

EL ALBACEAZGO

JORGE LUIS MESA ACOSTA

LIZANDRO BARRANCO DE LA HOZ

Trabajo de Grado presentado como  
requisito parcial para optar al título de ABOGADO.

ASESOR: DR. BLAS CASTILLO DÍAZ.

ABOGADO.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1992

DR # 0185



DATE

Barranquilla, Junio 23 de 1992.

Doctor

CARLOS LLANOS SANCHEZ.

Decano Facultad de Derecho.

E. S. D.

Apreciado Doctor:

En mi condición de Director de la tesis titulada "EL ALBA-CEAZGO" presentada por los egresados JORGE LUIS MESA ACOSTA y LIZANDRO BARRANCO DE LA HOZ, me permito señalar que estamos ante un tema de gran importancia y actualidad, tratado por los egresados con gran propiedad jurídica, con una amplia y adecuada referencia histórica en el mundo y en Colombia.

Por todo lo anterior y por reunir este trabajo los requisitos académicos le imparto mi aprobación, para que los aspirantes sustenten su trabajo.

Sin otro particular y agradeciendo de antemano el honor dispensado me es grato repetirme su atento y seguro servidor.

Cordialmente,



BLAS CASTILLO DÍAZ..

DIRECTOR.

Nota de Aceptación

---

---

---

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

Barranquilla, Junio 23 de 1992.

PERSONAL DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

RECTOR : DR. JOSE CONSUEGRA BOLIVAR  
VICERECTOR : DR. EUGENIO BOLIVAR  
SECRETARIO GENERAL : DR. RAFAEL BOLANOS  
DECANO : DR. CARLOS LLANOS SANCHEZ  
SECRETARIO ACADEMICO : DR. PORFIRIO BAYUELO  
DIRECTOR CONSULTORIO JURIDICO : DR. ANTONIO SPIRKO

BARRANQUILLA, 1992

## AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos:

Al Doctor CARLOS LLANOS SANCHEZ, Decano de la Facultad de Derecho.

Al DOCTOR BLAS CASTILLO DIAZ, Juez Séptimo de Familia por su valiosa asesoría.

Al cuerpo de Profesores de la Universidad Simón Bolívar.

A todas aquellas personas que de una u otra forma colaboraron en la realización del presente trabajo.

## DEDICATORIA

A la memoria de mi difunto padre, gestor de todos mis triunfos.

A mi madre quien con su abnegada labor es el eje principal de todas mis actividades.

A mis hermanos quienes creyeron en mí y me apoyaron irrestrictamente.

A mi pueblo que espera que sus hijos profesionales sean los encargados de dar a conocer sus problemas y de buscar la solución a ellos.

Jorge Luis.

## DEDICATORIA

A la memoria de mi hermana MONICA DEL CARMEN .(Q.E.P.D.) comparto con ella este triunfo el cual habia fijado como meta para sí y por quien le ruego al señor corone de gloria en el cielo y nos conceda la dicha de en un mañana volvernos a encontrar.

A mis padres SOCORRO y NICOLAS los cuales me brindaron su apoyo y orientaron por el camino de la superación.

Lizandro.

## TABLA DE CONTENIDO

	pág
0. INTRODUCCION	6
0.1. ESCOGENCIA DEL TEMA	8
0.2. DELIMITACION DEL TEMA	8
0.2.1. Delimitación en el espacio	8
0.2.2. Delimitación en el tiempo	9
0.2.3. Delimitación jurídica o temática	9
0.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
0.4. JUSTIFICACION TEORICO-PRACTICA	10
0.4.1. Justificación teórica	10
0.4.2. Justificación práctica	10
0.5. OBJETIVOS	11
0.5.1. Objetivo general	11
0.5.2. Objetivos específicos	11
0.6. HIPOTESIS	11
0.7. SELECCION DE VARIABLES	12
0.8. METODOLOGÍA	12
1. SUCESION POR CAUSA DE MUERTE	13
1.1. FUNDAMENTO	13
1.2. ETIMOLOGIA	15

1.3. CONCEPTOS	16
1.4. COMO MODO DE ADQUIRIR	18
1.5. CLASES DE SUCESION O ADQUISICION	20
1.5.1. Testamentaria	20
1.5.2. Intestada o abintestato	24
1.6. UBICACION DEL ALBACEAZGO	28
2. EL ALBACEAZGO	30
2.1. ORIGEN DE LA INSTITUCION	30
2.2. ETIMOLOGIA	32
2.3. UTILIDAD DE LA INSTITUCION	32
2.4. DEFINICION	33
2.5. NATURALEZA JURIDICA DE LA INSTITUCION	35
2.6. COMPARACION DEL ALBACEAZGO CON EL MANDATO	39
2.7. ALBACEAZGO Y REPRESENTACION	43
2.8. NOMBRAMIENTO DEL ALBACEA	45
2.8.1. Quiénes pueden nombrar albaceas	45
2.8.2. Calidades para ser albacea	47
2.8.3. Incapacidades	48
2.9. ACEPTACION DEL ALBACEAZGO	55
2.10. CARACTERISTICAS	58
3. ALBACEAS FIDUCIARIAS Y OTRAS CLASIFICACIONES	62
3.1. ALBACEA FIDUCIARIA	62
3.1.1. Origen y naturaleza	62
3.1.3. Diferencias entre el albaceazgo fiduciario y la asignación de fideicomiso y el albaceazgo ordinario	65

3.1.4. Designación del albacea fiduciaria	67
3.1.5. Calidades para ser albacea fiduciario	67
3.1.6. Cuantía de lo que puede destinarse a encargo secreto	69
3.1.7. Juramento del albacea	73
3.1.8. Acumulación de las calidades de albacea ordinario y albacea fiduciario	75
3.1.9. Caución a que es obligado	76
3.2. ALBACEA SIN TENENCIA DE BIENES Y ALBACEA CON TENENCIA DE BIENES	79
3.3. ALBACEAS UNIVERSALES Y ALBACEAS FIDUCIARIAS	80
CONCLUSIONES	82
BIBLIOGRAFIA	86

## O. INTRODUCCION

El estudio de la institución del albaceazgo, constituirá un trabajo de investigación y análisis, en aras a determinar sus aspectos básicos y constatar su vigencia e importancia en la esfera del actual Derecho Sucesorio Colombiano.

El tratado comprenderá inicialmente, una descripción del sistema sucesoral testamentario dentro del cual se ubica la institución en mención. Posteriormente, el estudio se centrará en el albaceazgo propiamente dicho, abarcando desde la historia hasta lo actual, desde sus orígenes hasta su finalización, además analizaremos lo relativo a su naturaleza, que será determinante para entender la regulación de la que es objeto por nuestra legislación civil, la cual explicaremos en cada uno de sus artículos.

Consideramos que además de estos aspectos, es importante que tratemos someramente las diversas clases de albaceazgo adoptadas por la doctrina, así como la que acoge nuestra legislación civil. Una vez explicadas las clases de alba-

cea, nos extenderemos a las atribuciones y deberes que a ellos se les otorga por ley. Pretendemos de esta forma, hacer un análisis pormenorizado, pero a la vez sencillo y claro, que nos lleve a comprender la institución del albaceazgo en toda su dimensión y lograr los objetivos propuestos anteriormente.

## 0.1. ESCOGENCIA DEL TEMA

Escogimos el tema de El Albaceazgo, debido a la importancia que éste representa para la familia, ya que los herederos tienen el deber de asegurar la ejecución de la última voluntad del de cujus, pero éstos están naturalmente inclinados a descuidarla, cuando es onerosa a sus intereses. Así, no es raro ver a los herederos descuidar los encargos para defender sus propios intereses, por eso es preferible la existencia de una persona específicamente encargada de ejecutar las disposiciones testamentarias que no tenga otros intereses diferentes a los propios del encargo.

## 0.2. DELIMITACION DEL TEMA

Para estudiar la importancia del albaceazgo nos limitaremos en el tiempo y en el espacio.

0.2.1. Delimitación en el espacio. Se desarrollará dentro del territorio Colombiano.

0.2.2. Delimitación en el tiempo. Se desarrollará desde el surgimiento de ésta hasta la historia actual.

0.2.3. Delimitación jurídica o temática. Este trabajo de investigación se basa específicamente sobre El Albaceazgo es un mandato, es decir que la descripción del albacea entre como ingrediente legal la figura de la representación. Esta posición es apenas lógica, ya que como efectos del mandato se anota la representación, ahora bien, la ley considera que es eficaz y tutelable.

### 0.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Albacea es un concepto jurídico respecto del cual existe discusión etimológica por sus interminables definiciones. De igual manera su origen no ha podido ser determinado con exactitud en el tiempo.

De lo anterior se desprende que el albaceazgo desde su aparición en la vida jurídica, ha tenido una serie de contratiempos que en los momentos actuales se manifiestan desde el punto de vista doctrinario, al sostener que el albaceazgo es insuficiente para obtener los fines que lo inspiran o que es de escasa importancia en razón de las limitaciones a la libertad de testar.

Lo que si no es objeto de discusión sin pretender restar-  
le importancia a la institución es que en muchas ocasiones  
es origen de múltiples problemas.

De lo precedente se desprende la necesidad de razonar  
y recepcionar toda una serie de reflexiones y conclusiones  
sobre el albaceazgo para precisar desde el ámbito civil  
y doctrinario el papel, desarrollo y progreso del albaceaz-  
go, con el propósito de resaltar la importancia y validez  
del albaceazgo para las sucesiones por causa de muerte  
en las cuales muchas veces sus herederos descuidan sus  
encargos para defender sus propios intereses.

#### 0.4. JUSTIFICACION TEORICO-PRACTICA

0.4.1. Justificación teórica. El primer deber de los  
albaceas, y que la ley les impone es velar por la segu-  
ridad de los bienes; se trata de una obligación y no de  
un derecho, ya que la norma habla de "tocar" y no de "pue-  
de".

0.4.2. Justificación práctica. De esta forma, el testador  
designar<sup>a</sup>a a la persona del albacea, para que ocurrida  
la apertura de la sucesión, se encargue en primer lugar  
de la conservación de todos los bienes que la constitu-  
yen mientras que los llamados a suceder al causante, ma-

nifestan si aceptan o repudian la herencia. Esta función, busca conservar la integridad del patrimonio, o sea lograr la seguridad real de la sucesión.

## 0.5. OBJETIVOS

0.5.1. Objetivo general. Analizar desde el ámbito doctrinario y del derecho civil, las funciones e importancia del albaceazgo, con el fin de asegurar su validez para la sucesión.

0.5.2. Objetivos específicos. Definir los perfiles doctrinarios respecto al origen e importancia de albaceazgo.

- Determinar los aportes del derecho civil a la institución del albaceazgo.
- Evaluar la validez del albaceazgo para las sucesiones por causa de muerte.

