

CARLOS ESTARELLAS MERINO
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

EL ALBACEAZGO

2006

NOTA DE LA COORDINADORA

Continuando con el programa Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia, nos toca en esta oportunidad poner a la disposición de usted, señor lector, la obra “El Albaceazgo” del Doctor Carlos Estarellas Merino.

El autor realiza un profundo estudio de la institución jurídica del Albaceazgo, conocida por todos, pero que en nuestro país no existe ninguna obra jurídica que la estudie tan ampliamente como lo hace el Doctor Estarellas Merino. Una muestra de ello es que abarca todos sus aspectos, basándose en una muy nutrida bibliografía.

Es muy modesto el Doctor Carlos Estarellas Merino al señalar, que la obra está dirigida a los estudiantes de la Carrera de Derecho; pues con la forma de exponer su criterio y lo amplio que trata el tema, esta obra formará parte no solo de la biblioteca de quienes el autor señala, sino que de seguro “El Albaceazgo” será el texto de consulta de todo estudioso del derecho.

Con esta obra la Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, cumple una vez más su objetivo de incentivar la investigación jurídica por parte de los docentes de la Facultad, para bien de la comunidad universitaria y del campo jurídico.

AB. CORINA NAVARRETE LUQUE

ÍNDICE GENERAL

SUMARIO No. 1

ORIGEN DE LA PALABRA ALBACEA Y ORIGEN HISTÓRICO DE LA INSTITUCIÓN

Origen etimológico de la palabra Albacea: Importancia de este estudio para la mejor comprensión de la institución.- Análisis de los vocablos árabes que pudieron dar origen a la actual denominación.- Origen histórico del Albaceazgo: Teorías expuestas.- Análisis de ellas.- Apreciación general de las probables fuentes históricas y su desenvolvimiento posterior.- Fundamento jurídico del Albaceazgo Utilidad que presta esta institución al Derecho

1- 7

SUMARIO No. 2

NATURALEZA JURÍDICA DEL ALBACEAZGO

Naturaleza jurídica de la institución: Necesidad de establecerla.-Principales Teorías expuestas.- Análisis de la Teoría independiente.- Análisis de la Teoría que compensa al Albaceazgo con la Representación.- Análisis de la Teoría que considera el Albaceazgo como un Oficio Privado.- El Albaceazgo considerado como Mandato Post Mortem: Análisis de esta posición doctrinaria. Jurisprudencia ecuatoriana

9 - 16

SUMARIO No. 3

CARACTERES PRINCIPALES DEL ALBACEAZGO

Caracteres principales del Albaceazgo: Voluntario, Testamentario, Personalismo, Intransmisible, Indelegable, Remunerado y Temporal.- Análisis de cada una de ellas.

17 - 25

SUMARIO No. 4

CLASIFICACIÓN DE LOS ALBACEAS

Criterios para clasificar a los albaceas.- De acuerdo a la extensión de poderes concedidos al ejecutor testamentario: Albaceas universales y albaceas particulares.- De acuerdo al número de ellos: Albaceas singulares y albaceas plurales.- De acuerdo a la tenencia o no de los bienes: Albaceas sin tenencia de bienes y alba-

ceas con tenencias.- De acuerdo a la naturaleza del encargo: albaceas y albaceas fiduciarios

27 - 31

SUMARIO No. 5

PERSONAS QUE PUEDEN NOMBRAR A LOS ALBACEAS

El nombramiento del Albacea siempre se hace en un testamento.- Las personas capacitadas para nombrarlo solo son aquellas que tienen la testamentaria activa.- Presunción de capacidad que hace la Ley.- Comentarios al artículo 1043 del Código Civil.- Personas que no pueden nombrar a los albaceas: 1) Los menores de 18 años; 2) El demente interdicto por causa de demencia; 3) El que actualmente estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa; 4) El que de palabra o por escrito no pudiere expresar claramente su voluntad.- Análisis de cada una de estas causales de incapacidad.- Jurisprudencia ecuatoriana.- Momento en que se aprecia la capacidad.

33 - 40

SUMARIO No 6

PERSONAS QUE PUEDEN SER ALBACEAS

Disposiciones especiales del Código Civil sobre la capacidad de las personas para ser albaceas.- Momento en que aprecia la capacidad.- Comentarios a los artículos 1295, 1296 y 1297.- Opinión de los tratadistas.- Jurisprudencia

41 - 52

SUMARIO No. 7

LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y EL ALBACEAZGO

Teorías contrapuestas con relación a la persona jurídica o moral.- Teorías de la ficción: Savigny, Ihering, Planiol.- Teorías realistas: La organicista pura.- La realidad sico-física.- La persona jurídica según el Código Civil Ecuatoriano.- La persona jurídica y el Albaceazgo

53 - 60

SUMARIO No. 8

ACEPTACIÓN DEL CARGO DE ALBACEA

Deber moral que impone el testador a la persona designada de aceptar el cargo.- Voluntariedad del mismo.- Función e importancia de la aceptación.- La aceptación expresa y la aceptación tácita.- Tiempo que dispone la persona designada para aceptar el cargo.- Prórroga de plazo.- Rechazo del cargo.- Diversas situaciones que

se pueden presentar.- La indignidad para quien rechaza el cargo sin justa causa.- Situación que se presenta cuando habiendo varios albaceas nombrados conjuntamente, uno de ellos noacepta el cargo: Teorías de Delvincourt y Laurant.

61-65

SUMARIO No. 9

DEBERES Y DERECHOS DE LOS ALBACEAS

Incapacidad del testador para ampliar los derechos o exonerar las obligaciones del Albacea.- Necesidad de dividir el estudio de esta materia.- Las medidas de conservación y las medidas de ejecución.- Análisis de las medidas de conservación.- Jurisprudencia ecuatoriana.- Necesidad de dividir el estudio de las medidas de ejecución entre las que corresponden al Albacea con tenencia de bienes y las que corresponden al Albacea sin tenencia.- El albacea con tenencia de bienes y las mencionadas medidas; Análisis de las mismas.- Jurisprudencia ecuatoriana.- El Albacea sin tenencia de bienes y las medidas de ejecución: Análisis de las mismas.- Jurisprudencia ecuatoriana

67 - 83

SUMARIO No. 10

RESPONSABILIDAD DEL ALBACEA

Obligación del Albacea de tener en el desempeño de su cargo el cuidado y diligencia de un buen padre de familia.- Responsabilidad si cumple con disposiciones contrarias a las leyes.- Casos en los que corresponde el Albacea.- Personas ante quienes responde el Albacea.- Responsabilidad solidaria.- Jurisprudencia ecuatoriana

85 - 87

SUMARIO No. 11

DURACIÓN DEL ALBACEAZGO

Temporalidad del cargo.- Atribución concedida al testador para fijar el plazo.- Necesidad de que éste sea cierto y determinado.- Plazo que señala la Ley ante el silencio del testador.- Prórroga que concede el Juez.- Casos en los que el Albaceazgo no puede prorrogarse.- Casos especiales que sí admiten prórroga.- Terminación del Albaceazgo a petición de los herederos cuando no ha transcurrido el plazo, pero el Albacea ha cumplido el encargo.

89 - 92

SUMARIO No. 12

TERMINACIÓN DEL ALBACEAZGO

Formas en las que termina el Albaceazgo: Necesidad de agruparlas para un mejor estudio didáctico: 1.- Por el transcurso de término fijado; 2.- Por la ejecución total del Testamento; 3.- Por la muerte del Albacea; 4.- Por la renuncia del ejecutor testamentario; 5.- Por el hecho de contraer nuevas nupcias la viuda Albacea de su difunto esposo; 6.- Por el hecho de no comparecer a decir si acepta o no el cargo; 7.- Por la nulidad del testamento; 8.- Por la remoción del Albacea; y, 9.- Por la incapacidad superviviente.- Análisis de estas causales.- Jurisprudencia ecuatoriana al respecto. **93 - 97**

SUMARIO No. 13

RENDICIÓN DE CUENTAS DEL ALBACEAZGO

Obligaciones de las personas que administran bienes ajenos de rendir su administración.- Comentarios al artículo 1340 del Código Civil.- Aplicación de este cuentas de artículo a los albaceas con tenencias de bienes y sin tenencia.- Muerte del Albacea sin rendir la cuenta.- Personas que pueden exigir el rendimiento de la cuenta.- Necesidad de que la cuenta rendida sea justificada.- Saldo a favor o en contra del Albacea.- Jurisprudencia ecuatoriana. **99 - 104**

SUMARIO No. 14

EL ALBACEAZGO FIDUCIARIO

Origen de la Institución: Los Fideicomisos en Roma.- La Edad Media en Occidente.- Influencia de Derecho Canónico.- Concepto del Albaceazgo Fiduciario.- Diferencias entre el Albaceazgo con el Fideicomiso y la Asignación Modal.- Aspectos fundamentales del Albaceazgo fiduciario.- Personas que pueden ser nombradas.- Calidades necesarias para su Albacea común y Legatario.- El nombramiento debe hacerse en Testamento.- La aceptación del cargo.- El encargo fiduciario.- Carácter personalísimo, Intransmisible, Indelegable, remunerado y temporal de Albaceazgo Fiduciario.- Bienes destinados al cumplimiento de la voluntad del testador.- Terminación del albaceazgo fiduciario.- Rendición de cuentas **105 - 127**

DEDICATORIA

Con el amoroso recuerdo de CARLOS ESTARELLAS AVILES Y ERNESTINA MERINO DE ESTARELLAS.

A ZOILA VELÁZQUEZ DURÁN, mi compañera de vida matrimonial, a mis hijos CARLOS, ENRIQUE Y PILAR ESTARELLAS VELÁZQUEZ.

A los tiernos retoños, mis nietos PILAR HUNTER ESTARELLAS, CARLOS ESTARELLAS ESCOBAR, ENRIQUE ESTARELLAS ROSSIGNOLI Y GABRIELA ESTARELLAS ESCOBAR.

PEQUEÑO PRÓLOGO

El presente trabajo tiene una orientación especial. Está dirigido para los estudiantes de la Carrera de Leyes, motivo por el cual procuré auxiliarme con una redacción clara y desprovista de giros ideomáticos que, si bien es cierto, embellecen la expresión, no es menos verdad que también pueden oscurecerla, al evocar ideas distintas.

Por supuesto, y siempre pensando en los estudiantes, se sustentaron cada una de las afirmaciones de los tratadistas, citando autor, obra, año de la Edición, lugar y páginas, para que se familiaricen con la bibliografía jurídica.

Igualmente se transcribieron resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, y, al final, constan las disposiciones de los Títulos VIII y IX del Código Civil del Ecuador. Este es un trabajo pensado en los estudiantes, pues, estoy convencido de la sentencia de Séneca: “Los hombres, mientras enseñan, aprenden”

Aspiramos, también, que la presente obra sirva, por igual, a los abogados del país.

SUMARIO No. 1

ORIGEN DE LA PALABRA ALBACEA Y ORIGEN HISTÓRICO DE LA INSTITUCIÓN

Origen etimológico de la palabra albacea: Importancia de este estudio para la mejor comprensión de la institución.- Análisis de los vocablos árabes que pudieron dar origen a la actual denominación.- Origen histórico del Albaceazgo: Teorías expuestas.- Análisis de ellas.- Apreciación general de las probables fuentes históricas y su desenvolvimiento posterior.- Fundamento jurídico del albaceazgo.- Utilidad que presta esta institución al Derecho.

DESARROLLO

ORIGEN ETIMOLÓGICO:

Es importante para la mejor comprensión del Título VIII del Tercer Libro del Código Civil Ecuatoriano la fijación definitiva del cabal significado de la palabra Albacea. Es cierto que el Título VIII nos habla de los Ejecutores Testamentarios, pero, no es menos verdad que en el artículo 1301, al definir la institución, emplea el término Albacea como sinónimo de Ejecutor Testamentario. Aún mas, en todos los posteriores artículos del Título y en todo el articulado del Código, se usa casi exclusivamente la denominación de Albacea, en detrimento del término Ejecutor Testamentario¹.

Lamentablemente, la mayoría de los tratadistas estudiosos del Albaceazgo, no se han detenido mayormente en el examen del origen etimológico de esta palabra, contentándose muchos de ellos con transcribir opiniones ajenas².

Otros estudiosos, no menos importantes, al tratar el punto, sostienen teorías que no tienen un fundamento real, y están en abierta oposición con lo afirmado por gramáticos y filólogos³.

Por último, no pocos civilistas han ignorado el tema, quizás por considerarlo de poca importancia jurídica⁴. No compartiremos ese criterio; creemos que las Insti-

¹ Código Civil Ecuatoriano. Comisión Legislativa, Registro Oficial # 46 del 24 junio 2005

² Luis Claro Solar: Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado.- pág. 287.- Tomo 16.- Imprenta Nacimiento.- Chile.- 1943. Barros Errasuriz: Curso de Derecho Civil.- pág. 330.- Tomo V.- 1931. Alcides Gásperi: Tratado de Derecho hereditario.- Pág. 248.- Tomo IV. Bs. Aires 1953.

³ Barros Errasuriz: Ob. Cit. Tomo V.- Pág. 330.

⁴ Ramón Meza Barros: Manual de Sucesiones.

tuciones, al igual que los hombres que las crearon, tienen un origen o nacimiento, una plenitud y un atardecer, y que mejor para comprenderlas a cabalidad, que estudiarlas en sus tres momentos de existencia; pues, sólo así se conseguirá la correcta apreciación de ellas.

Luis Claro Solar, citando la Enciclopedia de Derecho y Administración de Lorenzo Arrazola, se limita a exponer cuáles fueron las probables raíces árabes de las cuales puede provenir la actual denominación: "Vaseya", "Quiba", "Albazeza" que entrañan, en su orden, las ideas de encomendar, mando y con salud⁵.

Para los autores del Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano, fue la primitiva expresión árabe "Aluaci" la que originó la palabra utilizada en nuestra legislación, y dan a entender que etimológicamente es igual a la expresión "Testamentario"⁶.

Lo afirmado por estos autores nos parece equivocado; pues, si bien es cierto que desde el punto de vista jurídico, estos términos son sinónimos; desde el etimológico son completamente diferentes. Diferente fue su significado y diferente también la aplicación que tuvieron en la antigüedad⁷.

Para el chileno Barros Errázuriz, el origen de la palabra es árabe, cosa afirmada ya por muchos otros. Barros da a entender que la voz arábiga -que no la mencionase transformó en el vocablo "Cabezalero". Etimológicamente son distintas. La una es de procedencia islámica, mientras que la otra es auténticamente castellana.⁸

Nos parece más acertada la tesis sostenida por Roque Barcia en su obra "Sinónimos castellanos", quien afirma que fue la voz arábiga "aluaseia" la que originó, por corrupción, las expresiones "aluaseia", "albacei" y, finalmente, la palabra albacea, la misma que quedó así fijada en nuestro glosario⁹. Creemos que esta opinión es la más acertada, por ser la única que indica clara y científicamente el proceso seguido para que la primitiva voz árabe se transformara y diera lugar a la palabra Albacea.

⁵ Claro Solar: Ob. Cit.- Pág. 2987.- Tomo No. 16.

⁶ Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano.- Tomo I.- Ver Albacea.

⁷ Roque Barcia: Primer Diccionario General Etimológico de la lengua española.- Edit. F. Seix.-1.878.-Ver Albacea.

⁸ Barros Errázuriz: Sinónimos Castellanos.- Ed. J. M. Faquimeto.- 1890.- Ver Albacea.- Alcides Gaásperi: Ob. Cit.- Pág. 248.

⁹ Roque Barcia: Sinónimos Castellanos.- Editor: J.M. Faquimeto.- 1980.- Ver Albacea.- Alcides Gásperi: Ob. Cit.- Pág. 248.

ORIGEN HISTÓRICO DEL ALBACEAZGO:

La opinión que más prevalece entre los civilistas que se han ocupado del origen histórico del Albaceazgo, es la de considerar que se originó en el Derecho Canónico, negando así, unánimemente, que tenga otra fuente ¹⁰.

Esa afirmación se ha visto, con posterioridad, puesta en tela de dudas, y nuevas opiniones afirman que el origen de la Institución se encuentra en legislaciones distintas de la Canónica; por ejemplo, la Griega, Romana, o la Germánica. Revisemos brevemente tales posibles fuentes:

Es exagerado tratar de encontrar en la legislación del pueblo helénico el origen del Albaceazgo. Es cierto que en dicho derecho existieron personas que tenían la facultad, al ser comisionados por terceros, de pagar las deudas de éstos. Así, los tutores estaban capacitados para hacer determinados actos a favor de terceros. En la existencia de los “epimelatai”, y “epitropoi”, se basa la hipótesis que estudiamos. Más, los hechos históricos y jurídicos no autorizan que la creencia que el Albaceazgo se origina en Grecia, tesis que puede explicarse por el deseo que tiene el hombre de encontrar o tratar de encontrar orígenes en la remota antigüedad ¹¹.

Poco exacta es también la idea de creer que fue en el Derecho Romano Antiguo donde se originó la Institución, pues, en dicha época los testamentos se hacían en la comitia calata, es decir, en los comicios por curias (parlamentos de patricios que se reunían para tratar de sus asuntos privados).

En dichos comicios se otorgaban los testamentos y, es importante no olvidar, que concurrían los de “gentes” o “gentiles”, con potenciales derechos sobre las herencias, debido a que en las leyes romanas se sucedía a una persona, en primer lugar los herederos suyos; no existiendo éstos, el agnado mas próximo que se hallara bajo la patria potestad, y a falta de estos, los gentiles ¹².

Con el correr de los tiempos Roma se universalizó, y aparecieron, ocasionadas por la expansión, situaciones jurídicas no previstas en el Derecho Civil, causa por la cual surgió la figura del “pretor peregrino”, -magistrado designado para lograr una solución basada en la equidad en los casos que la Ley civil no lo permitiera-, verdadera fuente renovadora del Derecho Romano. Esta labor fue lenta, larga y a través de muchos años, dio óptimos resultados y se comenzaron a dictar leyes que

¹⁰ Laurant, Planiol y Ripert, Aubry Rau, Claro Solar, Demolombe, Zacarías.

¹¹ R. Menard y C. Sauvageot: Las instituciones de la antigüedad.- Pág. 109.- Tomo VIII.- Edit. Jorro.- Madrid.- 1926.

¹² José D'Aguanno. La génesis y evolución del Derecho Civil.- Pág. 250. Tomo II.- Edi. La España Moderna.- 1926.- Madrid.

regulaban las relaciones jurídicas nuevas¹³. Se crearon dos instituciones romanas que dan fe a lo afirmado: El Familiar Emptor y la Herencia Yacente¹⁴.

Pongamos un caso práctico para explicarnos mejor: Ticio, al hacer su testamento, quiere que uno de sus hijos, Cayo, que se encuentra destacado en un remoto lugar del Imperio Romano, reciba con seguridad la herencia que le toca. Para lograrlo acude al medio de nombrar a un “emptor”,-personaje destinado para asegurar el tránsito de los bienes¹⁵.

Otro caso similar sería si Cayo., que se encuentra ausente o prisionero, es instituido heredero. El Pretor para asegurarle la herencia establecerá la institución de la herencia yacente, nombrará Curador, logrando así lo que se propuso Cayo: Que los bienes lleguen al heredero.

Estos argumentos, reforzados por lo sostenido por Roberti, para quien el Albaceazgo tiene su origen en dos instituciones romanas: La cláusula modal, que permitía instituir heredero a un tercero imponiéndole la obligación de entregar la herencia a la persona indicada por el de cujus; y en el Fideicomiso, por el cual se rogaba a una persona el encargo de una disposición testamentaria¹⁶. Lo expuesto nos indica que ya en la Legislación del pueblo de las Doce Colinas se pensó y legisló por la necesidad de establecer normas que regularán estas clases de relaciones jurídicas.¹⁷

Estos antecedentes se vieron confirmados y ampliados con la Legislación dictada por los Emperadores cristianos León, Arthemius y León el Filósofo. Los dos primeros ordenaron que fuera el Obispo del domicilio del de cujus-que no había dejado persona encargada para la ejecución de los legados y fideicomisos destinados al rescate de prisioneros- el encargado de esta misión. León el Filósofo, en su novela 68, reconoció el derecho que tenía una persona para nombrar a otra que se encargara de la ejecución de sus voluntades. Esta persona sería necesariamente un religioso¹⁸.

Como podemos notar, aparece una nueva y determinante influencia: El Cristianismo y la Iglesia. El aporte fue tan importante para el Derecho, que los conceptos

¹³ R. Menard y C. Sauvageot: Las Instituciones de la antigüedad.- Pág. 173. José Camares Perrot.- Curso de derecho privado romano: Págs. 573-592.- Edit Albatros .- Bs. Sexta edición.-Bs. Aires 1.953.

¹⁴ Eugenio Petit: Tratado elemental de Derecho romano.-Págs. 573-592.- Edit. Albatros.- Bs. Aires.- 1.954.

¹⁵ V. Arangio Ruiz: Instituciones del Derecho romano.- Págs. 579-589.-627-629.- Trad. de Camerés Ferro.- Edit. Deplama.- Bs. Aires 1.952.

¹⁶ Polaco: De las Sucesiones: Tomo I.-Pág 423.- Montevideo.- 1.955.

¹⁷ Esta opinión acompañada de razonamiento de peso, nos la proporcionaron los distinguidos profesores universitarios Drs. Humberto Ferreti Romero y Alfonso Loaiza

¹⁸ Luis Claro Solar: Ob. Cit. Pág. 289.- Tomo XVI.

comenzaron a cambiar, transformarse, y adquirir otras orientaciones. La esclavitud desapareció, dando lugar a los siervos de la gleba; el Derecho sucesorio tomó nuevas rutas, y en todos los campos de las ciencias y las artes se nota la influencia renovadora de "La Buena Nueva". Nuestra institución, o mejor dicho las leyes que sirvieron de antecedentes a la misma, adquirieron características acordes con la nueva concepción.

Por la influencia del Cristianismo y de su Iglesia, se explican las disposiciones de la Novela 68 y las leyes de León y Arthemius, aporte que fue creciendo con los tiempos, ordenándose de tal manera que sea un sacerdote- el Obispo del lugar -el Ejecutor de las disposiciones del causa-habiente. Las atribuciones concedidas al Obispo fueron realmente muchas: Podía tomar una parte de los bienes de las personas que morían sin testamento, distribuirla entre los pobres y para sufragio del alma del muerto, pues se consideraba que si hubiera testado su voluntad, sería esa. A tal punto llegó esta intervención que los Notarios tenían la obligación de hacerle conocer de los testamentos que se otorgaban ¹⁹.

Podemos ofrecer otras pruebas de la ingerencia que tuvieron los obispos en este campo del Derecho: Para confesar y administrar la absolución a un individuo, era menester que éste dejara una manda para los pobres y su alma. Si se resistía no había absolución. Como se puede fácilmente imaginar nunca se oponían por la dificultad que presentaba para el acto testamentario, y no deseándolo, dejaban parte de sus bienes en beneficio de los pobres y el Alma. Se nombraba un intermediario que realizara la tradición de las cosas. Lógicamente ese intermediario era un religioso.

Las costumbres, nacidas al calor del intenso sentimiento religioso de la época, fueron acogidas por la Ley: En la Partida Sexta, Leyes 5 y 7 del Título X, se ordenó que en el caso de haber dejado un testador cantidades destinadas al rescate de prisioneros o en sufragio de su alma, el ejecutor de esas voluntades sería el Obispo del lugar en que nació, o el de la localidad en la que estuvieran situados la mayoría de los bienes del testador ²⁰

¹⁹ Esto que nos parece propios de los tiempos medievales no debe de llamarnos la atención, pues durante la Colonia se produjeron en nuestro país casos en los cuales los Obispos de Quito, Luis Francisco Romero y Juan Gómez Frías, prohibieron en su orden, que los Escribanos autorizaran testamentos, si el testador no dejaba una manda para misas en sufragio de su alma. Si el Escribano no obedecía era excomulgado.-El Obispo Gómez Frías amplió la prohibición y reclamó la quinta parte de los bienes de los testadores, para misas y sufragios, aunque dejara hijos y parientes pobres. Este célebre Obispo negaba la sepultura al cadáver y excomulgaba a los albaceas, con la excomunión "ipsofacto incurrenda", cuando no consignaban la cuarta parte de los bienes en la Colecturía eclesiástica.

Federico González Suárez: Historia General de la República del Ecuador.- Tomo V.- Págs. 21 y 63.- Segunda edición.- Edit. Danien Cadena.- Quito.-1.931.

²⁰ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Pág. 289.- Tomo XVI.

Clara y sin lugar a dudas el aporte de la Iglesia y el Derecho Canónico²¹ y cierto también, que merced, a esas influencias, el Albaceazgo se convirtió en verdadera Institución.

Existieron también pequeñas influencias: la germana y la árabe. La primera, a través del intermediario llamado "Salma", que era el punto de enlace entre la persona que entregaba los bienes y la persona que se los daba, pues, el antiguo propietario le rogaba que así lo hiciera. La árabe parece menor, muy pequeña, pero no por eso, despreciable. Recuérdese al efecto, que la denominación de Albacea es auténticamente árabe y los árabes y cristianos se influenciaron mutuamente, llegando casi hasta respetarse entre sí²².

FUNDAMENTOS DEL ALBACEAZGO:

El fundamento jurídico del Albaceazgo, se encuentra en la libertad de testar, garantizada por nuestra Legislación, y por medio de la cual se reconoce el derecho de una persona para disponer el destino de sus bienes después de la muerte. Establecida la libertad de testar, su lógica consecuencia es la facultad del testador para elegir a una persona de su confianza, que ejecuta sus últimas voluntades²³. Nuestro Código Civil, en el artículo 1315 establece la facultad del testador para la designación de uno o más albaceas, quienes, de acuerdo con el mencionado artículo "son aquellos a quienes el testador da encargo de hacer ejecutar sus disposiciones".

Posee, por lo tanto, el Albaceazgo, un fundamento jurídico bien definido, reconocido por la gran mayoría de tratadistas, pese a que Francisco Ricci considera que el fundamento debe de encontrarse en las costumbres y en la evolución familiar. Cree Ricci que, si bien el testador "puede disponer de sus bienes del modo que más le agrade, pero sólo para el tiempo en que cesando de ser suyos, comienzan a ser de otros". Ahora bien, cuando las cosas pertenecen ya a los herederos, el testador no puede disponer de ellas. "El fundamento, por lo tanto del Albaceazgo, está

²¹ Para Wilhelm Sauer, es explicable esta ingerencia de la Iglesia y su Derecho -el canónico-, por la sencilla razón de que la Iglesia Católica es universal y piensa que " Todo los países son tierra de misión que han de ser ganados por la causa católica, siendo natural que el Derecho canónico pretenda ser un Derecho coordinado o incluso supraordinario al derecho político" y por lo mismo se considera superior a toda clase de derecho. Wilhelm Sauer: Filosofía jurídica y social.- traducida por Luis Legaz.- Edit. Labor. 1.933.- Pág. 273, párrafo 44.

²² El Cid Campeador, héroe máximo de los cristianos españoles, admiraba al árabe Mohallab, a tal punto que en sus ratos de ocio, en su palacio de Valencia, se hacía leer las crónicas que relataban hazañas del caudillo musulmán.

²³ Fernando Vélez: Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano.- Pág. 123.- 2ª Edición.- Tomo V.- Imprenta París.- América.

fuera del Derecho y conviene encontrarlo en las costumbres y en la evolución de la familia"²⁴.

Indudablemente con Ricci ocurre lo que en Lógica se llama "petición de principio", por el extravío a que llega con su deducción. Aceptamos que el origen de la Institución no nace de una ley específica del Derecho Antiguo, sino en las costumbres-, especialmente en la Antigüedad, pero de allí a considerar que el fundamento de la Institución no es jurídico es simplemente absurdo. Las obligaciones y los derechos nacen de la ley. La ley ecuatoriana (y las legislaciones modernas), consignan el principio de la libertad de testar y reconocen el derecho que tiene el testador para nombrar uno o más Ejecutores Testamentarios, por lo que, es falso afirmar la existencia del fundamento jurídico. Si aceptamos la opinión de Ricci, debemos también aceptar que todas las Instituciones carecen del fundamento legal, pues ellas fueron gestadas por las costumbres y posteriormente reglamentadas por el Derecho.

UTILIDAD DEL ALBACEAZGO:

La tesis que el Albaceazgo es útil al Derecho, tiene la aceptación mayoritaria de los tratadistas, y ellos, con escasas excepciones, están acordes en suponer que la mayor de esas utilidades consiste en asegurar al testador el cumplimiento de sus disposiciones ²⁵.

Por ese medio se evita, además sustracción de los bienes de la herencia, y en los casos en que el testamento no contiene designación de heredero, o existiéndolos, éstos fueran menores o incapaces, se consigue que el cumplimiento de las disposiciones testamentarias del testador se cumplan al mismo tiempo que se protegen en sus derechos a las personas antes mencionadas ²⁶.

La Institución nació debido a que los herederos, a quienes la ley obliga a cumplir con lo ordenado por el testador, no siempre las obedecía por ser contrarias a sus propios intereses. Tal motivo fue el motor que dio como consecuencia el nacimiento de la Institución, y la mayor utilidad práctica que presta la misma, es impedir que el deseo del testador sea burlado ²⁷.

²⁴ Francisco Ricci: Derecho Civil Teórico y Práctico .- Tomo VIII.- Pág. 283.-1.928.

²⁵ Francisco Ricci: Ob. Cit.- Pág. 283.- Tomo V. Salvador del Viso: Lecciones Elementales de Derecho Civil.- Pág. 413.-Tomo 1.- Quinta edición.

²⁶ F. Laurant: Principio de Derecho Civil.- Pág. 377.- Tomo XIV.

²⁷ Marcelo Plenil y Jorge Ripat.- Pág. 727.- Tomo V.- Edit. Cultura S.A. 1.935.

SUMARIO No. 2

NATURALEZA JURÍDICA DEL ALBACEAZGO

Naturaleza jurídica de la institución: Necesidad de establecerla.- Principales Teorías expuestas.- Análisis de la Teoría independiente.- Análisis de la teoría que compensa al Albaceazgo con la representación.- Análisis de la teoría que considera el Albaceazgo como un Oficio Privado.- El Albaceazgo considerado como Mandato Post Mortem: Análisis de esta posición doctrinaria.- Jurisprudencia ecuatoriana. Jurisprudencia ecuatoriana.

DESARROLLO

NATURALEZA JURÍDICA:

El precisar la naturaleza jurídica del Albaceazgo es uno de los temas más discutidos en la Doctrina, y quizás no resuelto aún para satisfacción de todos. Infinidad de teorías existen; muchas de ellas tratan de ser originales y presentar una nueva faceta del problema planteado, pretendiendo ser diferentes entre sí²⁸; más pueden agruparse de acuerdo con la idea central que las anima.

En general esas teorías compensan el Albaceazgo con el Mandato, la Representación, el Oficio Privado o, como lo hace Claro Solar, sosteniendo que es una Institución Independiente.

La falta de armonía y unidad observada en la Doctrina, creemos fue originada porque la mayoría de los Códigos -con la excepción del Alemán Suizo, Argentino y otros pocos- no poseen un artículo que manifieste clara e indistintivamente la naturaleza jurídica del Albaceazgo.

Esta omisión posiblemente se debió a que los redactores de dichos códigos consideraron innecesaria, la aclaración por ser "una cosa tan clara que se revela por sí misma", o, porque a pesar de "no decirlo el Código, resulta de la naturaleza misma del encargo que el testador confía al Ejecutor Testamentario"²⁹.

²⁸ Carlos Arroyo del Río en "Estudio sobre el Albacea testamentario" publicado en la obra "Estudio Jurídico" editado en la imprenta Janer Guayaquil, 1964 afirma: "Del Albacea se ha dicho, mas bien, que es un mandatario. Un mandatario sui-géneris, diferente del mandato común, puesto que es una especie de mandato póstumo, cuyo cargo comienza a la muerte del mandante que, en el mandato común, es una de sus formas o medios de extinción. Del Albaceazgo se ha dicho, a diferencia del mandato, hasta que es Derecho público".

²⁹ Laurant: Principios de Derecho Civil.- Madrid.-1.920.- Pág. 410. Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 290.- Citando a Furgole.

En realidad, la claridad no es tan evidente como lo afirman Laurant y Furgole. Existen contradicciones que han dado como consecuencia divergencias. En nuestro deseo didáctico pretendemos establecer la naturaleza jurídica del Albaceazgo, y ofrecer una visión clara y simplificada de las distintas opiniones o teorías.

De las teorías existentes creemos que las de mayor originalidad son las siguientes:

Teoría de la Institución Independiente;
Teoría que compensa el Albaceazgo con la Representación;
Teoría que considera el Albaceazgo como un caso de Oficio Privado; y,
Teoría que lo considera como un Mandato Post Mortem.

1. TEORÍAS DE LA INSTITUCIÓN INDEPENDIENTE:

Desde que Claro Solar, en su magnífica obra "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", afirmó que el Albaceazgo es una Institución independiente, la idea fue aceptada por otros civilistas y por varios Tribunales de Justicia de diferentes países, especialmente la Corte Suprema de Justicia de Chile³⁰.

Claro Solar, al separarse de la doctrina francesa -tradicionalmente adicta a la idea de considerar como un mandato a el Albaceazgo-³¹, cree se trata de "una institución original e independiente, cuyo principal objetivo consiste en asegurar el cumplimiento de una o más disposiciones o todo el testamento"³². Consecuente con la idea de poseer el Albaceazgo un objetivo propio y distinto, deduce la naturaleza propia e independiente³³.

