

## COMPARACION DEL ALBACEAZGO CON EL MANDATO ORDINARIO

POR FRANCISCO ELADIO TOBAR

-PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL. SUCESIONES-

Si se tiene en cuenta el origen de nuestro derecho civil, en el primitivo derecho romano fué desconocida la actual institución del albaceazgo, porque los encargados de ejecutar las reglas de la sucesión por causa de muerte, fueron los herederos como continuadores de la persona del extinto. Vino la creación de ejecutores testamentarios por el impulso de las ideas cristianas para la ejecución de legados píos. Distinguíéronse en el derecho español cuatro clases de albaceas: testamentarios, legítimos, convencionales y dativos. El Fuero Juzgo concedió a los obispos algunas atribuciones para vigilar la ejecución de los legados píos; y las leyes de las Siete Partidas aumentaron ese poderío que después restringieron las leyes de Toro, y la Novísima Recopilación.

Ante las Decretales de Gregorio IX, en el viejo derecho francés se conoció el albaceazgo que fue acogido por el derecho canónico.

Llámase ejecutor testamentario o albacea la persona a quien el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones (art. 1327 del Código Civil). El vocablo albacea viene del árabe, y significa el que hace cabeza, por lo cual se le llama también cabezalero.

El mandato ordinario es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera (Art. 2.142 del C.C.). Es, por tanto, el albaceazgo un mandato, porque va a gestionarse negocio de otros. Pero tiene diferencias muy profundas con el mandato ordinario. Así, en el último, la muerte del mandante produce la terminación del encargo; mientras que en el albaceazgo el fallecimiento del testador hace que nazca el mandato especial (Art. 2.189-5º).

Por cuanto el mandato ordinario procede de un contrato consensual, para su perfeccionamiento no se requiere ninguna formalidad; al paso que el albaceazgo es solemne, ya que se necesita esencialmente el testamento.

El mandato ordinario puede ser conferido a un menor aún no habilitado de edad (Art. 2.154) y a muchas de las personas que determina el Art. 596 del Código citado, personas éstas que están incapacitadas para ser albaceas (Art. 1.329).

Quizás proceda anotar la mucha severidad que resulta de la aplicación integral de las causales que enuncia el Art. 586, bien que tales personas desde el Fuero Real de España se encuentran incapacitadas para ser albaceas. Esto puede desviar un poco las características de la confianza que el testador deposita en la persona que elige para el encargo. Puede suceder que aquel, conocedor de algunos defectos físicos o morales en el que designa, lo considere apto para la recta ejecución de ese mandato especial. El encargo de que se trata no tiene funciones públicas como en las guardas. Preferible sería sobre la materia lo que dispone el Código Francés que limita las incapacidades a las personas que no pueden obligarse por sí mismas.

El mandatario ordinario sí puede ser ejecutor testamentario, siempre que no lo comprendan ninguna de las incapacidades predichas.

Las personas jurídicas pueden ejercer el albaceazgo, como los bancos, según la Ley 45 de 1923. También están inhabilitados los empleados del orden judicial y los del Ministerio Público.

Al decir del Art. 2.161 el mandatario puede delegar el encargo, salvo que expresamente se le haya prohibido; de acuerdo con el Art. 1.337 el albacea no puede delegarlo, a menos que el testador le haya dado esa facultad.

No puede el testador ampliar las facultades que la ley impone al albacea ni exonerarlo de ellas, según se hallan unas y otras definidas en el título de que se trata. En el mandato ordinario el mandante y el mandatario que lo contratan, son quienes determinan la extensión del encargo. El albaceazgo, como mandato *sui generis* está sujeto a una reglamentación estricta; no se impone esto en el mandato ordinario. (Art. 1.355).

El albacea nombrado puede rechazar libremente el cargo, pero si eso hiciere sin probar inconveniente grave, se hará indigno de suceder al testador, con arreglo al Art. 1.028 inciso 2º del Código (Art. 1.334). Es libre para aceptar el mandatario ordinario.

El albaceazgo no es transmisible a los herederos del albacea (Art. 1.336). Acerca del mandato ordinario, sabida la muerte del mandante, si de suspenderse sus funciones se sigue perjuicio a los herederos de aquél, estará obligado el mandatario a finalizar la gestión principiada; ni se extingue el mandato por la muerte del mandante, cuando está destinado a ejecutarse después de ella, pues los herederos suceden en este caso en los derechos y obligaciones del mandante (Arts. 2.194 y 2.195).

De conformidad con el Art. 1.338, siendo muchos los albaceas, todos son solidariamente responsables, a menos que el testador los haya exonerado de la solidaridad, o que el mismo testador o el Juez dividan sus atribuciones, y que cada uno se ciña a las que le incumban. La ley no establece la solidaridad cuando sean varios los mandatarios.

Los herederos no pueden revocar el cargo, mientras que el mandato ordinario termina con la revocación del mandante. Pero aunque el uno y el otro responden de la culpa leve en el desempeño, el albacea puede ser removido por culpa grave o dolo, a petición de los herederos, o del curador de la herencia yacente, y en cuanto al dolo tiene graves sanciones, como la de ser indigno, de tener en la sucesión parte alguna y de indemnizar cualquier perjuicio de los interesados; además ha de restituir todo lo que haya recibido a título de retribución (Art. 1.357, 2.155). En lo de la culpa se atiende a las normas del Art. 1.604 del Código.

Ha de notarse que aunque en materia civil —Art. 63-1 del Código—, la culpa grave equivale al dolo, no existe esa equivalencia en cuanto a la remoción del albacea. El dolo es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, y la culpa grave no contiene siempre esa intención. La culpa grave y el dolo bastan para justificar la remoción del ejecutor testamentario, y de acuerdo con reglas generales, ambos producen la exigencia de indemnización; el dolo conforme al Art. citado es causal para perder por indignidad su cargo y todos sus otros derechos en la sucesión. Acaso sea defectuosa la redacción de dicho artículo.

