

LECCION SEXTA.

**DE LOS ALBACEAS O EJECUTORES DE LAS
ULTIMAS VOLUNTADES.**

La institución del albaceazgo no era conocida en derecho Romano, tal como existe entre nosotros, y algunos autores opinan que, aunque ya se halla reglamentada por nuestra antigua legislación, sin embargo, debe su origen al derecho Canónico, que la sancionó para asegurar el pago de los legados piadosos; y citan muchas disposiciones de los Papas relativas á los albaceas, especialmente dos decretales de Gregorio IX, contenidas en la recopilación de las que llevan el nombre de su autor, lib. III, tít. XXVI, caps. 17 y 19.

Refiriéndose á este hecho dice Gutiérrez Fernández: “El Fuero Real, tít. V, lib. III, la Partida VI, tít. X, y aun ciertos Fueros tratan expresamente de los albaceas ó cabezalleros, por lo cual no es infundado creer que contribuyó á que se generalizara su uso el Derecho Canónico.”¹

El origen de la institución del albaceazgo se debe á la necesidad de asegurar el cumplimiento de la voluntad del testador, contra los manejos de los herederos poco dispuestos, por regla general, á obsequiarla, y para tal fin se permitió á aquél designar personas de su confianza encargadas especialmente de cumplir y ejecutar sus disposiciones tes-

1 Tomo III, pág. 596.

tamentarias, invistiéndolas de facultades especiales para facilitar el desempeño de su cometido.

De lo expuesto se infiere que el albaceazgo es en realidad un mandato de una naturaleza peculiar, por lo cual se diferencia del mandato común, que debe su origen al contrato de este nombre:

1º En que comienza en virtud del verificativo de un acontecimiento que pone fin al mandato proveniente de contrato, la muerte del testador:

2º En que se forma sin el concurso de las voluntades:

3º En que el mandato proveniente de contrato puede ser verbal, y el cargo de albacea debe conferirse precisamente por testamento.

Los albaceas, según los definen comúnmente los autores, son aquellas personas que están encargadas de hacer cumplir y ejecutar la voluntad del testador expresada en su testamento.

Los albaceas eran también designados por la legislación de las Partidas con los nombres de *cabezaleros*, *mancesores* y *fideicomisarios*, que no son usados por ninguno de los preceptos del Código Civil.

Los artículos 3,690 y 3,691 de este ordenamiento declaran, que en los casos en que es libre el nombramiento del albacea puede éste ser universal ó especial, y que en todo caso los albaceas pueden ser nombrados mancomunada ó sucesivamente. De donde se infiere que los albaceas pueden ser de las especies siguientes:¹

1ª Universales, esto es, para el cumplimiento de todas y cada una de las disposiciones del testador:

2ª Especiales, encargados por el testador única y exclusivamente de ciertas y determinadas disposiciones:

¹ Art. 3,714, Cód. Civ. de 1884. En este ordenamiento fué suprimido el artículo 3,690 del Código de 1870, por innecesario, pues conforme al artículo 3,703, de aquél, el nombramiento del albacea es libre en todo caso.

3.^a Mancomunados, para que obren de consuno en el cumplimiento de las disposiciones testamentarias:

4.^a Sucesivos, para que obren uno después de otro en el orden indicado por el testador, ó por la ley, en el caso de que el designado en primer lugar no pueda ejercer su cargo ó lo renuncie.

A propósito de estas dos últimas especies debemos advertir que el Código Civil establece las reglas siguientes, que tienen por objeto prevenir conflictos perjudiciales á los bienes hereditarios y reglamentar el ejercicio de las funciones de los albaceas:

1.^a Si los albaceas son mancomunados, sólo valdrá lo que hagan todos de consuno ó lo que haga alguno de ellos autorizado por los demás (art. 3,692, Cód. Civ.):¹

2.^a En los casos de suma urgencia, podrá uno de los albaceas mancomunados practicar bajo su responsabilidad personal los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente á los demás (Art. 3,693, Cód. Civ.):²

Según estas reglas, los albaceas mancomunados no pueden hacer nada los unos sin la autorización de los otros, si no es en los casos de suma urgencia y bajo su responsabilidad; pues en esos casos la necesidad autoriza la conducta del albacea que así obró, en obvio de mayores males que podrían resultar de la inacción de todos los mancomunados:

3.^a Si el testador no establece mancomunidad entre los albaceas, ni fija el orden en que deben desempeñar su encargo, entrarán á servirlo en el orden natural de su nombramiento (art. 3,694, Cód. Civ.):³

Esta regla es interpretativa de la voluntad del testador, que por el hecho de no nombrar á los albaceas mancomu-

1 Art. 3,715, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,716, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,717 Cód. Civ. de 1884.

nados ni designar quién de ellos ha de ejercer el cargo en primer lugar, hace presumir que su voluntad es que entren á desempeñarlo en el orden natural de su nombramiento. Además, sirve para evitar discusiones entre los albaceas acerca de quién de ellos está llamado á desempeñar primero el cargo, y para evitar que tales discusiones redunden en perjuicio de los bienes hereditarios, y por consiguiente, de los herederos.

Nuestro Código se separó por completo del sistema adoptado por las legislaciones modernas, según el cual, el testador es enteramente libre para nombrar albacea á la persona que mejor le parezca, sea ó no heredero, y limitó esa libertad sólo para el caso de que haya dejado un legado para objeto determinado, y de que no tenga herederos forzosos, pues entonces tiene facultad para nombrar á un extraño ejecutor especial ó albacea universal.

En efecto: el Código establece los siguientes principios á cerca de las personas que pueden ser albaceas:

1º La ley sólo reconoce como ejecutores universales de las últimas voluntades, cuando hay herederos forzosos, á los mismos herederos, ya lo sean por testamento, ya por intestado, ó á su representante legítimo (art. 3,675, Cód. Civ.):¹

2º El testador, cuando hay herederos forzosos, es libre para escoger entre ellos el albacea y para nombrar á un extraño ejecutor especial, para objeto determinado (art. 3,676, Cód. Civ.):²

3º Cuando no hay herederos forzosos, el testador pue-

1 Art. 3,703, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes: «La ley reconoce como ejecutores de las últimas voluntades á las personas designadas por el testador, y cuando éste no hubiere hecho designación ó el nombrado no desempeñare el cargo, á la persona electa por los herederos instituídos entre ellos mismos y por mayoría de votos.

2 El art. 3,676 del Cód. de 1870, fué suprimido por no hallarse en armonía con el 3,703 del de 1884.

de nombrar libremente uno ó varios albaceas (art. 3,678, Cód. Civ.):¹

4º El heredero voluntario que fuere único, será albacea, si no hubiere sido nombrado otro en el testamento (art. 3,685, Cód. Civ.).²

Este sistema del Código debe su origen á la costumbre de los albaceas extraños á la familia de prolongar indefinidamente la secuela de los juicios testamentarios, á fin de no separarse de la administración de los bienes hereditarios que explotaban como cosa propia. Así se deduce de los siguientes conceptos, que tomamos de la Exposición de motivos.