La teoría de Claro Solar, defendida por otros autores, algunos tratadistas la critican por considerar que la característica principal de la argumentación del civilista chileno, gira, casi exclusivamente en el aspecto negativo, destinado a diferenciar el Albaceazgo con el Mandato, la Representación, el Oficio Privado, sin exponer mayormente razones de orden positivo, limitándose en la conclusión final a señalar que se trata de una Institución independiente y original. Esta crítica contra la posición de Claro Solar no es válida pues, en Lógica existe la utilización de la "prueba negativa", mediante la cual se puede llegar a la verdad.

Indudablemente el criterio de Claro Solar es interesante y sugestivo y lo podríamos considerar "ideal", ya que si el Albaceazgo se basa en una fundamentación origi-

³⁰ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 300.

³¹ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.-Pág. 290.- Sostienen que el albaceazgo es un mandato Laurant, Demolombe, Aubry y Rau, Colin y Capitant, Furgole, Huc, Poithier, Baudry-Llacantinérie, etc.

³² Claro Solar: Ob. Cit. Tomo XVI.- Pág. 296.

³³ Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 297.

nal, independiente, es lógico que se lo considere también una Institución Independiente.

Algunos tratadistas no consideran el problema resuelto, y afirman que existen determinados casos en los que no está claro cual Ley debe aplicarse a una situación jurídica derivada del Albaceazgo. Ante esa situación, ¿Qué ley aplicamos?. Para esos estudiosos, admitir la teoría del Jurista chileno, sólo sería trasladar el problema y no resolverlo. En realidad no es así, y el artículo 18 del Código Civil Ecuatoriano, que consta en el parágrafo 4, Titulado: "De la Interpretación de la Ley", numerales 4 y 6, determina el procedimiento que se debe cumplir al interpretársela. Para Juan Larrea Holguín "se ha querido ver en el Albacea un mandatario del Testador, que recibe poder para ejercerlo después de la muerte del causante. Algunos artículos del Código Civil dan pie para aceptar esta teoría y la Jurisprudencia de la Corte Suprema Ecuatoriana no ha sido ajena a ella, como se señala en una Sentencia que dice que en el Albaceazgo hay un mandato conferido por el Testador para que lo ejerza después de su muerte; mandato que se perfecciona por la aceptación expresa o tácita del cargo por parte del nombrado".

A renglón seguido el ilustre Jurista continúa "Hay una innegable proximidad del Albaceazgo con la Curaduría de bienes, e incluso no faltan referencias del Título VIII. De los Ejecutores Testamentarios, a diversos artículos que tratan de las tutelas y curadurías, en el Libro I". Concluye en su análisis expresando: "La intervención conjunta del Albacea con los herederos y con el Curador de la herencia yacente, pone especiales límites a las facultades del ejecutor testamentario y configuran esta institución como algo sui géneris, que no puede asimilarse plenamente ni al legatario fiducial, ni al mandatario, ni al guardador, ni mucho menos a un funcionario público.

Es preciso, pues, estudiar los textos legales sobre el Albaceazgo, sin el perjuicio de querer equiparar el Albacea a otras funciones jurídicas"³⁴.

En consecuencia, para Larrea Holguín es una institución "sui géneris", es decir propia de su género, o sea independiente, concepto que avala la teoría sostenida por Claro Solar.

2. TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN:

Con el deseo de explicar la naturaleza jurídica del Albaceazgo, apareció la Teoría de la Representación³⁵, que en síntesis afirma ser el Albaceazgo un caso de ella.

³⁴ Juan Larrea Holguín: Derecho Civil del Ecuador, Volumen X, Tercera edición, Corporación de Estudios Universitarios y Publicaciones Universidad Particular de Loja, Guayaquil 2004, Pág. 181.

Esta teoría considera al Ejecutor Testamentario como "representante", pero sus autores -son varios- no coinciden cuando se trata de establecer a quien representa. Para algunos, a los herederos; para otros, a los legatarios; y, para unos terceros, a los acreedores de la herencia.

La teoría con todas sus derivaciones, es muy débil desde el punto de vista jurídico, y sólo es necesario recordar que para la representación de alguien es requisito que exista el representado, cosa que no ocurre, en el albaceazgo ³⁶

No podemos admitir que el Albacea es el representante de los acreedores, por la simple razón de que hay casos de herencias en las que no existen acreedores. Tampoco puede ser el representante de los legatarios, debido a que, en la mayoría de las veces, el ejecutor Testamentario tiene que estar en contra de los intereses de estos, ser su opositor; y mal se puede afirmar que un representante no acate lo que sus representados desean. La misma objeción corre para la idea de que el Albacea es el representante de los herederos. Además, recuérdese que la Institución fue creada para evitar que los herederos burlaran las disposiciones del testador³⁷.

La teoría de la representación no tiene mayor consistencia jurídica; nos parece que fue producto de un deseo de originalidad, tan común en los hombres, más que de un mesurado y crítico estudio del Albaceazgo; sus conclusiones no satisfacen y producen confusión, no resuelven el problema, lo oscurecen.

3. TEORÍA QUE CONSIDERA AL ALBACEAZGO COMO UN OFICIO PRIVADO

El principal sostenedor de esta teoría, el Tratadista Messineo, quizás inspirado en la definición que del Albaceazgo diera Poithier, ³⁸ considera ser un oficio de Derecho privado, fundamentado en un negocio de autorización, por medio del cual el Albacea es investido de poderes. El negocio de autorización en referencia es abstracto, unilateral. Se diferencia de la procuración común por ser un caso especial de ella ³⁹.

³⁵ Bonfiglio sostiene que son los autores alemanes los que consideran al Albaceazgo como un caso de representación.- Bonfiglio:

La ejecución testamentaria: Naturaleza jurídica y fundamento.-1.929.- Págs. 98-99-100-112.- Ignacio Sáenz de Santa María Tinture: Notas sobre los Albaceas y contadores partidores: Anuario de Derecho Civil.- Tomo II.- Abril-junio 1.953. Pág. 401.

³⁶ Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.-Pág. 295.

³⁷ Laurant: Ob. Cit.- Pág. 377.- Planiol y Ripert: Ob. Cit.- Tomo V.- Pág. 727.- Salvador del Viso: Ob. Cit.- Tomo I.- Pág. 413.- Fc.

Ricci: Ob. Cit.- Tomo 8.- Pág. 270.

³⁸ Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo VIII.- Pág 290.- Para Poithier el albaceazgo es un oficio de amigo.

³⁹ Ignacio Sáenz de Santa María Tinture: Ob. Cit.- Págs. 399-400.

La teoría de Messineo no tiene aplicación en la práctica, por lo menos en lo que dice relación a nuestro Código Civil. Así, no existe en la Legislación civil ecuatoriana el negocio de autorización, ni tampoco una clase especial de procuración que esté relacionada con el Albaceazgo. Simplemente no funciona, no puede aplicarse en el caso ecuatoriano.

4. EL ALBACEAZGO CONSIDERADO COMO UN MANDATO POST MORTEN

Existen en nuestra legislación, dos clases de Mandatos: Entre Vivos y Post Morten. El primero, enunciado y reglado en el Título XXVII del Código Civil; el segundo, enunciado en el artículo 2077. El mandato post morten, y denominado así por estar destinado a cumplirse después de la muerte del mandante presenta enorme dificultad de aplicación⁴⁰), Así por ejemplo, no se puede admitir que una persona, por medio de un mandato post morten, disponga que X, mandatario, después de la muerte del vinculante, venda cinco haciendas, hipoteque bienes o negocie un número determinado de papeles fiduciarios para que, con el producto de tales transacciones, entregue a Z la totalidad o parte de los valores recaudados. Lógicamente tal mandato no tendría validez por las siguientes razones:

a) En el supuesto que una persona trate de repartir sus bienes después de su muerte, será necesaria la redacción de un Testamento que incluya la designación de un Albacea.

b) De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1037 y 1038 del Código Civil Ecuatoriano, las disposiciones del mandante carecerían de eficacia. Tan claras son estas disposiciones que la Jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia reiteradamente así lo ha dispuesto⁴¹.

c) Recuérdense que las cosas pertenecen a su dueño mientras vive y pueda disponer del modo "que mas le agrade de sus bienes", pero solo estando vivo; cuando muere, cesan de ser suyos, y empiezan a ser de otros. Ahora bien, cuando las cosas pertenecen ya a los herederos, el de cujus no puede disponer de ellas. Esta opinión se ve reforzada por la lógica natural que nos indica lo inaceptable de imaginarnos una persona extraña a la sucesión (en este caso el mandatario post morten), con ingerencia en ella. Su intervención sería ilegal.

⁴⁰ Son de este parecer Demolombe, Laurant, Coli y Capitant, y en general, los tratadistas clásicos.

⁴¹ A manera de ejemplo, en sentencia 19-11-74, publicada en la G.J. Serie XII, No. 5, Pág. 1008 se dice: "el Testamento es un instrumento específico mediante el cual se expresa de manera jurídicamente válida, la voluntad de disponer de los bienes para después de la muerte".

De lo antes expuesto encontramos la dificultad de aplicación del mandato Post Mortem de acuerdo con las reglas del Mandato entre vivos, pero extraña que tal mandato conste en el Código para no tener aplicación: ¿Es así? ¿Cuáles son los motivos para esa Asincronía? ¿Falla del redactor?:

Nadie duda que Andrés Bello fue gran Poeta, Gramático notable, énsayista, de gran Cultura, metódico, lógico y animado por el afán de redactar un Código Civil claro, de fácil aplicación y comprensión, ¿más, fue un Jurista?: Valencia Zea, con relación al Código expresa: “Una cosa es la aparente claridad de un artículo en si y otra la precisión de los términos empleados. Desde ese punto de vista, el Código emplea términos en diferentes sentidos utiliza en el mismo sentido expresiones totalmente distintas. “Le hacen falta palabras para designar ciertos fenómenos jurídicos. Sin duda cuando se redactó, el lenguaje jurídico estaba en formación, a esto se debe agregar que Andrés Bello, fuera del conocimiento corriente del Lenguaje, no conocía el sentido especial que en Derecho deben tener muchas palabras, ni supo diferenciar lógicamente muchos fenómenos jurídicos. Pero el problema es más grave cuando pretendemos estudiar el Código en su conjunto. Bello no es un científico del Derecho; por tal motivo, el servirse de varias fuentes -la doctrina de los romanos, la de los franceses, la legislación española y la doctrina de los pandectistas- tomó indiscriminadamente soluciones de unas y otras, sin reparar en las graves contradicciones que se establecieron. “El Código Civil de Colombia es uno de los más difíciles de estudiar”. A esas fallas originales se deberá sumar las reformas que ha experimentado el Código, algunas de ellas evidentemente poco afortunadas⁴². Las palabras de Valencia, Zea explican la “existencia” del mandato post mortem.

César Gómez Estrada, al tratar el mandato post mortem, afirma: “El Albaceazgo es un tipo de mandato que por su misma naturaleza, no puede ejecutarse sino después de la muerte del mandante”.

Igualmente, puede darse el caso de mandatos de otro tipo cuya ejecución esté condicionada a la muerte del mandante, como el conferido para gestionar lo relativo a los funerales del mandante. Esos mandatos, pues, no solo no terminan con la muerte del mandante, sino que, por el contrario, apenas con ella vienen a ser ejecutables⁴³. Como se puede fácilmente apreciar, Gómez señala que la función del mandato post mortem es espacialísima, diferente a la del mandato entre vivos que termina con la muerte del mandante, y se refiere a casos puntuales tales como las honras funerarias, o como agregamos nosotros, el conferido “para pleitos”, si se ha empezado a desempeñar de acuerdo al artículo 2.073 de CCE. Claro Solar, inter-

⁴² Valencia Zea: Ob. Cit.- Tomo I Pág. 50.

⁴³ César Gómez Estrada: De los principales contratos civiles.- Segunda Edición, no hay indicación del editorial.- Pág. 452.

pretando el artículo chileno similar al 2.073 del CCE, considera que el mandato post mortem se refiere principalmente al otorgado para pleitos, “que habiéndose comenzado o no, muere el mandante”⁴⁴.

CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ALBACEAZGO

La Jurisprudencia, tanto española como francesa, ha estado dominada por la creencia que el Albaceazgo es un mandato, dominio que comenzó que empezó a disminuir con la sentencia 2-3-935:

1) “que la tesis de que el Albaceazgo sea un mandatario del testador, no es rigurosamente exacta, y está hoy abandonada, o muy atenuada, por la doctrina científica y por la jurisprudencia misma de este Tribunal...”, lo que demuestra que las objeciones hechas a considerar el Albaceazgo como un mandato entre vivos o un mandato post mortem, han calado en el criterio de los jueces franceses y españoles.

Es verdad que existen notables similitudes entre el Mandato y el Albaceazgo, las que se inician desde la misma definición de ambas instituciones⁴⁵. La presencia de la confianza en una y otra, las disposiciones comunes como la remuneración, el derecho al reembolso de los gastos efectuados en beneficio del encargo; la calidad de intransferibles, así como la equiparación de ambas instituciones en los artículos 1319, 1739 y 2048, pueden llevar a la idea, errónea por supuesto a nuestro parecer, que la naturaleza jurídica del Albaceazgo es igual a la del Mandato. El hecho de parecerse una Institución jurídica a otra y compartir disposiciones comunes, no autoriza a unificar la naturaleza jurídica de ella.

De seguir ese criterio, y tomando en cuenta el artículo 1749 del CCE, tendríamos también que admitir que los mandatarios, los síndicos de los concursos y los albaceas tienen igual naturaleza jurídica; o, admitir también la igualdad entre Guardas y Albaceazgo, como podría ocurrir si por el hecho de que el artículo 1295 se remite a los artículos 518 y 519; ello significa que ambas instituciones son lo mismo.

Larrea Holguín, citado anteriormente, después de analizar las similitudes que el Albaceazgo tiene con otras instituciones, considera que se trata de una institución sui generis, “que no puede asimilarse plenamente ni al legatario fiducial, ni al Mandato, ni al guardador, ni mucho menos a un funcionario público”.

⁴⁴ En ambas instituciones cuando se las define, se habla de un encargo que hace una persona a otra para que cumpla con determinadas disposiciones y cuyo cumplimiento no beneficia al que las ejecuta.

⁴⁵ Poithier considera que es básica y esencial la existencia de la confianza para el mandato. De igual opinión son Laurant y Delvincourt;

De la opinión de Larrea Holguín y de Claro Solar se deduce que el Albaceazgo es una institución independiente, por ser “sui generis”; es decir, de su propia especie.

JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

Nuestra jurisprudencia es escasa respecto a la naturaleza jurídica del Albaceazgo con pocos casos resueltos. La Corte Suprema de Justicia, en la que se han ventilado otros problemas referentes a la institución solo referencialmente, y para mayor fundamento del fallo expedido, se ha referido a la naturaleza jurídica del albaceazgo.

En la Gaceta Judicial número 82 de la Primera Serie del año 1.903, en la pág. 653, se confirma el fallo dado por el árbitro Julio B. Enríquez en el que se dice que “el Albaceazgo es un verdadero mandato”. El caso provocado por el juicio de inventario de los bienes de Pacífico Vela y que comenzó en el juzgado de Guaranda, continuó en los tribunales de Riobamba y fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia, está publicado en la Gaceta Judicial número 178 de la Tercera Serie del año 1.915, en la página 2.659. Este fallo sostiene que “en el Albaceazgo hay un mandato conferido por el testador al albacea, perfeccionándose ese mandato por la aceptación expresa o tácita del cargo, por parte del nombrado Albacea”.

En sentencia 24-XI-72, Serie XII, No.1, Págs. 35-36, en el numeral 6 se expresa: “Si la misión del Albacea es administrar los bienes de la testamentaria y de ejecutar la voluntad del testador, especie de mandante...”

Probablemente la falta de mayor jurisprudencia se deba a que muchos casos no han llegado a la Corte Suprema, imposibilitándonos una mayor comprensión del pensamiento de los jueces ecuatorianos al respecto.

SUMARIO No. 3

CARACTERES PRINCIPALES DEL ALBACEAZGO

Caracteres principales del Albaceazgo: Voluntario, Testamentario, Personalismo, Intransmisible, Indelegable, Remunerado y Temporal.- Análisis de cada una de ellas.

DESARROLLO

Las principales características del Albaceazgo, de acuerdo a la Legislación ecuatoriana, son las siguientes:

1. Voluntario;
2. Testamentario;
3. Personalismo;
4. Intransmisible;
5. Indelegable;
6. Remunerado; y,
7. Temporal.

VOLUNTARIO:

Según el artículo 1037 del CCE, “el Testamento es un acto mas o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”; el artículo 1293 del mismo Cuerpo de Leyes, define al Albaceazgo en los siguientes términos: “Ejecutores Testamentarios o Albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones”; y el artículo 1294 dispone: “No habiendo el testador nombrado albacea, o faltando el nombrado, el encargo de hacer ejecutar las disposiciones del testador pertenece a los herederos”.

De la lectura de estos artículos claramente se deduce que el Testamento es una declaración unilateral de voluntad, y esa declaración tiene valor jurídico, independientemente de si los herederos o legatarios instituidos aceptan o repudian. Para Valencia Zea se trata de un negocio jurídico unilateral.⁴⁶ El Código señala que la declaración de voluntad del testador esté constituida por una sola y única declaración de voluntad: la del testador; al ordenar en el artículo 1041: “el Testamento es el acto de una sola persona. Serán nulas todas las disposiciones contenidas en el

⁴⁶ Valencia Zea: Ob. Cit. Volumen 6, pág. 149.

Testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sean en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona”. El testador “debe expresar en el Testamento su propia declaración de voluntad, pues se excluye toda representación”⁴⁷. Art. 1042: “La facultad de testar es indelegable”.

Toda declaración de voluntad puede estar afectada por error fuerza o dolo. En cambio, no se debe admitir la lesión enorme en los testamentos. Tampoco existe unanimidad con la posibilidad de la existencia de la simulación en el testamento, y la mayoría de los tratadistas la niegan, por ser el acto testamentario una declaración unilateral de voluntad, y la simulación supone el acuerdo de las dos partes contratantes en el sentido “de no querer celebrar un contrato (simulación absoluta) o celebrarlo con un contenido diferente (simulación relativa)”⁴⁸.

Además, el Albaceazgo es doblemente voluntario, pues, desde el “momento que nace por una disposición testamentaria sujeta a la aceptación libre de la persona designada para desempeñarlo”. Esta persona está en capacidad de aceptar o negarse, pudiendo dar la negativa aún en el caso de que anteriormente manifestara su aprobación para desempeñar el cargo, haberse posesionado y comenzado a desempeñarlo.⁴⁹

Si la negativa del Albacea está fundamentada en razones reconocidas por la Ley y referentes a enfermedad propia, graves perjuicios que se deriven del desempeño del cargo, o por otra causa por la cual se le haga imposible la administración, puede, en el caso de ser heredero o legatario, recibir lo que le corresponda en la herencia o legado sin hacerse acreedor a la indignidad. Mas, en el supuesto de que la negativa no esté fundamentada en ninguna razón reconocida por la ley, se hará indigno de recibir cualquier herencia o legado, dejada para El en la sucesión de la cual se ha negado a ser Albacea. Esta indignidad no lo privará de los bienes que le correspondan como heredero forzoso. Por las razones expuestas anteriormente hemos afirmado ser el Albaceazgo doblemente voluntario, ya que nace por una disposición de voluntad del testador y se constituye por la aceptación de la persona designada.

⁴⁷ Valencia Zea: Ob. Cit. Volumen 8. pág. 150.

⁴⁸ Valencia Zea: Ob. Cit. Tomo 6, Pág. 158.: “Sin embargo las cosas no pueden aceptarse de esta manera tan simple. Es posible que el testador haya convenido con un tercero en que le hace una asignación testamentaria para que a su muerte y, una vez aceptada la herencia, la transmita a otro. Si se acredita plenamente este acuerdo mediante escrito firmado por el testador y aceptado por el presunto beneficiario y el tercero a quien realmente quiso gratificarse, ¿Puede alegarse ante el juez dicho acuerdo de simulación?. La simulación es vicio que hace inexistente cualquier declaración de voluntad; por tanto, si se acredita plenamente que se simuló el testamento, este es inexistente”.

⁴⁹ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 366.

El Tratadista Ewing, citado por Claro Solar, considera que el Albaceazgo, en cuanto a su aceptación, es relativamente obligatorio, fundándose en que si no acepta el nombramiento, el designado se hace indigno. No compartimos este criterio, y creemos que, precisamente por eso - la disposición que acarrea la indignidad a quien rehúsa el cargo sin justa causa -, prueba ser la voluntad del rehusante la que decide. Si no fuera así, no puede explicarse que se sancione con una pena (la indignidad), a quien no ha tenido la libre voluntad para aceptar o rechazar el nombramiento⁵⁰.

La indignidad es impuesta por presumir la Ley que si el testador deja una herencia o legado para quien había designado Albacea, es porque de dicha manera pensó en compensar las molestias que significarían el cumplimiento de sus últimas voluntades.⁵¹

Carrizosa Pardo considera que la sanción de indignidad es excesiva, pues, la negación de ser Albacea no tiene necesariamente como causa el deseo de no efectuar un trabajo, sino que puede provenir de un motivo noble no considerado legalmente como inconveniente grave, como sería el caso de que el designado se considere inepto para la administración. Opina que la aplicación de la indignidad en este supuesto solo se explica por la influencia del Derecho antiguo⁵².

TESTAMENTARIO:

Nuestra legislación no reconoce otra clase de albaceas que los testamentarios, al contrario de otras que admiten la existencia de albaceas testamentarios, legítimos, dativos y convencionales. La Ley ecuatoriana no permite ningún asidero para esta clasificación por la constante referencia que se hace a lo largo del Código Civil y por la manera expresa en que está redactado el artículo 1293, en el que se define a los ejecutores testamentarios o albaceas como “aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones”.

Ahora bien, si es el testador quien lo nombra, es lógico admitir que es necesariamente obligatorio que tal nombramiento debe constar en un testamento, ya que si lo pudiera hacer en un acto entre vivos, no se lo llamaría testador como se lo hace en el artículo antes mencionado.

Por las mismas razones expuestas se puede dar el caso, sin caer en nulidades, que una persona realice un Testamento en que consten sus últimas voluntades y otro

⁵⁰ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI, pág. 368.

⁵¹ Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág.367.- Somarriva: Ob. Cit.- Pág. 514.- Laurant: Ob. Cit.- Tomo XVI. #380.- Barbot: De las sucesiones.- Tomo II.- Pág. 87.

⁵² Carrizosa Pardo: Ob. Cit. Pág.

testamento nombrando Albacea, completándose el uno con el otro. En cambio no creemos en la legalidad de la existencia de un testamento en el que solo se hace el nombramiento del Albacea, pero no se expresa las últimas voluntades del testador, pues entonces la sucesión será intestada.

PERSONALÍSIMO:

Cuando tratábamos de la naturaleza jurídica del Albaceazgo, sostuvimos que éste tiene un fundamento, la confianza que deposita el testador en la persona designada por él para que haga cumplir sus últimas voluntades. La designación la hace el testador tomando en cuenta más la buena amistad y altura de sentimientos demostrada por el designado, que por la sapiencia o inteligencia de aquel. En suma, lo designa porque le tiene confianza⁵³. Es pues, la confianza, la idea básica alrededor de la cual gira nuestra institución y tanto es así, que el celebre Poithier consideró el Albaceazgo como “un oficio de amigo”. Por lo expuesto, el Albaceazgo es personalísimo, intuïto personae, y el, cargo debe ejercerse personalmente por el albacea. Al ser personalísimo se extraen las siguientes consecuencias: 1) La muerte del albacea extingue el cargo que no se puede transmitir a sus herederos (Art. 1300). 2) El Albacea no puede delegar el cargo, a menos que el testador autorice expresamente (Art. 1301, párr. 1). 3) El Albacea puede “constituir mandatarios que obren a sus ordenes; pero será responsable de las operaciones de éstos (Art. 1301, Párr. 2).

INTRANSMISIBLE:

Al tener el Albaceazgo el carácter de personalísimo es también intransmisible, como lo hemos señalado en líneas anteriores. La designación efectuada por el testador se basa, fundamenta en la creencia en los méritos que supone reúne la persona designada y en la confianza que cumplirá sus disposiciones⁵⁴. Esa confianza y seguridad no la tendría el testador si la Ley permitiera que el cargo de Albacea sea transmisible a los herederos de éste, ya que se vulneraría el principio por el cual se rige la designación, es decir, lo personalísimo del cargo. El artículo 1300 del CCE., dispone: “el Albaceazgo no es transmisible a los herederos del Albacea.

⁵³ La palabra confianza se forma por la unión de dos vocablos latinos: Cum, que en las acepciones que trae el Diccionario de la Lengua Española realizado por la Real Academia, expresa: # 1, “preposición que significa el medio, modo o instrumento que sirve para hacer una cosa”, # 5: “juntamente, y en compañía, y # 6” preposición afija que expresa reunión, cooperación o agregado”; “convenir, confluir; y FIDES que indica fe. Confianza por lo tanto tener fe en algo; en este caso en el Albacea.

⁵⁴ M. Somarriva: Ob. Cit. Pág. 514.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia 10 -III -10, serie II, No. 84, Pág. 672, acatando lo dispuesto en el artículo antes mencionado, sentenció: El Albaceazgo, de cualquier naturaleza que fuere, ora general, ora fiduciario, pues la ley no ha hecho distinción al respecto, termina por incapacidad superviviente del “Albacea, y, con mayor razón, por su muerte; y por otra parte no es ese cargo transmisible a los herederos...Luego, si se termina en el caso dicho, y si no es a los herederos del Albacea transmisible; con la muerte del Doctor A. quedó extinguido el cargo confidencial y secreto que él, y sólo él, podía y debía cumplir”.

Para algunos tratadistas la regla anterior admite un caso de excepción por el cual el Albaceazgo no termina con la muerte del Albacea, sin que por ello deje de ser intransmisible. Por ejemplo, si el testador hace su designación en la persona que desempeña el cargo del Presidente del Colegio de Abogados de Guayaquil, Director de la Junta de Beneficencia o Gerente de un establecimiento bancario, y en la redacción que establece la designación, se nota claramente que el motivo principal -confianza y seguridad- radica en el cargo aludido, y no en la persona que lo ocupa al momento del nombramiento, sería una designación a favor de una persona moral⁵⁵, y por lo mismo, sucederá en el cargo de ejecutor testamentario, si el encargo no ha terminado todavía, el nuevo Presidente, Gerente o Director de la persona moral.

Para estos mismos tratadistas la situación cambia si la designación hecha por el testador especificaba nombres y apellidos del nombrado, y para mayor claridad e identificación señala el cargo público o privado que el designado desempeñaba al momento del nombramiento. En este supuesto el Albaceazgo no se transmite pues la designación tenía razón de ser por los méritos y confianza del testador para la persona designada, y la referencia al cargo que él cumplía para mayor claridad en la designación⁵⁶.

No obstante el valor jurídico de los autores, mencionados en las notas (55 y 56), guardamos reserva a esas opiniones, por los siguientes motivos:

- 1). Pese a ser el cargo de Albacea de Derecho privado, sus funciones participan del carácter de las reglas imperativas o de orden público.
- 2). En el supuesto que un testador haga la designación de Albacea señalando nombres y apellidos, así como el cargo o empleo que desempeña el designado en la dirección de una persona moral, y no señala claramente que se refiere específicamente a la persona moral, existe vaguedad, no hay certeza y, por lo tanto, el nuevo

⁵⁵ Poithier citado por Claro Solar en la Pág. 336 – Tomo XVI o. Cit. Manresa: Ob. Cit. Tomo VI, Págs. 706 – 7.- Baudry Lacantemieri, citado por Claro Solar.

⁵⁶ Idem al 53.

Director, Gerente o Presidente no puede desempeñar el Albaceazgo. Si el deseo del testador era designar a la persona moral debió señalarlo expresamente, por ejemplo: Nombro como albacea al Colegio de Abogados de Guayaquil, actualmente dirigido por X. Aún más, existe otro motivo para reafirmarnos en la idea: La ninguna seguridad para suponer quien será el nuevo Director, Gerente o Presidente de la persona moral, pues, esas designaciones las efectúa un órgano colegiado, pudiendo darse el caso de salir elegido alguien con notoria enemistad con el testador o, “inepto”.

3. Creemos que no existe tal excepción al artículo 1332, pues para el Código Civil Ecuatoriano la persona jurídica o moral es una abstracción de la Ley, carece de voluntad propia. Aún más, en el supuesto no consentido de permitir la Ley a las personas ficticias desempeñar el Albaceazgo, se trataría de un caso de Albaceas sucesivos.

INDELEGABLE:

El Albaceazgo siendo personalísimo e intransmisible, es también indelegable. Este principio general, reconocido por nuestra ley y en el artículo 1301, inciso primero del Código Civil, admite, no obstante, que el Albacea facultado expresamente en un acto testamentario por el testador, puede delegar sus funciones. El mismo artículo en su inciso segundo, estatuye que el ejecutor testamentario no facultado para delegar sus funciones, podrá nombrar mandatarios que obren a sus órdenes.

Respecto al primer caso, es decir cuando el Albacea está facultado expresamente por el testador, se pueden presentar dos situaciones diversas: **a)** el testador ha designado a la persona o personas en quienes pueden delegar sus funciones, y, **b)** el testador no ha designado quienes serán los delegados, dejando esta facultad al buen criterio del ejecutor testamentario. Creemos que en la primera de las situaciones el Albacea responderá de las acciones de la persona o personas designadas, si estas fueran notoriamente incapaces o insolventes, y, en la segunda, responderá de los actos de su delegado o delegados como de los suyos propios. Sostenemos este criterio aplicando por analogía, las reglas del mandato entre vivos cuando las reglas del Albaceazgo callen. Consecuentemente con esta idea, se debe aplicar el artículo 2039 del Código Civil.

Opinando en distinta manera, Claro Solar sostiene que el Albacea facultado expresamente para delegar sus funciones, exprese o no los nombres de la persona o, personas en la que delegará, no responde de los actos de ellas⁵⁷. Esta opinión es contraria a la afirmación del tratadista chileno cuando al referirse a la delegación

⁵⁷ Luis Claro Solar: Ob. Cit. Tomo XVI.- Pág. 369.

del Albaceazgo, explicar la responsabilidad que tiene el ejecutor testamentario y dice “en general todo Albacea, sea o no tenedor de bienes, por solo su carácter de albacea, se obliga a aceptar el cargo, a tener en su desempeño el cuidado y diligencia de un buen padre de familia, desde que el testador deposita en él su confianza para tener la seguridad que en sus últimas voluntades serán oportunas e íntegramente cumplidas”. Ahora bien, no podemos creer que el Albacea que delegó sus funciones en una persona notoriamente incapaz o insolvente, ha tenido la diligencia de un buen padre de familia. Indudablemente que no, y debe responder por los males que ha causado en su poca diligencia y cuidado a la sucesión.

Debido a que en muchas ocasiones debe el ejecutor testamentario, de valerse del concurso de otras personas para realizar de una manera más efectiva el encargo recibido, la ley ecuatoriana le faculta, según reza el artículo 1301, segundo inciso, a nombrar mandatarios que obren a sus órdenes, siendo responsables de las operaciones de éstos. Como podemos claramente advertir, en el presente caso el Albacea no delega sus funciones, y se entiende que es él mismo quien las cumple, siendo directamente responsable de las acciones de sus mandatarios⁵⁸.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia publicada en la Gaceta Judicial # 10 de la Segunda Serie ha dictaminado que la persona que obra como mero auxiliar de otra, no es administradora propiamente tal; por consiguiente no se halla en la obligación legal de rendir cuentas.

REMUNERADO:

El artículo 1323 del CCE, dispone: “la remuneración del Albacea, si el testador no hubiere señalado ninguna, será el 4% de los bienes que administre; y si fueren dos o más, la remuneración se dividirá entre ellos en partes iguales”.

En ningún caso, tales derechos excederán de la cuarta de libre disposición y se deducirán del acervo total de los bienes⁵⁹. Nuestro Código estableció como característica del albaceazgo la remuneración, considerando la carga “que supone la administración de los bienes sucesorios, la grave responsabilidad que implica” y el trabajo que supone”. Además, la Constitución Política del Ecuador en el artículo 23 numeral 17 señala, al tratar de los Derechos Civiles: “La libertad de trabajo. Ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso”, dis-

⁵⁸ M. Somarriva: Ob. Cit.- Pág. 512.

⁵⁹ En los Códigos antiguos europeos, y por supuesto, en la Legislación francesa, se consideraba gratuito el cargo de Albacea, asimilándolo, como ocurre en muchos aspectos, al Mandato. Más, se permitía, sin que eso signifique que pierda tal característica, que el testador fije una cantidad al ejecutor cuando así lo disponía. La característica de gratuidad del albaceazgo se fundamentaba en el concepto que la designación la efectuaba el testador en virtud de la confianza depositada en el albacea que, según en el concepto de Poithier, desempeñaba el cargo “de amigo”.

posición que repite el artículo 3 del Código del Trabajo: “El trabajador es libre para dedicar su esfuerzo a la labor lícita que a bien tenga.- A nadie se le puede exigir servicios gratuitos ni remunerados que no sean impuestos por la ley, salvo los casos de urgencia extraordinaria o de necesidad de inmediato auxilio”. Fuera de estos casos, nadie estará obligado a trabajar sino mediante un contrato y la remuneración correspondiente” En general, todo trabajo debe ser remunerado.