## 0.6. HIPOTESIS

La institución del albaceazgo desde el pasado no ha recibido el análisis profundo que merece por lo tanto, esto repercute en su poca efectividad actual.

## 0.7. SELECCION DE VARIABLES

Los innumerables desacuerdos y discusiones acerca del origen e importancia del albaceazgo incide en su debilidad como institución jurídica.

La ausencia de una recopilación seria sobre el albaceazgo en el derecho civil, impide la orientación clara sobre su objeto y acción.

La poca información del albaceazgo para las sucesiones por causa de muerte está repercutiendo para que no se tenga confianza en la ejecución testamentaria.

## 0.8. METODOLOGIA

La metodología se fundamenta en la proyección de la misma, y la técnica de investigación que se utilizan para el desarrollo es la bibliografía de libros, el método funcionalista desde el punto de vista descriptivo.

## 1. SUCESION POR CAUSA DE MUERTE

### 1.1. FUNDAMENTO

La sucesión por causa de muerte tiene como supuesto fundamental la muerte de una persona, tomando ésta como la terminación de la persona humana.

Consiste la sucesión, en términos generales en subentrar una persona en el puesto de otra, en una relación jurídica, que, no obstante tal transmisión sigue siendo la misma; ahora bien, cuando ese plazo de una persona por otra tiene como causa de la muerte de la persona a quien se reemplaza, nos encontramos ante la institución de la sucesión mortis causa.

La institución de la sucesión por causa de muerte es admitida en cualquier sentido jurídico, en donde se le reconozca a los individuos ciertos poderes sobre las cosas materiales y la facultad de unir relaciones entre sí; precisamente porque esas relaciones y esos poderes no pueden quedar en el aire al momento del

fallecimiento de su titular, es que se prevee la sucesión mortis causa para evitar desórdenes sociales y obstáculos en el tráfico jurídico, y de esta forma alguien se haga cargo de ellos.

Teóricamente, estos poderes y relaciones podrían atribuirle al Estado; pero por inconveniente de tipo práctico esta solución no ha sido adoptada ni aún en régimen socialista. En contrario, en los países civilizados se admite una sucesión mortis causa fundada sobre:

- La heredabilidad general de los derechos patrimoniales no personalizan.
- La intervención más o menos amplia de la voluntad del difunto en la disolución de su sucesor.
- El llamamiento de los familiares.
- La sucesión o el reemplazo de una persona por otra en una o más relaciones jurídicas también se puede dar entre otros vivos, como el caso de una cesión de un crédito, en donde el cesionario es un sucesor del acreedor cedente. Lo importante en el caso de la sucesión mortis causa y lo diferenciador de la sucesión inter vivo es que la sucesión o el reemplazo tenga como causa

la muerte de la persona a quien se reemplaza (el de cujus) y que el causa habiente (s) sustituya al difunto en la titularidad de sus bienes y deudas y en el gobierno y administración de su patrimonio tendientes a lograr que las relaciones económicas puedan subsistir.

Es así, la sucesión por causa de muerte, no solamente una adquisición de cosa por el sobreviviente, sino un fenómeno complejo de sustitución del difunto por alguien que se haga cargo de sus relaciones y haberes.

## 1.2. ETIMOLOGIA

La palabra sucesión como fenómeno genérico, proviene de la voz latina SUCESIO-ONIS que tiene varias acepciones: acción y efecto de suceder.

Continuación como heredero o legatario en la posición de los bienes del causante.

La descendencia misma del fallecido.

Los bienes propios del causante que trasmite a sus herederos.

### 1.3. CONCEPTOS

Jurídicamente hablando la sucesión es un modo de adquirir el dominio mediante el cual el patrimonio de una persona denominada causante se transmite a otra llamada causahabientes. Particularmente, la sucesión por causa de muerte es aquella en la cual existe la transmisión o la totalidad o parte del patrimonio de una persona llamada de cujus a otra u otras llamadas causahabientes, encontrándose su causa en la muerte del primero y operando por mando de la ley o de la institución testamentaria.

En general, dice Castan Tobeñas, podemos conceptualizar la sucesión mortis causa como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmitibles dejado a su muerte por otra.

La sucesión por causa de muerte es de gran trascendencia en materia ya que no solo se regula como modo de adquirir el dominio, sino que también se ocupa de esa institución en un libro especial del código civil, cual es el libro III denominado " de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos"; este libro se inicia comentando como se puede suceder a una persona difunta o sea a la persona del causante.

La sucesión universal supone el paso uno ictu (de un golpe) en bloque, sin que tenga que operarse una serie de formalidades previstas en la ley para la transmisión de cada uno de los bienes individualmente considerados que forman la masa sucesorial, desde el patrimonio de una persona al de la otra u otras.

Hablando por imágenes la sucesión a título universal viene a ser como el ingreso a un cargo. El designado se encuentra al llegar a su cargo en una serie de asuntos en marcha, que no se han interrumpido por el cese de quien antes lo desempeñaba; con un conjunto de obligaciones, convenciones, promesas, hechas o contraídas por su antecesor en cuanto del titular del cargo, y que le vinculan a él en la misma calidad; con una posibilidad de exigir exacciones, prestaciones, servicios obediencia que confiere el cargo a cualquiera que lo ostente.

El sucesor universal pasa a asumir la posesión que anteriormente tenía otro titular, respecto de un mismo patrimonio, la diferencia con el ejemplo propuesto anteriormente, es que el cargo supone la existencia de un patrono a quien se ha de servir, o sea que supone la existencia de otra personalidad, mientras que en la sucesión a título universal el que asume el patrimonio no le

sirve a otra personalidad, sino que la sustituye con la suya propia.

Cuando la sucesión es a título singular, el sucesor no recibe sino la especie o cuerpo cierto designado en forma específica por el testador.

Ejemplo: Juan como causante dispone su testamento plenamente válido que después de sus días, Diego lo sucede en los derechos que tiene sobre una vaca.

En el caso de la sucesión a título universal, el sucesor recibe el nombre de heredero, o sea que sucede al causante en una parte o en la totalidad de su patrimonio, y en el segundo caso, el sucesor recibe el nombre de legatario.

#### 1.4. COMO MODO DE ADQUIRIR

La sucesión por causa de muerte, anotamos anteriormente, es un modo de adquirir el dominio en virtud del cual el patrimonio del causante o parte de él, se transmite a otra llamada causahabiente.

El artículo 663 del C.C. Colombiano al enumerar los modos de adquirir el dominio establecen entre ellos la sucesión por causa de muerte; éste, da origen al

derecho real de herencia, que constituye una relación básica entre un heredero y un patrimonio; o sea que la vinculación de la persona es sobre la universalidad.

Los modos de adquirir el dominio se dicen que son originarios y derivativos. Los modos originarios son aquellos en los que se adquieren el dominio independientemente del derecho de otra persona incorporada a esa cosa; son: La ocupación, la accesión y la prescripción y los modos de adquirir el dominio derivativo son aquellos en los cuales se adquiere el dominio con fundamento en el derecho precedente de quien tenía la cosa; aquí ubicamos la tradición y la sucesión por causa de muerte.

Ahora, tenemos que ver como jurídicamente para que opere la transmisión de un patrimonio o parte de él desde una persona a otra, además de un modo se requiere la existencia de un título, o sea la causa de ejecutar el modo; este título en materia de sucesión por causa de muerte solo puede serlo la ley o el testamento, según que sea el uno o el otro, estaremos frente a la sucesión abintestado o la sucesión testamentaria.

## 1.5. CLASÉS DE SUCESION O ADQUISICION

1.5.1. Testamentaria. En general podemos decir que la sucesión por causa de muerte opera a través de las disposiciones testamentarias y en ausencia de éstas por las disposiciones legales. En el primer caso, nos encontramos en la presencia de la sucesión testamentaria, y en el segundo caso estamos ante la sucesión intestada o abintestada.

La sucesión testamentaria como su nombre lo indica se da cuando el causante realiza un testamento con la observancia de la plenitud de las formas legales y en este dispone quien ha de continuar con la titularidad o parte de sus bienes, derechos y obligaciones.

En esta materia consideramos indispensables recordar las principales características del testamento:

El testamento es definido por el art. 1055 del C. C. como: " un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efectos después de sus días, observando la facultad de revocar las disposiciones contenidas mientras él viva".

Las principales características del testamento son:

Es un acto jurídico, esto quiere decir, que a través del testamento, el testador expresa su voluntad con el fin de que se produzca efecto jurídico.

Es un acto unilateral, significa, que es la expresión de una persona y no de varias personas a la vez, o sea que se excluye la posibilidad de testamento mancomunado.

Es un acto solemne; a pesar de que la definición del código civil dice que es un acto más o menos solemne, lo que quiere significar, es que siendo siempre solemne en algunas ocasiones es más solemne que en otras, esto así, como el testamento nupcial o abierto y el cerrado son más solemnes que los llamados testamentos privilegios que son menos solemnes y entre los cuales se encuentra el testamento verbal, el marítimo y el militar.

Es un acto dispositivo, esto es cuanto a la generalidad de las cláusulas contenidas en el testamento, dan una serie de actos ajenos a la disposición de bienes con el reconocimiento de un hijo natural del causante o el nombramiento de un albacea.

Esto es un acto indelegable. Esto quiere decir:

- Que no se puede constituir apoderado, mediador, etc, para otorgar testamento.
- No se puede constituir heredero o legatario para que disponga de sus bienes a su arbitrio después de fallecido el causante.
- Tiene menos efectos después de la muerte del testador, esto salvo ciertos actos como el ejemplo anterior, el reconocimiento de un hijo natural que realiza el causante a través del testamento el cual va a producir plenos efectos desde el otorgamiento del mismo.
- Es esencialmente revocable en vida del causante en cuanto a la disposiciones relativas de sus bienes. En forma general, se puede afirmar que en nuestro medio la sucesión testamentaria está bastante intervenida, la voluntad del causante esta coartada por normas de tipo legal. Varias manifestaciones de lo comentado encontramos en la regulación legal del tema y las podríamos resumir así:

a. En primer lugar, vemos como el testamento por el mismo hecho de ser solemne está sometido a una gran

cantidad de requisitos para su validez.

b. Como consecuencia de lo anterior, vemos como se prohíbe en nuestro medio el testamento ológrafo, o sea el que otorga de puño y letra del causante sin en el cumplimiento de ninguna formalidad adicional.

c. La existencia de las asignaciones forzosas configuran tan solo una libertad relativa en el causante para testar, esta en términos generales consiste en ciertas cuotas de los bienes del causante que tienen destinación específica por la ley. Mediante la institución testamentaria de las asignaciones forzosas, se busca proteger a la familia de disposiciones en ciertas formas abusivas del causante, se encuentran enumeradas en el art. 1226 del C. C en las siguientes formas:

1. Los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas.
2. La porción conyugal.
3. Las legítimas y
4. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos.