«Deseando que se introduzcan menos personas extrañas en los negocios domésticos, estableció en el artículo 3,675: que cuando haya herederos forzosos, uno de ellos ó su legítimo representante, sea el ejecutor testamentario, dejando por supuesto al testador la facultad de designar la persona. Esta innovación traerá la ventaja de que terminen más breve las testamentarías; porque siendo interesado el ejecutor, obrará probablemente con más empeño y eficacia.»

Representan legítimamente á los herederos nombrados albaceas, según el artículo 3,677 del Código Civil: ³

1º El marido á la mujer casada menor de edad:

2º Los ascendientes á los descendientes que están bajo su patria potestad:

3º Los tutores á los menores, aunque estén emancipados y á los demás que se hallen sujetos á tutela:

4º El representante ó el poseedor de los bienes al ausente:

1 Por la razón expuesta en la nota precedente, se suprimió en el Código de 1884, el precepto contenido en el art. 3,678 del de 1,870.

2 Art. 3,709, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,704, Cód. Civ. de 1884.

5º Los síndicos á los ayuntamientos:

6º Los directores á los establecimientos públicos:

7º El Ministerio público al fisco.

Conviene advertir que los síndicos y los directores de los establecimientos públicos, en tanto pueden ser albaceas, en cuanto sus representados pueden heredar legalmente, esto es, cuando la herencia no consista en bienes raíces, pues como dijimos en su oportunidad, son incapaces para adquirir bienes de esta especie, según el artículo 3,438 del Código Civil, sea por herencia, sea por legado, los ayuntamientos y corporaciones religiosas ó de beneficencia pública de cualquiera clase que sean.¹

Pero el testador no sólo tiene la limitación que hemos indicado, sino que, aun en los casos de herencia voluntaria, no puede nombrar albaceas, según lo declara el artículo 3,684 del Código:²

1º A los menores y demás incapacitados:

2º A los magistrados y jueces que tengan jurisdicción en el lugar donde se abra la sucesión:

3º Los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo de albaceas.

De lo expuesto resulta que, cuando el testador tiene herederos forzosos está obligado á nombrar albacea eligiéndolo entre ellos, sea mayor ó menor de edad, incapacitado,

1 Pág. 75. Art. 3,301, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota pág. 75.

2 Art. 3,708, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«No pueden ser albaceas, excepto en los casos de ser herederos únicos:

I. Los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en donde se abra la sucesión:

II. Los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo de albacea.

«Siendo voluntarias todas las herencias, dice el Sr. Lic. Macedo, conforme al sistema del nuevo Código, á la prohibición de este artículo sólo se hizo una excepción la del caso de que el inhábil para el albaceazgo sea heredero único. Se suprimió la frac. 1ª, pues debiendo desempeñar el albaceazgo el representante legítimo, conforme al art. 3,704 del nuevo Código, no hay razón para que no puedan ser nombrados los menores ó incapacitados.» (Notas comparativas).

juez ó magistrado; pero que si carece de esa clase de herederos é instituye á personas á quienes no tiene obligación de dejarle sus bienes, puede nombrar libremente albacea, siempre que no sea menor, incapacitado, juez, magistrado ó albacea de otra testamentaria, que por sentencia haya sido removido del cargo.

Difícil es encontrar una razón que explique satisfactoriamente esta diferencia, que parece obedecer sólo á la unidad del sistema que respecto de esta materia adoptaron los Codificadores; pues si, según él, la ley solamente reconoce como ejecutores universales de las últimas voluntades á los mismos herederos, era consiguiente la necesidad de elegirlos entre éstos, así fueran menores, incapacitados, jueces ó magistrados.

Nada diríamos acerca de este particular, si encontráramos esa unidad de sistema aparentemente sostenido; pero no es así, sino que sólo se aplica respecto de los herederos forzosos y no de los voluntarios. ¿Por qué? Los codificadores no se tomaron la pena de expresar los motivos que tuvieron para establecer esta diferencia.

Si hubieran sido consecuentes con sus principios no habrían hecho la distinción indicada, dejando que rigiera el principio sancionado por el artículo 3,675 del Código en todo caso sin excepción alguna; y entonces sólo podrían ser albaceas los herederos, ya fueran forzosos ó voluntarios.

Así, pues, acusamos al Código Civil de falta de unidad de sistema en esta importante materia, y de notoria inconsecuencia, sin que haya habido necesidad de hacer la distinción indicada.

Pero el Código prevé también el caso en que el testador omita nombrar albacea, el de intestado, y cuando no haya heredero ó no entre á la herencia el instituido, y comete la facultad de nombrar el albacea á los herederos en el primer

caso, y al juez en los dos últimos, así como en aquel en que los herederos no se pongan de acuerdo acerca del nombramiento.

En efecto: el artículo 3,679 del Código declara, que si el testador no nombra albacea, haya ó no herederos forzosos, lo nombrarán los herederos por mayoría de votos; y el artículo 3,680 declara á su vez, que la mayoría en todos los casos en que se exija en esta materia, así como en los relativos á inventario y particiones, se debe calcular por el importe de los créditos y no por el número de las personas; á no ser que el mayor crédito corresponda á una sola persona.¹

Es decir, que el cómputo de los votos se debe hacer por el mayor número de las personas, si los herederos tienen derecho á igual porción de la herencia, y por la mayor cantidad cuando son diversas las porciones hereditarias que á cada uno corresponden. En consecuencia, si existen tres herederos de los cuales uno tiene derecho á la mitad de la herencia, y los otros dos á la otra mitad y aquél y uno de éstos nombran albacea á una persona distinta que el otro, quedará nombrada ésta, ya porque hay mayoría de votos por el número de las personas, ya por razón de las cantidades que ellas representan.

Pero si suponemos que sean cuatro los herederos y que

¹ Arts. 3,703 y 3,705, Cód. Civ. de 1884.

El segundo de estos preceptos fué reformado en los términos siguientes:

“La mayoría en todos los casos de que habla este capítulo y los relativos á inventarios y particiones, se calculará por el importe de las porciones y no por el número de las personas. En caso de que la porción mayor exceda de la mitad de la herencia y pertenezca á una sola persona, la representación de ésta se reducirá á sólo una cuarta parte de la herencia.”

La reforma tuvo por objeto la sustitución de la palabra créditos, empleada en un sentido impropio, por la de porciones que es perfectamente adecuada, y reducir á términos justos la representación del heredero que lo sea de la mitad de la herencia, para que su voluntad no prevalezca con perjuicio de los demás herederos.

uno de ellos represente la mitad de la herencia y los otros tres el resto y que éstos nombran á una persona distinta que aquél, prevalecerá la designación hecha por éstos, porque en tal caso corresponde el mayor crédito á un solo individuo.

Adoptando este sistema de computación de votos, ha querido el Código que prevalezca la designación hecha por las personas que tengan mayor parte en la herencia, á causa de que son mayores los intereses que tienen que confiar al cuidado y administración del albacea.