El Código Penal en el artículo 209 tipifica como conducta ilícita penada por la ley a “la autoridad política, civil, eclesiástica o militar que exigiere servicios no impuestos por la ley, u obligare a trabajar sin previa estipulación, será reprimida con prisión de 1 a 6 años” . Al ser imperativa la orden del artículo 1323, en concordancia con las otras remuneración legales señaladas en líneas anteriores, no existe la menor duda que el Albaceazgo es remunerado.

Ahora bien ¿Puede el Albacea renunciar a la remuneración?: Nos inclinamos por la tesis negativa toda vez que el artículo 35, numeral 4 dispone: “los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique su renuncia, remuneración o alteración”. Aún más el Código de Trabajo en el artículo 4 ordena: “Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrato”. Por lo demás existe una muy copiosa jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia sobre la ilegalidad de la renuncia de los derechos laborales.

“Tan cierta es la exigencia de la remuneración del Albacea, que el mismo artículo 1345 del CCE dispone: “La remuneración del Albacea, si el testador no hubiere señalado ninguna, será el 4% de los bienes que administre; y si fueren dos o más, la remuneración se dividirá entre ellos en partes iguales. En ningún caso, tales derechos excederán de la cuarta de libre remuneración y se deducirán del acervo total de los bienes”, lo que nos indica que lo que se establece es un tope en la remuneración del Albacea.

Nuestra legislación es distinta en este punto, a la francesa, para la cual el Albaceazgo es gratuito, permitiendo, sin que ello signifique una pérdida de tal característica, que el testador fije un cantidad al ejecutor testamentario cuando ese es su deseo. Señalando la característica de la remuneración en el Albaceazgo, la Legislación ecuatoriana ha impedido casos como el siguiente: Imaginémosnos que “X” designa como ejecutor testamentario a “Y”, sin señalar su remuneración, y “Y”, no acepta el cargo aduciendo grandes inconvenientes económicos. ¿Se podría sancionar a “Y” con la indignidad?; Considero que no, pues, el Art. 1320 del CCE dispone: “El Albacea nombrado puede rechazar libremente el cargo; si lo rechazare sin probar inconveniente grave, se hará indigno de suceder al testador, con

arreglo al Art. 1035, inciso segundo”, es decir que en su excusa no ha probado inconveniente grave⁶⁰.

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, al dictaminar respecto a la remuneración del Albacea en relación con la administración de los fondos, sostuvo, en fallo publicado en la Gaceta Judicial No. 107, de la Primera Serie, Pág. 852, que si ha existido descuido en la administración o falta de administración o se han deteriorado los fondos, el Albacea no tiene derecho a que respecto a ellos, se le pague el tanto por ciento que le señale la ley; pero sí lo tiene al que le corresponde por la custodia de los muebles y por la percepción e inversión del dinero perteneciente a la testamentaria, pues estos son actos administrativos.

TEMPORAL:

El Albaceazgo en nuestra legislación tiene como característica principal la de ser eminentemente temporal, al corresponder a un estado transitorio, circunstancial y necesariamente interino y no definitivo. Así lo establecen los artículos 1324 al 1329, en los que de manera clara y determinada se estatuye la temporalidad del cargo del ejecutor testamentario⁶¹.

El Legislador tuvo en la mente al estatuir la temporalidad del cargo de Albacea, el deseo de evitar las testamentarias largas que darían como resultado el abuso y especulación con graves perjuicios para los herederos y legatarios⁶².

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en fallos publicados en las Gacetas Judiciales 125, Primera Serie, Pág. 1000 y # 47 de la Tercera Serie, Pág. 1641 respectivamente, ha dictaminado que el Albacea no puede ser demandado para el pago de las cargas hereditarias si ha transcurrido el término de Albaceazgo, que debe de ser cierto y determinado. “Por lo tanto transcurrido ese término debe demandarse a los herederos” o que “el plazo concedido en el artículo 1294 (hoy 1347 que trata sobre el caso de no haberse prefijado por el testador el tiempo que durará el Albaceazgo, la ley dispone que sea un año) al albacea se dirige a determinar el tiempo de duración del Albaceazgo, que esto signifique que ha de transcurrir ese tiempo para que sean exigibles las obligaciones”.

⁶⁰ Carrizosa Pardo: Ob. Cit. Pág. 459: Este autor señala que si se pactó un albaceazgo gratuito, “éste tiene el inconveniente de que en caso de no ser aceptado, no se puede sancionar al ejecutor con la indignidad, pues su gratuidad es un inconveniente grave para ejercerlo.

⁶¹ M. Somarriva: Ob. Cit.- L. Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 375.- Felipe Sánchez Román: Estudios de Derecho Civil.- Tomo VI.- Volumen II.- Impresores de la Real Casa.- 1910.- Madrid. Pág. 1425.

⁶² Bello cambió el texto del artículo que establecía la temporalidad del Albaceazgo y estatuyó “durará el tiempo cierto y determinado que se haya prefijado por el testador”.

SUMARIO No. 4

CLASIFICACIÓN DE LOS ALBACEAS

Criterios para clasificar a los albaceas.- De acuerdo a la extensión de poderes concedidos al ejecutor testamentario: Albaceas universales y albaceas particulares.- De acuerdo al número de ellos: Albaceas singulares y albaceas plurales.- De acuerdo a la tenencia o no de los bienes: Albaceas sin tenencia de bienes y Albaceas con tenencias.- De acuerdo a la naturaleza del encargo Albaceas y albaceas fiduciarios.

DESARROLLO

Generalmente la doctrina clasifica a los Albaceas desde los siguientes puntos de vista: Por la extensión de los poderes conferidos al ejecutor testamentario; por el número de Albaceas; por la tenencia o no de los bienes; y, por la naturaleza del encargo. En consecuencia con esos conceptos los divide en albaceas universales y particulares; albaceas singulares y plurales; Albaceas sin tenencia de bienes y Albaceas con tenencia; y, simples Albaceas y Albaceas fiduciarios⁶³.

ALBACEAS UNIVERSALES Y ALBACEAS PARTICULARES

Cuando el testador nombra a un Albacea sin señalar cuales son sus funciones, el Albacea será particular, igual denominación se otorga si el testador confirió las mismas facultades que la Ley da a los ejecutores testamentarios⁶⁴.

Si el testador designa a una persona para que haga cumplir la totalidad de su testamento y le concede las más amplias facultades, dicha persona es Albacea universal. La doctrina considera que el albacea universal es el continuador de la voluntad del testador hasta tanto haga cumplir en todas sus partes las disposiciones testamentarias⁶⁵.

⁶³ La doctrina acostumbra también clasificar a los Albaceas atendiendo a la manera como se constituyen y lo hace en albaceas testamentarios, Albaceas legítimos y Albaceas dativos. Nosotros no la incluimos porque en nuestra Legislación solo se pueden constituir mediante un acto testamentario.

⁶⁴ En el caso de que el testador no especifique cuales son los deberes y derechos del Albacea, éste, según Manresa, tendrá las que le asigne la Ley. Ob. Cit.- T. VI.- Págs. 771- 772.- Manresa.

⁶⁵ Manresa: Ob. Cit.- T. VI.- Págs. 771-772

La clasificación de los albaceas en universales y particulares, no tiene en nuestro Derecho la importancia que posee en otras legislaciones, pues la capacidad del testador para conceder atribuciones al Albacea será limitada por el artículo 1319 del CCE. , “El testador no podrá ampliar las facultades del Albacea, ni exonerarle de sus obligaciones, según se hallan unas y otras definidas es este Título” (Título VIII).

ALBACEAS SINGULARES Y ALBACEAS PLURALES

Si el testador designa a una sola persona para que cumpla sus últimas voluntades, dicha Albacea es singular. En el caso que nombre a varias personas para el cargo existirá Albaceazgo plural. Esta clase de Ejecutores Testamentarios plurales admiten ser divididos en albaceas separados, Albaceas mancomunados y albaceas solidarios⁶⁶.

Los Albaceas “separados” son aquellos “que han sido nombrados para la ejecución de determinadas funciones, o los que habiendo sido nombrados conjuntamente, han obtenido la división de las funciones que han de producir el cumplimiento total del Testamento”⁶⁷ Estas personas administrarán independientemente, sin injerencia de los unos en los asuntos de los otros, respondiendo por separado por sus propios actos.

Son albaceas mancomunados los que ejercen conjuntamente el cargo y son solidariamente responsables, a menos que se les haya exonerado de la solidaridad por parte del testador o que el Juez haya dividido sus atribuciones, ciñéndose cada una a los asuntos que le conciernen (Art. 1304 CCE).

Los albaceas con atribuciones comunes, deben de obrar de consuno, de la misma manera que obran los tutores (Art. 438 CCE.). Se entenderá que existe unanimidad, que obran de consuno, cuando todos ellos autorizan los actos que realiza uno de ellos, presentándose en conjunto y expresando estar conformes; o cuando uno de estos albaceas comparece solo, pero, a nombre y con autorización de los otros. En estos dos casos la responsabilidad es solidaria. Como la Ley ordena que exista unanimidad, la simple negativa de uno de los albaceas, lo exonera de la responsabilidad solidaria.

Cuando el testador nombra dos o más albaceas conjuntos por el deseo que los encargos hechos a ellos se realicen efectivamente con el trabajo conjunto de ellos, teniendo así “la seguridad de la buena ejecución, de la fiel ejecución, porque el

⁶⁶ L. Claro Solar: Ob. Cit.- T. XVI.- Pág. 320.

⁶⁷ Idem.

uno vigilará al otro”⁶⁸, existirá solidaridad entre ellos y se los denominará, como lo hace la doctrina “Albaceas solidarios”, por responder in solidum de los actos efectuados de consumo

ALBACEA SIN TENENCIA DE BIENES Y ALBACEAS CON TENENCIA DE BIENES

Si dividen también en Albaceas con tenencia de bienes y Albaceas sin tenencia, según hayan o no recibido la mencionada tenencia.

El Albacea sin tenencia de bienes, no interviene en la administración de la herencia, su cargo es velar por la pronta ejecución de los legados, exigiendo a los herederos o al curador de la herencia yacente, los dineros, o las especies en que consistan los legados.

El Albacea con tenencia de bienes, administra los bienes y posee facultades muy importantes. Existiendo la necesidad para fines didácticos de analizar en que consiste la tenencia y cuales son las proyecciones, trataremos de analizar brevemente cada caso.

La tenencia que el testador confiere al Albacea⁶⁹ es “mera tenencia”, el Albacea no posee las cosas como señor y dueño, sino que lo hace en lugar y a nombre del dueño (Art. 729 CCE.). La posesión corresponde a los herederos, quienes comienzan a poseer desde el momento en que es deferida la herencia (Art. 737 CCE.).

En la concesión que hace el testador al Albacea de la tenencia de sus bienes, no se requiere la utilización de palabras sacramentales con tal que su intención se manifieste clara e inequívocamente⁷⁰.

Un problema no resuelto en nuestra legislación, es la de saber con precisión si en la tenencia concedida al ejecutor testamentario están comprendidos los frutos y rentas que se producen después de la muerte del testador: necesitamos recurrir a la doctrina, encontrando en ella dos corrientes antagónicas que, respectivamente niegan o afirman tal posibilidad. Los sostenedores de la negativa (Poithier, Demolombe, Baudri Lacantenieri, Colín y Capitant, Planiol y Ripert y Aubry y Rau) consideran que no se puede involucrar los frutos y rentas en la tenencia que se concede al albacea, pues esos bienes no integraban el patrimonio del testador al momento de hacer su testamento. Si no existían, es antijurídico pensar que se

⁶⁸ Luis Claro Solar: Ob.- Cit.- Pág. 322-323.

⁶⁹ De acuerdo con nuestra Legislación, sólo el testador puede conceder la tenencia, al contrario de la Legislación francesa en la que se adquiere por ministerio de la ley.

⁷⁰ Laurant: Ob. Cit.- Tomo XIV # 336.- Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág.391.

pueda disponer de algo que no exista que, por lo tanto, no era dueño⁷¹. Delvincourt afirma lo contrario y cree que sí puede, involucrarse los frutos y rentas en la tenencia concedida, pues éstas son consecuencias de las cosas que pertenecieron al testador. Además, éste tiene la capacidad de conceder la tenencia de sus bienes “cum omi causa”⁷².

Indudablemente la tesis más “pura”, “más científica”, es la negativa, por ser evidente que el testador sólo puede -en estricta teoría- disponer de lo que es suyo, y los frutos y rentas producidos después de su muerte, no existían durante su vida; comenzaron a ser cuando los bienes que los produjeron pertenecen a otras personas, los herederos. Pero, si científicamente dicha posición es la mejor en teoría pura; en la práctica la opinión de Delvincourt resuelve mejor las dificultades que se presentarían en la entrega de los frutos y rentas apenas se produzcan, entranando la administración, acumulando trabajo al Juez partidario, no sólo por nuevas obligaciones, sino también por las exigencias de los herederos o legatarios de ser atendidos rápidamente cada vez que se generen los frutos o las rentas. El resultado final sería el retardo en el cumplimiento de las disposiciones del testador, lo que siempre se debe evitar.

Igualmente en nuestra legislación, no está resuelto el problema que se plantea cuando el testador deja la totalidad o parte de sus bienes en tenencia al ejecutor testamentario, estando involucradas en esa totalidad o parte, los bienes que corresponden a las legítimas. Tenemos, por lo tanto, que recurrir a la doctrina. En ésta encontramos, como en el caso anterior, dos teorías: la positiva y la negativa. La teoría positiva⁷³ considera que el Albacea puede recibir del testador la tenencia de los bienes en los que están involucrados los referentes a las legítimas, pues si el testador tiene capacidad para conceder la tenencia de cualquier parte de sus bienes o de todos ellos, es lógico inferir que los bienes correspondientes a las legítimas también son suyos mientras él vive.

Si la Ley no establece la prohibición de incluir los bienes correspondientes a las legítimas en la “herencia”, y es tan amplia la facultad del testador, no se puede distinguir entre bienes que corresponden a las legítimas y otros bienes. Además, es físicamente imposible determinar con anterioridad qué cantidad de bienes corresponden a las legítimas y qué cantidad no. Creen los partidarios de ésta opinión, que la tenencia concedida al ejecutor testamentario no constituye traba alguna para el ejercicio de los derechos de los legitimarios, y solo garantiza el cumplimiento de los deseos del testador.

⁷¹ Pereda: Ob. Cit.- # 178.- Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 392.

⁷² Delvincourt: Ob. Cit., nota quinta.- Pág. 95.

⁷³ Laurant: Ob. Cit.- Tomo XIV, # 340.

La otra corriente sostiene que le es vedado al testador conceder la tenencia de bienes que correspondan a las legítimas al ejecutor testamentario, y en el caso de que así lo hiciera constar expresamente en su testamento, debe entenderse que se refiere a los bienes respecto de los cuales puede disponer libremente y no a los que integran las legítimas, pues éstas fueron establecidas por el Legislador para impedir que los legitimarios sufrieran daños económicos, y son verdaderas vallas a la voluntad del testador⁷⁴.

Consideramos que la teoría más acorde con nuestra legislación es la de Aubry y Rau, pues, efectivamente, las legítimas fueron establecidas como vallas a la voluntad del testador; son limitaciones que la Ley consagró para impedir que los legitimarios fueran perjudicados en sus derechos. Tanto es así que se dispone expresamente “la legítima rigurosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno” (Art. 1215 CCE.). Condición, plazo o modo que significaría la tenencia de estos bienes por parte del ejecutor testamentario. Además, piénsese que el artículo 1204 define la legítima como “la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a los legitimarios”, es decir, que por definición se establece que la voluntad del testador no interviene en la fijación de ella, la misma que nace por una disposición legal que quiso evitar fuera precisamente la voluntad del testador la que interviniera con relación a dichos bienes en perjuicio de los legitimarios.

ALBACEAS PROPIAMENTE DICHOS Y ALBACEAS FIDUCIARIOS

De acuerdo a la naturaleza del encargo el testador hace al Albacea, la doctrina los divide en Albaceas “simples” y Albaceas fiduciarios. Los primeros son aquellos que tienen que cumplir una misión conocida por todos. Los segundos, cumplen también con un encargo que les hace el testador, pero la tarea encomendada a ellos es secreta y confidencial.

Esta clase especial de Albaceas tiene como fundamento la confianza absoluta y completa depositada por el testador en el Albacea fiduciario, a tal punto que no está obligado a revelar la naturaleza del encargo, ni a señalar cuentas. El Albaceazgo fiduciario será desarrollado en el último capítulo de este trabajo.

⁷⁴ Aubry y Rau: Ob. Cit.- Tomo XI.- Parágrafo # 679.

SUMARIO No. 5

PERSONAS QUE PUEDEN NOMBRAR A LOS ALBACEAS

El nombramiento del Albacea siempre se hace en un Testamento.- Las personas capacitadas para nombrarlo solo son aquellas que tienen la testamentaria activa.- Presunción de capacidad que hace la Ley.- Comentarios al artículo 1043 del Código Civil.- Personas que no pueden nombrar a los albaceas: 1) Los menores de 18 años; 2) El demente interdicto por causa de demencia; 3) El que actualmente estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa; 4) El que de palabra o por escrito no pudiere expresar claramente su voluntad.- Análisis de cada una de estas causales de incapacidad.- Jurisprudencia ecuatoriana.- Momento en que se aprecia la capacidad.

DESARROLLO

PERSONAS QUE PUEDEN NOMBRAR ALBACEAS:

De la lectura del artículo 1293 y siguientes del Código Civil Ecuatoriano, se desprende que el nombramiento de Albacea solo se lo puede efectuar mediante un Testamento que reúna todos los requisitos exigidos por la Ley para su validez, y la persona que hace el nombramiento -el testador- para efectuarlo válidamente debe poseer la capacidad testamentaria activa y no incurso en ninguno de los numerales del artículo 1065 del mismo cuerpo de leyes que establece quiénes no pueden testar.

La Ley presume como regla general la capacidad de las personas no incluidas en la enumeración del artículo 1043 y como excepción las señaladas en ese artículo, toda vez que su inciso final dispone “todas las personas no comprendidas en esta enumeración son capaces para testar”.

Prácticamente pueden no serlo en virtud de otras disposiciones del Código Civil; pero salvo esos casos, no puede admitirse incapacidades por analogía, “ni a mayor abundamiento”, pues “toda privación de libertad o negación de derechos es de aplicación estricta”⁷⁵.

Es necesario, para una mejor comprensión de la capacidad o incapacidad testamentaria, distinguir entre las incapacidades de ejercicio, contempladas en el Libro Cuarto del Código Civil, de las incapacidades para testar o recibir asignaciones por

causa de muerte, establecidas por el libro III, al ser ellas absolutamente diversas en sus propósitos y fundamentos. Tanto es así, que muchos incapaces para contratar, son capaces para testar, y que, todos los incapaces, absolutos o relativos, para obligarse, son en cambio, capaces para recibir asignaciones⁷⁶.

Ejemplo de lo anterior lo tenemos en los casos de interdicción por prodigalidad, en el del menor adulto, los interdictos por embriaguez consuetudinaria o toxicomania, siempre que al momento de otorgar testamento estén sanos, y sean capaces para testar⁷⁷.

Las personas que de acuerdo al artículo 1043 no pueden testar, y por ende no pueden nombrar albaceas, son las siguientes:

- 1) Los menores de 18.
- 2) Interdicción por demencia.
- 3) El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa: y.
- 4) El que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente.

Estudiemos cada una de estas incapacidades:

1.- Los menores de 18 años

Antes de la reforma al Código Civil no era capaz, según el antiguo artículo 1072, numeral 1, el impúber, pero sí el púber (varón mayor de 14 años o mujer mayor de 12). El artículo 1072 fue sustituido por el art. 1065 cuya numeración cambió en la certificación del Código Civil a 1043, en el que se estatuye la incapacidad para los menores de 18 años. La reforma es correcta y conforme al pensamiento de Andrés Bello, quien al redactar el proyecto de 1853, en nota correspondiente al artículo 1167 del mismo, expresó “el testamento requiere de una inteligencia más desarrollada”; sugiriendo 18 años. Esa idea no fue aceptada señalándose como hemos dicho, la pubertad da origen a la capacidad para testar, quizás por la influencia del Derecho Romano y las Siete Partidas. El código francés señala una edad mínima

⁷⁶ Alfredo Pérez Guerrero: Ob. Cit.- Tomo II.- Pág. 113. Es interesante anotar que el Código Civil Ecuatoriano se separó del proyecto presentado por Bello, quien ponía como incapaces al pródigo, considerando que la interdicción en este caso estaba encaminada para evitar el despilfarro de sus bienes. El Legislador ecuatoriano seguramente consideró que no existía posibilidad de tal despilfarro mediante un Testamento, pues éste es un acto esencialmente revocable y no surte efectos durante la vida del testador. Además los legitimarios siempre están garantizados por medio de las asignaciones forzosas.

⁷⁷ La sentencia 30-x-78 (G.J.S X III, No 4, pág 703 “es necesario referirse a la prueba de antes en busca del esclarecimiento de un solo punto, a saber, si JCH., el 18 de abril de 1974, dadas sus condiciones de salud, pudo testar asistida de sus facultades intelectuales o si por el contrario estas estuvieron disminuidas a tal punto que vuelvan imposible el supuesto. Sentencia 20-II-84 GJS. XIII, No. 11 pagos 2503-04, en igual sentido.

de 16 años. El actual artículo 1043, en cambio equipara la capacidad para testar con la ciudadanía⁷⁸. La reforma no parece correcta.

2.- El interdicto por demencia

La segunda causal de incapacidad, es la interdicción por causa de demencia, al no ser lógico admitir que alguien sin lucidez mental, incapaz para obligarse por acto entre vivos, en cambio, imponer su viciada voluntad por Testamento⁷⁹.

La interdicción, para ser declarada, debe ser solicitada por el cónyuge, por cualquiera de sus consanguíneos hasta el cuarto grado, por sus padres, hijos, hermanos, el Ministerio Público o el Curador del menor a quien sobreviniere la demencia durante la Curaduría. Si la locura es furiosa o el loco causare notables incomodidades a los habitantes, la puede pedir cualquiera autoridad o cualquier persona del pueblo, tal como lo establecen los artículos 464 y 481 del Código Civil Ecuatoriano. En el caso que el supuesto demente sea extranjero, podrá ser provocado el juicio por el competente empleado diplomático o consular como lo estatuye el artículo 465 del mismo Código.

El Juez ante quien se proponga el juicio se informará de la vida anterior y la conducta habitual del supuesto demente y oír el dictamen de los facultativos de su confianza, lo examinará personalmente y le hará un interrogatorio (Art. 482 del CCE.; si se trata de un menor se aplicará también las disposiciones del Código de la niñez y la adolescencia).

Mientras se decida la causa podrá el Juez decretar la interdicción provisional (Art. 467 CCE.), que se convertirá en definitiva cuando esté convencido de la demencia; ordenará que inscriba la interdicción -tanto provisional como definitiva- en el Libro correspondiente del Registrador de la Propiedad, notificándose al público por medio de un periódico o carteles en su caso (Art. 468 CCE.), y confiará la Curaduría a cualquiera de las personas enumeradas en el artículo 484 del CCE.

⁷⁸ La pubertad no siempre llega a los 14 años en el hombre o 12 en la mujer, varía según la razón, el clima, la alimentación, etc. y se ha comprobado que a veces se atrasa o adelanta; causas que llevan a los romanos a establecer la inspección corporal.

⁷⁹ Agustín Cueva Tamariz, en su Ensayo "Conceptos para una reforma de la legislación penal y civil desde el punto de vista psiquiátrico", publicado en Anales de la U. De Cuenca, en el Tomo XVII # 2 de abril - junio de 1961, sostiene que la palabra demencia se emplea en Psiquiatría para designar cierta clase de enajenación mental siendo una especie y no un género como lo emplea nuestro Código. Debíó de emplear la expresión psicosis o enfermedad mental, que comprenden todas las perturbaciones de la mente en las cuales se pierde la libertad de obrar. Igual comentario para el término "locura".

Como fácilmente se puede comprender es incapaz para nombrar ejecutor testamentario el demente interdicto; más, puede ocurrir que alguien trastornado mentalmente, pero que no ha sido sentenciado en interdicción mediante el proceso señalado por la Ley, otorgue Testamento: ¿Es válido el mismo? El artículo 486 dispone “Los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que quien los ejecutó o celebró, estaba entonces demente”; el numeral 3 del artículo 1043 establece la incapacidad para testar al que “actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa”. Estas disposiciones llevan a la conclusión que, mediante pruebas debidamente activadas, el Testamento otorgado por alguien que no está en su sano juicio, pero no interdicto no es válido, si se han presentado las pruebas que demuestren plenamente tal insanidad.

Refiriéndose a la interdicción, el eminente Profesor cuencano Agustín Cueva Tamariz, opina “la interdicción tiene tres fundamentos: el económico, el biológico y el mixto. Desde el punto de vista psiquiátrico, hemos de convenir que el fundamento económico es limitado e inconveniente. El criterio biológico es fundamentalmente psiquiátrico porque tiene la ventaja sobre el anterior de que crea una institución que no busca solamente proteger los intereses económicos del enfermo, sino que busca también protegerlo a él como enfermo mental, o sea la protección de su personalidad, porque puede darse el caso de un enfermo mental que no tiene bienes materiales que administrar y entonces la institución que el Código creó, debe darle a la sociedad los Instrumentos para protegerlo”. Hablando sobre la misma interdicción y específicamente sobre el error de nuestro Código al pretender dividir la Humanidad en seres normales o alienados, olvidándose que existe un tercer grupo, quizás el más numeroso; el de los casos limítrofes, los semi - alienados, que sufren estados de anormalidad psíquica con trastornos de menor gravedad, es cierto, pero siempre persistentes que los incapacita para tener la suficiente libertad en el obrar y querer. Este error -debido al casi desconocimiento de la Psiquiatría cuando se redactó el Código Napoleón- dio como consecuencia que nuestro Código Civil omita lamentablemente medidas de protección para los semi-alienados, es decir para esos casos de anormalidad psíquica, que no llegan a la alienación mental, tales como la debilidad mental, la decadencia por vejez, la toxicomanía, locura moral, la afasia, etc.⁸⁰.

En cambio constituye un acierto del Código la primera parte del artículo 504 que establece: “Los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido”, por las siguientes razones:

⁸⁰ Agustín Cueva Tamariz: Ob. Cit.- Págs. 214 - 215.

- a) El medio para que un interdicto salga del estado de interdicción, lo dispone el artículo 489.
- b) Los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción son nulos, es decir que existe una presunción de derecho que no admite prueba en contrarios.
- c) Los intervalos lúcidos no existen para la Psiquiatría moderna; nadie puede ser un rato demente e inmediatamente volverse cuerdo, y así sucesivamente. Lo que existe en ciertas clases de enajenaciones son periodos de mayor o menor intencional, más la compensación no desaparece.

3.- El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa

En el deseo de garantizar la pulcritud del acto testamentario, el Legislador ecuatoriano dispuso que la persona que no estuviere actualmente en su sano juicio por ebriedad u otra causa sea capaz de testar, siendo en este sentido más estricto que cuando se refiere a los demás contratos y actos ordinarios en los cuales se necesita demostrar que el contratante sufrió una perturbación que le quitó completamente el uso de su razón, mientras que tratándose del Testamento, basta para invalidarlo levantar la prueba de una seria perturbación de las facultades psíquicas al momento de testar.

La mencionada causal tiene mucha laxitud y por ello se debe proceder con suma cautela, armándose el Juez, ante el cual se propone la acción, de gran parsimonia, “pedir auxilio de otra técnica, la sicosatogía judicial, ciencia que se adentra en la exploración de las facultades mentales del Testador, venciendo las dificultades propias de estos asuntos”, dificultades que aumentan si el testador ha muerto⁸¹.

En la Gaceta Judicial # 161 de la Serie Quinta, en la página 3.939 en la que establece que a falta de prueba directa del estado mental del testado al tiempo de otorgar testamento, dicho estado mental se lo puede establecer mediante presunciones graves, precisa y concordantes deducidas de hechos plenamente justificados, relativo al estado habitual y permanente de perturbación mental demostradas por las constantes manifestaciones en público y en privado. Si se demuestra por dichas presunciones que el testador carecía de sano juicio antes, durante y después del otorgamiento del Testamento, éste debe ser declarado nulo por la apelación del numeral cuarto del artículo 995, (hoy artículo 1043 del CCE).

⁸¹ Hernando Carrizosa Pardo: Ob. Cit. Pág. 228. Es interesante resaltar que el legislador ecuatoriano y colombiano fue más estricto con referencia al acto testamentario que cuando se trata de los contratos actos entre vivos, pues, por ejemplo, si un ebrio hace un contrato solo podrá obtenerse la nulidad del mismo si se prueba que la ebriedad lo ha despojado de todo conocimiento, mientras que en la materia de testamentos basta una ebriedad que produzca desequilibrio grave. H. Carrizosa: Ob. Cit. Pág. 227.

Es cierto que las presunciones cuando son graves, precisas y concordantes están consideradas en nuestra legislación como una de las pruebas, pero no olvidemos que cuando se trata del acto testamentario es necesario proceder con mucha cautela, auxiliarse por medio de la Sicopatología judicial, ciencia que a veces supera las dificultades que entrañan estas situaciones. Creemos, pues, que para nulificar un Testamento basándose en que el testador no estaba en su sano juicio cuando lo otorgó, es necesario que el Juez no sólo proceda para su dictamen auxiliado por las pruebas indirectas o circunstanciales, sino, es necesario que también existan pruebas directas y específicas del hecho de la perturbación mental al momento de testar, única manera que podrá llegar a tener la certeza de que el testador no estaba en sanidad de juicio cuando testó. El fallo que comentamos, tiene a nuestro entender, otro error: parece establecer que para dictaminar sobre la nulidad de un testamento se debe comprobar que el testador no estaba en su sano juicio antes, durante y después de otorgar el testamento. Esto es ingenuo puesto que la ley solo exige que la insania de juicio sea “Actual”, palabra que debe entenderse sinónima de la expresión: “al momento mismo”, es decir, en el momento que otorgaba Testamento⁸².

Tanto es así que existe otro fallo de la misma Corte Suprema, publicado en la Gaceta Judicial # 10 de la Serie Sexta, pág. 222 y que tiene fecha 24 de diciembre de 1944, que establece: “La inhabilidad para testar que habla el artículo 995 del Código Civil Ecuatoriano (hoy Art. 1043), debe de ser ACTUAL, esto es, existir al tiempo de testar..”.

4.- El que de palabra o por escrito no pudiese expresar claramente su voluntad

Tampoco puede testar, y consecuentemente nombrar ejecutor testamentario, quien no puede expresar claramente su voluntad, tal como lo prescribe el numeral cuarto del artículo que comentamos. Esta disposición arranca de la Ley XIII, Título V de la Partida VI de la cual la tomó Andrés Bello. Es indudable que la disposición tiene un fondo filosófico indiscutible y hasta podríamos decir que está amparada en diversas pruebas de eminentes psiquiatras y sicólogos quienes han demostrado que la persona que está privada de la facultad par darse a entender, ya sea por escrito u oralmente, poco a poco va perdiendo la capacidad intelectual, hasta el punto de que se convierta en un verdadero imbecil si persiste su incapacidad para relacionarse con el mundo externo. Es fácilmente imaginable que una persona de tal estado no se encuentra capacitada para el acto testamentario y ese fue el motivo para que nuestro Código considerara al que no puede expresarse claramente, incapaz para testar. La incapacidad subsiste aunque la persona se pueda relacionar con el mundo externo, pero que dicha relación sea imperfecta, por ejemplo, aquel que

⁸² Hernando Carrizosa Pardo: Ob. Cit.- Pág. 229.

no se da a comprender claramente ya sea porque sus gestos o balbuceos dejan lugar a dudas.

La Ley fue concebida en esta manera, porque “el Legislador no quiso dejar la voluntad de la carta testamentaria deferida al azar de la interpretación que otros hagan de los signos y señas que sirven a una persona para demostrar su querer”⁸³.

Específicamente son incapaces los sordomudos que no saben leer ni escribir, aunque puedan expresarse por señas. Dichos sordomudos pueden ser colocados en interdicción, pero si el sordomudo aprende a leer y escribir, recobra su capacidad plena y será oído si piden que le levanten la interdicción⁸⁴.

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en fallo publicado en la Gaceta Judicial número 33 de la primera serie, dictaminó que una persona se halla en estado habitual de imbecilidad, aún cuando no exista interdicción, siempre que apareciere el proceso de dicha persona no se hallaba en aptitud física ni mental de manifestar su última voluntad al tiempo de otorgarse el testamento, dicho acto era nulo.

La misma Corte Suprema en sentencia de la primera sala del 25 de Agosto de 1938, publicada en la Gaceta Judicial # 153 de la Quinta Serie, en la página 3721, establece que se puede deducir de hechos plenamente justificados la incapacidad para darse a entender claramente del testador, y por lo mismo, nulitar el Testamento.

MOMENTO EN QUE SE APRECIA LA CAPACIDAD:

Como hemos manifestado anteriormente, la capacidad para nombrar Albacea debe existir al momento de otorgarse el Testamento. Si el nombramiento es hecho por

⁸³ Hernando Carrizosa Pardo: Ob. Cit.- Pág. 230.