1.5.2. Intestada o abintestato habiéndose tratado la sucesión testamentaria, debemos hacer una breve de la sucesión intestada.

Cuando se realiza comparativa las dos instituciones, la testamentaria y la intestada, observaremos como cronológicamente apareció primero la sucesión intestada, en la ley de las doce tablas, solo posteriormente como reconocimiento de derechos individuales fué que apareció la institución testamentaria.

El título II del Libro III del Código Civil Colombiano, establece las reglas relativas a la sucesión intestada, o mejor, nos da unas pautas sobre las reglas que regulan esta materia, a este efecto, el artículo 1037 establece como son las reglas que regularán la sucesión en los bienes sobre los cuales el difunto no ha dispuesto, o si dispuso no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones.

Lo expuesto por el artículo 1037 ya transcrito, son los eventos en los cuales será la ley y no el testamento, la que regule la sucesión en los bienes del difunto, resumiendo son los siguientes casos:

- Se impone la ley cuando no hay testamento .

- Cuando el difunto solo realiza el testamento para partes de sus bienes, la sucesión del resto de ellos se ha de regular por la ley.

- En el caso de que el difunto dispuso de sus bienes, pero no conforme a derecho, también se rige por la ley.

- Cuando el testador pese haber dispuesto de sus bienes conforme a derecho, sus disposiciones no produce efectos.

- También se ha de regular la sucesión del causante por la ley y no por el testamento en el caso de que el heredero repudie la sucesión.

- El repudio de la sucesión es un acto jurídico, el heredero, mediante la cual se despoja de su calidad de tal, esto produce efecto retroactivo a la delegación de la herencia o sea el actual llamamiento de la ley a aceptar o repudiar la herencia. Como produce tales efectos, el heredero no llega a ser considerado como tal, nunca.

Los mencionados anteriormente, los principios que gobiernan la sucesión intestada pero además hay otros principios que no pueden perderse de vista y son los siguientes:

- La unidad del patrimonio: Consiste en que todos los bienes en el derecho colombiano, reciben el mismo tratamiento jurídico. Se encuentra contenido en el art. 1038 del C. C., que a la letra dice: "La ley no atiende al origen de los bienes para arreglar la sucesión intestada o gravarla con restricciones o reservas".

Como comentario de carácter histórico, vale la pena mencionarse, que tanto éste principio como el que exponemos a continuación de la " igualdad de las personas ante la ley " y contenido en el artículo 1039 del C. C., tuvieron notable importancia en la época de Bello, pues anteriormente existían personas que tenían privilegios en razón de su situación dentro de la familia o por el origen de los bienes. Aparecen figuras así como el mayorazgo ( de mayor ) que era una institución por la que se separaba un conjunto de bienes de un patrimonio para formar con ellos una unidad inalienable, que se vinculaba a perpetuidad a una determinada familia, y se transmitía mediante un orden sucesorio especial, basado en que debían destinarse al primogénito, constituyéndose en una prerrogativa de éste.

Este fué un sistema utilizado por la nobleza para aumentar su poder mediante la contratación de la riqueza territorial, y el acaparamiento de los cargos públicos y ecle-

siásticos por los segundos.

El derecho de representación; este principio se encuentra consagrado en el artículo 1041 del C.C., en virtud del cual " se sucede abintestato, ya por derecho personal o por derecho de representación.

La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar, y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o su madre si ésta o aquel no quisiesen o no pudiesen suceder.

Se puede representar a un padre o a una madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación".

Para algunos, se anota como crítica a la definición del código, el hecho de ser considerada la representación como una ficción legal, ya que es una realidad jurídica.

Se puede afirmar, que la representación es una excepción al principio de que el pariente más próximo excluye al más lejano. La representación coloca a los parientes más lejanos que tiene derecho a ella, en el lugar del

pariente que no tiene derecho a heredar o que ha fallecido. Como ejemplo de la representación, tenemos el siguiente: Pedro tiene dos hijos de nombres Juan y José, José a su vez tiene otros dos de nombres Diego y Santiago y Juan tiene uno de nombre Carlos. Esto quiere decir, que Diego, Santiago y Carlos son nietos de Pedro; al fallecer Pedro, si José no quiere no puede heredar a su padre ( por ejemplo, por alguna causa de indignidad) entonces los nietos de Pedro e hijos de José (Diego y Santiago) entran a representar a su padre en la sucesión de su causante, o sea por ficción del derecho, entran a ocupar el lugar de José, y por consiguiente tendrán el grado de parentesco ( no de nietos, porque José , era hijo de Pedro) y los derechos hereditarios que tendría su padre.

#### 1.6. UBICACION DEL ALBACEAZGO.

Este punto se refiere simplemente a que una vez explicadas las clases de sucesiones por causa de muerte, sus características y sus puntos diferenciadores, tenemos que darle una ubicación al tema central de nuestra tesis.

Dentro de las clases de sucesiones se encuentra ubicada la institución del albaceazgo, dentro de la sucesión testamentaria, ya que es el albacea el encargado de eje-

cutar las disposiciones del testador contenidas precisamente en el testamento.

Habiéndose realizado la ubicación de la institución del albaceazgo dentro del gran contexto, de la sucesión por causa de muerte, propenderemos en los capítulos siguientes a evidenciar sus puntos más notables, así como las clases concebidas por la Doctrina.

## 2. EL ALBACEAZGO

### 2.1. ORIGEN DE LA INSTITUCION

El origen de la institución del albacea es bastante discutido, hasta el punto que no se ha podido determinar con exactitud su existencia en el derecho romano, el cual es base de nuestro sistema legislativo. Se asegura por mucha parte de la doctrina, que en el antiguo Derecho Romano no se conoció la actual institución del albaceazgo. Las personas encargadas de ejecutar el testamento fueron los herederos, como continuadores de la persona del testador.

Se considera que, en dicho derecho, no debieron ser necesarios en las primitivas formas de testamento en que la intervención de los comicios les daba el carácter de verdaderas leyes. Todo hace suponer que surgió la creación de ejecutores testamentarios con la propagación de las ideas cristianas, a consecuencia de los legados píos que no faltaban en las primeras épocas del cristianismo. Por esta razón, solo se encuentran regulados

en las últimas disposiciones de la legislación romana.

La institución tomó mayor desarrollo bajo los emperadores cristianos. Disposición curiosa del digesto realizada por León y Anthemius, es aquella según la cual, los legados dejados para el rescate de cautivos, cuando no se ha designado a una persona para la ejecución del mismo, le correspondería este cargo al obispo del lugar de origen del testador. Justiniano extendió esta disposición para el caso de legados destinados a los pobres y precisó los deberes y poderes del obispo, anotando que esta regulación se dió pese a permanecer la prohibición impuesta con anterioridad a los monjes y los clérigos de encargarse de la tutela de los impúberes. De esta forma, la legislación imperial influyó notablemente en pro de esta institución.

Como anotamos en un principio, siempre ha habido discusión acerca del origen de la institución del albaceazo, pero esta discusión no sólo se restringe al Derecho Romano, sino que también se extiende a otras regulaciones de gran trascendencia en los ordenamientos legislativos de carácter occidental, como el Germano, donde algunos - como Binder - afirman que el albaceazgo tuvo su origen en el derecho Germánico en desarrollo de la práctica del fiduciario o salmann, que solía emplearse para lograr

la ejecución de las disposiciones a causa de muerte.

## 2.2. ETIMOLOGIA

También existe discusión respecto a la etimología del vocablo: expondremos a continuación las que hemos obtenido:

Albacea proviene del término árabe Vaseya que significa encomendar y del artículo Al; para otros, su origen se encuentra en el término Quiva que significa Manda; también para otros proviene del vocablo Albazeha que significa Salud.

Por último, también se dice que proviene del árabe alwasya que significa la Manda o testamento.

## 2.3. UTILIDAD DE LA INSTITUCION

Igual que los puntos anteriores, este también es objeto de la controversia o por lo menos de diversidad de pareceres.

Algunos consideran que la institución del albaceazgo es insuficiente para obtener los fines que lo inspiran otros consideran que es de escasa importancia en razón

de las limitaciones a la libertad de testar.

Lo que sí no es objeto de discusión, sin pretender restarle importancia a la institución, es que en muchas ocasiones es origen de múltiples problemas.

Los que consideran de importancia la institución, anotan que los herederos tienen el deber de asegurar la ejecución de la última voluntad de cujus, pero éstos están naturalmente inclinados a descuidarla, cuando es onerosa a sus intereses. Así, no es raro ver a los herederos descuidar los encargos para defender sus propios intereses, por eso es preferible la existencia de una persona específicamente encargada de ejecutar las disposiciones testamentarias que no tenga otros intereses, por eso es preferible la existencia de una persona específicamente encargada de ejecutar las disposiciones testamentarias que no tenga otros intereses diferentes a los propios del encargo.

#### 2.4. DEFINICION

Respecto de la definición del albacea, podemos hacer alusión a varios autores, entre los cuales tenemos a Aubry y Rau para quienes: "El executor testamentario es un mandatario impuesto por el testador a sus herederos

a legatarios universales, con el fin de obtener una más segura, más exacta y más diligente ejecución de sus últimas voluntades".

Colin y Capitant, definen al albacea de la siguiente forma: El ejecutor testamentario es una persona elegida por el difunto en un testamento y encargada del mandato de asegurar la ejecución de sus últimas voluntades "particularmente el pago de los legados". De otra parte Planiol y Ripert consideran que se llama ejecutor testamentario, un mandatario elegido por el difunto para asegurar la ejecución de su testamento".

También tenemos la definición adoptada por Sánchez Román de la siguiente manera: " Los albaceas o testamentarios no son otra cosa que las personas a las cuales el testador encarga la ejecución de su última voluntad".

Otras definiciones son las siguientes:

Marcadé dice también que: El ejecutor testamentario es un mandatario que el testador designa para velar después de su muerte por la ejecución de los legados. El autor Rogran, considera que " los ejecutores testamentarios son personas nombradas por el testador para velar por la completa ejecución de las voluntades.

Casi todas las definiciones transcritas concuerdan en ciertos puntos son las que recopila nuestro código civil en el art. 1327 de la siguiente forma: Ejecutor testamentario, es aquel a quien el testador da el cargo de hacer sus disposiciones. Para efecto de nuestro trabajo, adoptaremos esta definición.

Lo que sí no es objeto de discusión, sin pretender restarle importancia a la institución, es que en muchas ocasiones es origen de múltiples problemas.

## 2.5. NATURALEZA JURIDICA DE LA INSTITUCION

El velar por la ejecución del testamento, es decir, por el cumplimiento de su última voluntad, puede encomendarse al testador a las personas que elija. Estas se llaman albaceas y se designan en testamento.

