera de común acuerdo entre los nombrados. En este último caso todos son solidarios» (3).

(1) DEMOLOMBE, tomo 22, número 119.

(2) Código Civil, artículo 3844.

(3) Código Civil, artículo 3870.

En la primera parte de la disposición anterior, se establece, como se vé, la presunción de que el testador desea, siempre que no manifieste opinión contraria, que el albaceazgo sea ejercido separadamente; esta presunción está completamente en contra de la equivalente en el Código Napoleón, pues por este se establece que únicamente se ejercerá por separado el albaceazgo cuando así lo hubiese expresamente determinado el testador y haya separado las funciones que á cada uno corresponde; por donde se ve que se presume en el testador la voluntad de que el albaceazgo sea ejercido al mismo tiempo por los nombrados.

Partiendo de principios opuestos nuestro legislador, era de esperarse fuera consecuente y guardara, por lo tanto, igual oposición en las demás disposiciones relativas al principio adoptado. No ha sido, sin embargo, así, pues ha establecido que si hay varios albaceas solidarios, uno sólo podrá obrar á falta de los otros (1), disposición que es tomada del artículo 1033 del Código Napoleón.

Ahora bien, ¿es posible armonizar, sin desviarse de los verdaderos principios, estos dos artículos de nuestro Código que tienen orígenes diferentes? Creemos que no y trataremos de demostrarlo.

(1) Código Civil, artículo 3871.

Efectivamente, nuestro artículo establece que si hay varios albaceas solidarios uno sólo podrá obrar á falta de los otros; pero, ¿cuándo son, por nuestro Código, solidarios los albaceas? El artículo 3870 citado anteriormente se encarga de contestarlo, estableciendo que existirá solidaridad cuando el testador hubiese dispuesto expresamente que las funciones se ejercieran de comun acuerdo entre los nombrados. Ahora bien, ¿se puede autorizar, sin torcer la intención de aquel cuya voluntad se trata precisamente de ejecutar, que un albacea sólo obre á falta de los otros cuando hay una manifestación expresa del testador que dispone que las funciones sean ejercidas de común acuerdo? Creemos que no y si en el derecho francés la disposición análoga es admisible es porque la ley dispone para cuando el testador no haya establecido la manera de desempeñar las funciones de los albaceas.

«Ella no ha hecho, á este respecto, sinó interpretar la voluntad probable del testador, y *sería de otra manera, si este hubiese declarado que sus albaceas debían obrar conjuntamente* » (1).

Es por esto que nos hemos decidido á creer que aún cuando en la aplicación de la ley no puede existir

(1) DEMOLOMBE, tomo 22, número 38.

cuestión, pues los términos del artículo 3871 son terminantes y precisos, no así como cuestión doctrinaria, pues la consideramos inconsecuente y errónea.

Sobre esta misma disposición se suscita entre los comentadores franceses una discusión interesante.

Así, ateniéndose al artículo 1033 del Código Napoleón que establece que « si hay varios ejecutores testamentarios *que hayan aceptado*, uno sólo podrá obrar á falta de los otros », se ha dicho que los términos *que hayan aceptado* significan y exigen que todos hayan aceptado para que uno pueda obrar. Se ha fundado además esta opinión, alegando la probable intención del testador, que ha tenido en cuenta las condiciones reunidas de los albaceas para confiarles el cargo, y no se podría por lo tanto, sin disminuir las garantías que ha querido dar á sus herederos ó legatarios, admitir como albaceas á algunos ó á uno tal vez de aquellos que ha nombrado, cuando los otros rehusan ó son incapaces (1).

Por otra parte se sostiene que la doctrina antes citada no es admisible, y que los fundamentos alegados no son difíciles de refutar.

Así, los términos *que hayan aceptado* no significan

(1) DURANTON, tomo 9, número 423; DELVINCOURT, tomo 2, página 95, nota 7.

sino que uno sólo podrá obrar á falta de los otros, *aún cuando todos hayan aceptado* y no cuando todos acepten. Que en cuanto al argumento de que la voluntad del testador ha sido dar más garantías, no es tampoco exacto, pues los motivos que el testador puede tener en nombrar varios albaceas son en efecto muy diversos; tal vez no ha querido sino hacer menos penoso para cada uno la carga de las funciones, no haciéndola recaer sobre uno sólo; á menudo también este cargo no es sino una prueba de amistad y de cariño que desea dejar á varios, temiendo herir la afección de aquellos que no había nombrado, mostrando que había preferido á los otros (1).