⁸⁴ Agustín Cueva Tamariz en la obra citada anteriormente, en la pág. 215, expresa que no hay sordomutismo sino sordomudos y que, entre estos existen los siguientes grupos: A) Sordomudos congénitos, dotados de psiquismo insuficiente o nulo, detención del desarrollo del cerebro, comparables a los oligofrénicos o idiotas, y que son refractarios a toda tentativa educacional; B) Sordomudos en los que la adolescencia se manifiesta después del nacimiento, con integridad anatómica y funcional del cerebro, demostrada por un psiquismo suficiente. Este grupo se subdivide en dos grupos: 1) Los que han crecido y dejado evolucionar su organismo sin intervención alguna de la Pedagogía, y en los que subsiste de modo permanente los defectos capitales que alteran el funcionamiento normal de su psiquismo, manteniéndolos en condiciones iguales a los del grupo anterior; y 2) Aquellos que habiendo recibido una educación esmerada en las escuelas especializadas, han logrado convertirse en seres capaces de alternar, con mas o menos corrección en manera, a la vida civil. Serán totalmente incapaces los comprendidos entre los grupos A y 1, es decir aquellos que son justificables de la denominación genérica de demente. Según la terminología del Código Civil -, ya que el grupo 2 es capaz de un desarrollo psíquico que no se aparta mucho del normal, como comprueba el resultado de la instrucción y la educación, inconcebible sin una capacidad psíquica poco diversa a la normal.

una persona capaz al momento de otorgarlo, no se invalida aunque sobrevengan algunas de las causas de inhabilidad. Al contrario, si el nombramiento se lo hizo cuando existía alguna inhabilidad para testar, es nulo.

Claro Solar opina que este es un caso de aplicación de la regla catoniana, “de acuerdo con la cual, si lo que habría hecho inútil el testamento, caso de morir el testador al tiempo de testar, no puede valer en cualquier época que muriere”⁸⁵. Nuestro Código Civil en el artículo 1044 es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa. Y por el contrario, el Testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después de alguna de estas causas de inhabilidad. Como podemos notar, la Doctrina y el Código son unánimes en este punto.

⁸⁵ L. Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 326.

SUMARIO No. 6

PERSONAS QUE PUEDEN SER ALBACEAS

Disposiciones especiales del Código Civil sobre la capacidad de las personas para ser albaceas.- Momento en que aprecia la capacidad.- Comentarios a los artículos 1295, 1296 y 1297.- Opinión de los tratadistas.- Jurisprudencia.

DESARROLLO

PERSONAS QUE PUEDEN SER ALBACEAS:

El Código Civil ecuatoriano al legislar sobre las personas que pueden ser albaceas, se separó algo de las reglas que sobre la capacidad para los actos y declaraciones de voluntad, señalan los artículos 1462 y 1463; seguramente a que consideró que las incapacidades absolutas y relativas enunciadas en el artículo 1463, se refieren a la aptitud de la persona y al valor que los actos pueden tener en negocio del propio individuo; mientras que en el Albaceazgo se trata de actos que no se relacionan con la persona misma del albacea, sino que miran a la ejecución de la voluntad del testador con respecto a determinada persona u objeto a que destina determinados bienes de su patrimonio para después de su muerte⁸⁶.

Por tales motivos, y por “cuanto la función del ejecutor testamentario exige elevado grado de idoneidad”, la Ley fijó requisitos especiales para ejercer el cargo⁸⁷, excluyendo al menor, aún al habilitado y al emancipado, y a todas las personas enumeradas en los artículos 518, 519 y 1295 del CCE. El Jurista colombiano Hernando Carrizosa Pardo, comentando las disposiciones similares del Código Civil colombiano, sostiene que se comprende sean excluidos “los jurídicamente incapaces de obligarse, porque la administración de la herencia exige tal capacidad, pero no hay razón suficiente para inhabilitar a personas que tienen defectos físicos o morales, que el testador ha conocido y que a su juicio, no impiden la recta ejecución del mandato”. Debe despojarse al Albaceazgo, continúa, “de todo lo que sea inspirado en creer que se trata de una institución de orden público, a semejanza de los guardas, porque es un puro mandato que no interesa sino al testador. La reglamentación tan arcaica del Código es rezago de ideas que gozaron a favor en el Derecho antiguo, donde el ejecutor testamentario no era, generalmente, un mandatario del testador. Mejor legisla el Código francés, que reduce la incapacidad a los

⁸⁶ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 326.

⁸⁷ Hernando Carrizosa Pardo: Ob. Cit.- Pág. 457.

que no pueden obligarse por sí mismos, dejando a salvo lo que otras leyes especiales dispongan sobre esto en casos dados”⁸⁸.

No compartimos la opinión del ilustre Jurista colombiano; creemos que el Albaceazgo tiene y debe tener, un contenido social y no meramente individualista, por los grandes males que puede ocasionar a la colectividad una orientación diversa. Imaginémonos qué sucedería si se permitiera, por ejemplo, que un disipador fuera nombrado Albacea con tenencia de bienes.

La serie de perjuicios causados por su falta de tino, medida y previsión en los gastos, afectarían gravemente a los herederos, legatarios, acreedores y al Fisco. Previendo esas eventualidades la Ley estableció reglas más severas que las exigidas para el Mandato. Además, el Albaceazgo posee una naturaleza jurídica distinta del Mandato; es una institución independiente, sui generis.

MOMENTO EN QUE SE APRECIA LA CAPACIDAD:

Una persona puede ser incapaz cuando se produce el nombramiento, más puede desempeñar el cargo si al momento en que debe iniciar sus funciones, adquiere la capacidad de la que antes carecía. “El haber sido incapaz 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 depende de la voluntad del testador mientras viva, ya que puede revocar 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 ve motivo para que se declare inhábil por haberlo sido en el momento de otorgarse el Testamento” o aún en el momento en que moría la persona que lo nombró, es decir el testador⁸⁹.

Al contrario, la incapacidad superveniente pone fin al Albaceazgo tal como lo prescribe el Código Civil ecuatoriano en el artículo 1295. Las personas que el

⁸⁸ Hernando Carrizosa Pardo: Ob. Cit.- Pág. 457.

Castán sostiene en su obra “Derecho Civil”, en el Tomo IV, Pág. 207, en la edición de Madrid de 1948, que en el antiguo Derecho español no podían ser Albaceas los siervos, los religiosos, las mujeres, los menores, los locos, los herejes, los moros, los judíos, los sordomudos por naturaleza, los alevosos, los traidores, los condenados a muerte o extrañamiento.

⁸⁹ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 327. A la misma conclusión llegan Planiol-Ripert-Trasbot, en la obra antes citada por nosotros, en el Tomo, página 3 723, así como también el Jurista Pareda en la obra citada anteriormente, en el # 46. Pareda cita como apoyo a lo afirmado por él a Troplong, quien es de la misma opinión.

Código Civil Ecuatoriano en el artículo 1295 declara incapaces para ser albaceas son las siguientes:

- ❖ El menor.
- ❖ Los ciegos.
- ❖ Los mudos.
- ❖ Los dementes, aunque no estén en interdicción.
- ❖ Los fallidos mientras no hayan sido rehabilitados.
- ❖ Los que están privados de administrar sus propios bienes, por disipación.
- ❖ Los que carecen de domicilio en la República.
- ❖ Los que no saben leer ni escribir.
- ❖ Los de mala conducta notoria.
- ❖ Los condenados judicialmente a una pena de las designadas en el Art. 311, numeral 4, aunque se le haya indultado de ella.
- ❖ El cónyuge que haya dado causa para el divorcio, según el artículo 110 menos en el caso de los numerales 8 y 11.
- ❖ El que ha sido privado de ejercer la patria potestad según el artículo 311.
- ❖ Los que, por torcida o descuidada administración, han sido removidos de una guarda anterior.
- ❖ Los individuos de la Fuerza Pública que se hallen en actual servicio incluso los comisarios, médicos, cirujanos y demás personas adictas a los cuerpos de líneas o las naves del Estado.
- ❖ Los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión público, fuera del territorio ecuatoriano.

Examinemos cada uno de estos casos de incapacidad con las excepciones que en muchos de ellos se presentan.

1. - EL MENOR:

Con sobrada razón el Código Civil Ecuatoriano, en el artículo 1295, prohibió que el menor pueda ser Albacea. Esta disposición tiene su fuente de inspiración en la Ley Séptima, del Título Quinto, Libro Tercero del Fuero Real, que dispuso la incapacidad para ser cabezalero “ome que nos sea de edad”. Igualmente en el Código Civil Napoleón, en el artículo 1030, excluyó al menor de edad aunque sea habilitado o emancipado.

Nos parece justa esta prohibición, pues si el menor es incapaz de administrar sus propios bienes, es ilógico admitir que pueda administrar bienes ajenos y tomar decisiones de mucha importancia para la sociedad como lo puede hacer un Albacea, especialmente cuando existe tenencia de bienes.

El término menor que emplea el artículo 1295, es sumamente amplio, involucra a todos los menores ya sean habilitados o emancipados, generalización correcta porque la capacidad del menor habilitado o emancipado no es completa, y no siéndolo es peligroso poner en manos de un menor habilitado o emancipado, responsabilidad tan grande como es la del Albaceazgo⁹⁰. Además, es opinión unánime de los psicólogos que, el menor de edad al ingresar a la etapa de la pubertad, experimenta tres fenómenos fundamentales: La aparición del pensamiento abstracto, la responsabilidad social y el desarrollo de la sexualidad lo enfrentan a situaciones, “más trascendentales, que le embargan el ánimo, por primera vez en su vida frunce el ceño ante la interrogante de su destino. Momentos en que el corazón le dicta seguir siendo niño y la razón le impulsa a pensar como hombre. Desequilibrio entre el ideal y sus posibilidades de acción.

“Lo que empieza en trabajo serio acaba en juego” broma según frase feliz y aguda de Stern.

“Esa edad que podría denominarse edad de los contrastes...” “se exagera la agresividad y el deseo de independencia, alternando con pasajeras crisis de miedo al mundo...” “Toda la afectividad se encuentra exagerada y trastornada al tener que adaptarse a nuevas concepciones ideológicas...” “en esta época pueden darse coetáneamente muestras del mayor egoísmo y del más sublime altruismo, de la más refinada sensibilidad y la más fría indiferencia”⁹¹.

Al ser el menor de 18 años “un hombre en proceso de formación”, es decir, que no ha alcanzado todavía el necesario equilibrio emocional, el Código Penal Ecuatoriano en el artículo 40 establece: “Las personas que no hayan cumplido 18 años de edad estarán sujetas al Código de Menores”, sacándolo de la esfera penal⁹².

2. - LOS CIEGOS:

En proyecto de 1853 Andrés Bello estableció en el artículo 595, la incapacidad de los ciegos para toda tutela o curaduría y, por consiguiente, para ser albaceas. Al redactar esta disposición, Bello se separó de la tradición jurídica española, la misma que no había establecido tal incapacidad⁹³. Procedió así por estar convencido

⁹⁰ Fernando Vélez; Ob. Cit.- Tomo V.- Pág. 129.- Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 321.- Hernando Carrizosa Pardo: Ob. Cit.- Pág. 457.

⁹¹ Emilio Mira y López: Manual de Psicología Jurídica.- Cuarta edición.- Editorial El ateneo; Buenos aires 1954.- Pág. 66.

⁹² Si se permitiera, por ejemplo, que el menor adulto desempeñe el cargo de Albacea se podría dar el curioso caso de un ejecutor testamentario sin responsabilidad penal, ejecutando actos delictivos que no tuvieran sanción penal en perjuicio de la sucesión.

⁹³ Así lo manifestó el mismo Bello en una nota puesta al margen del artículo 595 del Proyecto de 1853, más la claridad está claramente en las Siete Partidas.

que la falta de visión incapacitaba a una persona para llevar a cabo fielmente el encargo que se le encomendó. Efectivamente eso ocurre: Un ciego puede percatarse de muchas cosas, pero no poseerá la capacidad para notar otras, en perjuicio de la sucesión.

Basta para comprender la justicia de la incapacidad comentada, que imaginar a un ciego con tenencia de bienes, administrador de varias propiedades y que necesita los servicios de otras personas para comprobar si lo que le dicen es o no realidad. ¿Puede confiarse plenamente en sus servidores? Indudablemente no puede ser absoluta sino relativa ⁹⁴.

La incapacidad del ciego, establecida por las Siete Partidas aparece, respectivamente, en la Ley 4, Título 4, Partida 5, Ley 5, Título 6, Partida 5 y Ley 9, Título 1, Ley 1, Título 6 y Partida 6.

3. - LOS MUDOS:

La Ley 7, Título 5, Libro Tercero del Fuero Real, estableció la incapacidad del mudo y el sordo. Igualmente las Siete Partidas, en la Ley 4 y 14 del Título 16, Partida Sexta, dispuso la inhabilidad de los mismos para toda Tutela y Curaduría. Bello se inspiró en estos ordenamientos legales, pero sólo dejó la incapacidad para el mudo. La expresión mudo abarca también al sordomudo. Tal generalización nos parece injusta pues comprende a todo mudo aunque haya aprendido a darse a comprender por escrito, adquiriendo, por lo mismo, la capacidad para obligarse ⁹⁵. Creemos que la ley debe reformarse en ese sentido, pues, en el numeral séptimo del artículo. 518 se establece la incapacidad para los que no saben leer ni escribir, y se puede dar el caso que un mudo bajo instrucción aprenda a leer, escribir, y aún hablar ⁹⁶.

⁹⁴ La ceguera produce incapacidad física, tanto es así que constituye causal para la jubilación del trabajador o grave lesión si es producto de un delito. Es verdad que muchos ciegos adquieren destrezas por sus experiencias vitales o estudios, más ellas no le devuelven el sentido de la vista. Recuérdese el caso del ciego, al que conducía Lazaro de Tormes, hombre muy avisado astuto que se gloriaba de comprender todo fue, finalmente engañado por el muchacho que lo colocó frente a un poste y como le aseguró que la fuerte lluvia producía pequeños arroyos, lo mejor era brincar con fuerza para salvar el escollo. Así lo hizo el ciego y se estrelló contra el túmulo.

⁹⁵ L. Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 341.

⁹⁶ Son repetidos los casos de sordomudos que recibieron una instrucción eficiente y aprendieron a leer, escribir y hablar. Recuérdese el caso de la profesora O. Salivan cuya alumna estrella escribió novelas, dictó conferencias y fue reconocida por su inteligencia.

4. - LOS DEMENTES, AUNQUE NO ESTÉN BAJO INTERDICCIÓN:

Para desempeñar el cargo de Albacea es necesario que la persona designada para el mismo tenga su razón en buen estado, pues de lo contrario ese estado de “sin razón” perjudicaría notoriamente a la sucesión. Esta incapacidad ya estuvo establecida en la Ley 1 del Título Séptimo, Libro Tercero del Fuero Real, la misma que disponía la incapacidad de los dementes para ser albaceas. Nos parece justa la disposición ⁹⁷. Reproducimos los comentarios efectuados en el capítulo anterior.

5.- LOS FALLIDOS, MIENTRAS NO HAYAN SIDO REHABILITADOS

La Ley consideró a este respecto, que el fallido lo es porque no ha tenido el suficiente cuidado y previsión en la administración de sus bienes -salvo casos excepcionales-, motivo por el cual falló en insolvencia, y si no tuvo ese cuidado y previsión con sus bienes propios, mal los puede tener con los ajenos. Por tal causa es que estatuyó la incapacidad del fallido para ser Albacea. Esta incapacidad no continúa si se rehabilita.

Borja, en su obra sobre el Código Civil, considera no justa la apreciación general sobre todos los fallidos, toda vez que la quiebra pudo ser ocasionada por causas ajenas a la voluntad de una persona. En general, existe la tendencia en la Doctrina a favor de la incapacidad del fallido.

6.- LOS QUE ESTAN PRIVADOS DE ADMINISTRAR SUS PROPIOS BIENES POR DISIPACIÓN:

Los disipadores, por la falta absoluta de prudencia demostrada en la administración de sus bienes, incapaces para ejercer el Albaceazgo, al presumirse que si no tuvieron la previsión suficiente para administrar juiciosamente sus propios bienes y para presentarlo se inició y se resolvió su interdicción tampoco será previsto y responsable en la administración de bienes ajenos. Algunos tratadistas -muy pocos- creen que no siempre el disipador obrará mal cuando le toque administrar bienes que no son suyos y dándose cuenta de esa diferencia, actúe atinadamente. Ese es una mera posibilidad desmentida por la repetición de actos irresponsables cometido por disipadores que una vez rehabilitados vuelven nuevamente a la prodigalidad además, el impulso del pródigo -verdadera compulsión-, no desaparece simplemente al notar que los bienes no son suyos sino de otro. Al respecto, vale la pena recordar que al disipador se lo llama también pródigo, asimilándolo a la naturaleza que entrega sus dones liberalmente a los hombres ⁹⁸. En Roma, el Juez, para poner un pródigo en estado de interdicción, usaba la siguiente fórmula: “Quando

⁹⁷ Nos remitimos a lo expresado en el capítulo anterior, sobre la inconveniencia de la expresión “dementes”

⁹⁸ La Psicología considera que la compulsión de gastar irreflexiblemente requiere tratamiento.

Tua Bona paterna, Havitaque, Nequitea Tua Disperdis, Liberosque Tuos Ad Ejestaten Perducis, Ob. Cam Rem Tibi Ea Re Conmercioque Interdico”. La Siete Partidas también establecieron la interdicción por la dispación en la Ley 3, Tít. 11, Partida 5; Ley 4, Tít. 16, Partida 6; Ley 9, Tít. 1, Partida 6.- Ley 13, Tít. 1 Partida 6; Ley 2, Tít. 6, Partida 3.

7.- LOS QUE CARECEN DE DOMICILIO EN LA REPÚBLICA:

La ley dispone esta incapacidad porque de otra manera no podría garantizar a los interesados en la sucesión el eficaz ejercicio de sus acciones contra el Albacea para que este rinda la cuenta de su administración, justificándola, tal como lo ordena el artículo 1330 del CCE., y para que responda por los actos efectuados. Esta incapacidad no alcanza a la persona que no teniendo su domicilio en el país en el momento en que es nombrado, lo establece cuando se posesiona del cargo, pues en ese caso, se cumpliría con lo deseado por la Ley: que el designado tenga su domicilio en el Ecuador para que responda de sus acciones contra la sucesión, especialmente si esta se hallara yacente por no haber heredero o herederos que lo acepten.

8.- LOS QUE NO SABEN LEER NI ESCRIBIR:

Una persona incapaz de leer o escribir fácilmente puede confundirse en la recepción de cuentas, recibos, abonos, etc., y ser estafada por gentes inescrupulosas que, aprovechando de la ignorancia del analfabeto, lo engañan. Este engaño no solo perjudicará al iletrado sino también a la sucesión. Andrés Bello, Proyecto de 1853, señalaba que “en la actualidad” (1853) “este defecto es mucho menos frecuente que en otros tiempos, debe presumirse que el que ignora de estas dos artes es incapaz de un cargo de tanta importancia como la tutela”.

Es verdad que el analfabeto tiene astucia instintiva para afrontar los sencillos retos que le impone la vida, pero no ocurre lo mismo cuando administra patrimonios ajenos, muchos de los cuales son de considerable valor económico. En ese específico caso, confía en personas “leídas” y caer en las garras de los deshonestos. El doctor Velasco Ibarra se refería a la “intuición popular”, para significar la capacidad que tiene la gran masa -no importando su condición económica, cultural, social o racial- para comprender los graves problemas que afronta una colectividad políticamente organizada⁹⁹, pero, “intuición” no funciona, no alcanza para capacitar en negocios de responsabilidad.

⁹⁹ Lamentablemente en nuestra historia política esa “intuición” no ha funcionado siempre, y prueba de ello es la mala calidad de las personas elegidas o apoyadas.

Existe una variante de iletrado conocido como “analfabeto por desuso”, fenómeno que se produce en el hombre que sabe leer y escribir, pero abandonó la lectura, y poco a poco, va también leyendo con dificultad y escribe de manera defectuosa.

9.- LOS DE MALA CONDUCTA NOTORIA:

La Ley ecuatoriana incapacita a la persona para ejercer el Albaceazgo, pues alguien acostumbrado a violentar las leyes humanas y divinas con su conducta habitual, por reincidencia y habitualidad cometería actos en perjuicio de la sucesión. Nótese que la incapacidad señalada en el artículo 518, numeral 8, se refiere a las personas de mala conducta notoria, es decir “la inconducta públicamente conocida, clara, evidente, según el Diccionario. Por lo mismo será necesario el conocimiento público de la conducta. Podría darse el caso de alguien que ejecute actos ilícitos, inmorales, más nadie lo conoce. ¿Es incapaz esa persona para ejercer el Albaceazgo? La respuesta es negativa, pero, al conocerse la inconducta se aplica el artículo 1321 por el dolo que se produjo al ocultar sus antecedentes. La notoria mala conducta deberá ser probada ante el Juez para impugnar el nombramiento, atendiendo al artículo 722 que dispone presumir la buena fe excepto en los casos señalados por la ley “En todos los demás la mala fe deberá probarse”. Por supuesto, si a una persona nombrada Albacea se la acusa de mala conducta notoria, se deberá probar tales inculpaciones ante el Juez.

10.- LOS CONDENADOS JUDICIALMENTE A UNA PENA DE LAS DESIGNADAS EN EL ARTÍCULO 1311, No. 4, AUNQUE SE LE HAYA INULTADO DE ELLA:

Esta causal de incapacidad existía en el antiguo Derecho español, estando consagrada en la Ley 7, Título 5, Libro 3 del Fuero Real. Bello se inspiró en tal ordenamiento al redactar el artículo que hoy comentamos, de tal manera que los condenados por sentencia, basada en autoridad de cosa juzgada, a una pena de las designadas en el artículo 329, no pueden ser Albaceas. No sucede lo mismo cuando una persona que ha sido condenada injustamente, prueba su inocencia y la hace constar legalmente, debido a que en ese momento desapareció la incapacidad, la misma que fue establecida pensándose que el sancionado a una pena de la categoría de las ya mencionadas, es culpable, y por lo mismo, persona de escasa o ninguna moralidad para desempeñar el cargo de Albacea.

El artículo 311, numeral 4 señala las incapacidades en que incurren padre y madre. Nótese que se exige la concurrencia de ambos; motivo por el cual si uno de ellos no fue procesado o declarado inocente, no le alcanza la incapacidad. Borja, citado por Larrea Holguín, comenta el supuesto que uno de los padres, o los dos, son culpables de las infracciones que dan como origen la emancipación judicial,

opina que bien puede ocurrir que existan otros hijos, no comprendidos en los casos del artículo 311, también se debe liberarlos de la patria potestad ya que si fueron tan insensibles con relación a un solo hijo, ello no da seguridad de que no lo sean con los otros. Considera, así mismo, “que esta solución no es aplicable a los hijos que nacieron después de la condena, pues ello condenaría las generaciones sucesivas a una pena excesiva por un hecho quizá remoto, y privaría de toda posibilidad de rehacer su familia a quien ya ha purgado su delito¹⁰⁰.” ¿Cuándo se efectúa este artículo?

- Cuando maltratan habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida, o de causarle grave daño;
- Cuando hayan abandonado al hijo;
- Cuando la depravación los hace incapaces de ejercer la patria potestad; y,
- Cuando son condenados por sentencia basada en autoridad de cosa juzgada que los declare culpados de un delito a que se aplique la pena de 4 años de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad.

¿Funciona la exclusión pese a cualquier indulto o gracia que recaiga sobre la pena; a menos que el indulto o la gracia “se comprenda expresamente la conservación de la patria potestad”. En pocas palabras lo que ordena para conservar la patria potestad del indultado o agraviado, es la indicación expresa en el documento donde consta la concesión de dicha gracia o indulto que el así favorecido tiene la patria potestad?

Creemos que no debe.

11. - EL CÓNYUGE QUE HAYA DADO CAUSA PARA EL DIVORCIO, SEGÚN EL ARTÍCULO 109, MENOS EN EL CASO DE LOS NUMERALES 8 Y 11:

El artículo 110 del CCE. dispone en los numerales 8 y 11 como causales de divorcio: No. 8: “El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el Juez como incurable y contagiosa o transmisible a la prole”; el No. 11: “el abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente”. Ahora bien, el artículo 518, al que se remite el artículo 1295 señala las incapacidades de toda tutela o curaduría, haciendo la excepción expresa de los casos descrita por el artículo 110, numerales 8 y 11. El artículo 1295 numeral segundo dispone: “tampoco pueden ser las personas designadas en los artículos 518 y 519”, lo que nos lleva a preguntarnos si la

¹⁰⁰ Larrea Holguín: Compendio de Derecho Civil.- Segunda edición actualizada.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito 1976, Pág. 623.

expresión “personas designadas”, en los artículos 518 y 519 significa que todas las enumeradas en el artículo 518 son incapaces de ser Albaceas.

A primera vista no existe ninguna duda puesto que el artículo 518 comienza con las palabras “Son incapaces de toda tutela o curadurías” y señala las 12 causales de incapacidad. En el numeral 10 dispone: “El cónyuge que haya dado causa para el divorcio”, según el artículo 110, menos en el caso de los numerales 8 y 11, es decir “el hecho de adolecer uno de los cónyuges enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el Juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole” y “El abandono voluntario e injustificado de otro cónyuge enfermo o abandonado pueden ser tutores o curadores”, más formulamos las siguientes inquietudes:

a) Puede darse el caso que María casada con Pedro, dio causa para el divorcio abandonando injustificadamente a su marido, se divorciaron por tal motivo, y posteriormente María contrae matrimonio con Andrés es que la nombran albacea de los hijos comunes nombra es ¿Se aplica la incapacidad prevista por el artículo 518 acogiendo la expresión “son incapaces para toda tutela o curaduría”, que encabeza tal artículo? Lógicamente no al tratarse de un caso distinto.

b) El Albaceazgo es un cargo que requiere diligencia, trabajo, impone responsabilidades requiriendo de mucha actividad y tanto es así que el artículo 1308 sanciona “a la omisión de las diligencias prevenidas” en los artículos 13.7 (obligación frente a los acreedores hereditarios) y 1306 (apertura de la sucesión), haciéndolo responsable de “todo perjuicio” que irroque acreedores”, además, el artículo 1305 impone la obligación a el albacea a “velar por la seguridad de los bienes; hacer que se guarden bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne, y cuidar que se pierda a tal circunstancia, con atención de los herederos y de los demás interesados en la sucesión...” Las obligaciones aumentan si se trata de albaceas con tenencia de bienes, lo que nos lleva a preguntarnos si una persona que adolece enfermedad grave, circunstancias por tres médicos designados por el Juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole “¿Tiene el rigor necesario para desempeñar el albaceazgo?”. Necesariamente no, y constituya una contradicción permitirlo, ya que si el artículo 1296 dispone “la incapacidad superviviente posee fin al Albaceazgo”, mucha mejor razón para impedirlo es que esa incapacidad existía antes de ser nombrada.

Como fácilmente se puede ver, el caso es diferente si se trata de a causal para solicitar el divorcio y no se permita que un enfermo terminal sufra, además, de esa desgracia la finalización de su matrimonio, e igualmente cuando fue abandonado injustamente pero, no concuerda con el significado de tutela y la curatela, cuyo origen etimológico de la primera provincia del latín tutelae, derivado del

verbo *tueor tueri* cuya significación es “ver, mirar”, y adquiere la connotación de “vigilar, proteger, y curador proviene del latín *curator-is* proveniente del verbo *curo* – are y éste del verbo “*cura – ae*”, cuidador.

c) ¿Cuáles son las causas de estas contradicciones? Leamos la opinión de Valencia Zea: “Una cosa es la aparente claridad de un artículo en sí y otra la precisión de los términos empleados. Desde ese punto de vista, el Código emplea términos en diferentes sentidos, pues en muchas ocasiones utiliza expresiones jurídicas textualmente distintas¹⁰¹; finalmente al Código le hacen falta palabras para designar ciertos fenómenos jurídicos¹⁰². Sin duda cuando se redactó, el lenguaje jurídico se encontraba en formación; a esto se debe agregar que Andrés Bello, fuera del conocimiento corriente del lenguaje, no conocía el sentido especial que en Derecho deben tener muchas palabras, ni supo diferenciar lógicamente muchos fenómenos jurídicos”.

“Pero el problema es mas grave cuando pretendemos estudiar el Código en su conjunto. Bello no es un científico del Derecho; por tal motivo al servirse de varias fuentes -las doctrinas de los romanos la de los franceses la legislación española y la doctrina de los Pandectistas- tomó indiscriminadamente soluciones de unas y otras, sin reparar en las graves contradicciones que se establecieron”. Desde otros puntos de vista”, “uno de los Códigos más difíciles de estudiar es indudablemente el Código Civil de Colombia¹⁰³”. A esas fallas originales se deberá sumar las reformas que ha experimentado el Código, algunas de ellas evidentemente poco afortunadas.

Consideramos que los artículos 531 y 532 que legislan sobre las “reglas generales sobre las incapacidades”, establecen la obligación del tutor o curador de dar a conocer la incapacidad y cualquier consanguíneo, cónyuge o cualquier otra persona del Cantón podría denunciarla ante el Juez.

12. - EL QUE HA SIDO PRIVADO DE EJERCER LA PATRIA POTESTAD, SEGÚN EL ARTÍCULO 511:

Sin las posibles dudas que podrían despertar las excepciones contempladas en el artículo 329, la incapacidad de quien ha sido privado de ejercer la patria potestad,

¹⁰¹ Así el término satisfacer se emplea a veces en el sentido de saneamiento de negocios muchos, y en otras en el sentido de autorización para negocios que un mandatario celebra sin facultado del mandatario.

¹⁰² La palabra tradición indica la transmisión de la propiedad por acto entre vivos, cesión de derechos para demostrar la cesión de esos derechos; hace falta una palabra más genérica que englobe todos los fenómenos particulares de transmisión de derechos; o un término adecuado para designar esos negocios.

¹⁰³ Valencia Zea: Ob. Cit.- Tomo I, Pág. 50.

es de clara comprensión, toda vez que si una persona fue privada de ejercer la patria potestad por decreto judicial, ello demuestra que se trata de alguno de poca o ninguna responsabilidad y dudosa moral, defectos anímicos que le hicieron acreedor a una sanción tan oprobiosa. Por lo mismo se presume, con toda justicia obrará de manera similar si se le permitiera ser Albacea.

13. – LOS, QUE POR TORCIDA O DESCUIDADA ADMINISTRACIÓN HAN SIDO REMOVIDOS DE UNA GUARDIA ANTERIOR:

El último numeral del artículo 518, establece “la prohibición para las personas que, “por torcida o descuidada administración han sido removidas de una guarda anterior, o en juicio subsiguiente a ésta han sido condenados, por fraude o culpa grave a indemnizar el pupilo”. La prohibición tiene su fundamento en la presunción de que la persona incurso en algunas de las situaciones descritas anteriormente, es poco moralmente recomendable, y nadie puede asegurar que vuelva a reincidir, perjudicando a la sucesión si se les permitiera ser Albaceas.

14. – LOS INDIVIDUOS DE LA FUERZA PÚBLICA EN SERVICIO ACTIVO Y LOS ASIMILADOS A LA MISMA:

Las incapacidades descritas en el numeral segundo del artículo 519 del CCE., las establecieron en mérito al hecho que las personas en servicio activo de las Fuerzas Públicas, así como todas las que sean adictas a las mismas, y en razón de su profesión, no tienen siempre un domicilio fijo, ya que están constantemente siendo trasladadas a diversos sitios, lo que les impide llevar a cabo el encargo que les haría el testador y retardaría, en el caso hipotético de que pudieran llevar a fin el encargo encomendado, la rendición de cuentas, justificadas, de su administración. Además, suponemos que debió pesar el hecho que estas personas por estar sujetas a un sistema disciplinario especial de obediencia al superior, podrían ser influenciadas en sus actos por los mismos.

15. - LOS QUE TIENEN QUE EJERCER POR LARGO TIEMPO O TIEMPO INDEFINIDO UN CARGO O COMISIÓN PÚBLICA, FUERA DEL TERRITORIO ECUATORIANO:

El mismo hecho de estar ausentes del país por largo tiempo o tiempo indefinido, imposibilita a las personas que se encuentran ausentes a desempeñar con eficiencia el Albaceazgo en detrimento de los intereses de la sucesión. Si la ausencia se debe al desempeño de un cargo público o comisión pública, es lógico suponer que en cumplimiento del cargo o comisión en el exterior, emplearán toda su diligencia, causa por la cual no tendrán tiempo para cumplir con el cargo de Albacea.

SUMARIO No. 7

LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y EL ALBACEAZGO

Teorías contrapuestas con relación a la persona jurídica o moral.- Teorías de la ficción: Savigny, Ihering, Planiol.- Teorías Realistas: La organicista pura.- La realidad psico-física.- La persona jurídica según el Código Civil Ecuatoriano.- La persona jurídica y el Albaceazgo.

DESARROLLO:

El origen sobre las personas jurídicas se encuentra en el Derecho Romano, cuyos aportes fueron desarrollados por la Jurisprudencia Medieval, auxiliándose con los aportes del Derecho Germánico y el Canónico.

Estas tres influencias no siempre armonizaron, y el resultado fue “una mezcla de los más opuestos principios y concepciones que, pugnando por prevalecer, originaron perpetuas contradicciones e incongruencias, germen de las disputas que habían de dividir más tarde a la Ciencia Jurídica¹⁰⁴”.

En efecto, existe un muy notable conjunto de estudios, monografías y tratados escritos por profundos civilistas que, lamentablemente, no siempre coinciden en sus aspiraciones, dando lugar a múltiples teorías sobre el tema, enfrentándose unas a otras con referencia a la naturaleza, requisitos, principios, finalidad etc. de la persona jurídica.