Acerca de la naturaleza jurídica de esta institución, podemos afirmar que es y ha sido de las cuestiones largamente controvertidas. Planteada en forma reiterada por la doctrina, cualquiera que sea el ordenamiento jurídico sobre el cual versa el trabajo de interpretación, se llega a soluciones que aún pueden trascender la órbita propia de cada sistema. Es seguramente la semejanza con otras instituciones, lo que ha producido esta serie de

opiniones controvertidas.

Pretendemos en este punto hacer un breve resumen acerca de las diversas clases de consideraciones que ha tenido esta institución. Fundamentalmente son las siguientes:

- Se considera al albacea como un delegado que el testador impone a sus herederos y legatarios de cuota, con el fin de obtener una más segura, exacta y diligente ejecución del testamento; dicha delegación, sólo podrá hacerse efectiva después de ocurrido el fallecimiento del testador y llevará en cierta medida la restricción de los derechos pertenecientes a los sucesores universales. Es criticable esta posición, porque la delegación implica una figura semejante a la del mandato, el cual será objeto de un análisis posterior en sus semejanzas y diferencias con el albaceazgo.

- Se dice también que el albaceazgo es un oficio de amigo, basado en la confianza que en este ha tenido el testador. Esto es cierto en cuanto a su fuente, pero no justifica toda la institución.

- Algunos sostienen que el albacea es un legatario especial que recibe su remuneración con la carga de velar por la ejecución del testamento. Esto no es exacto, porque

este cargo no solamente puede ser gratuito sino que su titular no se encuentra en la naturaleza de asignatario, ni requiere los requisitos de éste último (capacidad, dignidad y vocación).

- Así mismo, se considera al albaceazgo como una curaduría especial con la función de velar por la ejecución del testamento (albacea con tenencia de bienes) y en ciertos casos, con la administración de la herencia (albacea con tenencia de bienes) y la característica de sustituir al Curador de la herencia yacente. Formalmente se asemejaría a la curaduría, pero ello no ocurre, por cuanto el albaceazgo no surge con ocasión de incapacidades o imposibilidades formales para administrar, ni se crea para suplirlas, y tampoco genera representación alguna, tal como se verá posteriormente.

En cuanto a la naturaleza del albaceazgo, podemos anotar, que ésta es una institución jurídica exclusiva de la sucesión por causa de muerte de carácter testamentario, que por sus características es sui generis dentro del estudio general del derecho, lo cual no implica que excluya la aplicación de otras normas y particularmente las relativas al mandato.

Comentando la naturaleza del albaceazgo, dicen los autores

de la enciclopedia española de derecho y administración que " esta institución no ha recibido de nuestras leyes una organización acabada. Ha sido necesario para llenar sus muchos vacíos acudir a los principios generales del derecho, de cuya fijación relativamente a la naturaleza del albaceazgo, pende la solución de numerosas cuestiones frecuentes en el foro. Nuestros tratadistas, faltos de disposiciones legislativas, han apelado generalmente a los argumentos de la analogía y han decidido todas las dudas, en materia de albacea, ya con los procuradores. Pero en realidad, el albaceazgo es un cargo especial, que si bien tiene circunstancia, que le asemeja a otras muchas instituciones jurídicas, las que tiene también que le distingue perfectamente de todas ellas". Consideramos que este párrafo traído de la legislación española, especialmente en su última parte es perfectamente aplicable a nuestro medio, para efecto de vislumbrar con claridad la naturaleza jurídica de la institución que venimos desarrollando.

Podemos de esta forma concluir, que es el albaceazgo una institución original e independiente, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de una o más disposiciones o de todo el testamento, por medio de una persona asignada para velar por su ejecución o hacerlas cumplir. Esta idea, ha sido aceptada inclusive por quienes consideran

que el albaceazgo es un mandato sui generis.

## 2.6. COMPARACION DEL ALBACEAZGO CON EL MANDATO

La institución del albaceazgo ha presentado múltiples confusiones con la del mandato: algunos consideran que en el albaceazgo se presenta un tipo de mandato que posee una serie de características especiales, que sin dejar de ser tal, se diferencia del mandato ordinario, y otros por el contrario le niegan tal carácter.

Efectivamente, se dice que el albacea es una especie de mandatario, a quien el testador encarga la ejecución del testamento, pero ni el albacea es mandatario, ni la institución es la del mandato, ya que como dijimos anteriormente, es el albaceazgo dentro de la regulación del derecho en general, una institución sui generis, sin que por este hecho pueda negarse su semejanza en ciertos puntos con el mandato.

Como hemos dicho anteriormente, para algunos autores, el albacea es mandato del difunto, y para ellos es tan claro que se molestan en dar razones de su opinión, porque decía Furgole, la idea de que el albaceazgo es un mandato es una cosa que se revela por sí misma. Es innegable que ambas instituciones presentan a primera vista muchas

semejanzas: Las funciones del ejecutor testamentario entran en la categoría del mandato, haciendo una interpretación extensiva; el ejecutor aparece obrando conforme a las instrucciones de otra persona para realizar los cargos que ésta le ha hecho; hay así, una genérica de otra parte ambas instituciones se mueven alrededor de la idea de confianza, es precisamente este hecho lo que ha llevado a autores como Potier a calificar la institución del albaceazgo como un oficio de amigos que fué explicado anteriormente. También anotan que ambos cargos son transmisibles a los herederos de uno y otro art. 1336 y 2189 numeral 5º. y en el albaceazgo y el mandato son por naturaleza remunerados ( arts. 1359 numeral 2º y 2184 numeral 3º) y en que la aceptación del cargo es voluntaria.

De esta forma, superficialmente y a primera vista puede parecer admisible la calificación que se da en el albaceazgo un mandato del testador, no obstante son varias las diferencias que se pueden anotar entre una y otra institución podemos anotar la siguiente:

- El mandato es un contrato que requiere el acuerdo de voluntades. Es así un acto jurídico bilateral, mientras que el albaceazgo es un acto jurídico unilateral.

De otra parte, al analizar la definición del contrato de mandato contenida en el art. 2142 del código civil como aquel 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, observamos como es un error sostener que el albaceazgo es un mandato, ya que en el mandatario en efecto representante necesariamente a alguien. Pues bien el ejercitor testamentario no representa a persona alguna; no representa bajo ningún punto de vista ni a los herederos ni a los legatarios, no representa tampoco al testador, puesto que no se puede representar por mandato sino a persona viva.

- El contrato de mandato termina por la muerte del mandante art. 2189 numeral 5º código civil), mientras que es precisamente la muerte del testador ( que en caso el albaceazgo un mandato, sería el mandante), lo que hace nacer al albaceazgo.

- Por ser el mandato un contrato consensual, puede nombrarse el mandatario en forma expresa o tácita, verbalmente o por escrito ( art. 2149), el albacea solo puede ser nombrado expresamente por el testador, bajo la forma solemne de un testamento.

- El nombramiento del mandatario puede recaer en muchos

de los incapaces designados en el art. 596 del C.C. (art. 2154) mientras que éstas personas están incapacitadas para ser albaceas ( art. 1329).

- En el albaceazgo las facultades que la ley le fija al albacea, no pueden ser ampliadas por el testador, mientras que en el contrato de mandato ( art. 1355) son las partes contratantes quienes determinan la extensión del cargo, o sea que los poderes del albacea sufren mayores limitaciones legales.

- El mandato admite delegación salvo prohibición expresa, mientras que el albaceazgo, solo por autorización del testador puede delegarse.

- En caso de existir varios mandatarios, la solidaridad entre ellos, es de carácter excepcional (art. 2153)., mientras que en caso de existir varios albaceas, la solidaridad es la regla general ( art. 1338).

- También se prevé como diferencia, que el albacea no requiere la representación del causante ni de los herederos, mientras que todo mandato generalmente crea representación directa o indirecta.

- Por último, podemos anotar que el contrato es revocable

del mandante, mientras que el albacea solo puede ser destituido y por causa, una vez actualizada su función.

## 2.7. ALBACEAZGO Y REPRESENTACION

A través de los tiempos, las elucubraciones doctrinales no solo han vinculado la figura del albaceazgo con el mandato, sino también con la representación. Algunos sostiene que el albacea es representante del testador, la representación de una persona por otra puede ser voluntad de la persona representada y de quien la represente, o de la disposición de la ley.

La representación voluntaria emana del contrato del mandato; y por lo tanto, la representación del albacea no puede existir como voluntaria, ya que como aclaramos anteriormente, el albaceazgo es diferente del contrato de mandato, y este no cabe, estando el testador muerto.

Por su parte, la representación legal ( la que establece la ley) del albacea, no existe, desde el momento mismo en que no hay una disposición expresa de la ley que la establezca.

Se agrega a lo anterior, que la representación supone la existencia del representado, y por esta razón, no

puede caber la representación del difunto por el albacea.

Respecto a lo que hemos venido comentando, podemos señalar como en la legislación argentina, de la cual habíamos dicho que define el albaceazgo en términos del mandato, extiende la aplicabilidad de las reglas del mandato a las representaciones por albacea; es decir, que en la descripción del albacea entre como ingredientes legal la figura de la representación. Esta posición es apenas lógica, ya que como efectos del mandato se anota la representación; ahora bien, muchos de los autores de la mencionada nacionalidad, que aún admitiendo la presencia del mandato y la representación en el albaceazgo niegan que la representación sea del sucesor, ni de la herencia, ni del testador que ya no existe, sino de su voluntad, que la ley la considera eficaz y tutelable.

Lo expuesto con antelación, no son sino secuelas de las posiciones que ven en el albaceazgo un mandato y en el albacea un representante de la voluntad del causante, pretendiendo abstraerla e independizarla de la identidad física que la produjo; pero siendo nuestra tesis, la que es el albaceazgo una institución sui generis, no tenemos porque considerar al albacea como un representante de la sucesión, porque no es persona jurídica, ni de los herederos, porque no lo han constituido como tal,

ni son incapaces: precisamente el ejecutor testamentario debe imponer la voluntad del testador contra los herederos recalcitrantes y contra el interés de esto ni del causante, pues este ya no es sujeto de derecho, y por consiguiente ya no puede ser representado; es el albacea sencillamente el encargado de ejecutar el testamento o vigilar la ejecución del mismo.

## 2.8. NOMBRAMIENTO DEL ALBACEA

Este punto se refiere a tres aspectos fundamentales que son: Quiénes pueden nombrar los albacea, cuáles son las calidades para ser albacea, y quiénes son incapaces para desempeñar este cargo.

2.8.1. Quiénes pueden nombrar albaceas. Desde que en el art. 1327 del C.C. prevé que los ejecutores testamentarios son aquellos a quienes el testador da el cargo de hacer ejecutar sus disposiciones, aparece claro que pueden nombrar albaceas todas las personas que puedan testar, o sea, las que tienen capacidad para disponer de sus bienes por testamento.