Siguiendo el Código el sistema adoptado respecto de las personas que deben desempeñar el albaceazgo, ordena en el artículo 3,681, que en el caso de que el testador no nombre albacea, se elija entre los mismos herederos ó sus legítimos representantes.¹

A nuestro juicio, este precepto es tan innecesario como inútil, pues si el artículo 3,675 del mismo Código declara, que la ley sólo reconoce como ejecutores de las últimas voluntades, cuando hay herederos forzosos, á los mismos herederos; es fuera de toda duda que nunca pueden ser nombrados albaceas personas extrañas á la herencia, ya sea el testador el que haga el nombramiento, ya los herederos en defecto de él.

Pero cuando toda la herencia se distribuye en legados, como no hay, propiamente hablando herederos, y puede surgir la dificultad á que se refieren estas observaciones, determina el artículo 3,689 del Código Civil, que los legatarios sean quienes nombren el albacea, sujetándose á las reglas que hemos establecido y á la siguiente.

Si no hubiere mayoría de votos, el juez debe decidir la discordia nombrando el albacea de entre los mismos here-

¹ Art. 3,703, Cód. Civ. de 1884.

deros ó sus legítimos representantes (art. 3,682, Cód. Civ.).¹

Conviene advertir que al autorizar la ley el nombramiento de albacea escogiéndolo precisamente de entre los herederos ó sus legítimos representantes, no quiere decir que éstos deben desempeñar tal cargo por derecho propio, sino que el albaceazgo debe recaer precisamente en uno de los herederos, quien será representado en el ejercicio de él, si es menor, mujer casada, ó se halla ausente, etc., por su padre, su tutor, su marido ó por quien legítimamente lo represente. O lo que es lo mismo, los legítimos representantes de los herederos no ejercen el cargo de albaceas por derecho propio, sino en nombre y representación de aquéllos.

Todas estas reglas son de observancia inexcusable en los casos de intestado, y cuando falte el nombrado, sea por la causa que fuere (art. 3,683, Cód. Civ.).²

Corresponde también al juez el nombramiento de albacea, cuando no haya heredero ó el nombrado no entre en la herencia, si no hay legatarios, pues si los hubiere á ellos corresponde el derecho de hacer el nombramiento, según lo declaran expresamente los artículos 3,686 y 3,687 del Código.³

Pero en tal caso el albacea tiene solamente el carácter de provisional, y por tanto debe de durar en el encargo mientras se hace la declaración de herederos legítimos, y éstos hacen la elección en los términos antes indicados (art. 3,688 Cód. Civ.).⁴

La razón es clara, pues no pudiendo, ser albaceas según el sistema adoptado por el Código, mas que los herederos,

1 Art. 2,706, Cód. Civ. de 1884.

Reformado sólo en cuanto á la redacción, para hacerlo más claro y preciso.

2 Art. 3,706, Cód. Civ. de 1884.

3 Arts. 3,710 y 3,711, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,712, Cód. Civ. de 1884.

es evidente que el designado por el juez no puede conservar el cargo después de que los herederos legítimos se han presentado, han demostrado su derecho á la herencia y han sido declarados herederos, supuesto que ellos son los que, conforme á la ley, tienen facultad de elegir el albacea entre ellos mismos.

En el caso de intestado ó cuando no conste quién de los herederos deba ser albacea, permite el artículo 3,710 del Código, la denuncia hecha por cualquiera de ellos, y aun la que haga un extraño, á condición de que esté autorizada con firma de letrado; y el artículo 3,711 ordena, que, admitida la denuncia, se cite á los interesados para que se nombre albacea entre los mismos herederos y en la forma que ya hemos indicado.¹

Pero mientras se presentan los interesados, el juez puede nombrar un interventor, sin otro carácter que el de simple depositario de los bienes, y sin que pueda desempeñar otras funciones administrativas que las que sean de mera conservación de los bienes y las que se refieran al pago de las deudas mortuorias, previa autorización judicial (art. 3,712, Cód. Civ.).²

El interventor judicial debe recibir los bienes por inventario solemne, cesar en su cargo luego que se nombre el albacea, y entregar á éste los bienes, sin que pueda retenerlos bajo ningún pretexto, ni aun por razón de mejoras ó gastos de mantención ó reparación (art. 3,713, Cód. Civ.).³

1 Arts. 3,734 y 3,735, Cód. Civ. de 1884.

Reformado el primero de esos preceptos, por la supresión del requisito de la firma de letrado, innecesaria en la actualidad, supuesto que, según el Código de Procedimientos no es indispensable la intervención de los abogados en los juicios. Además, era innecesario ese requisito, porque ninguna ventaja ni utilidad producía.

2 Arts. 1,715 y 1,716, Cód. de Proced. de 1884.

3 Art. 1,716, Cód. de Proced. de 1884.

Todas estas reglas que son una usurpación hecha al Código de Procedimientos, tienen por objeto exclusivo asegurar los bienes hereditarios é impedir que se pierdan ó sean el objeto de depredaciones de gente mal intencionada, á causa de su abandono y de falta de persona que vele por su conservación.

Hemos dicho que el albaceazgo es un mandato de una naturaleza peculiar. Pues bien, esta asimilación de ese cargo que todos los autores hacen con el mandato común, ha dado lugar á la teoría, según la cual, el albacea, como el mandatario, no está obligado á aceptar el cargo, que es privado y no público como la tutela, pero si lo acepta tiene el deber ineludible de desempeñarlo; teoría que cuenta con la sanción expresa del artículo 3,695 del Código Civil.¹

Sin embargo, la facultad de renunciar el cargo otorgado al albacea por este precepto no es absoluta, sino que está limitada por la obligación impuesta á aquél de fundarla en justa causa; pues si no la tiene, pierde, según lo declara el artículo 3,696 del Código, lo que le hubiere dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima.²

La razón es, porque se presume que el legado es oneroso, y que en tanto lo dejó el testador en cuanto impuso al legatario el cargo de albacea; y es sabido el principio que ha alcanzado el rango de axioma y de precepto legal, que prohíbe al legatario admitir el legado sin sus cargas y obligaciones.

Goyena, comentando el artículo 740 del Proyecto del Código Español, que sanciona el mismo principio dice, que el que voluntariamente falta á la confianza del testador, no es

1 Art. 3,718, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,719, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la supresión de las siguientes palabras, para ponerlo en armonía con el principio de la libre testamentificación: «salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima.»

acreedor á su liberalidad, que probablemente le fué hecha en atención al mismo encargo con que se le gravó y honró.¹

Pero como la excusa extemporánea del albacea podría producir graves perjuicios por el abandono en que quedarían los bienes y los negocios de la sucesión, de aquí es que el artículo 3,697 del Código Civil ordene, que el albacea presente su excusa dentro de los seis días siguientes á aquel en que tuvo noticia de su nombramiento; y si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes á aquel en que tuvo noticia de la muerte del testador; y que el artículo 3,698 ordene á su vez que el albacea que estuviere presente mientras se decide sobre su excusa, debe desempeñar el cargo bajo la pena de perder lo que le hubiere dejado el testador y de pagar los daños y perjuicios, salvo siempre el derecho á su legítima, si fuere heredero forzoso, pues como hemos dicho antes, los herederos de esta especie no pueden ser privados de ella sino en los casos expresamente designados por la ley.²

El cargo de albacea es delegable, y por lo mismo, puede desempeñarlo el nombrado por medio de otra persona; pero para ello es indispensable que le otorgue un poder solemne; salvo en todo caso lo dispuesto por el testador, cuya voluntad que es la suprema ley, debe prevalecer siempre (art. 3,699, Cód. Civ.).³

En otros términos, si no hay prohibición expresa del testador, el albacea puede delegar su cargo á otra persona, mediante el otorgamiento de un poder solemne, esto es, por escritura pública; porque siendo el albaceazgo un verdadero mandato, es como éste, susceptible de sustitución, la cual se obtiene mediante la delegación.