En el deseo de sintetizar las múltiples teorías, agruparemos las principales para una mejor comprensión¹⁰⁵.

1.- TEORIA DE LA FICCIÓN.

Si bien es cierto que se puede encontrar varias teorías que parten de la idea primigenia de considerar al hombre como único sujeto de Derecho, no es menos verdad, que pese a esa coincidencia, las diferencias son múltiples entre ellas. Resumamos las principales opiniones:

¹⁰⁴ Barcia López citado por José Castan Tobeñas en su obra Derecho Civil Español, Conun y Foral: Tomo I, Undécima Edición.- Reus S.A. Madrid 1971, Página 372.

¹⁰⁵ Para ejemplarizar la proliferación de teorías contrapuestas vale señalar algunos de sus autores: Sánchez Román, Del Buen, Puig Peña, Otero Castro, De Castro, Cossio, Savigny, Windscheid, Ennecerus, Thur, Grierke, Wolff, Messines Ferrara, Giorgs, Planiol, Bonnacave, Carbonier, Michoud, Borja, De Pina, Valencia Zea, Claro Solar, Carrizosa, Kipp. etc.

Teoría de Savigny:

El inspirador fue Sinebald Fieschi, más conocido como Inocencio IV, posteriormente desarrollada por el célebre Savigny, y cuyos puntos principales son los siguientes:¹⁰⁶. Únicamente el hombre está dotado de voluntad y, por lo mismo, solo él puede ser sujeto de Derecho, toda vez que, el Derecho Subjetivo es un poder que la Ley otorga a una voluntad. Cuando la Ley trata al hombre como persona, “no hace otra cosa sino reconocer y confirmar una personalidad ya existente”.

Al contrario, cuando el Derecho atribuye capacidad jurídica a un ente que en realidad no existe, no tiene pensamiento ni voluntad, lo que elabora es una ficción que suple tal deficiencia, admitiendo, que pueda adquirir derechos y gozarlos un ser que no existe físicamente. La persona jurídica tiene la calidad de un menor, requiriendo que un hombre la represente, el representante legal. La teoría de Savigny se impuso durante gran parte del siglo XIX, mas la proliferación de las personas jurídicas motivada por la Revolución Industrial, así como la incongruencia de admitir que un sujeto inexistente, ficticio, pueda poseer derechos, o tratar de explicar que entre esos derechos conste el patrimonio, pese a que el titular es ficticio.

Teoría individualista o del sujeto colectivo

El primer expositor fue Ihering en su obra “Espíritu del Derecho Romano”, afirmando que solo el hombre es persona, existiendo el derecho solo en beneficio suyo. Con la persona jurídica, ficción legal, el sujeto del Derecho lo constituye sus destinatarios, conformados por los miembros de la asociación, y las personas beneficiadas en las fundaciones (huérfanos, enfermos, pobres etc.). Por lo tanto, las personas jurídicas o morales no son mas que una “manera” o “forma” de las relaciones existentes entre los hombres, creados por razón de “un fin puramente práctico”¹⁰⁷.

Teoría de la propiedad colectiva:

Coincidiendo con el principio básico de considerar únicamente al hombre como persona, esta teoría sustentada, entre otros, por Planiol, afirma que la idea de “personalidad jurídica es una concepción superficial y falsa que encubre una antigua forma de propiedad, es decir, la propiedad colectiva, en la que no hay partes indi-

¹⁰⁶ El nombre mismo Persona Jurídica se debe a Savigny, que criticó la expresión persona moral, “pues nada tiene que ver con la moral”.

¹⁰⁷ Se ha criticado la teoría de Ihering, afirmándose que se puede gozar de un beneficio sin ser titular del mismo. Por ejemplo, los pobladores de un Municipio que disfrutan de la acción municipal no son propietarios de los bienes de esa corporación; como tampoco los enfermos lo son del Hospital. Por lo demás, existen fundaciones sin destinatarios (fundaciones para cosas, sufragios) o establecidos en favor de la Humanidad como es el caso de la Fundación Nobel.

viduales”, “sino una afectación de la cosa toda a la utilidad general”, no existiendo necesidad lógica de crear un ser imaginario, ficticio, irreal para explicar algo que no es otra cosa que un estado particular de la propiedad, o sea la propiedad colectiva¹⁰⁸.

Entre las mayores críticas realizadas a la opinión de Planiol, se destaca aquella que afirma carece de amplitud de miras al solo ver en una asociación lo referente a los bienes de la misma, prescindiendo totalmente de la finalidad, existiendo, por lo tanto la posibilidad, al aducirla, de considerar al Estado “como una simple masa de bienes”.

2. - LA TEORÍA REALISTA

La Revolución Industrial trajo como lógica consecuencia el incremento de la creación de personas jurídicas dedicadas a la explotación industrial, comercial, de servicios etc. Esta nueva realidad influyó en la gestación de la teoría realista, y sus principales características: Rechaza que solo el hombre es persona, afirmando que las Personas Jurídicas reúnen las condiciones necesarias para funcionar plenamente en el plano jurídico, “en razón de su propia naturaleza y constitución como verdaderos sujetos o titulares de derechos”.

Afirman que en la Persona Jurídica la voluntad reside en el órgano que, de acuerdo a sus Estatutos, reside la capacidad para deliberar.

Más, no existe una sola teoría realista, sino muchas con matices que las diferencian las unas de las otras, conservando, eso si, las características generales en el rechazo a la ficción legal y en la afirmación de la existencia de la voluntad en la persona colectiva. Resumiremos las principales:

Teoría de la realidad psico-física:

El principal representante es Otto Gierke para quien la persona jurídica tiene la característica de “persona colectiva real”, integrada por hombres que se reúnen y organizan para conseguir fines que traspasen la esfera de los intereses individuales. Se unen mediante una común y única fuerza y acción para alcanzar el fin propuesto.

¹⁰⁸ Castán: Ob. Cit, tomo I. Pág. 277.- Planiol expresa, para mayor claridad de la teoría, que no debe confundirse la “propiedad colectiva” con la “propiedad indivisa o Condominio ordinario”, ya que esta última solo es una variedad de la propiedad individual, en la que existe confusión material, pasajera y accidental, de partes.

La persona Jurídica sí tiene una voluntad que le permite deliberar de acuerdo a sus Estatutos. El órgano, diseñado por esos Estatutos, aprobados legalmente, es el que ejerce la voluntad del ente colectivo: Consejo Directivo, Asamblea General, etc. Por este motivo también se conoce la Teoría de Gierke con el nombre de Teoría del Órgano.

La Teoría de Gierke que identifica a la persona Jurídica con un compuesto psíquico-físico que vive y actúa alcanzó mucho éxito en la Ciencia Jurídica Europea, contribuyendo en gran medida a la demoleadora crítica en contra de la Ficción. Una de las críticas a la teoría de Gierke es aquella que la cataloga como “una hipótesis fantástica de un artista del Derecho”.

Teoría de la realidad jurídica:

Ferrara, notable civilista italiano, afirma la existencia real de las personas jurídicas, cuya esencia no reside en el ente en sí, sino en la forma jurídica que adquiere, mediante la cual un determinado grupo de hombres actúan en Derecho. Esa forma jurídica no es una invención de la ley “ni un simple procedimiento técnico, al modo como lo concebía Ihering, sino la traducción jurídica de un fenómeno empírico”. “El Derecho le reconoce a la persona jurídica su real existencia, traduciendo en términos jurídicos lo que existe ya en la concepción práctica social”. Lo único que hace el Derecho es “acoger una idea ya elaborada por la vida social¹⁰⁹”.

La principal crítica a la teoría de Ferrara, es igual a las efectuadas a las otras teorías, tanto a la de Ficción como a la de la Realidad, es decir, que no resuelven el problema, lo traslada. En la actualidad el problema de la naturaleza jurídica de las Personas Colectivas no ha sido resuelto, subsisten opiniones contradictorias, por provenir de tratadistas que la han estudiado desde distintos ángulos: Romanistas, Canonistas, Civilistas, Penalistas, Filósofos y Sociólogos etc. En la actualidad ninguna teoría ha sido plenamente aceptada.

José Luis de Los Mozos en Adiciones a la obra de Castán, y refiriéndose “Al problema de la naturaleza de las personas jurídicas, no considera correcto hablar de crisis del concepto de las personas morales o colectivas, pues lo que se cuenta en crisis no es el concepto en si mismo considerado, si no mas bien su deformación o notificación”. Esta deformación del concepto de persona jurídica “ha supuesto, por una parte, el abuso teórico de una excesiva abstracción dogmática con lo que se han perdido una serie de matices en la formación progresiva de este concepto y se ha procedido a una indiscriminada aplicación del mismo a supuestos tan dispares, como puede ser una fundación benéfica y una sociedad anónima, y, por otra, en la práctica, llegándose a utilizar la personalidad jurídica para ir en contra de los

¹⁰⁹ Castán: Ob. Cit. Pág. 181.

más elementales criterios objetivos de Justicia”, este ha sido el motivo para denunciar abusos mediante la utilización de la persona jurídica, al servicio del lucro capitalista haciendo crisis, “con ello, no el propio concepto de persona jurídica sino la concepción formalista de la misma”. La deformación del concepto de persona jurídica, sobretodo como generalización, “o como aplicación a determinados supuestos, (sociedad anónima, especialmente)”, contribuyó al traslado de esquemas fuera del núcleo en el que surgieron y a la consolidación de la actitud metodológica propia del Capitalismo y del Estado liberal.

De Los Mozos afirma que no puede sostener que existe crisis del concepto de persona jurídica, “ni parece que se ha acertado abandonar su concepto, pues únicamente lo que interesa es advertir el sentido instrumental del mismo, al servicio de los intereses que protege el ordenamiento, alejándose de generalizaciones y abstracciones, porque lo verdaderamente importante en la tarea del Jurista no es sustituir unos conceptos por otros, sino utilizarlos convenientemente, para el mejor conocimiento e interpretación de las normas jurídicas”, “lo importante es averiguar qué ha de entenderse por persona jurídica”; cada vez que ese término se emplea en un precepto jurídico, preciso si se usa siempre en el mismo sentido o, si se emplea en varios, cuáles son éstos y su mayor o menor alcance en cada caso; si en las mismas disposiciones que regulan una misma figura jurídica, el término persona jurídica se ha tomado dándole diferente valor; en fin, “si tal cosa se considerase posible y conveniente, cuidar que el concepto de persona jurídica sirva para ver y comprender mejor el ordenamiento jurídico, es decir, fijar supuesto y significado en el sistema de concepto que constituye la ciencia del Derecho”.

LA PERSONA JURÍDICA SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO

Nuestro Código define a la persona Jurídica en el artículo 564 como: “Una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

En la definición redactada por Andrés Bello, y a lo largo de todos los artículos que aparecen en el Título XXIX, del Primer Libro notamos claramente la influencia de Savigny, autor de la Teoría de la ficción¹¹⁰.

En consecuencia las características principales de la persona jurídica, según el Código Civil Ecuatoriano son las siguientes:

1) Sólo el hombre está dotado de voluntad, causa por la cual únicamente él puede ser sujeto de Derecho, por cuanto “el Derecho subjetivo es un poder que la Ley

¹¹⁰ El mismo Andrés Bello en nota al Proyecto manifiesta la influencia de Savigny.

otorga a una voluntad”. “El Derecho, al reconocer al hombre su personalidad, lo único que hace es confirmar una realidad ya existente”. “El Derecho reconoce capacidad jurídica también, a un ser ficticio que no tiene pensamiento ni voluntad (personas colectivas) por mera ficción, considerándolo incapaz que requiere de representación de un ser humano”¹¹¹.

2) Bello, siguiendo la Teoría de Savigny, distinguió entre la plena capacidad para ser titular de derechos y la incapacidad para ejercerlos; y, la Persona Jurídica es relativamente incapaz, requiriendo los actos del representante para obligarse. En consecuencia, para el Código Civil Ecuatoriano, la Persona Jurídica es una mera abstracción de la Ley, ficción legal.

La Teoría de Savigny, en virtud de la simplicidad y rigor lógico, adquirió un gran predicamento que comenzó a decrecer, como hemos dicho en páginas anteriores, con la multiplicación en la creación de Personas Jurídicas, provocando la inquietud en los tratadistas ante la incógnita que planteaba el hecho que un sujeto ficticio tenga la capacidad de ejercer derechos. Además, se reglamentaron Cuerpos de Leyes, tales como la Ley de Compañías, Ley de Bancos, Ley de Instituciones Financieras, etc. en las que se legisló ampliamente sobre la Persona Jurídica, pero, el Código Civil no varió en su concepción de ser ésta un ser ficticio, carente de voluntad, y, por lo tanto, incapaz de ejercer el Albaceazgo. Llegamos a esta conclusión por las siguientes razones:

Para el Código Civil la Persona Jurídica es considerada como menor, y requiere para actuar delegar en una persona física sus funciones, lo que no se permite generalmente en cargos especialísimos como el Albaceazgo.

El artículo 1295 expresamente dispone que: “no puede ser Albacea el menor”, y hemos visto que la Persona Jurídica es considerada relativamente incapaz. En el supuesto que se permitiera a las Personas Jurídicas desempeñar el Albaceazgo, y el albacea incurra en actos dolosos o culposos, tipificados en el Código Penal, pero, en el mismo caso será necesario que exista la voluntad del infractor; y en el segundo, es decir en el culposo, “de la voluntaria realización de un determinado movimiento (o inacción corporal), sin asentimiento o aceptación del resultado antijurídico que de él se deriva, pero con violación de un concreto deber de atención y cuidado, que obliga a abstenerse de tal movimiento en razón de ser previsible dicho resultado antijurídico”¹¹², ¿Es posible que un ser ficticio tenga voluntad,

¹¹¹ Valencia Zea, Ob. Cit. Pág. 503.

¹¹² Eduardo Novoa Monreal: Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo 1.- Editorial Jurídica Ediar.- 2° Edición.- Santiago de Chile 1985. Pág. 530 y 563. Novoa al tratar del dolo transcribe algunas definiciones del dolo: así, para Carrara: “Es la intención mas o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la Ley, Von Liszt: El conocimiento de todas las circunstancias de hecho, correspondientes a

actúe con dolo o con culpa?. El Código Penal Ecuatoriano no prevee tal posibilidad, debiendo responder el representante legal.

Pero, existen, en las Leyes de Bancos, Compañías, Instituciones Financieras, etc., disposiciones que sancionan a las personas jurídicas cuando cometen infracciones imponiéndoles multas, suspensión temporal de actividades, pérdida de privilegios, sujeción a la vigilancia de la autoridad controladora o, la sanción máxima que es la disolución. ¿Esto significa que la persona jurídica sí tiene voluntad y, puede delinquir?:

La opinión mayoritaria de los tratadistas de Derecho Penal se manifiesta en contra, y a tales sanciones no las califica como penas, sino como “medidas de seguridad”, “disposiciones penales administrativas”¹¹³.

- El Código Civil Ecuatoriano, al referirse a los albaceas, utiliza términos como “el”, “aquellos”, “los”, “al”, “del” que solo se pueden aplicar a las personas físicas.
- En la época en que se redactó el Código la trama era imperante, la referente a “la ficción”; y será necesario el paso de los años para que aparezcan las teorías de la realidad.
- A lo largo del Código Civil se mantiene la Teoría de la Ficción, que impide la capacidad de la Persona Jurídica para que desempeñar el Albaceazgo, pero,

la definición legal, que acompaña a la actuación voluntaria; Mezger: “actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado;” Welzel: “El conocimiento y querer en la concreción del tipo”.- El Código de Derecho Canónico: “Dolo es la voluntad deliberada de violar la ley”.

¹¹³ Quintano Repolles: Curso de Derecho Penal; Tomo 1; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid 1963 Págs. 239-242. Según este autor la idea que la persona jurídica si puede ser sujeto activo de delito nació con la teoría del civilista alemán Gierke, autor de la Teoría del Órgano, que radica la voluntad de la persona jurídica en el Cuerpo Colegiado capaz de tomar decisiones. En 1929 en el Congreso de Derecho Penal de Bucarest, el penalista español Quintiliano Saldaña presentó como moción la incriminación de las personas jurídicas, posición doctrinaria que fue rebatida en el Congreso de Derecho Penal de Atenas de 1957 por otro español, Jiménez de Asúa Congreso que acordó: “La personas morales no pueden ser hechas responsables por una infracción, solamente en los casos previstos por los sistemas jurídicos vigentes”. Aún más en el Estatuto de Londres de 1945 que permitía la incriminación, “la Jurisprudencia de Nuremberg prefirió abstenerse rigurosamente de la responsabilidad singular de las personas físicas o de las bandas criminales, rechazando la responsabilidad colectiva del Reich, solicitada, entre otros, por los soviéticos”. “Ahora bien, tales sanciones (las impuestas a las personas jurídicas) no deben jamás la “consideración de penas”, como las infracciones que las motivan no deben valorarse estrictamente como “delitos” y aunque el distingo parezca Baladí, no lo es en modo alguno. Pues por encima de lo determinológico subyacen altos valores doctrinales que es menester salvar a toda costa y a lo que no es lícito “sacrificar el nombre de una pretendida o real utilidad” en general la tendencia del Derecho penal actual es contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sugiriéndose que, las sanciones a estas deben ser consideradas como medida de seguridad, como “se acuerdan igualmente para el enfermo mental o el menor objetivamente delinquentes”.

en el Registro oficial # 508 del 6 de diciembre de 1039, el Congreso Nacional de la República decretó los dos siguientes artículos:

Art. 1.- Autorízase a la Junta de Beneficencia Municipal de Guayaquil, para que pueda ejercer los cargos de Albacea y depositaria, recibir y aceptar, respectivamente, las asignaciones y encargos testamentarios, de cualquier naturaleza, admitido y reconocido por las leyes.

En el ejercicio de estos derechos, en el cumplimiento de dichas obligaciones y para la ejecución de todos los actos judiciales y extra judiciales que tales cargos demandaren, resolverá de conformidad con la ley, y será representada la Junta por su Director o por quien lo subrogare, conforme a sus estatutos.

Art. 2.- Dicha autorización extiéndese a todas las sociedades de Beneficencia pública o privada del país, que tuvieren el carácter de “personas jurídicas.”

¿Significa esto que, de acuerdo a la Legislación ecuatoriana, pueden ser albaceas “todas las Sociedades de Beneficencia Pública o Privada del país, que tuvieren el carácter de personas jurídicas?”: No, por cuanto el Código Civil no ha variado en su acatamiento a la Teoría de la Ficción, y aún más, en el artículo 1295 – antiguo 1303 – se mantiene la prohibición del menor para desempeñar el Albaceazgo. Se requiere, por lo tanto, la reforma en el sentido positivo o negativo.

SUMARIO No. 8

ACEPTACIÓN DEL CARGO DE ALBACEA

Deber moral que impone el testador a la persona designada de aceptar el cargo.- Voluntariedad del mismo.- Función e importancia de la aceptación.- La aceptación expresa y la aceptación tácita.- Tiempo que dispone la persona designada para aceptar el cargo.- Prórroga de plazo.- Rechazo del cargo.- Diversas situaciones que se pueden presentar.- La indignidad para quien rechaza el cargo sin justa causa.- Situación que se presenta cuando habiendo varios Albaceas nombrados conjuntamente, uno de ellos no acepta el cargo: Teorías de Delvincourt y Laurant.

DESARROLLO

LA ACEPTACIÓN DEL CARGO DE ALBACEA:

No obstante que el testador “impone a la persona designada como ejecutor testamentario un cierto deber moral de cumplir con sus últimas voluntades”¹¹⁴, el Legislador ecuatoriano dispuso en el Art. 1298 del Código Civil que el Albaceazgo es voluntario, quizás por considerar que no “existía razón alguna para hacer a esta institución de aceptación obligatoria, como sucede con los guardas, porque si el Albacea no acepta, lo reemplazan los herederos; y si no existen o no aceptan, la herencia se pone bajo custodia de un Curador”¹¹⁵.

Al no ser el cargo de Albacea indispensable ni de interés público, las personas nombradas están en capacidad de aceptarlo o no. Cualquiera de estas dos aptitudes es de gran importancia para la institución que estudiamos, pues de acuerdo a ellas, perfeccionará el Albaceazgo si acepta, o terminará la expectativa que de ser ejecutor testamentario tenía, si se niega¹¹⁶. Por lo tanto, es necesario, para una mejor comprensión, estudiar separadamente cada uno de estos momentos:

LA ACEPTACIÓN DEL CARGO:

La aceptación del cargo de Albacea puede adoptar, de acuerdo a nuestro Derecho, dos formas: la expresa y la tácita, la primera se cumple si el designado hace cono-

¹¹⁴ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 354.

¹¹⁵ Fernando Vélez: Ob. Cit.- Tomo V.- Pág. 135.

¹¹⁶ L. Claro Solar: Ob. Cit. Tomo XVI. Págs. 356 y 364.- Manresa: Ob. Cit. Tomo VI. Pág. 777 T. Kipp: Ob. Cit. Volumen 2 Pág. 222.

cer de palabra o por escrito su voluntad de aceptar el cargo. La segunda si el nombrado Ejecutor Testamentario comienza en el desempeño del Albaceazgo. Con referencia al tiempo en el cual el designado debe manifestar su aceptación o rechazo, nuestro Código, al contrario de otras legislaciones¹¹⁷, no lo determina y sólo prescribe que el Juez, a instancia de cualquiera de los interesados en la sucesión, señalará un plazo razonable dentro del cual comparezca para aceptar o excusarse de servir el cargo tal como lo prescribe el artículo 1297.

Por el mismo artículo vemos que las personas facultadas para solicitarle al Juez que fije el “plazo razonable”¹¹⁸ son “los interesados en la sucesión”.

La ley expresamente no enumera quiénes son estos interesados, pero del contexto del articulado, y especialmente del espíritu del artículo 1297, se desprende que debe entenderse como interesados a los “acreedores hereditarios y los legatarios que tienen interés en saber cuál es la persona que va a ser Albacea, a fin de tener los primeros, persona a quien demandar el pago de las deudas del difunto a su favor; y los segundos, la persona a quien, no habiéndose aún aceptado la herencia por el heredero, puedan demandar la entrega de las especies o cuerpos ciertos que se les hayan legado o el pago de los legados”¹¹⁹.

Igualmente debe considerarse, para efecto de este artículo, a los herederos como “Interesados” en saber si la persona nombrada acepta o no el cargo, pues de esta manera se pueden preparar para determinar cuales son las obligaciones que ellos tendrán, al faltar el Albacea.

Finalmente, los albaceas conjuntos o las personas designadas como albaceas sustitutos son también “Interesados” por razones fáciles de comprender.

Con relación al plazo razonable que el Juez concede a la persona designada, tampoco nuestra legislación determina si el juez procede de mutuo propio para fijarlo, o, por el contrario, oye al designado dándole traslado de la petición que a él han presentado los interesados. Claro Solar sostiene este criterio, opinión que a nuestro entender es muy lógica y razonable¹²⁰.

El mismo artículo concede al Juez la facultad para ampliar el plazo dentro del cual la persona designada acepte o rechaza el nombramiento, pero sólo lo concederá cuando crea justa la tardanza. Creemos que es necesaria la petición del presunto

¹¹⁷ Códigos español y suizo.

¹¹⁸ Entendemos como plazo razonable, aquel que permite al presunto Albacea arreglar sus propios asuntos y medir las consecuencias de su aceptación.

¹¹⁹ Luis Claro Solar: Ob. Cit. Tomo XVI.- Pág. 360.

¹²⁰ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 361.

Albacea para que el Juez amplíe el plazo, pues el único interesado en que ello suceda es él. Esta petición debe hacerse dentro del término, es decir, cuando el plazo dado anteriormente todavía no ha expirado. Así lo sostiene la Doctrina y en más de una ocasión lo resolvió la Corte Suprema de Chile.

En el supuesto que la persona designada no manifieste si acepta o no el cargo después del plazo señalado, caducará el nombramiento (Art. 1297) al presumirse que rehúsa el cargo y haciéndose acreedor a la sanción que establece el artículo 1301 con referencia al # 1013, es decir, a la indignidad. Es lógica la imposición de tal sanción; pues denota no interesarse en cumplir la voluntad del testador y dejar que la sucesión se entrase por su desidia. Igualmente será indigno si, prorrogado el plazo, no demuestra que el ejercicio del Albaceazgo le trae inconvenientes graves, excusándose de servirlo.

Aceptado expresa o tácitamente el Albaceazgo adquiere el ejecutor testamentario la obligación de dar cumplimiento fiel a la voluntad del testador, obligación que solo cesa cuando se presentan algunos de los casos que eximen al mandatario de cumplir el mandato (Art. 1299). Como vemos en este supuesto, el Legislador equipara las dos instituciones (mandato y Albaceazgo), pero, es indudable no puede aplicarse al Albaceazgo debido a ser imposible que el testador -que está muerto- tenga aptitud de “ejecutar por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona” según dispone el artículo 2028. Esta incoherencia puede salvarse recurriendo al espíritu del artículo 2071 que en el inciso segundo dispone: “se hará responsable de los perjuicios que la renuncia cause al mandante; a menos que se halle en la imposibilidad de administrar, por enfermedad u otra causa, o por grave perjuicio de sus intereses propios”. Aplicando el espíritu del artículo 2071 diremos que la persona que aceptó el cargo de Albacea puede renunciar, a pesar de haberlo aceptado, y no responder por los perjuicios que ocasione su renuncia, ni ser considerado indigno, cuando el ejercicio del cargo le cause graves perjuicios a sus intereses o esté imposibilitado de ejercerlo por enfermedad u otra causa. Esta dimisión del cargo, el artículo 1299 denomina “con causa legítima” le priva “solo de una parte proporcional de la asignación que se le haya hecho en recompensa del servicio”.

EL RECHAZO DEL CARGO:

Como decíamos al comenzar este sumario, se puede dar el caso que la persona designada rechace el cargo a ella confiado, acogándose a lo dispuesto por el artículo 1298. Si el rechazo no tiene justa causa, es decir, inconveniente grave comprobado, solo perderá lo que en el Testamento se le asignó como pago del trabajo encomendado. Si el rechazo no tiene justa causa, se convertirá en indigno, perdiendo toda asignación hecha a su favor, con excepción de la legítima que correspondería si fuera legítimo (Arts. 1298 y 1013).

La indignidad con que se castiga a la persona que no acepta el cargo de ejecutor testamentario, se remota a lo sostenido por el Jurista romano Paulus, para quien todos los que obran contra la voluntad del difunto se les excluye de la herencia como indignos. Esa idea fue recogida por el Fuero Real en la Ley 12, Título V del Libro Tercero, que disponía la indignidad para los que rechazaban cumplir alguna voluntad del muerto. Las Siete Partidas, en la Partida V, Ley VI, Título X se estableció igualmente la indignidad. Estas ideas influyeron en el pensamiento de don Andrés Bello, de tal manera que en el primer Proyecto del Código Civil las acogió casi al pie de la letra, más, al percatarse de la oposición despertada “dándose cuenta de la injusticia de englobar a todos los que se niegan a cumplir la voluntad del testador, tengan o no causa justa para ello, modificó la disposición en los proyectos posteriores, estableciendo que sólo sería indigno quien se negara a cumplir la voluntad del difunto sin tener causa justa para ello”.

El rechazo en nuestro Derecho puede adoptar dos formas: la expresa y la tácita. Será expresa cuando la persona designada da a conocer de palabra o por escrito que no aceptará el cargo. Tácita cuando de su aptitud se desprende que no lo aceptará. En el primer caso el potencial Albacea se vuelve indigno de suceder al testador si no tiene causa justa su negativa. En el segundo, la situación varía y creemos que, teniendo o no justa causa para su rechazo, será indigno de suceder al testador, al evidenciar clara y paternamente su desprecio a la memoria del testador, o indiferencia, por decir lo menos, al cumplimiento de los deseos manifestados por el causante expresados en el Testamento.

El Código Civil ecuatoriano, al igual que los de Chile y Francia no tiene un artículo que establezca clara e indistintamente lo que ocurre cuando existiendo varios ejecutores testamentarios nombrados conjuntamente, uno de ellos no acepta el cargo. Delvincourt¹²¹ (122) sostiene que basta la no-aceptación de una de estas personas para que caduque el nombramiento hecho a todos, pues, el nombrarlas conjuntamente y sin separar sus funciones, el testador depositó su confianza en la totalidad de ellos y no en cada uno separadamente, ya que el nombramiento fue hecho a los unos en consideración de los otros.

Laurant, consideró falsa esta posición rebatiéndola en el sentido de que Delvincourt parte de una base falsa pues en ningún momento el Código Civil Napoleón da asidero a tal afirmación.

Opinamos que en nuestro Derecho no tiene cabida lo sustentado por Delvincourt, pues en los artículos 1302, 1303 y 1304 del CCE. no se establece que al no aceptar uno de los nombrados caducará el nombramiento de los otros. Al contrario, se puede deducir que la voluntad del Legislador fue la de asegurar que la voluntad del

¹²¹ Delvincourt: Ob. Cit.- Tomo II, Pág. 375, nota 7.

testador se cumpliera, permitiendo que algunos de los nombrados acepten y desempeñen el cargo, pese a que otros lo rechacen. Caso contrario, es si el testador, al designarlos, establece expresamente la condición que todos los nombrados conjuntamente acepten el cargo y que, en caso de no hacerlo alguno, caduquen los nombramientos.

SUMARIO No. 9

DEBERES Y DERECHOS DE LOS ALBACEAS

Incapacidad del testador para ampliar los derechos o exonerar las obligaciones del Albacea.- Necesidad de dividir el estudio de esta materia.- Las medidas de conservación y las medidas de ejecución.- Análisis de las medidas de conservación.- Jurisprudencia ecuatoriana.- Necesidad de dividir el estudio de las medidas de ejecución entre las que corresponden al albacea con tenencia de bienes y las que corresponden al albacea sin tenencia.- El Albacea con tenencia de bienes y las mencionadas medidas; Análisis de las mismas.- Jurisprudencia ecuatoriana.- El Albacea sin tenencia de bienes y las medidas de ejecución: Análisis de las mismas.- Jurisprudencia ecuatoriana.

DESARROLLO

DEBERES Y DERECHOS DE LOS ALBACEAS:

En la legislación ecuatoriana, al contrario de otras, el testador está incapacitado para ampliar las atribuciones del Albacea o exonerarle de sus obligaciones, por disponerlo así el Art. # 1319 del Código Civil¹²². Esta prohibición para ampliar las facultades y exonerar de las obligaciones no quiere decir que el testador no puede restarle atribuciones y aumentarle obligaciones¹²³

Las facultades y obligaciones del ejecutor testamentario no son siempre las mismas, cambian de acuerdo a la tenencia o no de los bienes. Si el Albacea no recibió la tenencia de ellos tendrá los derechos y obligaciones que el Código establece para todos los Albaceas. Si recibió la tenencia, además de esas facultades “gozará de los poderes administrativos propios del Curador de la herencia yacente, sobre todo los bienes mortuorios, o sobre la parte de esos bienes a que el testador le haya reducido la tenencia”¹²⁴. Ese es el espíritu del artículo 1317 del CCE. Para una mejor comprensión de este sumario consideremos necesario dividir el estudio del mismo y agrupar los diferentes derechos y obligaciones del Albacea en la siguiente forma:

Facultades y obligaciones que dicen relación con la seguridad de los bienes y que comúnmente son llamadas “medidas de conservación”. En este grupo de deberes y

¹²² El Código Civil Napoleón no tiene un artículo que claramente limite las facultades del testador en este sentido, habiendo por ello dos teorías contrapuestas al respecto: la positiva y la negativa.

¹²³ L. Claro Solar: Ob. Cit.- T. XVI.- Pág. 378.- Somarriva: Ob. Cit. Pág. 520.

¹²⁴ Carrizosa Pardo: Ob. Cit.- Pág. 460.- Somarriva: Ob. Cit.- Págs. 525-526.

derechos no existen diferencias entre las que corresponden al Albacea con tenencia de bienes y las del Albacea sin tenencia.

Facultades y obligaciones que dicen relación con la ejecución misma del encargo; en este caso sí existen notables diferencias entre las que corresponden al Albacea sin tenencia de bienes y las que corresponde al mismo con tenencia de bienes, pues la de éste último son notoriamente más amplias.

Examinemos cada una de ellas:

Medidas de conservación:

La primera obligación que el Código Civil Ecuatoriano impone al ejecutor testamentario es la de velar por la seguridad de los bienes, cuidando como un buen padre de familia que los mismos no se pierdan, deterioren o sean sustraídos (Art. 1305). La obligación antes mencionada es consecuencia del carácter mismo de la institución en la que la confianza tiene una importancia excepcional, pues fue debido a ella que el testador hizo el nombramiento, confianza que se presume debe de ser correspondida por la persona nombrada, cuidando que los bienes de la sucesión no se deterioren ni pierdan.

El mismo artículo 1305 del CCE. establece que toca al Albacea “hacer que se guarden bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne”. Esta medida que es de seguridad, consiste en solicitar a un funcionario público la colocación de bandas o cintas de papel en la abertura de un mueble, de una “pieza, de un departamento, fijadas con lacre, cera u otra sustancia en que se imprima el sello del funcionario actuante o un sello oficial, para que no puedan abrirse sin romper dichas cintas o bandas”¹²⁵.