Esto quiere decir, que la designación del albacea le corresponde al testador en forma exclusiva, sin que éste debido al carácter personalísimo del testamento, puede

delegar a otra persona, aunque puede autorizar a quien nombre como tal, para que constituyan mandatarios que obren de sus órdenes ( art. 1337).

Estas personas son las siguientes:

- El impúber.
- El que se hallare bajo interdicción por causa de demencia.
- El que actualmente no estuviere bajo su sano juicio por ebriedad u otra causa.
- Todo el que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente.

No existe en la ley Colombiana, una disposición expresa en donde se establezca la posibilidad de ser nombrado el albacea a través de un testamento diferente a aquel cuya ejecución tiene por objeto asegurarse, como si existe en la Legislación Argentina (art. 3845). Consideramos - que nada obsta para que pueda llegarse en nuestro medio la idéntica conclusión, siempre que el posterior testamento no venga a derogar lo contenido en el anterior. Así, el nombramiento del albacea puede hacerse por el testamento mismo o por un ulterior testamento o acto testamentario.

Agregamos a lo anterior, que no solo puede nombrarse a una persona en razón de ella misma, sino también en razón de sus funciones, por ejemplo, el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Simón Bolívar.

De esta forma no interesa la persona de quien inviste tal calidad sino la calidad misma de Decano, claro está que cuando el testamento se hace el nombramiento por razón de la calidad y además se agrega el nombre de la persona y ésta no coincide, se plantea un problema de interpretación, que habrá de resolverse aduciendo a otras pruebas.

2.8.2. Calidades para ser albacea. No se exigen por la ley calidades especiales para desempeñar este cargo, por regla general, toda persona que pueda suceder al causante tiene las condiciones para ser albacea al momento de morir el testador y de la aceptación del cargo. En consecuencia, opina Caferate, que el indigno no puede ser albacea, ya que la indignidad es indicio que destruye la confianza que debe tenerse al albacea.

Por vía de excepción, la ley ha establecido las personas que no pueden ejercer este cargo, pero esto ya nos ubica en el tema de las incapacidades para ser albacea.

2.8.3. Incapacidades. Para determinar la capacidad o habilidad de los ejecutores testamentarios para desempeñar este cargo, el código civil colombiano, no se ha remitido a las disposiciones generales sobre esta materia, sino que expresamente en el art. 1329 a establecido lo referente a este punto. Se debe esto seguramente, al alto grado de idoneidad que se exige para ejercer la función del albacea.

Las normas generales sobre capacidad, se refieren fundamentalmente a la aptitud de la persona misma y el valor de los actos que éstas puedan tener, mientras que en el albaceazgo se trata de actos que no se relacionan directamente con la persona misma del albacea, sino que miran a la ejecución de la voluntad del testador con respecto a la determinada persona u objeto a que se destina determinados bienes de su patrimonio para después de sus días. El legislador ha considerado por eso, conveniente prescindir de las reglas generales sobre capacidad, y establece reglas especiales sobre la misma, que debe tener la persona que es designada como albacea, esto no quiere decir que las personas que están señaladas como incapaces, absolutas o relativas por las reglas generales, estén exceptuadas de ser consideradas a su vez incapaces para ejercer el cargo de albacea, es más a veces coincide, lo que ocurre es que sin son considera-

dos como tal, lo serán por una regla de carácter especial.

Aunque el art. 1329 de nuestro ordenamiento civil no establezca, como si lo hace el Alemán ( art. 2201) que las causales de incapacidad para ejercer el cargo de albacea deben configurarse al momento de su aceptación o del ejercicio, es apenas lógico deducirlo, ya que realmente no interesa la incapacidad al tiempo del nombramiento, pues para ésta época ninguna actividad le incumbe al albacea. Así, para determinar la capacidad del executor testamentario se atiende por tanto, a la época en que se le otorgue el testamento en que se le nombra.

Fallecido el testador, se abre la sucesión, y la delación confiere al llamado albaceazgo el poder personalísimo de aceptar o rechazar el cargo. Es precisamente en este momento y durante el transcurso del tiempo necesario para realizar el cargo, que se necesita la capacidad para desempeñarse con eficacia y responsabilidad.

El haber sido incapaz de ejercer el albaceazgo antes de la aceptación del cargo, no puede importar, puesto que sin la aceptación de la persona designada para desempeñarlo, no hay albaceazgo, sino un simple proyecto de tal que ha dependido ante todo para su subsistencia,

hasta el momento de la muerte del testador, de que éste no revocará la designación hecha. Muerto el testador, el albacea nombrado es llamado a aceptar el cargo; pero puede pasar algún tiempo desde la muerte del testador y la aceptación del albacea; y si en el momento de aceptar tiene la capacidad requerida para ejercer el cargo no se le ve motivo para que se le declare inhábil por haberlo sido en el momento de otorgársele el testamento o aún en el momento de la muerte del testador.

Consideramos que con el párrafo transcrito de tan distinguido autor queda suficientemente claro lo relativo al momento en el cual deben configurarse las causales de incapacidades para ejercer el cargo de albacea.

Dentro de una coordinación lógica en nuestro estudio, nos corresponde considerar en concreto, las causales de incapacidad consagradas en el art. 1329 del ordenamiento civil; este establece lo siguiente: " no puede ser albacea el menor, a un habilitado de edad, ni las personas designadas en el art. 586", ya no existe la habilidad de edad.

La enumeración de los incapaces para ejercer el cargo de albacea es la siguiente:

- Los menores, aún habilitados de edad. Pero sucede, que como la habilitación de edad no existe desde que se estableció la mayoría de edad en los 18 años (ley 27 de 1977), simplemente debe entenderse la incapacidad para los menores de edad, o sea, los menores de 18 años.

- Las personas designadas en el art. 586, que son a su vez incapaces de ejercer tutela o curaduría.

a. Los ciegos. Esta incapacidad se ha establecido en consideración a que este defecto de la falta de la vista es un impedimento grave para desempeñar un cargo que requiere vigilancia y que conlleva con cuidadosa administración.

b. Los mudos. A este respecto, podemos mencionar que aunque no se incluye en la enumeración a los sordos, los sordomudos también son considerados incapaces de la ejecución testamentaria, ya que carecen del uso de la palabra, aunque hayan aprendido a darse entender por escrito y por lo mismo a obligarse.

c. Los de mente. Aunque no estén bajo interdicción, es apenas obvio que las personas que se no hallen en la integridad de su razón por demencia, son absolutamente incapaces para contraer las obligaciones que acarrear

el cargo de albacea.

d. Los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores, esta causal no se refiere a un defecto físico ni tampoco de carácter moral, porque la falencia en la mayoría de los casos se origina no en actitudes dolosas, sino más bien culpables a falta de prudencia no logro medir sus fuerzas y disponibilidad, al momento de comprometer su patrimonio. Se establece así esta causal, en orden a evitar que los bienes que le corresponde administrar al albacea, puedan ser objeto de un mal manejo, de disposición abusiva por parte del fallido, otra razón es que el albacea contrae de ordinario obligaciones y responsabilidades que un fallido, generalmente insolvente, no podría satisfacer.

e. Los que están privados de administrar sus bienes por disipación. Los disipadores son considerados relativamente incapaces de todo acto o declaración de voluntad que sea fuente de obligaciones, por su falta total de prudencia que ha obligado a ponerlo en entredicho de administrar sus propios bienes, para evitar así su total ruina.

f. Los que carecen de domicilio en la nación, esto implica que la persona que es designada como albacea, debe

tener un lugar dentro de la República, en donde puede ser requerido para el cumplimiento de las obligaciones que su cargo le exija.

g. Los que no saben leer ni escribir, con excepción del padre o la madre, llamados a ejercer la guarda legítima o testamentaria de sus hijos legítimos o naturales.

La razón de ser para la inclusión de esta causal, es que quien no sabe leer ni escribir es tan ignorante que realmente no amerita ni ejercer una guarda ni ejercer el cargo de albacea.

h. Los de mala conducta notoria, siendo esencial en el albaceazgo la confianza del testador en la persona del albacea, lógico es concluir, que si ha designado para tal cargo a una persona de notoria mala conducta, o a ignorado este hecho, o a visto coartada su libertad para su designación, esta persona no es digno de su confianza.

i. Los condenados judicialmente a una pena de las designadas en el art. 315 numeral 4º, aunque se les haya indultado de ella, a su vez, la pena señalada en el artículo mencionado, es la de " haber sido condenado a pena privativa de la libertad superior a un año".

j. El que ha sido privado de ejercer la patria potestad según el art. 315, dicho artículo considera a su vez, que la emanación judicial se efectúa por decreto del juez, cuando a los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales:

- Por mal trato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño.

- Por haber abandonado al hijo.

- Por depravación de los incapaces de ejercer la patria potestad.

- Por haber sido condenado a pena privativa de la libertad superior a un año.

k. Los que por torcida o descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo.

l. Contempla el artículo 80 del Decreto 250 de 1970, que los funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público son incapaces para ser mandatarios y albacea. Considera el Doctor Hernando Carrisoza que

al recaer el albaceazgo sobre una de estas personas y careciendo de la facultad para delegarlo, caducará por no haber quien pueda ejercerlo.

Por último, en materia de capacidad, hay que mencionar el artículo 1332 que decreta que la incapacidad sobreviniente pone al albaceazgo, es lógico que las causales mencionadas no solo produzca incapacidad para el ejercicio del albaceazgo cuando se configuran al momento de ingresar al cargo, sino que si ya se está ejerciendo el mismo y sobreviene, éste termine; esto porque iguales efectos nocivos podrían producirse por continuar en la administración una persona que si bien en un juicio fué apta para ejercer el cargo, ya no lo es.

## 2.9. ACEPTACION DEL ALBACEAZGO

Una vez tratado en forma amplia lo relativo al nombramiento, debemos considerar la aceptación, ya que ésta en sí determina que el primero no se quede flotante, sino que se concrete y se logren los efectos que pretendió buscar el testador al momento de la designación. Habíamos dicho anteriormente, que muerto el testador ocurre la apertura de la sucesión y el cargo de albacea entra en vigor, como cualquier otra disposición testamentaria (casación, 30 de abril de 1920).

Así, una vez que se presenta un testamento para su ejecución, deberá notificarse a la persona que allí figure como albacea, para que se acepte o rechace el cargo y de esta forma proceda a la administración, que en últimas, resume el objeto de la institución.

La característica de ser el albaceazgo un cargo de aceptación voluntaria, como lo veremos posteriormente, supone que éste es de libre aceptación, y por lo tanto el albacea nombrado puede rechazar libremente este cargo. Consideramos al igual que Potier, que el albaceazgo impone al albacea, un cierto deber moral de no negarse a prestar al testador el servicio que el espera de su amistad, contribuyendo con su gestión a la ejecución de la última voluntad del testador que este ha creído obtener en su desingación. Así, el albacea nombrado puede libremente aceptar o rechazar el cargo, con o sin motivo alguno que justifique su resolución.