Dándose, sin duda, cuenta nuestro codificador de esta discusión, en la confección del artículo 3871 de nuestro Código que antes hemos establecido, fué que la suprimió, no transcribiendo del texto francés las palabras *que hayan aceptado*, en las cuales, como hemos visto, se fundaba la opinión de los que sostenían que todos debían aceptar. Por esta razón con la disposición de nuestro Código, creemos que no es necesario que todos los nombrados acepten para que uno obre á falta de los otros.

(1) DEMOLOMBE, tomo 22, número 37; TROPLONG, tomo 4º, número 2043; AUBRY Y RAU, tomo 6º, página 140.

## IV

### CONCLUSIÓN DE LAS FUNCIONES DEL ALBACEA

Teniendo por objeto el albaceazgo la ejecución del testamento, natural es pues que, una vez que sea debida y completamente cumplida la voluntad del testador, terminen las funciones del albacea; regla, por otra parte, que no hace sino seguir los principios que rigen el mandato, del cual no es, como varias veces lo hemos dicho, el albaceazgo sino una especialidad.

Hemos también establecido en capítulos precedentes que los herederos y legatarios no tenían en principio, desde que no eran mandantes, la facultad de revocar el mandato conferido al albacea; pero como este puede afectar grave y directamente sus derechos, la ley les acuerda en estos casos la facultad de pedir la destitución del ejecutor testamentario, y así lo permite cuando el albacea proceda con infidelidad en el cumplimiento del testamento ó mala conducta en sus funciones. Igual

facultad tendrán cuando el albacea haya quebrado en sus negocios ó se encuentre en estado de insolvencia, pues la ley, que ha tratado siempre de exigir en los albaceas garantías personales suficientes, no podría, sin una inconsecuencia, no establecer como causa para pedir la destitución el estado de quiebra ó de insolvencia, es decir, la falta completa de garantías. Por eso es que nuestro Código ha establecido (1) que otra de las causas porque terminan las funciones del albacea, es por destitución ordenada por el juez, la cual tiene lugar en los tres casos mencionados, en que los herederos ó legatarios pueden pedirla.

Otra de las causas que establece el Código es la incapacidad sobreviniente ; esta como fácilmente se comprenderá no necesita explicación, pues los mismos motivos que hay para no permitir que un incapaz pueda ser albacea, existen para que el capaz nombrado, que se convierte posteriormente en incapaz, no pueda seguir en sus funciones.

También cesará el albaceazgo por dimisión voluntaria, pero únicamente aplicando las disposiciones que rigen el mandato, cuando no fuere en tiempo indebido y sin causa suficiente ; pues podría ocasionar perjuicios

(1) Código Civil, artículo 3865.

de consideración á los intereses de los herederos y legatarios.

La muerte del mandatario es, como sabemos, una de las causas porque termina el mandato, é igual causa ha establecido el Código para el albaceazgo ; pues este, como aquél, son cargos de confianza y personales, que no se puede suponer pasen á los herederos.

Un caso hay, sin embargo, en el albaceazgo, que no termina aún cuando muera el albacea : es lo que sucede si el testador, al instituir á aquel, ha tenido en consideración más bien que sus condiciones personales las que le daban algún cargo que ocupaba. Así sería si hubiese designado, por ejemplo, como albacea, al cura de la parroquia ó al Juez de Paz de una localidad. En estos casos, el modo como terminaría las funciones del albacea, fuera de las otras causas anteriormente mencionadas, sería que el cargo que el testador había tenido en vista al designar al albacea cesara.

MARCELO TORCUATO DE ALVEAR.

## PROPOSICIONES ACCESORIAS

---

Los ferro-carriles deben de ser administrados por el Estado.

La institución de lo contencioso administrativo, es necesaria al conveniente desempeño de las funciones de la administración.

---

Buenos Aires, Abril 16 de 1891

Aprobada.

SAENZ PEÑA.

*Enrique Navarro Viola.*

Secretario.