Puede también el Albacea solicitar la custodia de las llaves o el lugar donde se han colocado las especies que se hayan sometidas a la imposición de sellos o que se depositen las llaves en el Juzgado. Si los bienes consisten en dinero o joyas, la imposición de sellos y la subsiguiente guarda, se la puedan reemplazar por el depósito de los valores en un Banco.

Las medidas antes expresadas las pueden solicitar cualquiera persona interesada en la sucesión hasta que se haga el inventario solemne. El Albacea las solicita para salvar su responsabilidad, ya que de lo contrario se hace responsable de perjuicios que sufra la sucesión por la pérdida o deterioro de los bienes hereditarios. La Corte Suprema de Justicia en sentencia publicada en la Gaceta Judicial # 143, Tercera Serie, página 2379, falló en el sentido de que corresponde al Albacea “hacer que

¹²⁵ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI.- Pág. 19.

se proceda a la fijación de sellos, a menos que los herederos se hayan opuesto oportunamente a esta diligencia, exonerando al Albacea de dicha obligación, sentencia que está acorde a lo dispuesto en el Art. 1305 CCE.

La Corte Suprema, igualmente, en sentencia de 9 – XI – 76, G.J.S. # 13, Pág. 2831, falló.

“SEGUNDO.- En cuanto al segundo caso impugnado; o sea a la orden que contiene el fallo de segunda instancia, de que se entreguen los bienes inventariados y valuados, al Albacea con tenencia de bienes, E.J. se observa:

a) “Que éste en verdad fue instituido por la testadora JM. como Albacea con tenencia de bienes”;

b) “Que el mencionado cargo impone las mismas obligaciones y otorga las mismas facultades que la Ley concede a los curadores de bienes, que entre otras son las de mera custodia y conservación de los correspondientes bienes, en los términos constantes en el artículo(actual 508) del Código Civil”.

“Si esto es así, el Albacea con tenencia de bienes para cumplir con sus obligaciones, debe tener en su tenencia los bienes de la sucesión”;

c) “El artículo 653 (actual 625) del Código de Procedimiento Civil..., dispone que si no hubiera comparecido el Albacea con tenencia de bienes al levantamiento de sellos o al inventario, en su caso, se entregarán los bienes al Depositario”.

“Esta disposición implica”:

1) “La existencia de los requisitos contenidos en el artículo 644, entre otros la citación al ejecutor testamentario de la orden del juez con señalamiento de día y hora”;
y

2) “Que el Depositario sea nombrado por el juez, puesto que uno de los herederos así como es el Albacea, en todo momento se mostró inconforme con la resolución de la entrega de los bienes a un depositario”.

En este caso ninguno de estos requisitos constan cumplidos en el proceso. Por otro lado existiendo Albacea con tenencia de bienes, el nombramiento de depositario con arreglo al artículo 653 (actual 625) tendría que ser únicamente hasta que el Albacea con tenencia de bienes solicite la entrega de los sucesorios; en virtud de que la ausencia momentánea del indicado funcionario a la conclusión del inventario, no lleva ni puede llevar como consecuencia la pérdida del referido cargo; con-

trariando en esa forma la voluntad de la testadora, que es la Ley de la Sucesión, cuando no viola imperativas disposiciones del ordenamiento jurídico”.

Igualmente el Albacea está obligado a pedir que se proceda a la formación de inventario de los bienes hereditarios con citación de los herederos y demás interesados en la sucesión (Art. 1305). El inventario tiene como objetivo principal “impedir que en los momentos del fallecimiento de una persona se distraigan los bienes con perjuicio de los interesados¹²⁶ y el documento “en el que se enumeran todos los bienes y deudas dejados por el causante, haciéndose una descripción total y completa del patrimonio para poderse establecer cuál es la efectividad de la herencia en que los herederos y legatarios suceden al propietario difunto¹²⁷. Cesa la obligación del Albacea cuando siendo todos los herederos capaces de administrar todos sus bienes, determinan unánimemente que no se haga inventario solemne (Art. 1305). La Corte Suprema de Justicia falló (Gaceta Judicial citada) que los herederos pueden oponerse oportunamente a esta diligencia, exonerando al Albacea de tal obligación.

En la doctrina francesa se discute si el Albacea puede o no ser liberado por el testador de la obligación de pedir la formación de inventario de los bienes hereditarios. Delvincourt sostenía que si el testador podía disponer libremente de sus bienes, es lógico suponer que tendría también la capacidad de dispensar a el albacea la obligación de solicitar la formación de inventario¹²⁸. Laurant, citando a Poithier y exponiendo sus propios argumentos se pronunció por la negativa, pues consideró que de ser posible exonerar al Albacea de esta obligación, también se lo estaría exonerando de la obligación de rendir cuentas¹²⁹.

En nuestra legislación no hay lugar para tal controversia por disponer en el artículo 1319 CCE. Que “el testador no podrá ampliar las facultades del Albacea, ni exonerarle de sus obligaciones” y, siendo deber del ejecutor testamentario pedir que se practique el inventario, no puede el testador dispensarlo de esa obligación.

¹²⁶ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI. Pág. 19.

¹²⁷ Delvincourt: Ob. Cit.- Tomo II, Pág. 101, nota tercera.

¹²⁸ Laurant: Ob. Cit.- Tomo 14, nota 538. Este autor sostiene que una cláusula que permita impunemente a un administrador ser negligente o infiel, es contraria a las buenas costumbres, y como tal debe considerársela no escrita. Cree que el inventario es una garantía contra la distracción del mobiliario y prohibirlo sería darle puerta abierta a que el administrador distraiga los bienes que administra. Citando a Poithier dice que “sería contrario a la honestidad y buen parecer que el ejecutor se provalciese del permiso que el testador le diera de no hacer inventario, no teniendo interés alguno en no hacerlo, y teniendo, al contrario, interés en hacerlo para purgar las sospechas sobre su conducta a que podría dar lugar no haciéndolo”.

¹²⁹ Manuel Somarriva y Undurraga: “Indivisión y partición”.- 1950. Santiago de Chile.- Tomo II, nota # 458.

MEDIDAS DE EJECUCIÓN:

Como manifestamos al comienzo de este Sumario, los deberes y derechos de los Albaceas cambian de acuerdo a si poseen o no la tenencia de bienes. El Albacea sin tenencia sólo poseerá los deberes y derechos propios de los albaceas. Los que recibieron la tenencia, además de estos deberes y derechos propios, tendrán los concernientes al Curador de la herencia yacente, pero no estarán obligados a rendir caución a menos que los herederos, legatarios y fideicomisarios, temiendo por la seguridad de los bienes, soliciten al Juez que le exija las seguridades correspondientes. Esta petición solo la pueden hacer las personas que tengan derecho actual o eventual sobre los bienes que están en poder del ejecutor testamentario (Art. 1317 y 1318 CCE.).

El Albacea con tenencia de la totalidad de los bienes excluye al Curador de la herencia yacente, no sucediendo lo mismo con el albacea con tenencia de parte de los bienes. Sostenemos esta afirmación porque en el artículo 1263 CCE. se hace referencia a el “ Albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes” como sinónimo de la totalidad de ellos. Estos deberes y derechos del albacea con la tenencia de la totalidad de los bienes estarán siempre subordinados a las reglas específicas que da el título VIII porque en el artículo 1327 de dicho Título, se establece en su inciso final que sin embargo de la tendencia hará lugar a las disposiciones de los artículos precedentes. Por existir diferencias tan notables entre las medidas de ejecución que corresponden a los albaceas con tenencia y a los sin tenencia es necesario, para su mejor comprensión, dividir el estudio y examinarlos por separado.

MEDIDAS DE EJECUCIÓN DEL ALBACEA CON TENENCIA DE BIENES:

Noticia de la apertura de la sucesión:

La primera de las obligaciones del Albacea es la de dar noticia de la apertura de la sucesión (Art. 1306 CE.). Esta noticia se la deberá hacer por medio de avisos publicados en el periódico del cantón, si lo hubiere, o no habiéndolo, en carteles que se fijarán en tres de los parajes más públicos de la ciudad cabecera; y cuidará de que se cite a los acreedores por edictos que se publicarán de la misma manera, tal como lo previene el artículo ya mencionado. En caso de no cumplir con esta obligación, el Albacea se hará responsable de los perjuicios que ocasione su negligencia en los términos que establece el artículo 1308 CCE.

Hijuela de deudas:

Todo Albacea, con o sin tenencia de bienes, por el solo hecho de serlo está obligado a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficientes para pagar las deudas conocidas. Generalmente la expresión “hijuela” significa la cuota o parte de la herencia que corresponde al heredero. En este caso consistirá en la separación de una masa de bienes en cantidad suficiente para satisfacer las deudas hereditarias que se conocen¹³⁰. La Ley ecuatoriana estableció esta obligación para el Albacea, pues tiene interés en que los acreedores no queden burlados.

La hijuela de deudas es de suma utilidad, ya que debido a ella no es necesario esperar que las deudas sean pagadas para proceder inmediatamente a la partición¹³¹.

Cobro de deudas:

El Albacea con tenencia de bienes puede cobrar judicial o extrajudicialmente los créditos de la sucesión por estar capacitado para ello, pero contando con la intervención de los herederos presentes o del Acurador de la herencia yacente (Art. 1329 y 1331 CCE.). En el caso de no existir herederos, y tener sólo la tenencia de una parte e los bienes, el albacea deberá de contar con la intervención del curador de la herencia yacente. Si recibe tenencia de la totalidad de los bienes y no existen herederos, consideramos que puede proceder al cobro extrajudicial o judicial de los créditos de la herencia por sí mismo, pues su nombramiento con tenencia de la totalidad de los bienes excluye al nombramiento de Curador de la herencia yacente.

La Corte Suprema de Justicia en fallo publicado en la Gaceta Judicial # 9, Serie Primera, dictaminó que el Albacea con o sin tenencia de bienes necesita para intervenir en juicio de la participación de los herederos o del Curador de la herencia yacente. Consideremos que este fallo está ajustado a nuestro Derecho, pero tiene el defecto de generalizar algo que pueda llevar al error: sostener que siempre el Albacea con tenencia de bienes necesita de la intervención de los herederos o del curador de la herencia yacente, lo cual es falso, pues se puede dar el caso de que no existan herederos o que existiendo, no hayan aceptado la herencia y que el Albacea haya recibido la tenencia de la totalidad de los bienes.

En ese supuesto, el ejecutor testamentario no necesita de la intervención de los herederos – que no existen -, ni del Curador de la herencia yacente, pues el nom-

¹³⁰ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI, Pág. 403.

¹³¹ Pereda: Ob. Cit. # 181.- Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI. Pág. 394

bramiento del ejecutor testamentario con tenencia de la totalidad de los bienes, lo excluye¹³²

PAGO DE DEUDAS HEREDITARIAS:

El Albacea en nuestro Derecho Civil no tiene la facultad de pagar las deudas hereditarias, pues ésta es una obligación que le corresponde a los herederos. Pero, si el testador facultó expresamente a el Albacea para que las pague, lo podrá hacer, con la intervención de los herederos presentes o del Curador de la herencia yacente (Art. 1309 CEE.).

La situación cambia si el Albacea recibió la tenencia de la totalidad de los bienes y no existen herederos, como tampoco el Curador de la herencia yacente que, como ya dijimos, es excluido cuando existe Albacea con la tenencia de la totalidad de los bienes. En este supuesto, el Albacea puede pagar las deudas sin necesidad de estar autorizado expresamente para hacerlo porque el artículo 508 CCE. establece dicha facultad para el Curador de la herencia yacente. Existiendo herederos, el Albacea expresamente facultado procederá con intervención de estos, porque ellos serán los que soporten “las consecuencias del pago, y la necesidad de que intervengan entraña la de hacerlos sabedores de las deudas que van a cancelarse, y la de oírlos, a propósito del pago, y de apreciar sus oposiciones u observaciones.

Pero las oposiciones que produzcan no aniquilan la facultad del Albacea de cancelar, porque su mandato entraña poder de juzgamiento sobre la deuda misma, sobre las condiciones y circunstancias del pago, obrando bajo su responsabilidad”¹³³.

Existiendo herederos o Curador de la herencia yacente, el Albacea encargado de pagar las deudas hereditarias que se percatare que no hay dinero suficiente para cancelarlas, está facultado por el artículo 1314 CCE. para proceder con anuencia de los herederos presentes a la venta de los muebles y subsidiariamente de los inmuebles. En el supuesto de tener que procederse a la venta de los inmuebles o muebles preciosos, la venta deberá hacerse en pública subasta (Art. 1315 CCE.). Los herederos podrán oponerse a la venta entregando al Albacea el dinero que necesite para efectuar el pago (Art. 1314 CCE.).

El Albacea con la tenencia de la totalidad de los bienes de la sucesión cuando no existen herederos o existiendo no hayan aceptado, puede a nuestro criterio, proceder a la venta de los muebles que no sean corruptibles para pagar, pues el artículo 509 CCE. lo faculta para ello.

¹³² Hernando Carrizosa Pardo: Ob. Cit.- Pág. 466.

¹³³ Pereda: Ob. Cit.- Pág. 80.

Creemos también que en el mismo caso, si no alcanzare la venta de los muebles para pagar las deudas, podrá, previa autorización judicial, proceder a la venta de los inmuebles, sin precisar la intervención de los herederos que no existen o del Curador de la herencia yacente que tampoco puede existir. Nuestra opinión se fundamenta en el concepto de que la Ley desea siempre que se cancelen los créditos.

Si no fuera así, el Albacea no pagaría apoyándose en el artículo 1314 y causaría perjuicio notorio a los acreedores, lo que no es permitido por la Ley.

PAGO DE LEGADOS:

Nadie discute que una de las fuerzas generadoras de la institución del Albaceazgo – quizás la más importante -, fue la seguridad que deseaba tener el testador de que se cumplieran sus legados piadosos, única manera que para las almas de los sencillos europeos de la Edad Media, era posible conseguir la salvación eterna o, por lo menos, la rebaja de la pena que por sus pecados se les impusiera en el Más Allá. Como desconfiar de que sus herederos cumplieran con lo ordenado por él - generalmente misas y dádivas a los pobres -, depositaba su confianza en un amigo o familiar para que éste cumpliera con su voluntad. Nace pues, el ejecutor testamentario en la Historia, con una facultad bien definida: pagar los legados, función que es propia de él. El Código Civil ecuatoriano aceptó este principio de tal manera que en el artículo 1311 se establece que “pagará los legados que no se hayan impuesto a determinados herederos o legatario...”, lo que nos indica que pagar los legados es una función propia de los albaceas, la misma que no se cumple sino en el caso específico que el testador haya encargado expresamente a un determinado heredero o legatario que los pague.

Con respecto a la situación que se presenta cuando el Albacea con tenencia de bienes efectúa el pago, se discute en Doctrina si debe hacerlo con la intervención de los herederos presentes o del Curador de la herencia yacente, tal como sucede cuando debe pagar las deudas hereditarias.

El Jurista uruguayo Pereda al comentar la situación igual que se presenta en el Derecho Civil de su país, sostiene que es necesaria la intervención de los herederos antes de proceder al pago de los legados, porque éstos pueden tener interés en impugnarlos. Si el Albacea no procede así, corre el riesgo de tener que indemnizar por los perjuicios que ocasionare¹³⁴.

Fernando Vélez, manifiesta opinión igual y sostiene que en el pago de los legados “deben intervenir los herederos o el Curador de la herencia yacente como en el de

¹³⁴ Pereda: Ob. Cit.- Pág. 80.

las deudas hereditarias; puesto que ese pago les interesa y esto es el fundamento principal de su intervención en el pago de las deudas”¹³⁵. Luis Claro Solar, considera que el Albacea puede pagar los legados sin necesidad de la concurrencia de los herederos o del curador de la herencia yacente, por ser una atribución y facultad que corresponde al Albacea por su carácter de tal. Sostiene que no es necesaria esta intervención porque la Ley sólo la exige en el pago de las deudas hereditarias pero no para el pago de los legados. Cree que existen notables diferencias entre el pago de las deudas hereditarias y el pago de los legados, porque en el primer caso, para pagarlas, el Albacea necesita de encargo especial, mientras que en el segundo no. Indudablemente la opinión de Claro Solar es la más acorde con la realidad, pues no se puede aplicar una disposición para un caso cuando la Ley la ha establecido específicamente para otro.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia publicada en la Gaceta Judicial # 143 de la Tercera Serie, Pág. 2.369, falló que corresponde al Albacea, por la naturaleza de su cargo, y en el caso previsto en el artículo 1289 (hoy 1311) del Código Civil, pagar los legados sin necesidad de anuencia de los herederos.

En el caso específico del Albacea con la tenencia de la totalidad de los bienes, creemos que con mayor razón no tiene la obligación de entenderse previamente con los herederos y podrá pagar los legados no impuestos a ningún heredero o legatario, entregando el dinero o la especie legal. Si hay varias especies o cuerpos ciertos de igual calidad, pagará una de mediano valor y calidad.

El Albacea con tenencia parcial de bienes, entre los cuales se encuentra las cosas legadas, procederá de igual manera.

Si el legado consistiere en dinero o en una cosa que es necesario comprar, y no hubiere dinero suficiente, haciéndose necesaria por lo mismo la venta de bienes para pagarlos, el Albacea puede, con anuencia de los herederos presentes, proceder a la venta de los muebles y subsidiariamente de los inmuebles (Art. 1314). Por este artículo se les concede a los herederos presentes la facultad de oponerse a la venta, entregando a el Albacea el dinero que necesite para el efecto.

La Ley les da esta atribución a los herederos porque ellos son los dueños de esos bienes y, por lo tanto, si no desean venderlos y entregan para evitar dicha venta el dinero necesario, es racional que ella no se efectúe, esta facultad es, como ya dijimos, sólo para los herederos presentes. La Corte Suprema de Justicia sentenció, en fallo publicado en la Gaceta Judicial # 154 de la Primera Serie, página 1228 que, “para los efectos de esta disposición (Antes Art. 1346 y hoy 1314 CCE.), la presencia de la persona debe entenderse en relación con el territorio jurisprudencial en que ellas son necesarias para la práctica de alguna diligencia”.

¹³⁵ Vélez: Ob. Cit.- Tomo V.- Pág. 153.

El mismo fallo estableció que se puede impugnar la venta de que hablamos si se prueba la no intervención de un heredero presente, o su oposición, previa entrega del dinero necesario.

La disposición del artículo 1314 de que se proceda primero a la venta de los muebles y sólo subsidiariamente a los muebles preciosos e inmuebles, nos parece bastante fuera de la realidad en la actualidad, porque el valor de las cosas y la economía en general es distinta a lo que fue tiempo atrás. Antiguamente existía una economía basada primordialmente en la agricultura y los inmuebles tenían un valor mucho más importante que los muebles. En la actualidad el valor de los inmuebles en una sucesión puede ser infinitamente inferior al valor que tengan los muebles, motivo por el cual creemos que la Ley debe cambiar para adaptarse a la economía moderna.

La venta de los muebles preciosos deberá hacerse en pública subasta (Art. 419 y 1314), la misma que está destinada a obtener el justo precio de dichos bienes, evitando su venta en precios irrisorios que perjudiquen a la sucesión.

Con ese mismo deseo, se prohíbe que los Albaceas o sus parientes adquieran los bienes de la sucesión, ya sea en pública subasta o no. Esta prohibición no actúa cuando el Albacea es al mismo tiempo heredero, pues en ese caso puede obtener la adjudicación de la cosa. La Corte Suprema de Justicia dictaminó, en fallo publicado en la Gaceta Judicial # 106, Serie Primera, Pág. 847, que “la venta de los bienes hereditarios hecha a la esposa de un Albacea, que es a la vez heredera, no es nula cuando se la hace en calidad de heredera”.

COMPARECENCIA DEL ALBACEA EN JUICIO:

Por regla general el Albacea no tiene la representación de la sucesión por pertenecer ésta a los herederos que son los representantes del testador. Solo excepcionalmente el Albacea puede intervenir:

- 1.- Para defender la validez del testamento; y,
- 2.- Cuando le fuere necesario para llevar a ejecución las disposiciones testamentarias que le incumban. En ambos casos lo hará con la intervención de los herederos presentes o del Curador de la herencia yacente, tal como lo ordena el artículo 1316 del Código Civil.

Estudiemos cada uno de estos casos.

1.- Defensa de la validez del testamento.- Esta es una función de vigilancia propia del ejecutor Testamentario. La doctrina sostiene que la intervención en juicio

del Albacea para sostener la mencionada validez, no es una obligación que se le impone, sino más bien una facultad que se otorga¹³⁶.

El Albacea defiende la validez del testamento porque al hacerlo, está tratando de cumplir con su misión específica: Que se hagan realidad las últimas voluntades del testador.

La acción que propongan los herederos para conseguir invalidar el testamento, no debe ser dirigida contra el Albacea, por no tener éste la representación de la sucesión¹³⁷.

2.- Intervención del Albacea para hacer ejecutar las disposiciones del Testador.- Siendo el albacea la persona encargada para ejecutar las últimas disposiciones del testador, es natural que la Ley ecuatoriana le conceda suficiente facultad para intervenir en el juicio que tenga esa finalidad. Colín y Capitant sostiene que el derecho del albacea para intervenir en esta clase de juicios es debido a que su misión es cumplir las últimas voluntades o hacerlas cumplir de parte de los herederos, de los legatarios o de cualquier persona que tiene obligaciones impuestas por el testador¹³⁸.

De acuerdo con el Código Civil, el Albacea intervendrá en juicio en los siguientes casos: Para solicitar la colocación de sellos y se proceda a la facción de inventario (Art. 1305); para solicitar la apertura de la sucesión y la citación a los acreedores (Art. 1306); para pagar legados (Art. 1311); para el pago de las deudas hereditarias (Art. 1309); para exigir la hijuela de deudas (Art. 1307); para solicitar la caución que asegure el pago de las especies legadas (Art. 1313); para que se proceda a la venta de los bienes hereditarios en el caso del artículo 1314; en el caso de que solicite una ampliación del término en el que debe evacuar el encargo a el encomendado (Art. 1327); en el caso de demandar el pago de los créditos; en el caso de rendición de cuentas; y, en el caso de que solicite una ampliación del plazo en el cual debe decir si acepta o no el cargo (Art. 1297). En el supuesto que no existan herederos o habiéndolo no hayan aceptado la herencia, el Albacea con la tenencia de la totalidad de los bienes adquiere mayores facultades, más amplias atribuciones, pues no tiene que contar tampoco con el curador de la herencia yacente debido a que su nombramiento excluyó el de aquel.

En esta situación la demanda de nulidad se debe dirigir contra el Albacea, mientras que si existiera algún heredero que haya aceptado, deberá dirigirse contra és-

¹³⁶ Aubru y Rau: Ob. Cit.- T. II No. 711.

¹³⁷ Carrizosa Pardo: Ob. Cit.- Pág. 475.

¹³⁸ Colín y Capitant: Ob. Cit.- T. III No. 1.800.

te¹³⁹. También en el caso, el Albacea está facultado para demandar libremente en juicio a los deudores de la herencia; pagar las deudas hereditarias y efectuar todos los actos necesarios para “accionar en defensa de los bienes de la herencia”¹⁴⁰.

JURISPRUDENCIA ECUATORIANA:

La jurisprudencia ecuatoriana, respecto a las facultades que le corresponden a el Albacea con tenencia de bienes, no es muy extensa, al contrario, peca de escasa. De los pocos fallos que hemos encontrado trataremos los que nos parecen más significativos. En fallo publicado en la Gaceta Judicial # 9, Pág. 71 de la Primera Serie, la Corte se pronunció en el sentido de que “el Albacea con tenencia de bienes o sin ella, necesita de la intervención de los herederos o del curador de la herencia yacente para parecer en juicio. La sentencia es correcta, pero, no generalizar pues, bien puede presentarse la situación de que no hayan herederos, o habiendo no aceptaron la herencia, y, el Albacea con tenencia total de bienes, causa por la cual se excluye al curador de la herencia yacente.

En la Gaceta Judicial # 2, Serie Primera, Pág. 15, la Corte falló en el sentido de que “entre las facultades del curador de la herencia yacente no se comprende la de representar en la acción de reforma del Testamento”.

Nos parece acertada la sentencia para el caso de que existan herederos, porque ellos son los sucesores de la personalidad jurídica del testador y no el Albacea; pero, se puede dar la situación de que no existan herederos, o que existiendo, no hayan aceptado la herencia, y que el cónyuge sobreviviente, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1244, intente la acción de reforma del Testamento para que se integre su porción conyugal.

En ese caso creemos que le toca al ejecutor testamentario, con la tenencia de la totalidad de los bienes, representar a la herencia por no haber quien lo haga y por ser su misión específica como tal, la de hacer cumplir las últimas voluntades del testador.

En la Gaceta Judicial # 96, Pág. 768 de la Segunda Serie, encontramos que la Corte Suprema consideró que “discernido el cargo, el curador de la herencia yacente puede representarla, aún cuando no tenga todavía la administración de los bienes”. Volvemos a insistir en afirmar, que quienes representan a la sucesión son los herederos, “quienes son los únicos representantes del de cujus, cuya personalidad asumen activa y pasivamente” y que sólo excepcionalmente representa a la sucesión

¹³⁹ Carrizosa Pardo: Ob. Cit.- Pág. 470.

¹⁴⁰ Idem.

el curador de la herencia yacente ¹⁴¹. Esta excepción es cuando no existan herederos o existiéndolos, no hubieren aceptado la herencia y el Albacea no haya sido nombrado con la tenencia de la totalidad de los bienes.

En la Gaceta Judicial # 48, Pág. 1.619 de la Segunda Serie, encontramos el siguiente fallo: “El cesionario de uno o más herederos puede demandar la nulidad del Testamento del causante. La acción de nulidad de Testamento debe dirigirse contra la persona nombrada heredera y contra el Albacea”.

Como dijéramos antes, la acción de nulidad de Testamento debe ser dirigida contra los herederos y solo se la encaminará contra el Albacea con tenencia total de bienes, cuando no existan herederos, pero siempre se citará por la prensa a los herederos. La misma Corte Suprema, en sentencia publicada en la Gaceta Judicial # 138, Pág. 1.100, Serie Segunda, sostuvo que no obstante el juicio de nulidad del testamento, el heredero y el Albacea pueden exigir el pago de un crédito de la herencia, pues conservan la calidad de tales hasta que por sentencia ejecutoriada se declare lo contrario. El fallo, a nuestro criterio, nos parece justo y acorde con la realidad y la doctrina.

La Gaceta # 4 de la Serie Cuarta, Pág. 28, trae una sentencia que en su última parte establece que sólo el Albacea puede comparecer en juicio en los casos enumerados por el Art. 1316 del Código Civil, y siempre con la intervención de los herederos. Ciertamente es que el Albacea debe proceder con la intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente, pero, como ya manifestamos anteriormente, se dan casos en los que el Albacea con la tenencia total de los bienes, puede intervenir en juicio sin contar con los herederos o el curador de la herencia yacente.

MEDIDAS DE EJECUCIÓN DEL ALBACEA

Por los motivos ya expuestos, estudiamos separadamente las medidas de ejecución que le corresponden al Albacea sin tenencia de bienes.

1.- Noticia de la apertura de la sucesión:

La primera de las obligaciones de todo Albacea es la de dar noticia de la apertura de la sucesión, tal como lo ordena el Art. 1306 CCE. La Ley dispone esta obligación para el Albacea porque desea evitar que herederos, legatarios o más interesados en la sucesión, no se enteren de la apertura y no concurren a ella.

¹⁴¹ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI. Pág. 414.

2.- Hijuela de deudas:

Igualmente todo Albacea está obligado, por solo el hecho de serlo, a exigir que “en la participación se señale un lote o hijuela suficiente para pagar las deudas conocidas” (Art. 1307 CCE). La Ley dispuso esta obligación para evitar que los acreedores de la herencia queden burlados en sus derechos, respondiendo el Albacea si no la solicita. La hijuela de deudas proporciona la ventaja que se puede proceder inmediatamente a la partición, una vez que se la señale.

3.- Pago de las deudas hereditarias:

De la lectura de los artículos 1307, 1309 y 1310 del Código Civil ecuatoriano se deduce que el Albacea para poder pagar las deudas debe estar facultado expresamente para ello por el testador. Estándolo, exigirá a los herederos los dineros suficientes para hacerlo y las satisfecerá con intervención de los herederos presentes, o del curador de la herencia yacente, en su caso.

4.- Pago de legados:

Pagar los legados es una función propia de los Albaceas, por tal motivo el artículo # 1311 CCE, lo reafirma al sostener que “pagará los legados que no se hayan impuesto a determinado heredero o legatario”, es decir, que la generalidad es que el Albacea los pague y la excepción que lo hagan los herederos y legatarios cuando así expresamente lo dispuso el testador. Como no se le concedió la tenencia de bienes “exigirá a los herederos o al curador de la herencia yacente, el dinero que sea menester y las especies muebles o inmuebles en que consistan los legados”. Los herederos, sin embargo, “podrán hacer el pago por sí mismos y satisfacer al Albacea con las respectivas cartas de pago”. No se permitirá esto cuando el legado “consista en una obra o hecho particularmente encomendado al Albacea y sometido a su juicio.”

Andrés Bello se inspiró para la redacción de este artículo en las leyes 2, Título 10, Partida Sexta y en la Ley 4, Título 10 Partida Sexta, de las siete Partidas, conciliándolas entre sí, pues existía contradicciones entre ellas ¹⁴².

Si al exigir el Albacea los dineros suficientes para pagar los legados que consistan en metálico y para comprar una cosa que haya sido legada y que no existe en la sucesión, se le demuestra que no lo hay, el Albacea, “con anuencia de los herederos presentes procederá a la venta de los muebles, y subsidiariamente de los inmuebles”.

¹⁴² Andrés Bello: Ob. Cit.- Las mencionadas leyes eran contradictorias porque la primera disponía que podía pagar los legados, mientras que la otra limitaba esta capacidad.

Los herederos podrán oponerse a la venta entregando al Albacea la cantidad que necesite (Art. 1314 CCE). En el caso de procederse a la venta, ésta deberá hacerse en pública subasta (Art. 1315 CCE). El Código Civil concede a el albacea el derecho de exigir caución a las personas obligadas a satisfacer los legados, cuando fundamentalmente temiera que se pierdan o deterioren las cosas en que consisten aquellos (Art. 1313 CCE).

Con referencia a los legados para objeto de beneficencia pública, el Albacea está obligado a dar conocimiento de ellos, con inserción de las respectivas cláusulas testamentarias, al Ministerio público, a quien denunciará la negligencia de los herederos o legatarios obligados a satisfacer los legados, o al curador de la herencia yacente, en su caso.

El Ministerio Público perseguirá judicialmente a los omisos. Cuando los legados sean destinados a obras de piedad religiosa, el Albacea dará cuenta al Ministerio Público y al Ordinario Eclesiástico; este último tendrá facultad para pedir a las autoridades civiles las providencias necesarias para que se exija pagar a quienes están obligados a ello. No es necesario para que procedan el Ministerio Público y el Ordinario Eclesiástico, que tengan conocimiento de los legados por noticia del Albacea, pues, pueden perfectamente proceder contra él, o contra los herederos o legitimarios omisos. Igual derecho tendrán las Municipalidades, respecto de los legados de utilidad pública en que se interesen los respectivos vecindarios (Art. 1312 CCE.).

Bello dispuso que el Ministerio Público, el Ordinario Eclesiástico y, en determinados casos, las Municipalidades, tuvieran el derecho a exigir cumplimiento de esta clase de legados, porque, como acertadamente sostiene Claro Solar, estos legados no son a favor de determinada persona “que tendría acción para demandar judicialmente su cumplimiento a los obligados a prestarlos” y temiendo que “los herederos que son ordinariamente los que deben cumplirlos, ejecutando la voluntad del difunto, no se cuiden de ello”, facultó al Ministerio Público, al Ordinario Eclesiástico y a las Municipalidades, para reclamarlos. Necesario es aclarar la expresión “Ordinario Eclesiástico” que emplea el Código, debe de entenderse como tal al Obispo de la Diócesis respectiva, o al Vicario Capitular que, faltando Obispo, gobierne dicha Diócesis¹⁴³.

El Código Civil ecuatoriano otorga al Ordinario Eclesiástico la facultad de intervenir en el cumplimiento de los legados píos, sólo en el sentido de implorar ante la autoridad civil las providencias necesarias para que las personas obligadas a prestar estos legados los cumplan, diferenciándose en esto a la antigua legislación española, la misma que en la ley 7, Título X, Partida Sexta, concedía tal derecho al

¹⁴³ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI. Pág. 422.

Obispo. Bello, inspirado en lo dispuesto por las posteriores leyes españolas, tales como la Ley de Toro, la Pragmática del 2 de Febrero emitida por Carlos III y por la Cédula Real del 15 de Noviembre de 1781 que prohibieron la intervención de los tribunales eclesiásticos, y por consecuencia del Obispo en la ejecución de los legados y el conocimiento de los reclamos que se hicieran a la testamentaria, los inventarios, etc., dispuso que la única intervención del Ordinario Eclesiástico sería la de implorar a la autoridad civil, las medidas necesarias para que se cumplieran con los legados destinados a obras de piedad religiosa.

En nuestra Jurisprudencia encontramos un fallo publicado en la Gaceta Judicial # 50, página 400 de la Segunda Serie que estableció “si bien el Ordinario Eclesiástico puede implorar las providencias judiciales necesarias para que se cumplan los legados piosos, conforme el artículo 1281 (hoy 1312, no es parte en el juicio, sino el representante legal de la obra pía.” Juan Larrea Holguín comenta esta sentencia expresa: “nada impide, sobre todo después del Modus Vivendi de 1937 y para que el Ordinario actúe también como parte, si tiene interés en la sucesión, sea a título personal o como representante legal de las instituciones a favor de las cuales se hayan hecho tales legados o para el cumplimiento de las finalidades indicadas en el Testamento¹⁴⁴ .