El decir que el designado como albacea, puede rechazar dicho nombramiento aún cuando no tenga motivos de justificación, nos ubica en el ámbito de la indignidad, que es una sanción de tipo civil que la ley establece para quien ha intentado contra la integridad de la persona del causante de alguno de sus familiares, o de sus bienes, y que consiste en que no puede sucederlo a ningún títu-

lo. Precisamente, una de las causales de indignidad establecida por el art. 1028 en su inciso 2º es la de que el albacea que nombrado por el testador se excusare sin probar inconvenientemente grave.

De esta forma, aunque el designado como albacea puede alegar una causa justificada o injustificada para exonerarse del ejercicio del cargo, el alegar esta última, lo hace indigno de suceder al testador y pierde cualquier liberalidad que el causante le deje, excepto su legítima si fuera legitimario.

Según lo expuesto, el rechazo injustificado para el ejercicio del cargo de albacea, da lugar a una causal de la dignidad con posterioridad a la muerte del de cujus, pero como habíamos dicho, no se extiende a los legitimarios, en la cuantía en que lo que son, la cual hace relación a la legítima rigurosa, por lo que el descendiente nombrado albacea, que rechaza sin inconveniente grave, pierde la mejora o cualquier asignación en la cuarta libre y le haya asignado el causante. Opina además el doctor Hernando Carrisoza Pardo, que ésta es una sanción excesiva, ya que en ocasiones quien se excusa de ejercer el cargo puede que lo haga por ingratitud a la memoria del causante, es más puede ser motivos verdaderamente nobles, pero no alcanza a constituir un inconveniente grave para rehusar a dicho cargo; en últimas,

la gravedad del inconveniente será calificada por el juez.

Debe declararse que si bien el que rechace el cargo sin justificación de ser inconveniente grave se hace indigno, de suceder al causante, no podrá negársele sus asignaciones legales y testamentarias mientras que no sea declarado como tal. Es decir, que al momento de rechazar el cargo, el designado como albacea, no tiene que aprobar la inconveniencia del mismo. Una vez que es declarado judicialmente indigno, es un proceso ordinario en donde se le da la oportunidad de probar la inconveniencia grave, esta persona perderá sus derechos reconocidos en el proceso de sucesión.

## 2.10. CARACTERISTICAS

Una vez que sea aceptado el cargo diferido, se ubica la persona del albacea en una situación que posee una serie de características que van a determinar el desarrollo de la institución.

Las principales características del albaceazgo son las que expondremos a continuación:

- Voluntario. Quiere decir esto, que así como el testador tiene la facultad de designar o no albacea, a su vez

el nombrado tiene la facultad de aceptar o rechazar el nombramiento, inclusive, no está obligado a fundar su negativa, pero si la rechaza o la renuncia sin justa causa, perderá lo que le hubiere dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima. Este carácter de voluntario todavía se puede sostener con posterioridad al momento de la aceptación de la designación; es así, que el albacea puede renunciar a continuar en su desempeño siempre que éste sea gravemente perjudicial a sus intereses. v.gr. por ser incompatibles los intereses suyos con los que se desprenden de la ejecución de la voluntad del testador o por enfermedad grave u otra causa que le haga imposible su administración.

- Personalísimo. Es el albaceazgo, un cargo personalísimo, que se funda en la confianza que tiene el testador en la persona que ha designado para el cargo. Esta característica implica que el albaceazgo debe ser desempeñado personalmente por el nombrado, y por tal es intransmisible a sus herederos y es indelegable, salvo que el testador hubiere concedido expresamente la facultad de delegarlo.

Finalmente este punto, estableciendo que la gran diferencia existe entre la delegación y el mandato, es que en el mandato, el mandatario queda bajo las órdenes y vigi-

lancia del albacea, quien compromete su responsabilidad por los actos que el mandatario ejecute; mientras que en la delegación, el delegatario es autónomo, ya que él que inicialmente desempeñaba el cargo de albacea, desaparece; quiero esto decir que el delegante pasa a un segundo plano y como tal no podría someter bajo sus órdenes a sus sustitutos, ya que sencillamente, desaparece de su cargo y éste es asumido por otra persona.

- Remunerado. A la remuneración del albacea, se refiere el art. 1359 al decir, que ésta será la que haya señalado el testador; continúa diciendo el artículo que si el testador no hubiere señalado ninguna, tocara al juez regularla, tomando en consideración el causal y lo más o menos laborioso del cargo; así, si el testador no ha señalado remuneración alguna, el albacea cuenta con la facultad de exigir ante el juez, la regulación de ésta, esto se conforma con el principio que impera en el derecho civil, según el cual todo servicio debe ser remunerado.

- Temporal. Existe en el derecho Colombiano al igual que en otras regulaciones latinas, una tendencia al limitar la duración del encargo del albacea; así se establece un plazo para el cumplimiento del encargo, o sea que es limitado en el tiempo. Es el art. 1360 del Código

Civil Colombiano, el encargado de disponer la duración del albaceazgo al decir que el albaceazgo durará el tiempo cierto y determinado que se haya prefijado por el testador, contempla esta regulación el art. 1361 al ordenar que si el testador no hubiere prefijado tiempo para la duración del albaceazgo, durará un año contados desde el día en que el albacea haya comenzado a ejercer el cargo.

### 3. ALBACEAS FIDUCIARIAS Y OTRAS CLASIFICACIONES

#### 3.1. ALBACEA FIDUCIARIA

Trataremos en éste, el último capítulo de nuestro trabajo, lo relativo a la clasificación del albacea, pero fundamentalmente a la del albacea fiduciario, que es la que recibe un tratamiento particular en nuestro código.

3.1.1. Origen y naturaleza. En el Derecho Romano, se llamó fideicomiso a las disposiciones de última voluntad, no solemne, por las cuales se dejaba algo a una persona con ruego de pasarlo a un incapaz de recibir directamente; precisamente esas personas que recibían una cosa sobre la cual no tenían derecho alguno por no ser asignatario y cuya misión fundamental era la de darle el destino especial determinado por el testador, recibieron el nombre de fideicomisario.

Esta institución pasó en términos semejantes al Derecho Español, y posteriormente fué acogida por Bello, quien

propuso para los fiduciarios el nombre de tenedores fiduciarios, Bello lo explicó así: " Estos fideicomisos se diferencia de los otros, en que el tenedor no tiene la propiedad, no por regular el usufructo del objeto que se le confía ni expectativa de hacerlo suyo sin cargo de retribución. A la verdad puede el testador concederle el usufructo en remuneración de su servicio; más en este caso se constituirá un verdadero usufructo, y se juntaría la calidad del usufructuario con la de tenedor fiduciario. El fideicomiso de la especie de feideicomisos a que se refiere el artículo puede ser una persona jurídica. La ley de partida llamada fideciomisaria al que nosotros llamados tenedor fiduciario, y dice que igual nombre se les daba en latín. Así, en efecto, lo llaman algunos comentadores, pero no los jurisconsultos romanos.

En cuanto a la naturaleza del albaceazgo fiduciario, podemos hacer alusión a lo que tratamos en materia general; los que ven el albaceazgo propiamente tal, un mandatario del testador, considera que el albacea fiduciario también lo es, lo que ocurre en este caso, el objeto de su mandato es secreto. Concluimos nosotros, que es una institución sui generis en donde la persona designada debe ejecutar disposiciones testamentarias que tendrán el carácter de secreto.

3.1.2. Definición. El art. 1368 de nuestro ordenamiento civil hace una descripción del albaceazgo fiduciario, establece el mencionado artículo que el testador puede hacer encargos secretos y confidenciales al heredero, al albacea y a cualquiera otra persona para que se invierta en uno o más objetos lícitos, una cuantía de bienes de que pueda disponer libremente. El encargado de ejecutarla se llama albacea fiduciario.

De la descripción hecha, podemos concluir que el albacea fiduciario es la persona a quien el testador hace encargos secretos y confidenciales, para la inversión en uno o más objetos lícitos de una cuantía de bienes de que puede disponer libremente.

En materia general dijimos que el albaceazgo se fundamenta en la confianza que debe existir entre el albacea y el ejecutor; pues esta consideración es aplicable en forma especial en la figura del albaceazgo fiduciario, ya que en este caso, los encargos que le hace el testador son secretos y confidenciales y por tal razón necesita confiar el encargo a una persona de su entera confianza, y que le de seguridad de que su voluntad será cumplida.

Por la razón anotada ( la suma confianza) es que se de-

nominan albacea fiduciarios ( fiducia, garantía, confianza).

3.1.3. Diferencias entre el albaceazgo fiduciario y la asignación de fideicomiso y el albaceazgo ordinario. Nuestro código no aceptó el nombre de tenedor fiduciario propuesto por Bello, ni aceptó que fideicomiso simple se constituyera para toda la clase de encargo, secretos y no secretos; en efecto, el título IX del libro III del código civil, adoptó la denominación de albacea fiduciario, que se caracteriza en forma particular, por la confianza del testador en el ejecutor y por la buena fe del mismo. Esta breve reseña nos permite introducirnos en el tema de las diferencias existentes entre el albacea ordinario, el fiduciario y la asignación de fideicomiso.

Las principales diferencias existentes entre el fideicomiso ordinario y el albaceazgo fiduciario son las siguientes:

- En el fideicomiso, el fiduciario tiene el carácter de dueño, pero su dominio está limitado por la obligación de pasar la cosa a otra cuando se cumpla una condición; el art. 749 del C.C, ilustra esta figura cuando dice:  
" se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al

gratificarse una condición". Mientras que en la figura del albaceazgo fiduciario., el albacea no se hace propietario de la cosa, ni tampoco poseedor sino mero tenedor de la cosa.

Quiere decir, que el albacea fiduciario, respecto de la cosa, es mero tenedor, pues debe entregarla con sus frutos a la persona que secretamente , le haya designado el causante ( art. 208), o destinarla al fin que aquel deseó.

- Otra diferencia es que la asignación fidecomisaria es plenamente conocida; mientras que el secreto es lo que caracteriza el encargo del albacea fiduciaria.

- Consecuencia del anterior es que el albacea fiduciario no es asignatario, mientras que el fiduciario si lo es.

- De otra parte, al relacionar el albaceazgo ordinario con el fiduciario, vemos como son básicamente la misma cosa; pero en la última figura adquiere notable relevancia el hecho de ser el encargo secreto, mientras que ordinariamente la disposiciones que ha de ejecutar el albacea, pueden ser conocidas. Se agrega que en el caso del albaceazgo fiduciario, el encargo jamás puede extenderse a toda la herencia, porque el encargo especial

se circunscribe a una cuantía de bienes de que puede disponer libremente.