1 Tomo II, núm. 163.

2 Arts. 3,720 y 3,721, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,722, Cód. Civ. de 1884.

Al principio de este tratado dijimos que, según el sistema adoptado por el Código Civil, la propiedad y la posesión de los bienes hereditarios se adquieren de pleno derecho por los herederos, sin ningún acto de su voluntad, y aun contra ella, en el acto mismo en que la sucesión se abre, esto es, en el momento de la muerte del autor de la herencia; y que adoptando tal sistema, nuestra legislación se separó del derecho Romano, dando así término á las distinciones formuladas por los jurisconsultos acerca de si la herencia representa ó no al testador.¹

Pues bien, completando ese sistema é interpretándolo, á fin de evitar confusiones y contiendas, declara el artículo 3,703 del Código, que la posesión de los bienes hereditarios se trasmite por ministerio de la ley á los ejecutores universales desde el momento de la muerte del autor de la herencia; salvo el caso de que éste deje cónyuge supérstite, el que, según el artículo 2,201, debe continuar en la posesión de los bienes que forman el fondo, de la sociedad legal, con intervención del albacea mientras se hace la partición.²

A primera vista parece que hay contradicción entre el primero de los preceptos citados y el artículo 3,372 que declara, que la propiedad y la posesión legal de los bienes y de los derechos y las obligaciones del autor de la herencia se transmiten por la muerte de éste á sus herederos; pero esa aparente contradicción desaparece si se tiene en cuenta que el artículo 3,704 declara también, que el albacea posee en nombre propio por la parte que le corresponde en la herencia, y en nombre ajeno por la parte que corresponda á los demás herederos y á los legatarios.³

1 Página 5.

2 Arts. 3,726 y 2,068, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,737, Cód. Civ. de 1884.

Es decir, que la posesión de los bienes hereditarios se trasmite de pleno derecho á los herederos, pero en su nombre y por ministerio de la ley los recibe el albacea; porque no es posible que antes de la partición los posean materialmente aquéllos, porque se entorpecería su administración con perjuicio de todos. De manera que, por su conveniencia y para hacer más fácil y práctica la ejecución de la voluntad del testador, ha sido necesario transmitir la posesión y la administración de los bienes hereditarios al albacea, pero no exclusivamente para sí, sino en nombre de todos.

La ley ha otorgado al albacea, no sólo la posesión de los bienes, sino que le confiere además las facultades de que le hubiere investido expresamente el testador, siempre que no fueren contrarias á los preceptos de la misma ley, de las que ella misma determina en muy pocas palabras (art. 3,705, Cód. Civ.).¹

En efecto, el artículo 3,706 del Código Civil dice, que el albacea puede deducir todas las acciones que pertenecen al autor de la herencia y que no se hayan extinguido por su muerte, esto es, tiene la suma de facultades necesarias para hacer efectivos los derechos que tenía el testador durante su vida, y que se han transmitido á sus herederos; pues de otra manera se hallaría en absoluta imposibilidad de desempeñar debidamente su cometido.²

Además, el cargo de albacea es un verdadero mandato de carácter peculiar, y por lo mismo, es natural que el mandatario esté investido, ó mejor dicho, que tenga facultad

1 Art. 3,728, Cód. Civ. de 1884.

Reformado en los términos siguientes: «Las facultades del albacea, además de las contenidas en este capítulo, serán las que expresamente le hayan concedido el testador ó los herederos, y no fueren contrarias á las leyes.»

La reforma consistió, pues, en el reconocimiento expreso á los herederos del derecho de conceder facultades determinadas al albacea, siempre que no estén prohibidas por la ley.

2 Art. 3,729, Cód. Civ. de 1884

para ejercitar las mismas acciones que la ley otorgó á su mandante.

Pero al lado de las facultades concurren las obligaciones que la misma ley establece, cuyo estudio vamos á hacer.

El artículo 3,707 del Código Civil declara, que son obligaciones del albacea general:

1.^a La presentación del testamento:¹

Acerca de esta obligación ordena el artículo 3,708 del Código que, si albacea ha sido nombrado en testamento y lo tiene en su poder, lo presente dentro de los ocho días siguientes á la muerte del testador; y el 3,709 declara, que el albacea no puede oponerse á que se dé á los herederos copia íntegra del testamento, y á los legatarios de la cláusula respectiva.²

Uno y otro precepto se fundan en consideraciones de justicia y equidad, pues tienen por objeto evitar moratorias perjudiciales á los intereses de los herederos y legatarios, impedir el extravío del testamento, y armar á éstos con el título justificativo de su carácter y de sus respectivos derechos, consignados en ese documento, á fin de que los puedan ejercitar cuando así lo estimen conveniente.

2.^a El aseguramiento de los bienes de la herencia:

3.^a La formación de inventarios:

El Código Civil establece respecto de esta obligación las reglas siguientes, además de las relativas á la forma y solemnidades que debe tener el inventario, cuyo estudio haremos después:

I. El albacea, antes de formar el inventario, no debe per-

1 Art. 3,730, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la adición de las siguientes fracciones:

VIII. La de representar á la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre ó que se promovieren contra ella.

IX. Las demás que le imponga la ley.

2 Art. 3,733, Cód. Civ. de 1884.

mitir la extracción de cosa alguna, si no es que conste la propiedad ajena por el mismo testamento, por escritura pública ó por los libros de la casa llevados en debida forma, si el autor de la herencia hubiere sido comerciante (artículo 3,715, Cód. Civ.).¹

II. Cuando conste la propiedad de cosa ajena por medios diversos de los enumerados en la regla que precede, el albacea se limitará á poner al margen de las partidas respectivas una nota que indique la pertenencia de la cosa, para que la propiedad se discuta en el juicio correspondiente (art. 3,716, Cód. Civ.).²

Esta misma regla está reproducida por el artículo 3,992 del Código Civil, relativo á la forma del inventario, en los términos siguientes: “Si el difunto tenía en su poder bienes ajenos prestados, en depósito, en prenda ó bajo cualquiera otro título, también se harán constar en el inventario con expresión de la causa.”³

El cumplimiento de las obligaciones á que se refieren las reglas enunciadas está sancionado por el artículo 3,717 del Código, que constituye responsable al albacea de los daños y perjuicios que resulten de su infracción.⁴

La formación del inventario y las reglas expresadas tienen por objeto determinar la cuantía de los bienes y evitar los fraudes que se pudieran cometer, ya con perjuicio de los herederos y legatarios, ya de los acreedores del testador; y se le ha estimado por todas las legislaciones como un beneficio para aquéllos, porque evita la confusión de sus bienes propios con los hereditarios, y limita su responsa-

1 Art. 3,736, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,737, Cód. Civ. de 1884.

3 El artículo 3,992 del Código Civil de 1870 fué convertido en el 1,787 del de Procedimientos de 1884, por estimarse materia propia y exclusiva de éste el precepto en él contenido.