COMPARECENCIA EN JUICIO DEL ALBACEA SIN TENENCIA DE BIENES

El Albacea sin tenencia de bienes solo puede intervenir en juicio, en dos casos establecidos por el artículo 1317 CCE.:

- 1.- Para defender la validez del Testamento; y,
- 2.- Cuando fuere necesario para llevar a ejecución las disposiciones testamentarias que le incumban.

En cualquiera de los dos supuestos que lo haga, debe de contar con la intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente, en su caso.

Con relación a la intervención del Albacea para defender la validez del Testamento, la Doctrina sostiene que cuando lo hace no está cumpliendo una obligación sino más bien ejerciendo un derecho¹⁴⁵. Interviene el Albacea para defender el Testamento porque de esa manera está cumpliendo con la voluntad del difunto, quien en ese Testamento lo nombró y especificó cuales eran sus últimas voluntades. Si el Testamento es declarado nulo, esas voluntades no se cumplirán: de allí porqué el ejecutor testamentario está obligado a defenderlo. También puede ocurrir que la

¹⁴⁴ Juan Larrea Holguín Ob. Cit.- Volumen X, Pág. 191.

¹⁴⁵ Aubry y Rau: Ob. Cit.- Tomo II. No. 711.

intervención del Albacea en juicio diga relación a la impugnación del testamento que los herederos presenten.

En este supuesto no se exigirá la anuencia de los herederos para la intervención del albacea.

En general, la anuencia de los herederos para que el Albacea intervenga en juicio requiere que estos hayan aceptado la herencia, pues si ninguno lo ha hecho, el Albacea deberá de contar con el curador de la herencia yacente¹⁴⁶. Si existen herederos que han aceptado la herencia, se requerirá su anuencia, siempre y cuando estos no hayan impugnado la validez del testamento como expresamos en líneas anteriores.

La capacidad del Albacea para comparecer en juicio puede ser en calidad de actor o demandado. Si en la demanda contra el Albacea se prescinde de los herederos, podrá el ejecutor testamentario presentar la excepción de ilegitimidad de personería pasiva, pues él no tiene la representación para esos asuntos¹⁴⁷.

Con relación a la intervención del Albacea en juicio para llevar a ejecución las disposiciones testamentarias que le incumban, creemos que la ley le da tal facultad porque la misión específica del ejecutor testamentario es la de cumplir con las últimas voluntades del difunto, o hacerlas cumplir de parte de quienes tienen la obligación de hacerlo, cosa que fuera imposible si no estuviera capacitado para intervenir judicialmente.

El Albacea comparece en juicio cuando las disposiciones del testador se refieran a bienes que están “En manos de injustos tenedores, o que sea preciso cobrar deudas o exigir el cumplimiento de la obligación (por ejemplo de construir una casa) para poder entregar determinadas cosas a quienes hayan ordenado el de Cuius¹⁴⁸”.

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala, sentencia de 18 de diciembre de 1979. Gaceta Judicial, Serie XI, No. 7 Pág., 997.

¹⁴⁷ Juan Larrea Holguín: Ob. Cit.- Pág. 201.

¹⁴⁸ Juan Larrea Holguín: Ob. Cit.- Pág. 200.

SUMARIO No. 10

RESPONSABILIDAD DEL ALBACEA

Obligación del Albacea de tener en el desempeño de su cargo el cuidado y diligencia de un buen padre de familia.- Responsabilidad si cumple con disposiciones contrarias a las Leyes.- Casos en los que responde el Albacea.- Personas ante quienes responde el Albacea.- Responsabilidad solidaria.- Jurisprudencia ecuatoriana.

DESARROLLO:

El Albacea, con o sin tenencia de bienes responde hasta de la culpa leve en el desempeño de su cargo (Art. 1320 CCE.) al igual que el mandatario¹⁴⁹ (150), obligándose, al aceptar el cargo, a tener en su desempeño “el cuidado y diligencia de un buen padre de familia, desde que el testador deposita en él su confianza para tener la seguridad de que sus últimas voluntades serán oportuna e íntegramente cumplidas”

La obligación de cumplir íntegra y fielmente las últimas voluntades del difunto cesa para el Albacea cuando éstas sean “contrarias a las leyes”¹⁵⁰ pues, en ese caso, son nulas, y el Albacea si las ejecuta responde por dolo (Art. 1312 CCE.)¹⁵¹; es removido del cargo y considerado indigno de suceder al difunto; teniendo la obligación de entregar todo lo que hubiere recibido a título de retribución; e indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados (Art. 1321 CCE.)¹⁵².

La Ley ecuatoriana prohíbe el cumplimiento de los deseos del testador si se trata de cosas ilícitas con la finalidad de impedir que el ejecutor testamentario se convierta en un instrumento para burlar la propia Ley. El Albacea será también responsable en los siguientes supuestos:

1.- Por no dar noticia de la apertura de la sucesión por avisos publicados en el periódico del cantón, si lo hubiere, o no habiéndolo, en carteles que se fijarán en tres de los parajes más públicos y concurridos de la ciudad cabecera.

¹⁴⁹ H. Carrizosa Pardo: Ob. Cit.- Pág. 473.

¹⁵⁰ Esta disposición procede de la Ley 55, Libro 31 del Digesto de donde se inspiró la Ley 32, Título X, Partida Sexta.

¹⁵¹ Manuel Somarriva Undurrag: Ob. Cit.- Pág. 528.

¹⁵² H. Carrizosa Pardo: Ob. Cit.- Pág. 474. Andrés Bello indica en la nota al artículo 1478 del Tercer Proyecto, que este precepto se inspiró en la Ley VIII, Título X, Partida

Responde también si no cuida que se cite a los acreedores por edictos que se publicarán de la misma manera (Art. 1306 CCE.).¹⁵³

2.- Por no exigir que en la partición se señale un lote o hijuela suficiente para pagar las deudas conocidas (Art. 1307 CCE.).

3.- Por las acciones de los mandatarios que obren a sus órdenes (Art. 1301 CCE.).

El Albacea responde en todos estos casos, ante cualquier interesado en la sucesión que haya sufrido un grave perjuicio por cualquiera de estos motivos¹⁵⁴ (155). Si los albaceas son varios, la responsabilidad es solidaria, de tal manera que, las acciones de uno de ellos, responsabiliza por igual a los otros. La responsabilidad a que nos referimos es a la civil, pues la responsabilidad penal, en este caso, no puede ser solidaria¹⁵⁵. Los albaceas no son solidariamente responsables en los siguientes casos

A.- Cuando el testador los haya exonerado de ella (Art. 1302 CCE.). La exoneración que hecha por el testador de la responsabilidad solidaria, creemos, debe ser expresa y claramente redactada.

B.- Cuando el testador haya dividido las atribuciones que le competen a cada uno de los albaceas y cada uno de ellos se ciña a las que la incumben (Art. 1302) “En este caso, la responsabilidad no puede ser solidaria porque se ve que lo que quiere el testador es que cada uno de los albaceas se dedique, con prescindencia de los demás, o sea sin intervención de éstos, a determinado asunto”¹⁵⁶.

Es necesario aclarar que en el supuesto que el testador autorice a los albaceas sólo para obrar separadamente, pero sin dividir las atribuciones que les competen a cada uno de ellos, la responsabilidad solidaria no cesa (Art. 1304).

C.- Cuando el Juez, lógicamente el que conoce de la sucesión, haya dividido las atribuciones de cada uno de los albaceas y cada uno se ciña a lo que le incumbe (Art. 1302). El Juez procederá de esta manera, siempre que la división de atribuciones que haga sea en beneficio de la administración de la herencia y solo a peti-

¹⁵³ Consideramos que cuando se trate de “personas cuya individualidad o residencia sea imposible determinar se citara por tres publicaciones que se hará cada una de ellas en fechas distintas, en un periodo de amplia circulación del lugar; de no haberlo se harían en un periódico de la capital de la provincia, así mismo de amplia circulación; y si no hubiere en uno de amplia circulación nacional que el Juez señale” (Art.86 CPC.)

¹⁵⁴ Pereda: Ob. Cit.- No. 197.

¹⁵⁵ Fernando Vélez: Ob. Cit.- Tomo V. Pág. 171.

¹⁵⁶ Fernando Vélez: Ob. Cit.- Tomo V. Pág. 171.

ción de cualquiera de los albaceas o de cualquiera de los interesados en la sucesión (Art. 1303).

La Corte Suprema de Justicia en fallo publicado en la Gaceta Judicial # 50 de la Primera Serie dictaminó que, “si bien un ejecutor testamentario, por causa de dolo en el ejercicio de su cargo, se hace indigno de tener parte alguna en la sucesión, esto se ha de entender respecto de las asignaciones que independientemente de su legítima se le hubieren hecho en el Testamento, pues el artículo 1290 (hoy 1323 CCE.) sólo a los albaceas, y no a los legitimarios se refiere”.

La misma Corte en sentencia publicada en la Gaceta Judicial # 32, Pág. 1488, Segunda Serie, falló que “Al haber dos o más albaceas, es solidaria la obligación de rendir la cuenta, siempre que haya una sola administración y un patrimonio indiviso. Dada la solidaridad, puede demandar la rendición de cuentas uno o más de los acreedores a uno o más de los albaceas, siendo ésta obligación de hacer, e indivisible; La cuenta, por lo tanto, debe ser respecto de cada administración y de cada patrimonio”.

SUMARIO No. 11

DURACIÓN DEL ALBACEAZGO

Temporalidad del cargo.- Atribución concedida al testador para fijar el plazo.- Necesidad de que éste sea cierto y determinado.- Plazo que señala la ley ante el silencio del testador.- Prórroga que concede el Juez.- Casos en los que el albaceazgo no puede prorrogarse.- Casos especiales que sí admiten prórroga.- Terminación del Albaceazgo a petición de los herederos cuando no ha transcurrido el plazo pero el albacea ha cumplido el encargo.

DESARROLLO:

DURACIÓN DEL ALBACEAZGO

La ley ecuatoriana considerando que es el testador la persona que mejor puede conocer el tiempo que necesitará el Albacea para cumplir con el encargo encomendado, le permite fijarlo, siempre y cuando el tiempo que señale para la duración sea cierto y determinado (Art. 1324 CCE.), es decir, que necesariamente ha de llegar y se sabe cuando llegue. Esta facultad se concede al testador, como podemos notar, solo si fija un tiempo cierto y determinado, pues, de lo contrario, se mirará como no escrita.

Así, por ejemplo, si el testador expresa en su Testamento que “el Albacea tendrá todo el tiempo que necesite para cumplir con mis disposiciones”, no se cumple con la disposición que exige un tiempo cierto y determinado, se la considerará como no escrita, funcionando entonces el artículo 1325 por el cual “si el testador no hubiere prefijado el tiempo para la duración del Albaceazgo, durará un año contado desde el día en que el Albacea haya comenzado a ejercer el cargo”¹⁵⁷.

El Tegislador procedió de esa manera pues deseaba que no existiera incertidumbre alguna sobre el tiempo que duraría el Albaceazgo ya que ello podría dar lugar a muchos perjuicios a los herederos y demás interesados en la sucesión. Además, recuérdese que una de las ideas que animó a los redactores del Código Civil Napoleónico, en el que se inspiró el Código chileno, fue que los bienes hereditarios pasaran lo más pronto y sin mayores trabas a los herederos¹⁵⁸. No fijando el testa-

¹⁵⁷ H. Carrizosa Pardo: Ob. Cit.-Luis Claro Solar. Ob. Cit.- Pág. 432. Pereda: OB. Cit.- # 216.- Raúl Barbot: Ob. Cit.- Tomo II, # 344.- Carrizosa Pardo: anota en el libro y página antes dicha, que Bello en su Proyecto Tercero solo puso que durará el tiempo prefijado por el testador, expresión que fue sabiamente cambiada posteriormente.

¹⁵⁸ Hist. Del Mundo: Napoleón.- Tomo XV.- Ramón Ballesteros. Madrid. 1296.

dor del plazo que durará el cargo de Albacea, la Ley establece que será de un año contado desde el día que el Albacea haya comenzado a ejercer el cargo (Art. 1325 CCE.). La ley en el deseo de que el tiempo señalado por ella -un año- sea completo, estableció que dicho año será contado “desde el día en que el Albacea haya comenzado a ejercer el cargo”, pues de lo contrario se podrían dar casos en los que el año concedido prácticamente no existiera.

Por ejemplo, X, Albacea de B, acepta el cargo el 10 de mayo, pero por una serie de circunstancias ajenas a su voluntad, solo lo comienza a ejercer el 10 de octubre. Si la ley no hubiera previsto esta situación, el plazo concedido a B terminaría el 10 de mayo del año siguiente, pero como el plazo solo corre desde el momento en se comenzó a ejercer el cargo, terminará el 10 de octubre del año venidero.

También la ley ecuatoriana legisla sobre la situación que se presenta cuando el plazo concedido por ella o por el testador, sea insuficiente para la realización del encargo hecho al ejecutor testamentario. En este caso, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 1326 CCE. el Albacea podrá solicitar al Juez que conoce de la sucesión, una ampliación del plazo que se le había concedido.

El juez estudiará la petición y establecerá si es o no necesaria la ampliación solicitada¹⁵⁹. Si considera que es necesaria, podrá concederle al Albacea un año más. La decisión de ampliar el plazo o negarlo queda exclusivamente en manos del Juez, quien no necesitará de la anuencia de los herederos y demás interesados para proceder, pero siempre será necesario que las razones expuestas por el Albacea sean de peso, y demuestren la imposibilidad de cumplir con lo encargado en el plazo señalado,

Larrea Holguín, al analizar el supuesto de un testador que señala un plazo cierto y determinado, pero extenso, concluye: “no he encontrado jurisprudencia nacional al respecto, pero una sentencia española resuelve el problema planteado por un Testamento que señaló en diez años el plazo del Albacea y fue impugnado por el heredero, alegando abuso del Derecho y que se contrariaba a la equidad; la sentencia declaró la validez de lo establecido en el Testamento, ya que el Código Civil Español, como el nuestro, no señala límite a la voluntad del testador en este aspecto”¹⁶⁰.

Consideramos que la petición que hace el Albacea al Juez para que le prorrogue el plazo, debe de ser solicitada antes del vencimiento del término señalado por el testador o la ley, pues de lo contrario el Juez no podría proceder.

¹⁵⁹ Manresa: Ob. Cit.- Tomo VI. Pág. 810.

¹⁶⁰ Juan Larrea Holguín: Ob. Cit.- Volumen X, pág. 205.

En este caso creemos que el Juez no podrá prorrogarlo aunque le conste que la petición es de suma justicia, por la sencilla razón que se prorroga lo que existe y no lo que no existe. En tal situación ya no hay Albacea por haberse terminado el Albaceazgo al cumplirse el plazo señalado, y si lo hace, estaría concediendo plazo para algo ya finalizado¹⁶¹ (162). No se concederá la prórroga solicitada cuando se alegue la existencia de legados o fideicomisos cuyo día o condición estuvieren pendientes (Art. 1329 CCE.).

La ley ecuatoriana procede con este criterio en consecuencia con la idea general que anima gran parte del Código: que los bienes lleguen lo más pronto a sus dueños, cosa que no se lograría, o se alcanzaría a medias, si se aceptara como motivo de prolongación del Albaceazgo la existencia de legados o fideicomisos arriba mencionados. El artículo 1329 trae una excepción en el caso de que el Albacea haya recibido expresamente del testador la tenencia de las respectivas especies o de la parte de los bienes destinados a cumplir con dichos legados o fideicomisos, pues entonces si se podrá conceder la prórroga de un año o más, pero se limitará la tenencia y consecuentemente el Albaceazgo a las especies o bienes con los cuales se han de satisfacer los mencionados legados o fideicomisos. Lo mismo ocurrirá si las deudas cuyo pago se hubiere encomendado al Albacea y cuyo día, sujetos a condición o liquidación estuvieren pendientes.

Consideramos que la Ley procedió de esta manera en el deseo de que se cumpla con lo dispuesto por el testador, quien, al dar la tenencia de los bienes, materia de los legados o fideicomisos cuyo día o condición estuvieren pendientes, quiso que sea el Albacea quien los satisfaga; por tener plena confianza en él. Iguales motivos inspiraron la disposición sobre las deudas, no exigibles al momento.

Los herederos tienen, según expresa disposición del artículo 1328 CCE., la capacidad para “pedir la terminación del Albaceazgo, desde que el Albacea haya evacuado el cargo, aunque no haya expirado el plazo señalado por el testador o la ley o ampliado por el Juez”.

Lo dispuesto nos parece justo y acorde con el principio que anima a la ejecución testamentaria: que el ejecutor cumpla con lo ordenado por el testador, concediéndole al efecto una serie de garantías y derechos. Si el Albacea cumplió con el cargo y así lo demuestran los herederos, es lógico que termine el Albaceazgo y puedan estos entrar a la administración de sus bienes sin tener la traba que significa, la mayor de las veces, la presencia de un Albacea, especialmente si es con tenencia de bienes.

¹⁶¹ Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI. Pág. 436. Carrizosa Pardo. Ob. Cit.- Pág. 448.- Manresa: Ob. Cit.- Tomo Vi.- Pág. 810.- Pereda: Ob. Cit.- # 218.

JURISPRUDENCIA ECUATORIANA:

En la Gaceta Judicial # 125, página 1000, Serie Primera, se publicó un fallo que en su parte principal dice lo siguiente: “El Albacea no puede ser demandado para el pago de las cargas testamentarias si ha transcurrido el término del Albaceazgo, que debe de ser cierto y determinado...”

Otro fallo con relación a la duración del Albaceazgo es el publicado en la Gaceta Judicial # 47, página 1641, Serie Tercera, que en su parte primordial dice lo siguiente: “El plazo concedido en el artículo 1294 (hoy Art. 1325) el Albacea, se dirige a determinar el tiempo de duración del Albaceazgo, sin que esto signifique que ha de transcurrir ese tiempo para que sean exigibles las obligaciones...”

En la Gaceta Judicial Serie XII, #5 Pág 1063, del 8 – v – 74 se publicó el siguiente fallo.

-8 – V – 74 (GJ, S. XII, No. 5, p. p. 1063). “1.- La tramitación dada al incidental de nombramiento de administrador de herencia no puede influir en la decisión misma de esta causa, ya que, la Jey determina el trámite sumarísimo de la designación del administrador de bienes hereditarios y el Juez ha concedido término de prueba prudencial para que las partes acumulen elementos de juicio para la resolución pertinente; por consiguiente, el proceso es válido. 2- El Jegislador no admite procedimiento contencioso, ya que, manda que el Juez mande a citar a los herederos “que han alcanzado la posesión afectiva proindivisa” para que nombren a un administrador, de manera que los herederos que no contribuyen con sus votos al nombramiento, solamente tienen derecho para exigir fianza al administrador, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 699 (669) del Código de Procedimiento Civil,. Invocado por la demandante. 3.- La oposición apoyada en el hecho de ser coheredera la demandada Albacea con tenencia de bienes, por disposición testamentaria, no es admisible, tanto por el tiempo transcurrido como por el hecho de que el Albaceazgo no impide el derecho de los herederos para asegurar la mejor administración de los bienes sucesionales; pues, aún el plazo señalado por el testador o la Ley, o ampliado por el Juez, se entiende sin perjuicio de la partición de esos bienes, como lo determina el artículo 1327 del Código Civil, y, con mayor razón, no puede oponerse a la designación de administrador de bienes en esta sucesión en la cual no hay causa aceptable para la prorrogación del plazo solicitado”

SUMARIO No. 12

TERMINACIÓN DEL ALBACEAZGO

Formas en las que termina el Albaceazgo: Necesidad de agruparlas para un mejor estudio didáctico: 1.- Por el transcurso de término fijado; 2.- Por la ejecución total del Testamento; 3.- Por la muerte del Albacea; 4.- Por la renuncia del ejecutor testamentario; 5.- Por el hecho de contraer nuevas nupcias la viuda Albacea de su difunto esposo; 6.- Por el hecho de no comparecer a decir si acepta o no el cargo; 7.- Por la nulidad del Testamento; 8.- Por la remoción del Albacea; y, 9.- Por la incapacidad superviviente.- Análisis de estas causales.- Jurisprudencia ecuatoriana al respecto.

DESARROLLO:

TERMINACIÓN DEL ALBACEAZGO:

Nuestro Código Civil no tiene un artículo en el que se agrupen todas las causas por las cuales termina el Albaceazgo, sino que aparecen diseminadas en varios artículos del Título VIII. Para facilitar el estudio agruparemos estas causas y las estudiaremos separadamente.

- 1.- Por el transcurso del término fijado por el testador, por la Ley o la ampliación concedida por el juez (Art. 1324, 1323 y 1326 CCE.);
- 2.- Por la ejecución total del Testamento (Art. 1328 CCE.);
- 3.- Por la muerte del Albacea (Art. 1300 que establece la intrasmisibilidad del Albaceazgo);
- 4.- Por la renuncia del Ejecutor Testamentario /Art. 1308 y 1299);
- 5.- Por el hecho de no comparecer para decir si acepta o no el cargo (Art. 1297 CCE.);
- 6.- Por la nulidad del Testamento;
- 7.- Por la remoción del Albacea; y,
- 8.- Por la incapacidad superviviente de la persona nombrada Albacea (Art. 1296 CCE.).

Por el transcurso del término.- Como hemos sostenido en Capítulos anteriores, el Albaceazgo en nuestra legislación es eminentemente temporal por corresponder a un estado transitorio, circunstancial y necesariamente interino y no definitivo ¹⁶².

Por esos motivos el artículo 1324 CCE. establece que “el Albaceazgo durará el tiempo cierto y determinado que se haya prefijado por el testador”. Será “cierto y determinado, si necesariamente ha de llegar y se sabe cuando, como el día tantos de tal mes y tal año o tantos días, meses o años después de la fecha del Testamento o del fallecimiento del testador” (Art. 1109).

La Ley ecuatoriana, queriendo evitar que el cargo tenga una duración indefinida, establece que si el testador no ha prefijado un tiempo cierto y determinado, se tomará la disposición como no escrita y se aplicará entonces el artículo 1325, por el cual se estatuye que el Albaceazgo durará un año. Igual cosa sucederá si el testador no expresó el tiempo que durará el Albaceazgo, pues entonces tendrá el Albacea un año para cumplir con el encargo al encomendado. El Juez de la sucesión está capacitado para, previa petición del Albacea y con conocimiento de causa, prorrogar a un año más la duración del cargo. Pero, en todo caso, una vez que ha terminado esta prórroga, terminará también el Albaceazgo.

Por la ejecución total del Testamento.- El plazo que el testador o la Ley concede al Albacea y que en determinadas ocasiones prorroga el juez, le es dado para que cumpla con el encargo al encomendado, presumiéndose que en dicho tiempo lo podrá cumplir íntegramente. Al otorgarse el plazo en consideración al cumplimiento del encargo del testador, es lógico que cuando el ejecutor testamentario cumpla con todo lo encomendado, termine su misión, aunque el plazo que se le concedió no haya terminado aún.

El Legislador ecuatoriano procedió de esta manera, pues de lo contrario se podía dar la curiosa situación de un Albacea que habiendo terminado su misión específica de cumplir con la voluntad del difunto, continúe gozando de todos los derechos que le concede la Ley, e impida que los herederos disfruten totalmente de sus derechos, especialmente si se trata de un ejecutor testamentario con tenencia de bienes.

Por tales motivos el artículo 1328 CCE. dispuso que los herederos podrán pedir la terminación del Albaceazgo desde el momento que el Albacea haya evacuado el cargo. Consideramos que para la aplicación de este artículo no es necesario que todos los herederos pidan al Juez que conoce de la sucesión, la terminación del Albaceazgo; pudiéndolo hacer uno de ellos que será responsable de sus dichos. La

¹⁶² M. Somarriva: Ob. Cit.- Pág. 513.- Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Pág. 375, Tomo XVI. Felipe Sánchez Román: Ob. Cit.- Tomo VI.- volumen 11. Pág. 1425.

petición será fundamentada, y comprobado lo expuesto por el peticionario, el Juez, declarará terminado el Albaceazgo¹⁶³.

Por la muerte del Albacea.- Al establecer el artículo 1300 CCE. que el Albaceazgo no es transmisible a los herederos del albacea, estatuyó también, como lógica consecuencia, que terminaba con la muerte del albacea. Ello es debido a que, siendo el Albaceazgo personalísimo, es intransmisible. Además, considérese que el nombramiento lo hace el testador en vista de la confianza que le merece la persona que nombra, confianza que no la tendría si al morir éste, sus herederos lo sucedieran en el cargo.

Por renuncia del Albacea.- La persona designada Albacea que acepta el cargo y lo comienza a desempeñar, puede renunciar del mismo. Si tiene causa legítima para ello, no se hace acreedor a las sanciones que la Ley establece, sanciones que merecerá si lo hace sin causa legítima. Consideramos que el Albaceazgo termina con la renuncia del Albacea por la simple razón de que no habiendo albacea, es imposible que exista Albaceazgo.

Por no comparecer para decir si acepta o no el cargo.- El artículo 1297 CCE. dispone que “el Juez, a instancia de cualquiera de los interesados en la sucesión, señalará un plazo razonable dentro del cual comparezca el Albacea a ejercer su cargo, o excusarse de servirlo”. El mismo Juez podrá, de ser necesario, ampliar por una sola vez el plazo. Si el Albacea está en mora de comparecer caducará su nombramiento. Como podemos notar en este caso, no es que verdaderamente el Albaceazgo termina, porque no existió albacea debido a que no aceptó el cargo, y no habiendo Albacea mal podría haber Albaceazgo. No ocurrirá lo mismo, si el testador nombró a varias personas como Albaceas, y uno de los nombrados no acepta, pues existen otros.

Por la nulidad del Testamento en que fue nombrado el Albacea.- Cuando se nulita el Testamento en el que se nombró Albacea, automáticamente deja de existir el Albaceazgo, pues las cosas vuelven al estado primitivo en el que antes se encontraban. Científicamente no se puede decir que una de las causas que terminan con el Albaceazgo es la nulitación del Testamento, pues, como ya expresamos, se reputa que dicho Testamento no existió.

Más, en la práctica se pueden dar casos en los que la persona designada Albacea ejerció realmente el cargo encomendado, realizando acciones que sólo le corresponden a los ejecutores testamentarios. La Corte Suprema de Justicia en fallo publicado en la Gaceta Judicial # 138, Pág. 1.100 de la Segunda Serie, sentenció que “No obstante el juicio de nulidad del Testamento, el heredero y el Albacea

¹⁶³ Fernando Vélez: Ob. Cit.- Tomo V. Pág. # 180.- Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI. Pág. 442.

pueden exigir el pago de un crédito de la herencia, pues **CONSERVAN LA CALIDAD DE TALES**, hasta que por sentencia ejecutoriada se declare lo contrario”.

Por la remoción del Albacea.- La Ley 8, título 10 de la Partida Sexta disponía que si por malicia o descuido los testamentarios no cumplían las mandas, serían amonestados y luego perderían el cargo y el derecho a recibir lo que les hubieren asignado en el testamento. Esta disposición la cita Bello como antecedente jurídico del artículo 1308 del Código chileno (Art. 1321 de nuestro Código), que dice: “Será removido por culpa grave o dolo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente. En caso de dolo se hará indigno de tener parte alguna en la sucesión y además de indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados, restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución”.

De la lectura anterior de este artículo deducimos lo siguiente: Para que el Albacea sea removido de su cargo, es necesario que incurra en culpa grave o dolo. Si sólo incurre en culpa leve, responderá de los perjuicios que causare, pero, no será removido.

El Albacea que procedió con una falta de cuidado de tal naturaleza que no incurriría en ella, ni una persona descuidada y de poca prudencia, es decir, que procedió con culpa grave o lata, será removido por petición de los herederos o del curador de la herencia yacente, indemnizará de los perjuicios causados y perderá de lo que se haya asignado como retribución por el trabajo encomendado. Diferimos del criterio expuesto por el Jurisconsulto chileno Luis Claro Solar, quien cree que el Albacea que ha incurrido en la culpa grave no tiene que devolver lo que se le asignó como retribución. Creemos lo contrario, al considerar que dicha retribución se la concedió al Albacea en pago de los trabajos que realizaría cumpliendo con la voluntad del testador; trabajos que no efectuó, descuidando su cometido en tal forma que solo una persona descuidada y de poca prudencia podía hacer, es decir, prácticamente no haciendo nada ni importándole lo que suceda. La Gaceta Judicial # 107, página 852 de la Primera Serie, trae un fallo que a medias nos da la razón; y decimos a medias, porque a renglón seguido sostiene parte de la tesis de Claro Solar. Dicho fallo sostiene que, “si ha habido descuido en la administración o falta de administración, o se han deteriorado los fondos, el Albacea no tiene a que, respecto a ellos, se lo pague el tanto por ciento que le señala la ley; pero sí lo tiene al que le corresponde por la custodia de los muebles y por la percepción e inversión del dinero perteneciente a la testamentaria, pues estos son actos administrativos”. Nosotros consideramos que pierde también ese derecho cuando tuvo falta absoluta de dedicación y diligencia, en cuyo caso los muebles si no se perdieron, pudieron perderse y la inversión del dinero pudo correr igual suerte.

Además, la administración constituye un todo y si existió dolo en parte de ella, ese hecho o circunstancia contamina la administración entera; las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo. Existiendo dolo, se lo removerá del cargo, pagará todos los daños y perjuicios, restituirá lo que se le haya asignado como remuneración y se hará indigno de tener parte alguna en la sucesión.

Un fallo publicado en la Gaceta Judicial # 50, Serie Primera, Pág. 398 sostuvo que “si bien un ejecutor testamentario por causa de dolo en ejercicio de su cargo, se hace indigno de tener parte alguna en la sucesión, esto se ha de entender respecto de las asignaciones que independientemente de su legítima se le hubieren hecho en el Testamento, pues el artículo 1290 (hoy 1321 CCE.) solo a los albaceas y no a los legitimarios, se refiere”. No encontramos la razón de ser de tal fallo.

El que el artículo 1331 se refiera a los albaceas es lógico, pues de ellos está tratándose, pero eso no quiere decir que el Albacea que sea legitimario no esté involucrado en él.

La forma como el artículo antes mencionado se refiere es sumamente amplia al decir que “hará indigno de tener parte alguna en la sucesión”, especialmente la palabra “alguna” que indudablemente engloba al legitimario. Además, el artículo # 1010 CCE.

Al enumerar las personas que son indignas de suceder como herederos o legatarios dice en su numeral 2º: “El que cometió atentado grave contra la vida, la honra o los bienes de la persona cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe con sentencia ejecutoriada”, y el Albacea culpable de dolo es indudable que “deliberada e intencionalmente, con el ánimo de dañar, causó injuria a la persona o propiedad de los herederos (que generalmente son descendientes o ascendientes del difunto); se burló de la confianza que depositara el testador en él, no importándole “atentar gravemente contra los bienes de la persona cuya sucesión se trata”, está incurso en tal disposición y es por lo mismo “indigno de tener alguna en la sucesión.

Por la incapacidad superviviente de la persona nombrada Albacea.- Lo dispuesto por el artículo 1296 CCE. es justo, al no permitir que una persona a quien le ha sobrevenido una incapacidad, pueda desempeñar el cargo que le confió el testador, pues permitírsele sería lo mismo que aceptar que la voluntad del testador quedó burlada, ya que el incapaz, como su nombre mismo lo indica, no podrá cumplir, y si lo hace, será defectuosamente.

SUMARIO No. 13

RENDICIÓN DE CUENTAS DEL ALBACEAZGO

Obligaciones de las personas que administran bienes ajenos de rendir su administración.- Comentarios al artículo 1390 del Código Civil.- Aplicación de este artículo a los albaceas con tenencias de bienes y sin tenencia.- Muerte del Albacea sin rendir la cuenta.- Personas que pueden exigir el rendimiento de la cuenta.- Necesidad de que la cuenta rendida sea justificada.- Saldo a favor o en contra del Albacea.- Jurisprudencia ecuatoriana.

DESARROLLO:

De una manera general la Ley ecuatoriana establece en el artículo 660 del CPC. que todo aquel que administra bienes ajenos tiene la obligación de rendir cuenta detallada y justificada de su administración a las personas o persona interesada en la rendición, así, por ejemplo, se dispone que los mandatarios, los agentes oficiosos, los guardadores, los socios, etc., deben cumplir con esta obligación, creada por el Legislador para precautelar los intereses de las personas que tengan o puedan tener derechos sobre los bienes administrados.¹⁶⁴

Por iguales motivos la ley dispuso en el artículo 1330 del CCE. que “el Albacea, luego que cesa en el ejercicio de su cargo, dará cuenta de la administración, justificándola” y que el testador no puede exonerar al albacea de esta obligación¹⁶⁵. Surge la duda en los comentaristas cuando se trata de aplicar el antes mencionado artículo, pues para varios de ellos solo obliga a los albaceas con tenencia los únicos que administran y que, por lo tanto, deben rendir cuentas¹⁶⁶. Para otros, la obligación alcanza a los albaceas con y sin tenencia de bienes y fundamentan su opinión en que el artículo en discusión (igual en los códigos chileno, colombiano y ecuatoriano) se emplea la palabra “Albacea”, palabra que se la debe tomar en el sentido de que se refiere a todos los ejecutores¹⁶⁷. Creemos el artículo 1340 corre

¹⁶⁴ F. Vélez: Ob. Cit.- Tomo V. Pág. 182.- H. Carrizosa Pardo: Ob. Cit. Pág. 476.- Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI. Pág. 444.