Termina el mandato ordinario por la quiebra o insolvencia del mandatario (Art. 2.189, ordinal 6º). No se encuentra en el título del albaceazgo que éste termine por ninguno de esos quebrantos.

En lo tocante a parecer en juicio, también se encuentran diferencias entre el mandato ordinario y el albaceazgo; en el primero el mandatario puede comparecer en

todas las ocasiones que exprese su título. En orden al segundo, tiene el albacea facultades diferentes según le haya dado al testador la tenencia de los bienes, o que no se la haya concedido. En el primer caso le asisten las mismas facultades de guardador de bienes y por lo mismo la administración de éstos. Cuando no se le ha dado la tenencia sólo le alcanza su poderío para defender la validez de la memoria testamentaria, o cuando es necesario para llevar a efecto las disposiciones comparece para contradecir la demanda de nulidad del testamento, la cual debe dirigirse no contra el albacea sino contra los herederos, salvo que esté provisto de la tenencia y ningún asignatario ha aceptado. Reza el artículo 1352 del Código que en todo caso lo hará con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente.

Hay otras diferencias accesorias como las relativas a la duración de los dos cargos, a la remuneración, etc., diferencias que se fundan en que en el mandato el mandante dispone de sus bienes propios, y por el contrario cuando se sirve el albaceazgo, el ejecutor opera no sobre bienes del que lo nombró sino de terceros.

#### *Semejanzas principales entre el albaceazgo y el mandato Ordinario*

Se parecen en lo siguiente: a)—En que el mandato es intransmisible a los herederos del mandatario, con la salvedad antes anotada, y también intrasmisible en el albaceazgo. (art. 2.189 - 5º y 1.336); b)—En que el albaceazgo es por su naturaleza remunerado, al contrario de lo dispuesto en el derecho francés, en que el albaceazgo es por naturaleza gratuito, y es también remunerado el mandato (arts. 1.359 y 2.143). De anotar es que el mandato puede ser gratuito. c)—En que la aceptación en los respectivos cargos es voluntaria (arts. 1.334 y 2.176). d)—Acerca de las facultades y deberes respecto a la seguridad de los bienes (arts. 1.341, 2.158 y 2.160); e)—Uno y otro responden hasta de la culpa leve en el desempeño de su cargo (arts. 1.356 y 2.184); f)—en lo de la obligación de rendir cuentas de su administración (arts. 1.366, 1.367 y 2.181). El testador no puede relevar al albacea de esta obligación, porque administra negocio ajeno; puede sí relevarlo el mandante porque maneja lo suyo.

#### NOTAS

Se agrega a lo que precede lo siguiente: el art. 1.337 del Código que hace indelegable el albaceazgo, tiene

por fundamento el que ese cargo es por su naturaleza fiduciario. Empero, la ley autoriza la delegación cuando el testador así lo expresa; aquello por presumir que no quiere que ese cargo lo desempeñe otro, más no se opone la ley a esta autorización en prueba de la mucha confianza que el decujus tiene en él nombrado. Acaso sería mejor que no se diera al albacea la facultad de delegar el albaceazgo, porque fuera de ser peligroso para los herederos, se contraría el sistema legal que establece el art. 1.337 de que la facultad de testar es indelegable. Por tal facultad se quiebra tan severa orden.

Los términos del art. 1.358 del Código son vagos, por decir los menos, cuando prohíbe al albacea llevar a efecto ninguna disposición del testador, en lo que fuere contrario a las leyes, so pena de nulidad, y lo que es más grave, de considerársele culpable de dolo. Si, por ejemplo, un testamento contiene donaciones que dañan los derechos de los legitimarios, que por lo tanto son contrarios a la ley, si éstos son personas capaces y de nada se quejan, no entablan la acción de reforma de la carta testamentaria, esto es, consienten en lo ordenado, por el disponente, no por eso puede dejar de cumplir el albacea lo de las donaciones. A éste no puede concedérsele la facultad de enmendar los yerros del testador; y si los herederos capaces pasan por ellos, él está obligado a cumplir la voluntad de aquel; de lo contrario afectaría el buen orden jurídico. El artículo materia de este comentario se refiere, sin duda, al caso de que en el testamento aparezcan disposiciones inmorales o contrarias al orden público. Hay una cantidad determinada para un fin inmoral, entonces el albacea no debe y no puede cumplir esa disposición, porque ella sería nula.

El título estudiado en lo de la ordenación del testamento, institución que tiene su origen en la naturaleza y no en la ley civil. Antes de la ley humana fue reconocido el derecho de disponer de los bienes para después de la muerte y esa facultad es como la máxima ejecutoria del derecho de dominio. Pálpase así en el caso de Abraham, quien no tenía otra ley que la natural e instituyó como su heredero a su hijo Isaac de la mayor parte de sus bienes, dejando a sus otros hijos donaciones pequeñas. Este concepto lo confirma el inmortal León XIII en su encíclica *Rerum Novarum*. Suyas son estas palabras de plena sabiduría, que en resumen hacen notar que la naturaleza impone al padre el deber de alimentar y de cuidar de sus hijos, porque lo inspiran la preocupación del porvenir y de crearles un patrimonio que les ayude a defenderse en

la tortuosa travesía de la vida contra las sorpresas de la fortuna. Agrega que este patrimonio no podría crearlo sin la posesión de bienes permanentes que les pudiera transmitir por vía de herencia. Y su Santidad Pío XI en su encíclica "Cuadragesimo Anno", de 15 de mayo de 1931 expone que el Estado debe respetar el derecho de transmitir los bienes por medio de herencia.