4 Art. 3,738, Cód. Civ. de 1884.

bilidad por las deudas del autor de la herencia hasta el importe de ellos. Nos ocuparemos después más ampliamente en el estudio de esta importante materia.

4.^a La administración de los bienes y la rendición de la cuenta de albaceazgo.

El legislador ha considerado de tal importancia el cumplimiento de esta obligación, así como la de formar inventario, que no permite que el mismo autor de la herencia dispense de ellas al albacea, y ha declarado en el artículo 3,718 del Código Civil, que son nulas de pleno derecho las disposiciones por las que el testador dispensa al albacea de la obligación de hacer inventario ó la de rendir cuenta; salvo el caso de que el heredero sea uno y forzoso, y que no haya legatarios.¹

En otros términos, la formación del inventario y la producción de las cuentas del albacea se han estimado de derecho público, por los intereses que afecta, supuesto que por su falta se podrían defraudar los intereses del fisco, de los acreedores y aun de los mismos herederos y legatarios; y tal es el motivo por el cual, cuando no se perjudican esos intereses, como cuando hay un solo heredero y éste es forzoso y no hay legatarios, cesan esas obligaciones.

Hemos dicho que las obligaciones del albacea de hacer inventario de los bienes hereditarios y de producir la cuenta de su administración son de derecho público, porque la dispensa de ellas importa la de exonerarlo en el cumplimiento de su encargo de la diligencia que demanda, lo cual es contrario á las buenas costumbres y constituye un premio ó recompensa á la negligencia, y porque también es contrario á la moral que aquel que por su apatía ha causado un daño no esté obligado á repararlo.²

¹ Art. 3,739, Cód. Civ. de 1884.

² Laurent, tomo XIV, núm. 386; Mourlon, tomo II, 383; Demolombe, tomo XXII, núm. 199; Marcadé, tomo IV, art. 1,031, núm. III.

Y esa obligación es de tal manera ineludible, que no se extingue por la muerte del albacea, sino que pasa á sus herederos, como lo declara el artículo 3,726 del Código Civil, lo cual se explica perfectamente si se tiene en cuenta que éstos suceden á aquél en todos sus derechos y obligaciones, ó lo que es lo mismo, que heredan sus bienes con todas las responsabilidades á que están afectos, entre ellas, la que se refiere al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el autor de la herencia, supuesto que todo deudor está obligado á pagar con todos sus bienes presentes y futuros, según el artículo 2,054, aunque no se estipule expresamente.¹

Toda esta materia está complementada por el Código de Procedimientos, á cuyos preceptos tenemos que recurrir para tener una idea completa del sistema adoptado por el Civil.

Según los artículos 2,075 y siguientes del Código de Procedimientos de 1872, la administración de los bienes hereditarios puede ser transitoria, provisional y definitiva.²

Es transitoria la administración que está á cargo del interventor nombrado en el caso de intestado.

Es provisional la que está á cargo del albacea nombrado por el juez en el caso de intestado, ó cuando el heredero instituído no entre en la herencia.

Es definitiva la que está á cargo del albacea nombrado en el testamento por los herederos ó por el juez cuando éstos no se ponen de acuerdo acerca del nombramiento.

Pues bien, fundados en esta distinción, establecen el Código Civil y el de Procedimientos reglas relativas á las obligaciones que tienen los albaceas de producir las cuentas de administración.

1 Art. 3,747, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 1,834 y siguientes, Cód. de Proced. de 1884.

En efecto, el artículo 2,096 del segundo de dichos ordenamientos manda que el interventor y el albacea judicial rindan su cuenta general de administración dentro de los treinta días siguientes á aquel en que cesen en su encargo; y que la del primero se glose por el segundo, y la de éste por el albacea definitivo.¹

El artículo 2,111 del mismo Código de Procedimientos ordena, respecto del albacea definitivo, que presente su cuenta, concluídas las operaciones de liquidación de la herencia; y los artículos 2,730 y 2,731 del Código Civil, declaran, que dicha cuenta debe ser aprobada por todos los herederos, y cuando fuere interesado el fisco debe intervenir en la aprobación el Ministerio público, y que si alguno de aquéllos disiente puede seguir á su costa el juicio en los términos que establece el primero de dichos Códigos.²

Finalmente, los artículos 2,112 y siguientes de éste determinan los trámites que debe sufrir la cuenta para su aprobación, ordenando que el juez cite una junta con término de diez días, durante los cuales debe permanecer la cuenta del albacea en la secretaría para que los interesados se impongan de ella, y que si éstos manifiestan su conformidad, dicho funcionario otorgue su aprobación, y si alguno disiente, se debe seguir un incidenté en la vía sumaria.³

Resumiendo lo expuesto resulta:

I. Que el albacea provisional y el interventor deben producir la cuenta general de su administración dentro de los treinta días siguientes á aquel en que cesen en su encargo:

II. Que el albacea definitivo debe presentar su cuenta de administración concluídas las operaciones de liquidación de la herencia:

1 Art. 1,855, Cód. de Proced. de 1884.

2 Art. 1,869, Cód. de Proced. de 1884 y 3,751 y 3,752, Cód. Civ. de 1884.

3 Arts. 1,870 y siguientes, Cód. de Proced. de 1884.

III. Que para la aprobación de esta cuenta se debe oír á los herederos y al Ministerio público, si el fisco tiene algún interés, á cuyo efecto se les debe emplazar para una junta, que debe verificarse diez días después, quedando la cuenta á su vista en la secretaría del juzgado para que puedan examinarla:

IV. Que si alguno se opone á la aprobación de la cuenta, se debe sustanciar su oposición en juicio sumario.

Aprobada la cuenta, pueden los interesados celebrar sobre su resultado los convenios que quieran y que no fueren contrarios á las leyes; porque entonces ya no se versa ningún interés público, sino privado respecto del cual pueden disponer libremente los interesados (art. 3,732, Cód. Civ.)¹

El albacea tiene el carácter de administrador de bienes ajenos, y por lo mismo sólo puede ejecutar actos de mera administración con las limitaciones que establecen las leyes, tales como la obligación que le impone el artículo 3,719 de fijar dentro del primer mes de ejercer su encargo, y de acuerdo con los herederos la cantidad que haya de emplearse en los gastos de administración y el número y sueldo de los dependientes:²

5.^a El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias.