3.1.4. Designación del albacea fiduciaria. El art. 1369 de nuestro ordenamiento civil dispone lo relativo a la designación del albacea dice el mencionado precepto que: " los encargos que el testador hace secreta y confidencialmente y que ha de emplearse alguno de sus bienes se sujetará a las reglas siguientes:

Deberá designarse en el testamento la persona del albacea fiduciaria. Según lo establecido es necesario que se haga designación de la persona del albacea a través del testamento. Para darle alguna significación a la precedente regulación que a primera vista no trae nada nuevo respecto del albaceazgo ordinario, pensamos que quiere decir que la designación que nos ocupa debe ser directa; implica esto que la determinación debe ser exacta, señalándose el nombre, ya se trate de persona natural o jurídica. De esta forma, no valen las designaciones relativas ( si es posible en el albaceazgo común), incierta e indeterminadas.

3.1.5. Calidades para ser albacea fiduciario. Es también el art. 1369, el encargado de regular lo referente a las calidades para ser albacea fiduciaria; en efecto,

el inciso 2º de dicho artículo reza: " El albacea tendrá las calidades necesarias para ser albacea legatario del testador, pero no obstará la calidad de eclesiástico secular, con tal que no se halle en el caso del artículo 1022". El art. 1022 a su vez dispone que por testamento otorgado en la última enfermedad no puede recibir herencia o legado alguno, ni aún como albacea fiduciario, el eclesiástico que hubiere confesado al testador en la misma enfermedad, o habitualmente en los dos últimos años anteriores del testamento, ni la orden, convento o cofradía de que sea miembro el eclesiástico, ni sus deudos por consanguinidad o afinidad dentro del tercer grado.

Tal incapacidad no comprende a la iglesia parroquial del testador, ni recaerá sobre la porción de bienes que al dicho eclesiástico o sus deudos habrían correspondido en sucesión intestina.

De las precedentes disposiciones, podemos concluir que el albacea fiduciario debe tener las calidades necesarias para ser albacea común; pero además, se requiere que tenga las calidades necesarias para ser legatario o heredero o sea, que sea capaz y digno de suceder al causante.

De esta forma, queda claro conforme a las reglas que

las suscitan, no pueden ser albacea fiduciario, el notario, los testigos, los dependientes de aquel ante quien se otorgó el testamento, así como el eclesiástico que fuera el último confesor del testador.

De otra parte, no se puede desatender el art. 586, que establece una lista larga de personas inhabilitadas a la ley para ser al cargo de albacea ordinaria, como los ciegos, interdictos por disipación mudos, de mentes, etc.

3.1.6. Cuantía de lo que puede destinarse a encargo secreto. Este tema se encuentra regulado en el artículo 3° del mencionado art. 1369, que dice que deberán expresarse en el testamento las especies a las determinadas sumas que ha de entregársele para el cumplimiento de su cargo. Complementa la regulación el artículo 1370 que reza: " no se podrá destinar a dichos encargos secretos más que la mitad de la porción de bienes que el testador haya podido disponer a su arbitrio.

De la combinación de las dos textos ha surgido la opinión de que no puede destinarse para encargos secretos sino cuerpos ciertos o suma de dinero fija, pero no una parte cuotativa de la herencia, y por tanto, que la asignación que se ha dejado para invertir en el cargo secreto y

confidencial que debe ser a título singular, esto es que debe tratarse de legado; esto no solo por lo dispuesto en la regla tercera del artículo 1369, sino también por la regla segunda, que exige igualmente que el albacea reúna las calidades de legatario.

Según lo expuesto, será válido el cargo secreto en que el causante designa para cumplirlo, una suma igual por ejemplo, a la tercera parte de lo que puede disponer libremente.

Pero para dicho encargo secreto no se podrá destinar más que la mitad de bienes que el testador haya podido disponer a su arbitrio, restricción que según la corte es relativa solo al testador que no puede disponer libremente de todos sus bienes (sentencia del 19 de noviembre de 1789). Con base en esta interpretación, alguna parte de la doctrina ha considerado que cuando no concurren asignatario forsozo el testador puede destinar a encargo secreto más de la mitad, la totalidad de la herencia, mientras que existiendo ascendiente, la limitación se extiende a la cuarta parte y a la octava parte de la herencia cuando haya descendiente.

Otra parte de la doctrina, que se identifique en cuanto a la extensión de la limitación cuando existen ascendentes

o descendientes, considera que cuando no existen asignatarios forzosos, no podría el testador a destinar encargo secreto, la totalidad de la herencia. Los partidarios de esta posición, la justifican diciendo que es una cuestión de orden público. La institución del albacea fiduciaria extraña excepción al derecho común, porque implica una delegación de la facultad de testar, en que queda al arbitrio del fiduciario determinar definitivamente el destino de las cosas sobre las cuales versa el fideicomiso.

La delegación de la facultad de testar por regla general, está prohibida, y si el código acierta salvedades, el criterio que debe prevalecer es restrictivo. No es valedero el argumento de que pudiendo el testador disponer libremente de toda su herencia, y pudiendo, por consiguiente asignarla en su totalidad al albacea, también puede asignársele para cargo secreto, porque se trata de derecho de testador solamente, sino del orden público. La ley reconoce la plena libertad de disponer para quien carece de asignatario forzoso, pero exige requisitos de fondo y de forma para usar de dicha libertad, siendo el más importante de todos que el testador expresa en el testamento sus disposiciones, para poder juzgar si emplea o no lícitamente su libertad, de testar. El encargo secreto es una excepción de esta regla: El causante

declara paladinamente su voluntad, porque sus disposiciones quedan incognocibles en virtud del secreto del encargo.

Se concluye que de no existir asignatorios forzosos, podría el testador destinar a encargos secretos la mitad de la herencia.

Aunque muy respetables ambos criterios, nos identificamos más con este último. Agregamos a las anteriores explicaciones que en aplicación del art. 27 de nuestro ordenamiento civil que establece un principio de interpretación, según el cual cuando el sentido de la ley sea clara, no se desatenderá su tema literal a pretexto de consulta de su espíritu, consideramos que el art. 1370 no quiso decir cosa diferente de la que efectivamente dijo; o sea, que no se debe desatender su tercer literal; que en nuestro concepto es claro para hacer elucubraciones que no caben.

De esta forma, consideramos nosotros, que sea que exista o no asignatario forzoso, el testador solo podrá destinar a encargos secretos la mitad de la porción de bienes de los que haya podido disponer libremente. Nunca podrá destinarse a encargo secretos una cantidad que exceda dicha cuantía y mucho menos que la totalidad de la heren-

cia.

La diferencia existente entre una situación y otra, la constituye la mayor o menor cantidad de bienes sobre los que se van a poder disponer libremente y como tal, la cantidad de bienes que pueden destinarse a encargos secretos; así cuando no hay asignatario forzoso puede disponer de toda la herencia, pero solo la mitad de esa totalidad, se destinará a encargos secretos. Cuando asignatarios forzosos ésta cantidad sobre la cual puede disponer a su arbitrio variaría ostensiblemente, y solo la mitad de esto, sería lo que se podría destinar a encargos secretos.

Concluyendo, si no hay asignatarios forzosos, puede el testador destinar a encargos secretos, la mitad de la herencia; si la hay puede destinar a dicho fin, la mitad de lo que se le permite disponer y que será hasta la cuarta parte de la herencia cuando haya ascendentes y hasta la octava parte cuando haya descendentes.

3.1.7. Juramento del albacea. Sostiene el art. 1371 del C.C. Colombiano que: " El albacea fiduciario deberá jurar ante el juez que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz o invertirla en un objeto ilícito.

Jurará, al mismo tiempo, desempeñar fiel y legalmente su cargo, sujetándose a la voluntad del testador.

La prestación del juramento deberá preceder a la entrega o abono de las especies o dinero asignados al encargo.

Si el albacea fiduciario se negare a prestar el juramento a que es obligado, caducará por el mismo hecho el encargo.

Es la única medida precautelar que establece la misma ley, para cuidar que el albacea fiduciario incurra en las prohibiciones que ella misma establece, para lograr la recta ejecución de la voluntad del testador.

El juramento es un acto de las partes y es de carácter judicial; precisamente este carácter nos permite asegurar que en materia de albaceazgo fiduciario, solo cabe la aceptación expresa del cargo; es obvio porque aunque haya habido una previa aceptación tácita, al acudir ante el juez para realizar la diligencia de juramento, se vuelve expresa.

El incumplimiento de esta diligencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 1370 del Código Civil, produce la caducidad del albaceazgo fiduciario, igual efecto se

deriva de la incapacidad sobreviniente del albacea que ha recibido los bienes pero que no alcanzó a hacer la inversión encargada por el testador.

La doctrina ha sostenido justamente, que la no aceptación o no posesión del cargo, no hace indigno al albacea fiduciario, de suceder al testador; parece lógica esta posición, ya que el encargo secreto puede consistir o entrañar algo ilícito, que le impide al albacea prometer su cumplimiento. De este modo, como no se puede indagar al albacea (art. 1373) no se sabría si el motivo de dicha conducta pudo ser la ilícitud del objeto o la incapacidad del asignatario, y como tal no podría haber situaciones que justificarian la sanción, pero igualmente sería difícil determinar si el motivo fue justo o no, ya que como dijimos, el artículo 1373 dispone que: "El albacea fiduciario no estará obligado, en ningún caso, a revelar el objeto del encargo secreto, ni a dar cuenta de su administración".

3.1.8. Acumulación de las calidades de albacea ordinario y albacea fiduciario. Nada obsta para que una misma persona sea nombrada ejecutor ordinario, y al mismo tiempo, albacea fiduciario. Hay que caer en la cuenta, que el nombrado como albacea ordinario, no puede rechazar, sin inconveniente grave, el albaceazgo ordinario, sin incon-

veniente grave, se haría indigno de suceder al testador y como tal no podría asumir el albaceazgo fiduciario. Al contrario, si podría presentarse la situación contraria; o sea, admitir el albaceazgo ordinario y rechazar el fiduciario, ya que éste no da lugar a sanción alguna.

Quando se acumulan ambos cargos, si el albacea general carece de la tenencia de bienes, entonces, la administración de la herencia corresponderá a los herederos; salvo a los bienes materia del encargado secreto que han de entregársele. Si por el contrario, él testador le otorga al albacea la tenencia de los bienes, deberá, dar cuenta de su administración en la parte que no haya sido destinada al encargo secreto.

3.1.9. Caución a que es obligado. El artículo 1372 contempla que: El albacea fiduciario podrá ser obligado, a instancia de un albacea general o de un heredero, o del curador de la herencia yacente, y con algún justo motivo, a dejar en depósito, o afianzar la cuarta parte de lo que por razón del encargo se le entregue, para responder con esta suma a la acción de reforma o a las deudas hereditarias, en los casos prevenidos por la ley.