Acerca de esta obligación establece el Código Civil:

I. Que el ejecutor general está obligado á entregar al especial las cantidades ó cosas necesarias para que cumpla la parte del testamento que estuviere á su cargo (art. 3,700, Cód. Civ.):³

II. Que si el cumplimiento del legado depende de plazo ó del cumplimiento de alguna otra circunstancia suspensi-

1 Art. 3,753, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,740, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,723, Cód. Civ. de 1884.

va, puede resistir el ejecutor general la entrega de la cosa ó cantidad, dando fianza á satisfacción del legatario ó del ejecutor especial de que la entrega se hará á su debido tiempo (art. 3,701, Cód. Civ.):¹

III. Que el ejecutor especial puede exigir también á nombre del legatario, la constitución de la hipoteca necesaria á que se refieren las fracciones I y X del artículo 2,000 (art. 3,702, Cód. Civ.):²

IV. Que si para el pago de una deuda ú otro gasto urgente fuere necesario vender algunos bienes, el albacea debe hacerlo de acuerdo con los herederos; y si no fuere posible esto, con aprobación judicial (art. 3,720, Cód. Civ.):³

La razón es obvia, porque el albacea es condueño y no propietario exclusivo de los bienes hereditarios, tiene solamente facultades de administración sobre ellos y no de dominio, y por lo mismo, no puede disponer de ellos sino con el consentimiento de sus copropietarios.

La aprobación judicial se exige en este caso para suplir el consentimiento de los herederos que por cualquier circunstancia no puedan otorgarlo, ó para suplir el disenso irracional de algunos; porque no es posible que el interés de todos quede subordinado al capricho de unos cuantos.

6ª La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios.

Esta obligación es, sin duda alguna, uno de los principales deberes del albacea, porque importa nada menos que la ejecución de la voluntad del testador, haciendo que cada uno de los herederos reciba la parte de los bienes hereditarios que aquél les asignó.

El Código Civil determina cuáles son la forma y los re-

1 Art. 3,724, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,725, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,741, Cód. Civ. de 1884.



quisitos de la cuenta de partición y división de los bienes hereditarios, y de su estudio nos ocuparemos en su oportunidad.

7.^a La defensa en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento.

Esta obligación, como la anterior, es una de las más importantes, porque tiene por objeto llevar á término la voluntad del testador, la cual no se podría cumplir si desaparecieran los bienes por él dejados y se declarara la nulidad del testamento en que consta aquélla; pues en lugar de los herederos instituídos, vendrían los legítimos, que entrarían á la herencia con las porciones que determinan las leyes y no con las señaladas por aquél.

En consecuencia, se puede establecer, que las dos últimas obligaciones enumeradas, son de tal importancia, que forman por decirlo así, la naturaleza misma del cargo de albacea.

Ya hemos dicho y no será ocioso repetirlo, que el albacea ejerce facultades de mera administración y ninguna de dominio, porque no lo tiene sino en común con los demás herederos. Pues bien, esta circunstancia es el origen de las siguientes limitaciones establecidas por el Código Civil, á nuestro juicio, sin necesidad, pero que producen el efecto de alejar todo género de dudas acerca de las facultades del albacea:

1.^a El albacea no puede dar en arrendamiento los bienes de la herencia, sino con consentimiento de los herederos (art. 3,722, Cód. Civ.):¹

2.^a Los bienes legados específicamente, no pueden ser gravados, hipotecados ni arrendados, sino con consentimiento del legatario (art. 3,723, Cód. Civ.):²

¹ Art. 3,743, Cód. Civ. de 1884.

² Art. 3,474, Cód. Civ. de 1884.

3.^a El albacea no puede gravar ni hipotecar los bienes sin consentimiento de los herederos (art. 3,724, Cód. Civ.):¹

4.^a El albacea no puede transigir ni comprometer en árbitros los negocios de la herencia, sino con consentimiento de los herederos (art. 3,725, Cód. Civ.).²

La simple enunciación de estas prohibiciones basta para comprender cuál es el fundamento de ellas, que es exactamente el mismo sobre que reposan iguales prohibiciones impuestas al socio administrador de una compañía; porque el albacea, como éste, no tiene más facultades que las de un mandatario general, que sólo puede ejercer los actos de mera administración, á cuya especie no pertenecen la venta y gravamen de los bienes hereditarios.

El artículo 3,721 del Código Civil prohíbe al albacea comprar ó arrendar en almoneda ó fuera de ella los bienes hereditarios, ó hacer algún contrato respecto de ellos para sí, su mujer, sus hijos ó hermanos por consanguinidad ó afinidad; y hace tal prohibición en beneficio de los herederos, pues colocado aquél entre sus intereses y su deber, sería casi inevitable que prefiriera el primero con perjuicio de los herederos.³

En efecto: si se le permitiera adquirirlos su interés lo impulsaría á hacer porque no hubiera postores para obtener los bienes á más bajo precio, ó á ejecutar otros actos perjudiciales á los bienes de que es administrador.

Pero esta prohibición no tiene lugar respecto de la venta de los bienes cuando el albacea, su mujer, sus hijos ó hermanos son coherederos ó partícipes de los herederos instituídos por el testador ó ab-intestato; porque no es justo que aquél que es propietario en parte de los bienes

1 Art. 3,745, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,746, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,742, Cód. Civ. de 1884.

puestos en venta, quede privado del derecho del tanto concedido á todo copropietario por el hecho solo de ser albacea.

El análisis del artículo 3,721 del Código, que hace la prohibición con la salvedad indicada, reproduciendo los preceptos contenidos en los artículos 616 y 617, nos conduce á establecer que tal prohibición respecto de la venta de bienes, sólo puede ser aplicable respecto de los albaceas que no son herederos forzosos, supuesto que, según el sistema adoptado por dicho ordenamiento, la ley sólo reconoce como ejecutores universales de las últimas voluntades, cuando hay herederos de esa especie, á los mismos herederos, los cuales están expresamente exceptuados de esa prohibición.¹

Finalmente: el albacea debe cumplir su encargo dentro del término que le señale el testador; pero como muy bien pudiera suceder que éste nada estableciera acerca de este punto tan importante en su testamento, el Código Civil provee á esa dificultad estableciendo las reglas siguientes:

1ª El albacea á quien el testador no haya fijado plazo, debe cumplir su encargo dentro de un año contado desde su aceptación, ó desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez ó nulidad del testamento (art. 3,727, Cód. Civ.):²

2ª Si el testador prorroga el plazo legal, debe señalar expresamente el tiempo de la prórroga; si no lo señala expresamente, se entenderá prorrogado el plazo sólo por otro año (art. 3,728, Cód. Civ.):³

3ª La mayoría de los herederos y legatarios puede también prorrogar el plazo en que el albacea debe desempeñar su encargo, pero con sujeción á las dos reglas precedentes (art. 3,729, Cód. Civ.):⁴

1 Arts. 520 y 521, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,748, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,749, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,750, Cód. Civ. de 1884.

Desde el imperio de nuestra antigua legislación se le ha señalado siempre al albacea un plazo para el desempeño de su encargo, pero siempre se eludían los preceptos de la ley, mediante una cláusula de estampilla usada por los escribanos en todos los testamentos, por la cual aparecía que el testador prorrogaba el mencionado plazo por todo el que fuere necesario; cláusula tras la que se escudaban los albaceas negligentes ó de mala fe para prolongar indefinidamente su encargo.

A precaver y evitar ese punible abuso concurren las reglas mencionadas, que, si bien no privan ni al testador ni á los herederos de la facultad de prorrogar el plazo al albacea dentro del cual debe desempeñar su encargo, la limita de manera que siempre sea cierto y determinado ese plazo y no indefinido, en beneficio de los herederos y legatarios y del fisco, ya sea que unos ú otros concedan la prórroga, si no han expresado el término de ella.

La facultad que reconoce la ley al testador de disponer libremente de sus bienes y de encargar del cumplimiento de su voluntad á la persona que mejor le parezca de entre los herederos, si los tiene forzosos, ó entre las personas de su mayor confianza si no los tiene de esa especie, hace que la misma ley le reconozca igualmente la facultad de nombrar un interventor que vigile el cumplimiento de sus últimas disposiciones.

Esa misma facultad les reconoce á los herederos que no administran los bienes hereditarios, pues su interés los autoriza para vigilar los actos de administración del albacea é impedir con oportunidad los que pudieran perjudicar ese mismo interés.

En efecto: el artículo 3,740 del Código Civil declara, que el testador puede nombrar libremente un interventor; y el 3,741 declara á su vez, que los herederos que no adminis-

tran, tienen derecho para nombrar á mayoría de votos un interventor que vigile en nombre de todos.¹

Pero previendo el caso en qué los herederos no se pusieren de acuerdo, y por lo mismo, que no haya mayoría de votos, ordena el artículo 3,742 del Código, que en tal caso haga el juez el nombramiento, escogiendo el interventor entre las personas que hayan sido propuestas por los herederos.²

Pero no sólo puede y debe nombrarse un interventor en los casos que hemos enumerado, sino que hay obligación precisa é indeclinable de nombrarlo en los casos siguientes, determinados por el artículo 3,744 del Código Civil:³

1.^a Cuando entre los herederos nombrados haya alguna mujer casada menor de edad, ó cuyo marido hubiere sido separado judicialmente de ella ó de la administración de los bienes:

2.^a Siempre que el heredero esté ausente, ó no sea conocido:

3.^a Cuando la cuantía de los legados iguale ó exceda á la porción del heredero albacea:

4.^a Cuando se hayan dejado legados, cualquiera que sea su cuantía:

La Exposición de motivos no hace explicación alguna acerca de este precepto, pero desde luego se comprende que en él se impone la necesidad de nombrar un interventor, á fin de garantizar los intereses de personas, que por su estado ó condición merecen que la ley los ampare y pro-

1 Arts. 3,760 y 3,761, Cód. Civ. de 1884.

El primero de estos preceptos es una novedad introducida en el Código de 1884, que tiene por objeto estimular al albacea en el cumplimiento de sus deberes y dar á éstos una sanción penal: Dice así: "El albacea que no presente el inventario en el término legal, perderá todo derecho á ser retribuido."

2 Art. 3,753, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,765, Cód. Civ. de 1884.

Reformada la fracción 1.^a por el cambio de la partícula ó por la copulativa y.

teja mediante el nombramiento del interventor que vigile por ellos.

Pero del reconocimiento de la facultad que los herederos y legatarios tienen de nombrar un interventor, y de la obligación que hay de nombrarlo precisamente en determinados casos, surgió la necesidad de señalar cuáles son las facultades de que se hallan investidos, y qué requisitos deben tener; y á tal necesidad ha ocurrido el Código Civil, estableciendo las siguientes reglas:

1.^a Los interventores deben ser mayores de edad y capaces de contraer obligaciones (art. 3,747, Cód. Civ.):¹

2.^a El interventor tiene derecho de pedir copia íntegra del testamento; á no ser que el testador haya dispuesto otra cosa (art. 3,746, Cód. Civ.):²

3.^a El interventor no puede tener la posesión, ni aun interina, de los bienes (art. 3,743, Cód. Civ.):³

La primera y la segunda de las reglas mencionadas se comprenden fácilmente, si se tiene en cuenta que el interventor debe hacer muchas veces promociones judiciales, y que sólo pueden comparecer en juicio los mayores de edad; y que siendo el vigilante puesto por el testador para el exacto cumplimiento de su voluntad, necesita tener á la vista el testamento en el cual se halla consignada, pues de otra manera no le sería conocida.

Es también de fácil explicación la tercera regla; porque el interventor no está criado por la ley para que desempeñe ninguna de las facultades que ella misma otorga á los albaceas, sino para vigilar la administración de éstos y hacer que se cumpla pronta, oportuna y exactamente la voluntad del testador.

1 Art. 3,768, Cód. Civ. de 1884

2 Art. 3,767, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,764, Cód. Civ. de 1884.

A primera vista aparece que esta regla se halla en abierta contradicción con el artículo 2,076 del Código de Procedimientos, que refiriéndose á la administración de los bienes hereditarios dice, que es transitoria la que está á cargo del interventor nombrado en los casos de intestado; pero esa aparente contradicción desaparece teniendo en cuenta que la regla referida es sólo aplicable cuando el interventor es nombrado por el testador ó por los herederos y legatarios instituídos en el testamento, y el precepto citado cuando se trata de la sucesión intestada, ó cuando aquél no nombra albacea. Es decir, que la regla y el precepto citados son aplicados á casos enteramente distintos, y por lo mismo, no existe contradicción entre ellos.

Pero no son únicamente las reglas expresadas las que determinan los requisitos que deben concurrir en el interventor, sino que el Código de Procedimientos las complementa exigiendo en el artículo 1,955 la concurrencia de los siguientes:¹

- 1.^a Que sea mayor de veinticinco años:
- 2.^a Que sea de notoria buena conducta:
- 3.^a Que esté domiciliado en el lugar en donde se abra la sucesión:
- 4.^a Que tenga bienes raíces con que asegurar su manejo y el resultado de su administración, ó á falta de ellos dar fianza á satisfacción del juez.

La simple enunciación de estos requisitos demuestra que la mente del legislador no ha sido otra, al exigir su concurrencia, que obtener la mayor suma de garantías, que asegure una administración pura de los bienes hereditarios y la conservación de ellos.

El cargo de interventor es voluntario, pero el que lo acepta se constituye en la obligación de desempeñarlo; y

1 Art. 1,715, Cód. de Proced. de 1884.

por tal motivo declara el artículo 3,748 del Código Civil, que rigen respecto de aquél las mismas reglas que establece respecto de la aceptación y renuncia de los albaceas.¹

En consecuencia: el interventor que renuncia sin justa causa, pierde lo que le hubiere dejado el testador; y si pretende excusarse, debe hacerlo dentro de los seis días siguientes á aquel en que tuviere noticia de su nombramiento, y entretanto se decide sobre ella debe desempeñar el cargo, bajo la pena antes dicha y de pagar los daños y perjuicios.

Ya hemos dicho que el cargo de albacea se equipara al mandato. Pues bien, una de las consecuencias de este principio, es que el albacea tenga derecho, como el mandatario á una retribución por los trabajos que impende en el desempeño de su cargo; y tal consecuencia ha merecido la sanción de la ley, que prevé los dos casos que pueden acontecer: primero, que el testador designe en su testamento el monto de la retribución: segundo, que no haga tal designación.

Antes de examinar esos dos casos conviene advertir que el Código sancionó la consecuencia á que nos referimos dándole el carácter de un precepto legal, no sólo porque se deriva necesariamente de la asimilación del albaceazgo con el mandato, sino también por conveniencia y utilidad; pues como dice la Exposición de motivos, aunque el cargo de albacea se considera piadoso y de confianza, es justo remunerar el trabajo y cerrar así las puertas á otros males.