Podrá aumentarse esta suma, si el juez lo creyere necesario para la seguridad de los interesados.

Expirados los cuatro años subsiguientes a la apertura de la sucesión, se devolverá al albacea fiduciario la parte que reste, o se cancelará la caución.

Según lo que expone el artículo transcrito, por iniciativa de un heredero, de un albacea general, o del curador de la herencia yacente, y habiendo justo motivo, puede lograrse que el juez obligue al albacea fiduciario a prestar una caución (depósito o fianza) equivalente a la cuarta parte del monto del encargo, y de esta forma, tener qué responder en caso de que se ejerza una acción de reforma, o para pagar las deudas hereditarias; sólo en estos dos eventos, será obligado el albacea fiduciario a prestar caución (si hay justo motivo), y así lo ha confirmado la Corte Suprema de Justicia cuando dice: " El albacea fiduciario sólo está obligado a atender a la acción de reforma del testamento, o de las deudas hereditarias; él no responde de otra clase de acciones, aunque la cosa afecta al encargo esté sujeto al evento de la anulación del testamento, al ejercicio de la acción reivindicatoria, al derecho de petición de herencia.

En cualquiera de los dos eventualidades, la suma que el albacea entrega en depósito o fianza, puede ser aumentada por el juez cuando lo considere necesario para dar seguridad a los interesados.

De esta forma, esta regla tiene aplicación cuando existen legitimarios o cónyuge, que son los únicos que pueden ejercer la acción de reforma del testamento; además, cuando es muy grande el pasivo, y se teme que el cumplimiento del encargo pueda dejar deudas insolutas.

La caución será impuesta por el juez cuando exista justo motivo, por lo cual no se requiere que la acción esté ya incoada, si puede temerse, con fundamento, la posibilidad de que se ejerza, como cuando hay certidumbre sobre la existencia del cónyuge o algún legitimario. De todas formas la justicia del motivo será calificada por el juez, quien podrá negar la petición que realice cualquiera de los interesados, a fin de que el albacea fiduciario otorgue caución.

Como hemos repetido, la caución consiste en un depósito o en una fianza equivalente a la cuarta parte del encargo; variará de acuerdo a la elección del albacea. Pasados cuatro años subsiguientes a la apertura de la sucesión, se levanta el depósito o la fianza y se le devuelve al albacea; o no se le devuelve si ha sido invertido en el pago de deudas o legítimas y se cancela o se hace efectiva la caución según el caso.

Por último, hay que anotar que el término de cuatro años

(para levantar y devolver la caución), no se conforma con el que establece la ley para ejercer la acción de reforma del testamento, esto porque aunque ambos términos son de cuatro años, se cuentan desde un momento diferente. El término para ejercer la acción de reforma se cuenta desde que los legitimarios conocieron la existencia del estamento, o de su calidad de tales o desde que tomen la administración de sus bienes, cuando carecían de ella (artículo 1274) y de la caución a partir de la apertura de la sucesión o sea desde la muerte del causante.

Del tal modo, puede ocurrir que la acción de reforma que se pretende caucionar, no resulte asegurada en los casos en que la caución se levanta cuando el legitimario puede todavía ejercerla.

### 3.2. ALBACEA SIN TENENCIA DE BIENES Y ALBACEA CON TENENCIA DE BIENES

Como dijimos anteriormente, el albacea sin tenencia de bienes o " simple albacea", es aquel a quien el testador no da la tenencia de los bienes de la sucesión, ni la tenencia siquiera de los dineros o efectos necesarios para el cumplimiento de sus disposiciones testamentarias; no tiene intervención en la administración de los bienes de la herencia y su encargo se reduce a velar por la pronta ejecución de los legados aunque el testador haya impues-

to dicha obligación a un heredero o legatario.

Por su parte, el albacea con tenencia de bienes es el que tiene la administración de todos los bienes que forman la masa hereditaria, con las facultades de un curador de bienes.

En cuanto a las facultades y obligaciones de cada una de estas clases de albaceas, nos remitimos a lo que explicamos en su oportunidad, cuando hablamos de las atribuciones y deberes del albacea.

### 3.3. ALBACEAS UNIVERSALES Y ALBACEAS PARTICULARES

Los albaceas universales o generales, son los designados para la ejecución de la totalidad de las disposiciones del testamento y a quienes el testador inviste de todas las facultades que sean necesarias para ello.

El albacea particular es aquel a quien se le han atribuido solo funciones singulares. Cuando el testador nombra el albacea sin detallar las facultades que le concede ni las disposiciones que estén llamados a cumplir, o sin decir qué quiere que tengan las equivalencias del que las tuviere más amplias, autorizándolo de sus últimas voluntades, se refuta que el albaceazgo es particular.

La diferencia esencial entre el albacea universal y el particular, la constituye el hecho de haberse otorgado o no, la misión de ejecutar en general el testamento. Así, hay que considerar universal al albacea que recibe, no la misión especial de encargarse de que se cumpla cierta disposición concreta o cierto tipo de ellas o de ocuparse de la sucesión en lo que se refiere a bienes singulares, sino la misión de encargarse, en principio, del cumplimiento global del conjunto de la ordenación sucesoria que el causante estableció. Y ello aunque: Primero, se le suprime o no se le encomie las facultades que cuando el testador no las resta, están incluidas dentro del albaceazgo. Segundo, se le detraigan de sus facultades de ejecutor global, determinadas atribuciones particulares relativas a bienes concretos o a singulares disposiciones.

Esta clasificación que es acogida expresamente en otras legislaciones (v.gr. Española), en nuestro medio sólo es desarrollada por la doctrina. Esto no implica que de acuerdo a las características que tenga el encargo hecho por el testador al albacea, podamos hablar en nuestro medio del albacea universal o particular.

## CONCLUSIONES

A través de nuestro estudio, hemos obtenido breves conclusiones que deseamos exponer. Son fundamentalmente las siguientes:

1. El albaceazgo es una institución, que es desarrollada en forma completa por nuestra legislación; este tratamiento, que salvo pocas oportunidades hace remisión a otras instituciones, como la de las guardas, nos permite afirmar que el albaceazgo es una institución sui generis.

El albaceazgo es una institución sui generis dentro del universo del derecho sucesorio, no obstante este hecho, no se excluye la aplicación de normas del contrario de mandato, del cual difiere, pero con el cual tiene enormes semejanzas.

De acuerdo a lo expuesto, nuestra labor fue la de destacar ciertas características esenciales que le dan el toque de singularidad a la institución, además de exponer y explicar una serie de disposiciones que son consecuencias

lógicas de aquella.

2. Es el albaceazo, una institución cuya aplicabilidad en la vida cotidiana, es un tanto discutida.

La aplicación de la institución en mención, solo es relevante o se hace indispensable, en el caso de las grandes fortunas dejadas por el causante, en donde se patentiza el interés personal de cada uno de los herederos en contra de los de la sucesión, y la necesidad de orden en la administración de ese caudal.

En las clases sociales, en las que el capital "brilla por su ausencia" o simplemente es reducido, no se aplica o no aparece la figura del albacea; esto debido, no tanto a la ausencia de bienes, porque el albaceazgo puede ser sin la tenencia de los mismos, sino fundamentalmente porque no se va a presentar con mucha frecuencia la institución de la sucesión testamentaria. Nos parece razonable deducir lo anterior, del hecho de reinar la ignorancia acerca de esta figura jurídica, especialmente dentro de estas clases sociales; además, no haría mucha justicia, la utilización de la institución testamentaria, cuando son pocos los bienes que se pueden disponer.

Siendo el albaceazgo una institución típica de la sucesión

testamentaria, concluimos que su presencia en los países como el nuestro, de mediano desarrollo, va a ser generalmente escasa, teniendo en cuenta que son las clases sociales (baja y media) las que prevalecen.

Por las razones expuestas, la institución del albaceazgo fue desarrollada mediante un análisis histórico, que nos permitió no solo comparar lo cual con lo preterito, destacar sus orígenes y las causas que llevaron a que se implantara, sino además determinar su aplicación en la antigüedad. Es precisamente éste análisis histórico, el que nos lleva a concluir que por causas de diverso orden, esta institución tuvo mayor aplicación en época pasada.

3. La tercera conclusión que obtuvimos, es que pese a la relativa aplicación de la institución del albaceazgo, no por esto deja de ser necesaria e importante la regulación legal de la que es objeto.

Es evidente que la regulación del albaceazgo, no sólo es importante desde el punto de vista cognoscitivo, sino que también es necesaria, ya que el derecho no puede pasar desapercibido y obviar la solución de situaciones que se presentan en la realidad, ya sea en mayor o menor grado.

El derecho como ordenamiento de la vida social, busca las necesidades del hombre social y trata de satisfacerlas.

En el desarrollo de la ejecución testamentaria, vimos cómo pueden presentarse cuantas situaciones de conflicto, derivadas fundamentalmente de la contraposición de intereses entre herederos, testador y albacea; surge así, la necesidad de que sean reguladas y ordenadas estas situaciones por el derecho.

Puede que esta institución y las situaciones que ella genera, no sean de frecuente aparición en la vida cotidiana, conforme lo expusimos en su oportunidad; no obstante, el derecho debe estar presto a satisfacer las necesidades originadas en el albaceazgo, y proporcionar soluciones a los posibles conflictos que tengan por causa aquella institución.

4. En cuanto a la utilidad de la constitución, afirmamos categóricamente que es innegable, debido a que el albacea en la sucesión testamentaria, es sinónimo de orden, de cumplimiento de la voluntad del causante, y de imposición de la misma, sobre la voluntad de los herederos, la cual tiende a favorecer sus propios intereses.

## BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO, Manuel. Manual de derecho de familia y sucesiones. Librería Bosch-Ronda Universidad 11. Barcelona, 1974.

CARRIZOSA PARDO. Hernando. Sucesiones donaciones. Ediciones Lerner. Bogotá, 1966. 5ª ed.

CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho Chileno y comparado. Tomo XVI. Imprenta Nacimiento. Santiago de Chile. 1943. 1ª ed.

FASSI, Santiago C. Tratado de los testamentos. Vol 1. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1970. 1ª Ed.

SOMARRIVA UNDURRAGA. Manuel. ALESSANDRI RODRIGUEZ. Arturo. Curso de derecho civil. Vol I. Editorial Nacimiento. Santiago, 1961, 3ª Ed.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Apuntes de clases. Pontificia Universidad Javerina, Bogotá, 1986.

CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Compilado por ORTEGA TORRES, Jorge. Editorial Temis. Librería, Bogotá. 1981. 8ª Ed.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Compilado por ORTEGA TORRES Jorge. Editorial Temis, Librería. Bogotá, 1990, 14ª Ed.