Respecto del primero de los casos expresados, declara el artículo 3,734 del Código, que el testador puede señalar al albacea la retribución que quisiere, pero á condición de que no exceda de la parte de que puede disponer libremente, esto es, puede asignarle la cantidad que le plazca, siempre

¹ Art. 3,769, Cód. Civ. de 1884.

que no perjudique la legítima de sus herederos forzosos.¹

De donde se infiere que, si no tiene herederos de esta especie, es perfectamente libre para señalar al albacea la retribución que quisiere, así su monto ascienda á la mayor parte de la herencia.

Respecto del segundo caso, declara el artículo 3,735 del Código que, si el testador no designare la retribución, el albacea cobrará el dos por ciento líquido y efectivo de la herencia; y que si el mismo hiciere la partición de ella, cobrará además los derechos de arancel.²

Si los albaceas son varios y mancomunados, se debe repartir la retribución entre todos ellos; y si no son mancomunados, la repartición se hará en proporción al tiempo que cada uno haya administrado y al trabajo que hubiere tenido en la administración (art. 3,737, Cód. Civ.).³

Previendo el Código Civil el caso en que la aplicación de la regla que precede fuera el origen de alguna diferencia entre los albaceas, dispone el artículo 3,738, que tal diferencia se ventile en juicio verbal, cometiendo así una verdadera usurpación al Código de Procedimientos, al cual corresponde exclusivamente determinar la forma de los juicios.⁴

1 Art. 3,755, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la supresión de las siguientes palabras, que expresan un concepto contrario á la libertad de testar: «no excediendo de su parte disponible.»

2 El artículo 1, capít. IX del Arancel de 1840 señala los siguientes honorarios á los contadores partidores de herencias, por el examen de todos los documentos é instrucciones, y formación de cuentas de partición y división: el seis por ciento de su importe, cuando el caudal hereditario pase de cien pesos y no exceda de mil. El dos por ciento además de los honorarios anteriores si pasa de esta cantidad, pero no excede de diez mil pesos: el uno por ciento sobre los honorarios expresados si el importe del caudal excede de diez mil pesos, pero no de cincuenta mil: el medio por ciento, además de los honorarios expresados cuando pasa el caudal de esta cantidad sin exceder de cien mil: y un cuarto por ciento si el caudal fuere mayor de cien mil pesos, sea cual fuere su monto.

3 Art. 3,758, Cód. Civ. de 1884.

4 El artículo 3,738 del Código de 1870 fué trasladado al art. 1,113, frac. IV. del Cód. de Proced. de 1884.

Pero tal usurpación es disculpable si se atiende á que en la fecha en que se promulgó el Código Civil no existía aún el de Procedimientos y podía surgir por tal motivo la duda acerca de la forma del juicio para dirimir las diferencias de los albaceas, dificultad que aquél precavió declarando que éste debía ser verbal por estimarlo más breve.

Si el testador legó conjuntamente á los albaceas alguna cosa para que desempeñen su encargo, la parte de los que no admitan éste, acrece á los que lo ejerzan, según lo declara el artículo 3,739 del Código Civil; y la razón es obvia, pues el que falta á la confianza del testador, no es acreedor á su liberalidad, que probablemente le fué hecha en atención al mismo encargo con que se le gravó. El legatario, como dice García Goyena, no puede admitir el legado sin sus cargas y obligaciones, y el albacea negligente ó malicioso, no debe ser de mejor condición que el que tiene la franqueza de no aceptar.¹

En otros términos, la retribución legada por el testador tiene la calidad de legado oneroso, y es sabido que en tanto tiene derecho el legatario á percibir éste, en cuanto cumple la carga ó gravamen impuesto por el testador.

Finalmente, según el artículo 3,736 del Código Civil, el heredero ó albacea que ha sido mejorado en la parte disponible ó á quien se ha asignado algún legado por razón de su cargo, no tiene derecho de cobrar otra retribución; porque se presume, con justicia, que el testador lo mejoró ó le dejó el legado para recompensar sus trabajos como albacea.²

En consecuencia, debemos establecer que el albacea que ejerce su cargo, tiene derecho á una retribución, menos en el caso en que el testador lo haya mejorado, dejándole la par-

1 Art. 3,759, Cód. Civ. de 1884. Concordancia, tomo II, pág. 163.

2 Art. 3,757, Cód. Civ. de 1884. Reformado por la supresión de lo relativo á la mejora.

te de libre distribución, ó que le haya asignado algún legado por razón de su cargo.

Por la misma razón por la cual tiene el mandatario derecho para exigir del mandante el reembolso de los gastos que haya erogado en el desempeño del mandato, deben pagarse de la masa de la herencia los gastos hechos por el albacea en el cumplimiento de su encargo, incluso los honorarios de los abogados y procuradores que ocupare, pues si los mismos herederos hubieran gestionado los negocios de la sucesión, habrían erogado esos gastos (art. 3,733, Código Civil).¹

Además, no es justo que el cumplimiento de la voluntad del testador se convierta en el origen de un perjuicio más ó menos considerable para el albacea, y por lo mismo, debe aplicarse la regla de derecho que dice: "*Neminem officium suum debet esse damnosum.*"

Los cargos de albacea é interventor acaban, según el artículo 3,749 del Código Civil:²

1º Por término natural del encargo, esto es, por haber ejecutado en todas sus partes la voluntad del testador, y por la misma razón por la cual termina el mandato por la conclusión del negocio para el cual fué constituido; porque carece de objeto:

2º Por muerte del albacea, porque el cargo de éste es personalísimo y hecho en consideración exclusiva de las cualidades de aquél, que tal vez no concurren en sus herederos, y por tanto, no es transmisible á éstos:

3º Por incapacidad declarada en forma, esto es, por sentencia ejecutoria, pues el estado mencionado que acredita que el incapaz es inhábil para administrar sus bienes, y ma-

1 Art. 3,754, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,770, Cód. Civ. de 1884.

lamente puede tener la administración de los ajenos quien no puede gobernar los propios:

4º Por excusa que el Juez califique delegítima con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores ó el Fisco:

5º Por el lapso del término señalado por el testador ó por la ley:

6º Por remoción, la que no tendrá lugar sino por sentencia pronunciada á petición de parte legítima y con audiencia del interesado.

Si se comparan los modos expresados de terminar el cargo de albacea con los que señala el artículo 2,524 del Código Civil como causa de extinción del mandato, encontraremos que son exactamente los mismos, lo cual se explica fácilmente, si se recuerda que el albaceazgo es una especie de mandato que está regido por reglas idénticas á las que dominan en este contrato.

Por tal motivo, podemos establecer que las explicaciones que dimos acerca de los modos de extinguirse el mandato, son aplicables á los modos de terminarse el cargo de albacea, porque se apoyan en los mismos principios y en los mismos fundamentos.

Por lo demás, el artículo 3,749 del Código, que enumera los modos de terminar el cargo de albacea, nada nuevo nos enseña, porque éstos estaban previstos por nuestra antigua legislación, como puede verse en la ley 8ª y otras del Tít. X, Partida VI.