¹⁶⁵ En el Código Francés se guarda silencio al respecto, pero la Jurisprudencia se ha inclinado a permitir que el testador exonere al ejecutor testamentario de esta obligación siguiendo el aforismo que dice “si el testador puede legar al saldo, también puede permitir que se lo apropie. No se acepta cuándo hay herederos reservatorios.

¹⁶⁶ Luis Claro Solar: Ob Cit.- Tomo XVI. Pág. 444- 445. Fernando Vélez sostiene en su obra que la obligación de rendir cuentas alcanza a todos los albaceas, menos a los fiduciarios. G.J,S XIV, # 4, Pág. 796 afirman el principio “El que administra bienes ajenos está obligado a dar cuenta...”

¹⁶⁷ Pereda: Ob. Cit. # 228.- Luis Claro Solar: Ob. Cit. Tomo XVI. Pág. 448.- Fernando Vélez: Ob. Cit.- Tomo V. Pág. 182.

para todos los albaceas porque la palabra empleada es genérica e involucra a los con tenencia y a los sin tenencia. De haber querido el Legislador que solo se aplicara a los albaceas con tenencia de bienes, hubiera especificado, cosa que no lo hizo, precisamente para englobar también a los sin tenencia.

Además, el Albacea no rinde la cuenta solo en su calidad de administrador, pues la cuenta tiene también otra finalidad: Hacer constar que se cumplió con los deseos del testador, no se transgredió ninguna disposición legal y que, en el caso de haber recibido la facultad de pagar las deudas, así lo hizo. En el caso de que sean varios los albaceas y tengan funciones divididas entre sí, deberá cada uno de ellos presentar su cuenta por separado, justificándola.

En el supuesto de que no tengan funciones separadas, existirá solidaridad entre ellos y, por lo mismo, cualquiera puede presentar la cuenta, siempre que esta sea aprobada por los demás y así lo manifiesten. Al presentarla se exonerará a sí mismo y a los demás Albaceas.

La ley ecuatoriana no ha dicho nada con respecto a la situación que se produce cuando el albacea muere sin rendir cuentas o cuando le sobreviene una incapacidad después de haber ejercido un tiempo el cargo. La doctrina considera que, en el primero de los casos planteados, son sus herederos quienes están obligados a presentar la rendición de cuentas del albacea fallecido, pues, esta es una obligación transmisible a los herederos ¹⁶⁸.

Con referencia al segundo caso, la misma Doctrina considera que le toca dicha obligación al representante legal del incapaz ¹⁶⁹.

De acuerdo a la Ley ecuatoriana, consideramos que no puede exigirse a los herederos o al representante legal, en su caso, que presenten o rindan cuentas de la gestión del Albacea fallecido o incapaz, pues, sería muy difícil que puedan reunir todos los elementos del juicio para hacer una rendición perfecta. Lo que sí se puede, es aplicar en este caso lo dispuesto para el mandato en el artículo 2074 que dispone: “Los herederos del mandatario que fueren hábiles para la administración de sus bienes, darán aviso inmediato de su fallecimiento al mandante y harán a favor de éste lo que PUEGAN Y LAS CIRCUNSTANCIAS EXIJAN. La omisión a este respecto los HARA RESPONSABLES de los PERJUICIOS.- Al igual responsabilidad. Están sujetos los albaceas, los tutores y curadores y todos los que sucedan en la administración de los bienes del mandatario que ha fallecido o se ha hecho incapaz.

¹⁶⁸ Pereda: Ob. Cit.- # 229.- Manresa: Ob. Cit.- Tomo VI. Pág. 816.

¹⁶⁹ Idem

Es decir que los herederos hábiles para administrar sus bienes, tienen la obligación de dar aviso inmediato del fallecimiento del Albacea a los herederos, legatarios y demás interesados en la sucesión de la cual el fallecido fue ejecutor testamentario, y hacer a favor de éstos lo que puedan y las circunstancias lo exijan, lo que no quiere decir que rendirán la cuenta.

Cuando el Albacea se ha vuelto incapaz, la obligación se traslada a los tutores, curadores, y en general, a todos los que suceden en la administración de los bienes del Albacea fallecido o vuelto incapaz. Consideramos que en este aspecto hay un vacío legal que debe ser llenado para evitarse perjuicios a la sucesión. El plazo dentro del cual se debe de rendir la cuenta no está fijado en nuestro Código. El artículo 1330 ordena que el Albacea rinda la cuenta de su administración “luego que cese en el cargo”, pero, no dice expresamente que tiempo dispone para ello y desde cuando cae en mora. El Código Francés es más explícito al respecto ordenando como regla general que tienen los albaceas, a la expiración de un año del fallecimiento del testador, rendir cuenta de su gestión.

Consideramos, que esta es una omisión de la Ley que puede dar origen a muchas demoras y no a un acierto como lo sostiene Claro Solar, ya que se abre la oportunidad para el Albacea, de manifestar mala fe, demorando la presentación de la cuenta, valiéndose de las mil triquiñuelas que, desgraciadamente, se ven en la práctica judicial, irrogando un grave perjuicio a la sucesión. Por tales motivos es conveniente la existencia de un artículo que establezca un plazo fijo, dentro del cual el Albacea está obligado a rendir la cuenta.

Creemos que se debe de considerar “interesados” a los siguientes:

Las personas que tienen la capacidad para exigir la rendición de la cuenta son “los respectivos interesados”, forma como se los denomina en el artículo 1331 del CCE. Falta establecer quiénes son estos “interesados”.

Creemos que se debe considerar “interesados” a los siguientes:

- 1) En el caso que existan herederos que han aceptado la herencia, es lógico suponer que éstos serán los principales interesados en la rendición de cuentas del Albacea, pues recibirán los bienes una vez que se han pagado las deudas y legados y les interesa saber si procedió con corrección y no se perjudicó sus intereses;
- 2) Los legatarios en el supuesto de no ser pagados los legados por no haber alcanzado, los bienes dejados por el difunto. Si fueren pagados, de ser considerados por haber sido satisfechos en el pago de sus respectivos legados ¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Pereda: Ob. Cit.- No. 229.

3) Los acreedores, si no han sido satisfechos en el pago de sus haberes.

4) El Fisco, pues le interesa verificar si en la administración de los bienes hereditarios se han satisfecho todos los impuestos, tasas, etc. La rendición de la cuenta por parte del Albacea puede adoptar dos formas: la privada y la judicial. La rendición de cuentas privadas se deberá hacer, lógicamente, ante los interesados, quienes, al no tener ninguna reclamación que hacer, la aprobarán. Pereda, es de la opinión que, cuando existan incapaces, la rendición de la cuenta se deberá hacer necesariamente en forma judicial¹⁷¹. Nos parece fundada esta razón, pues solo así se podrá proteger los intereses de aquellos.

La rendición es judicial cuando no exista acuerdo entre los interesados y deban de ventilar sus desavenencias en los estrados de la Justicia. En esta situación deberá seguirse lo que dispone el Código de Procedimiento Civil.

La cuenta presentada por el Albacea debe ser “justificada” de acuerdo con el artículo 1330, entendiéndose como “justificada” “la exactitud de las partidas de las entradas y salidas de su cuenta con los documentos respectivos:

Las partidas del activo o entradas de la cuenta con copias del inventario o escrituras de recibo que se hayan otorgado, en el que consten el dinero y los bienes recibidos por el Albacea para el desempeño de su encargo; las partidas del pasivo salidas de la cuenta con los instrumentos que acrediten los pagos de deudas, instrumentos que establezcan los créditos de los acreedores, pagarés, etc. las escrituras de recibos de los legatarios, así como todos los demás documentos que se refieran a otros pagos hechos por el Albacea y que sean de cargo de la sucesión”¹⁷²(173). Es necesario que para efecto el Albacea exhiba los documentos que le eximan de responsabilidad. Creemos que si el ejecutor testamentario no exhibe un documento que le descargue de una determinada responsabilidad tendrá que responder aunque presente testigos, pues la prueba testimonial tiene en nuestro Derecho un poder muy limitado en el campo de las responsabilidades económicas.

De acuerdo con el artículo # 1331 del CCE., después de examinarse las cuentas por los respectivos interesados y deducidas de las expensas legítimas, cobrará o pagará el saldo que en su favor o en contra suya resultare. Existe oscuridad, cuan-

¹⁷¹ Idem No. 230.

¹⁷² L. Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI. Pág. 448.- Pereda en la obra citada # 231, sostiene similar criterio al decir que deben de presentarse los documentos que acrediten la exactitud de la cuenta que presenta el albacea.

do queremos definir qué debe entenderse como “expensas legítimas”, pues el Código no las define¹⁷³.

La Doctrina en general ha definido como los gastos que se ocasionan con motivo del desempeño del cargo de Albacea, es decir, los que demandan la guarda y oposición de sellos; la facción de inventario; la apertura judicial de la sucesión; los gastos ocasionados por gestiones judiciales que tuviera que realizar el Albacea para “obtener de los herederos la entrega de los bienes necesarios para el pago de las deudas”. Cuando hubiere recibido del testador el encargo de pagarlas; el pago de legados; los gastos judiciales para sostener la validez del Testamento; lo que gastare para entregar los bienes ubicados en otro lugar; etc., y, en general, todos los que se hubiere visto obligado a efectuar para cumplir con el encargo encomendado¹⁷⁴.

El saldo que resultare a favor o en contra del ejecutor testamentario, una vez deducidas estas expensas legítimas y cerrada la cuenta, no produce interés según la opinión de Carrizosa Pardo quien estima que el artículo 513 del Código civil colombiano (igual al 449 del CCE.) “no es aplicable a los albaceas, por ser disposición excepcional para las tutelas y curadurías¹⁷⁵”.

En cambio, Claro Solar sostiene que sí es aplicable la disposición similar del Código chileno y que, por lo tanto, el saldo que resulte a favor o en contra del Albacea, ganará interés desde que la cuenta quede cerrada¹⁷⁶.

Igualmente se pronuncia Manuel Somarriva, para quien los “intereses corren contra el Albacea de pleno derecho; en cambio, en contra de los herederos, para que empiecen a percibirse, es necesario el requerimiento judicial del Albacea”¹⁷⁷.

JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

La Jurisprudencia ecuatoriana con referencia a la rendición de cuentas del Albacea, no es abundante, disponemos solo de tres fallos de interés dado por la Corte Suprema de Justicia en los que se ha enfocado este caso. El primero de ellos, publicado en la Gaceta Judicial # 143 de la Primera Serie, establece que el albacea debe, en caso de varias personas que se atribuyen la calidad de herederos, rendir cuenta a la persona o personas que resultaren tener la calidad de tal.

¹⁷³ El Código Civil Ecuatoriano solo referencialmente en el Art. 1327 enuncia los gastos que se efectuarán en la guarda, oposición de sellos e inventario.

¹⁷⁴ L. Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI. Pág. 450.- Pereda: Ob. Cit. No. 235.

¹⁷⁵ H. Carrizosa Pardo: Ob. Cit.- Pág. 476.

¹⁷⁶ L. Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI. Pág. 451.

¹⁷⁷ M. Somarriva Undurraga: Ob. Cit. Pág. 532.

El fallo debió ampliarse de tal manera que no parezca que sólo a los herederos se debe de rendir cuentas, sino a todos los “interesados” tal como lo ordena el artículo 1331 del CCE. y la doctrina.

El segundo fallo a que hacemos referencia, publicado en la Gaceta Judicial # 32, Pág. 2.600 de la Tercera Serie, se pronuncia en el sentido que haciendo una sola administración y un patrimonio indiviso en los que intervengan varios albaceas, existe solidaridad entre ellos y por lo tanto se puede demandar la rendición de cuentas a uno o más de ellos.

El tercer fallo, publicado en la Gaceta Judicial 143 de la Tercera Serie, establece que “el Juicio de cuentas puede versar sobre la obligación de rendirlas, o sobre las cuentas rendidas. En el segundo caso, la controversia se traba con las objeciones a la cuenta, y con la contestación que a dichas objeciones dá el rindente. Por lo mismo es impertinente toda observación o reclamación posterior respecto a las partidas de cargo omitidas en la cuenta y la decisión debe de recaer solamente las de descargo consignadas en ella y tachadas de falsas o ilegales”. Nos parece este fallo acorde con el espíritu de la Legislación ecuatoriana y la Doctrina en general.

SUMARIO No. 14

El Albaceazgo Fiduciario.- Origen de la Institución: Los Fideicomisos en Roma.- La Edad Media en Occidente.- Influencia de Derecho Canónico.- Concepto del Albaceazgo Fiduciario.- Diferencias entre el Albaceazgo con el Fideicomiso y la Asignación Modal.- Aspectos fundamentales del Albaceazgo fiduciario.- Personas que pueden ser nombradas.- Calidades necesarias para su albacea común y Legatario.- El nombramiento debe hacerse en Testamento.- La aceptación del cargo.- El encargo fiduciario.- Carácter personalísimo, intransmisible, indelegable, remunerado y temporal de Albaceazgo Fiduciario.- Bienes destinados al cumplimiento de la voluntad del testador.- Terminación del Albaceazgo fiduciario.- Rendición de cuentas.

DESARROLLO:

Orígenes de la Institución:

El Albaceazgo fiduciario tiene sus orígenes en Roma, y se gestó como una reacción a la severidad de las leyes romanas que eran muy limitantes con referencia a la herencia, impidiendo que el testador “favoreciera a una persona con la cual no tenía la “testamenti factio”. Se salvó el obstáculo permitiendo al testador “rogar a su heredero fuere el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un objeto particular o bien de la sucesión, en todo o en parte.” Es lo que se llamó “Fideicomiso”, a causa de los términos empleados: rogo, fideicomimito”. “Tales disposiciones, en su origen, no eran obligatorias, quedando a la conciencia y buena fe del heredero fiduciario, pero no siempre eso ocurría, existiendo casos - parece repetidos de incumplimientos a las disposiciones del testador, - que motivó la intervención del Emperador Augusto, creando una magistratura nueva: el “Pretor fideicommissarius”, que se ocupó de los fideicomisos ¹⁷⁸.

La institución continuó perfeccionándose mediante los Senados Consultos Trebeliano y Pegasiano, y, por supuesto, reformas del Emperador Justiniano.

Producto de las Invasiones Bárbaras fue la destrucción del Imperio Romano de Occidente¹⁷⁹ (180), originándose los nuevos Estados europeos, en los que, si bien es cierto, gobernaban o ejercían el poder, hombres de Cultura rudimentaria, y cuyo número era inferior a la población indígena que dominaban por la fuerza de sus soldados, requerían el aporte de personas capacitadas para solucionar los proble-

¹⁷⁸ Eugenio Petit: Ob. Cit, Pág. 79.

¹⁷⁹ No deja de ser irónico que el último Emperador se llamada Rómulo Augusto, es decir los nombres del feudador de Roma y del primer Emperador.

mas administrativas, y contando la Iglesia de elementos capaces, influyó para mantener la Legislación romana, adoptándola a las nuevas circunstancias históricas.

El Albaceazgo fiduciario se fortaleció, al ofrecer la oportunidad de adquirir bienes destinados a obras pías. Así en la Ley I, Título 10 de la Partida Sexta: define a los testamentarios como: “cabezaleros; e mansesores como quier han nomes departidos el oficio dellos uno es; e’ en latín llamándolos fideicomisarios, porque en la fe o en la verdad de omes tales; dejan a encomiendan los testadores el fecho de sus animas”¹⁸⁰.

Siglos más tarde, el Código Civil Napoleónico mantuvo el Albaceazgo fiduciario, Andrés Bello lo incluyó en el Proyecto del Código Civil acogido por Chile, y posteriormente por otras Repúblicas latinoamericanas, entre ellas Ecuador.

CONCEPTO:

Meza Barros afirma que el Albaceazgo fiduciario consiste en ciertos encargos secretos o confidenciales que hace el testador, concepto acogido por Larrea Holguín. Somarriva Undurraga lo define como “aquella persona a quien el testador le encarga cumplir algunas disposiciones secretas suyas. Para Claro Solar “Son verdaderos albaceas en cuanto son ejecutores de últimas voluntades del testador que los nombra; pero son albaceas especiales; y su especialidad consiste en que el cargo que reciben y cuya ejecución les confía, directa y personalmente, el testador, es secreto y confidencial, depositando el testador su confianza en absoluto en la persona a quien designa para este objeto, que por eso se le llama Albacea fiduciario, de Fiducia, confianza: Se fía el testador a la honorabilidad del elegido sin restricción alguna, y le encarga realizar un objeto que a él solo confía y que él no debe revelar y del cual no debe dar cuenta”¹⁸¹.

Fácilmente se puede comprobar que, si bien es cierto, la definición de Claro Solar es más extensa, ello no indica que las aportadas por Mesa Barros o Somarriva - más concreta- no tengan validez. El Código Civil Ecuatoriano en el artículo 1332 establece el concepto: “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 parte de bienes de que pueda disponer libremente. El encargado de ejecutarlos se llama Albacea fiduciario”.

¹⁸⁰ Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI, pág. 457.

¹⁸¹ Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI, Pág. 416; Larrea Holguín: Ob. Cit.- Tomo X, Pág. 215.

DIFERENCIAS DEL ALBACEAZGO FIDUCIARIO CON EL FIDEICOMISO Y LA ASIGNACIÓN MODAL

A primera vista se podría confundir a el Albaceazgo con el fideicomiso o con la asignación modal, más tal apreciación no es cierta por los siguientes motivos:

A) Es verdad que el Primer Proyecto del Código Civil englobaba a los albaceas fiduciarios con los fideicomisarios, en cuanto a las reglas generales. El segundo proyecto no modificó las disposiciones, cosa que sí se dio en el Proyecto de 1853, en el que se estableció una diferencia fundamental entre el Albaceazgo fiduciario y el fideicomiso. Más aún la palabra fiduciario “despierta la idea del Fideicomiso que es también una asignación de confianza”, pero, pese a la notable semejanza, son distintos¹⁸²

Así, el Albacea fiduciario no es propietario fiduciario al no recibir la propiedad de los bienes que se le encomiendan, en cambio, el propietario fiduciario hace suyas las cosas que se le asignan, “para restituirlas a otro en el evento de una condición o en cierto plazo”:

“En el Albaceazgo fiduciario hay solo un cargo de confianza, pero el que la recibe no se hace dueño, ni momentáneamente de la cosa o cantidad que debe emplear en lo ordenado por el testador”. En el supuesto que el testador “deja al Albacea fiduciario el usufructo, como remuneración o como legado, entonces se acumulan las dos instituciones del usufructo y el Albaceazgo, y éste se ejercita hasta la entrega de la cosa y la consolidación del condominio a la persona que debe destinarse”¹⁸³.

B) Tampoco es correcto considerar al Albacea fiduciario como un asignatario modal, y aunque en realidad “ambas instituciones tienen ciertas semejanzas. Existe entre ellas una diferencia fundamental que impide toda confusión”. “En la asignación modal el asignatario no lo es la persona favorecida con el modo, sino aquella a quien se impone la carga de cumplirlo. En el Albaceazgo fiduciario ocurre lo contrario: El albacea fiduciario no es él asignatario en cuanto Albacea (aunque nada impide que a la vez sea asignatario del causante), sino que los asignatarios son las personas favorecidas con los encargos secretos”¹⁸⁴.

Precisamente esa es la razón que la disposición del artículo 1084 del CCE no corre con relación a el Albaceazgo fiduciario, en el cual no se exige que el asignatario sea una persona cierta y determinada, pues el encargo es secreto y el Albacea fiduciario no puede divulgarlo.

¹⁸² Luis Claro Solar: Ob. Cit. Tomo XVI Pág. 456.- Larrea Holguín: Ob. Cit.- Tomo X. Pág. 215.

¹⁸³ Larrea Holguín: Ob. Cit.- Tomo X. Pág. 215. V Luis Claro Solar: Ob. Cit. Tomo XVI Pág. 456.

¹⁸⁴ Manuel Somarriva: Ob. Cit. Pág. 538.

ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL ALBACEAZGO FIDUCIARIO

El Albaceazgo fiduciario tiene características propias que lo diferencian del Albaceazgo “común”, reglado por el Título VIII del CCE; es un albaceazgo “especial”, normado, por el Título IX, en la parte específica, y que admite las reglas del Albaceazgo común en los casos generales y no previstos por el Título IX. Es por lo tanto, también un Albacea o ejecutor testamentario, al encuadrarse en la definición del Art. 1293 del CCE: “Ejecutores Testamentarios o albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de ejecutar sus disposiciones”, pues cumple disposiciones del testador.

1.- Personas que pueden ser nombradas Albaceas Fiduciarias: El artículo 1332, del Código Civil Ecuatoriano señala quienes pueden ser nombrados albaceas fiduciarios. De la lectura de ese artículo se desprende que el testador puede nombrar a las siguientes personas:

- a) El heredero que tiene participación en los bienes, y por lo mismo, interés en la sucesión, y, por ello estará dispuesto favorablemente al cumplimiento del encargo.
- b) Una tercera persona que reúna según la opinión del testador los méritos suficientes de confidencialidad, honradez y diligencia para llevar a cabo la misión encomendada.
- c) El albacea común, al que el Título VIII impone deberes y derechos, y será interesado en el ágil trámite de la sucesión.

Por supuesto, la persona designada deberá ser capaz y tener las calidades necesarias para ser albacea “propriadamente tal o común”, descritas en el Sumario No. 6 de esta obra, con la excepción al eclesiástico regular incurrido en el caso del artículo 1007, esto es “el eclesiástico que hubiese confesado al difunto durante la enfermedad, o habitualmente en los últimos años, anteriores al testamento; ni la orden, convento o cofradía de que sea miembro el eclesiástico; ni sus deudas son consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. “Esta incapacidad comprenderá a las iglesias parroquiales de que son curas los conformes; excepto la iglesia parroquial del testador a la que se podrán hacer las asignaciones, aunque se haya confesado con el cura de ella”. La incapacidad establecida en los incisos anteriores no recaerá sobre la porción de bienes que el eclesiástico o sus deudos habrían heredado, si no hubiese habido testamento. “En igual incapacidad incurrirán los Ministros y las Instituciones religiosas de otros cultos, que hubieren prestado asistencia espiritual al difunto”. De la rápida lectura del artículo 1007 se deduce claramente:

a) La incapacidad es para todo Ministro o Institución religiosa – no importando que sean católicos protestantes, testigos de Jehová, creencia cristiana, Mormones, etc,- que se encuentren incurso en el artículo 1029, no importando que en sus puntos doctrinarios o de fe no se permita la confesión, sino que “hubieren prestado asistencia espiritual al difunto”, en las mismas condiciones que practicaron los curas católicos.

b) Las agrupaciones ateas que tengan personería jurídica, al parecer no están incurso por cuanto, filosóficamente no creen en la existencia del Espíritu, considerando que todo se explica por transformaciones de la materia, y mal podrían prestar asistencia espiritual.

CALIDAD NECESARIA PARA SER ALBACEA COMUN Y LEGATARIO

La personas nombradas, al tenor del artículo 1333, numeral 2, deberán tener “las calidades necesarias para ser Albacea y legatario del testador”. A primera vista se podría creer que como los incapaces para suceder como heredero o legatario se encuentran equiparados, quizás se pudo utilizar un tipo de redacción más concreta. “El Albacea fiduciario tendrá las calidades necesarias para ser Albacea y para suceder al testador.

Más, el motivo de la exigencia del numeral 2 del artículo 1333 al ordenar la calidad del legatario del testador existe “para significar que en el Albaceazgo fiduciario no hay ningún caso de institución de heredero”.

No podrá desempeñarse como Albacea fiduciario, tampoco, la persona indigna de suceder al testador, pero, el testador puede perdonar tal indignidad, y prueba de ello será el nombramiento que hace del Albacea fiduciario para que cumpla el encargo secreto. Si se trata de que la persona nombrada es incapaz, no surte ningún efecto el que se lo nombre, pues, eso sería ilegal ya que la incapacidad no puede perdonarse ¹⁸⁵.

2.- El nombramiento debe hacerse en Testamento: El Albaceazgo fiduciario para ser válido debe de cumplir, al Tenor del artículo 1333 del CCE. los siguientes requisitos:

a.- “Deberá designarse en el Testamento la persona del Albacea fiduciario” lo que equivale a lo siguiente:

¹⁸⁵ Claro Solar: Ob. Cit. Tomo XVI. Pág. 466.-Juan Larrea Holguín: Ob. Cit. Tomo X, Pág. 214.

El nombramiento del Albacea fiduciario debe constar en un testamento válido, lo que indica que tal designación no pueda efectuarse por acto entre vivos, instrumento público o instrumento privado al ser el nombramiento, en sí mismo una disposición testamentaria.

Por ejemplo, si sólo se denomina al Albacea fiduciario y la voluntad de que se le entreguen determinado número de bienes, sin mencionar que se trata de un encargo confidencial, podría considerarse que se trata de una asignación a título modal.

Para la opinión de Claro Solar “no es necesario el empleo de palabras sacramentales; basta que de las palabras que del el testador se sirve, resulte que se le nombre en tal carácter.

Así, por ejemplo, sería suficiente decir: dejo 20.000 dólares que se entregarán a Pedro para que los invierta en el encargo secreto que le tengo indicado. “La Jurisprudencia chilena ha fallado que importa un Albaceazgo fiduciario la disposición en que un testador deja sus bienes muebles a disposición del Albacea, nombrado por él para la ejecución de su Testamento, a fin de que se cumpla el encargo que respecto a ellos ha hecho”¹⁸⁶.

3.- La aceptación del cargo de Albacea fiduciario: El Albaceazgo fiduciario, como ya lo hemos expresado en líneas anteriores, se diferencia del Albaceazgo común o general en la circunstancia particular que en el primero el nombrado recibe un encargo secreto y confidencial por parte del testador, cosa que no ocurre en el segundo, pues, constan en el Testamento perfectamente establecidos los encargos encomendados al ejecutor testamentario. Más, esa diferencia no puede conducirnos a pensar que el Albaceazgo fiduciario sea obligatorio, ya que el artículo 1293 define a los ejecutores testamentarios como “aquellos a quien el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones”, y, tanto el uno como el otro, cumplen disposiciones del testador.

En consecuencia se aplican a el Albacea fiduciario los mismos conceptos que emitimos en el Sumario 7 de la presente obra.

No obstante el Código Civil, y tomando en cuenta lo confidencial y secreto del encargo, dispone que el Albacea fiduciario no puede empezar a desempeñar el encargo por su sola voluntad, tal como ocurre con el Albacea común que puede tácitamente aceptarlo, ejecutando obras relacionadas con la voluntad del testador. Al contrario, el artículo 1335 señala: “El Albacea fiduciario deberá jurar ante el

¹⁸⁶ Valencia Zea. -Ob. Cit.- Tomo 6, Pág 335. La opinión de Valencia posiblemente se encuentra influenciada por el endémico y terrorismo que sufre Colombia durante largos años, y la denuncia pública que se hizo del narcolavado a través del Albaceazgo fiduciario

Juez que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz¹⁸⁷, o invertirla en un objeto ilícito”. “Jurará al mismo tiempo, desempeñar fiel y legalmente el cargo, sujetándose a la voluntad del testador”. “La prestación del juramento deberá preceder a la entrega o abono de las especies o dineros asignados al encargo”. “Si el Albacea fiduciario se negare a prestar el juramento a que está obligado, caducará por el mismo hecho el encargo”.

Aún más en el caso del Albacea común, el artículo 1318 dispone: “Los herederos, legatarios o fideicomisarios, en el caso de justo temor sobre la seguridad de sus bienes de que fuere tenedor el Albacea, y a que respectivamente tuvieran derecho actual o eventual, podrán pedir que se le exijan las debidas seguridades”.

En cambio, tratándose del Albaceazgo fiduciario, se establece la caución, tal como lo dispone el artículo 1336 “El Albacea fiduciario podrá ser obligado, a instancias de un albacea general, o de un heredero, o del curador de la herencia yacente, y con 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 cantidad a la acción de reforma o a las deudas hereditarias, en los casos prevenidos por la Ley”,

El artículo 1336 establece, como ya hemos visto, las personas que pueden pedir la caución a el Albacea fiduciario: El Albacea general, el heredero, el curador de la herencia yacente que tengan un justo motivo para solicitarla. Larrea Holguín cita como ejemplos del justo temor que se perjudique a alguien, como no cumplirse “la porción conyugal, las legítimas o las mejoras – o que quedaran impagos los acreedores, en todo o en parte de su créditos sucesorios. Estas situaciones pueden surgir porque aparezcan nuevas deudas o nuevos legitimarios, que no se conocían inicialmente o bien desde un primer momento aparece que la herencia está demasiado gravada¹⁸⁸.

“Podrá aumentarse esta cantidad, si el Juez lo creyere necesario para la seguridad de los interesados”. “Expirados los 4 años subsiguientes a la apertura de la sucesión, se devolverá al Albacea fiduciario la parte que reste, o se le cancelará la caución” (Art. 1336).

El límite de los 4 años lo señala la Ley al suponer que durante ese tiempo se ha establecido claramente quienes son los legitimarios; los acreedores; si hay o no

¹⁸⁷ El Art. 357 se refiere a las incapacidades, no a las indignidades, por cuanto estas no pueden alegarse en contra de las disposiciones testamentarias expresas, posteriores a los hechos que constituyen la causal. Por lo mismo nada opta a que el testador haga encargos secretos en beneficio del indigno, “pues con ello no hace sino ejercer una facultad que le concede la ley: perdonar la indignidad”. Manuel Somarriva: Ob Cit.- Pág. 542.

¹⁸⁸ Larrea Holguín: Ob. Cit.- Volumen X, pág. 221.

razón de la reforma del Testamento. Larrea Holguín considera que “si antes de ese plazo ya se han satisfecho los derechos de los asignatarios forzosos y los acreedores, no tendría razón de continuar el depósito de los bienes o la caución, que deberían levantarse”¹⁸⁹.

Con relación a la expresión “se devolverá a el Albacea fiduciario la parte que reste...”, lógicamente se refiere a los bienes “quedados en depósito como garantía”, “a todos ellos si no se ha deducido acción de reforma del testamento, como lo da a entender la disposición al hablar de la expiración de los 4 años subsiguientes a la apertura de la sucesión en que prescribe la acción de reforma a que se refiere el inciso primero del artículo 1336”.

Comprende también “lo que reste del valor de los bienes depositados por haberse invertido parte de ellos en el cumplimiento de una sentencia obtenida mediante la acción de reforma de un legitimario o asignatario forzoso o perjudicado, y haber vencido los 4 años sin haberse presentado ningún otro asignatario forzoso, pidiendo la reforma del testamento; o la totalidad de los bienes depositados si no había habido lugar a reformar el testamento o ninguno de los asignatarios forzosos perjudicados hubiera deducido dicha acción”¹⁹⁰.

4.- El Encargo:

Debe indicarse en el Testamento la existencia de un encargo hecho a el Albacea fiduciario. El Diccionario de la Real Academia Española, en su vigésima edición define la palabra encargar “como encomendar, poner una cosa al cuidado de uno // imponer una obligación”, lo que obliga al testador a manifestar que hace encargos secretos y confidenciales, por supuesto, sin detallar en qué consiste tal misión o carga.

Por lo mismo, no es válido el Albaceazgo fiduciario si el testador se limita simplemente a señalar que nombra a X como Albacea fiduciario, sin manifestar que debe cumplir “encargos secretos y confidenciales”, para que invierta en uno o más objetos lícitos una parte de bienes de los que pueda disponer libremente.

Claro está que no se necesitan fórmulas rituales y es suficiente el nombramiento, la mención expresa que debe cumplir una misión confidencial y la masa de bienes

¹⁸⁹ Larrea Holguín: Ob. Cit. Tomo X Pág. 222. Comentando la sentencia de la Corte Suprema, publicada en la Gaceta Judicial serie II # 135, Pág 1077 afirma: “por consiguiente, si los bienes depositados en seguridad producen frutos, deben conservarse para el encargo secreto, pero una vez que se haya cubierto las deudas y porciones legitimarias que tienen preferencia”. “Es decir, que se han de gastar esos frutos en completar las asignaciones forzosas y en pagar las deudas, y si queda saldo, corresponde al objetivo para el cual dejó el testador esos bienes.

¹⁹⁰ Luis Claro Solar. Ob. Cit.- Tomo XVI. Pág. 487 y 488.

que se le designan para el cumplimiento del encargo, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

a) Secreto confidencial:

El mismo Diccionario afirma que la palabra secreto viene del latín *secretum* y tiene las siguientes acepciones: “lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto // reserva, sigilo // despacho de las causas de fe, en las cuales entendía secretamente el Tribunal de la Inquisición // conocimiento que exclusivamente alguno posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en Medicina o en otra Ciencia, Arte u Oficio // oculto, ignorado, escondido y separado de la vista o del conocimiento de los demás.

Confiar: (del latín *confidare*, por *confidere*) esperar con firmeza y seguridad // encargar o poner al cuidado de alguien algún negocio u otra cosa // Depositar en alguien, sin más seguridad que en la buena fe y la opinión que de él tiene la hacienda el secreto o cualquier otra cosa.

En consecuencia el Albacea fiduciario está impedido de revelar la naturaleza del encargo secreto y confidencial., y, “no estará obligado en ningún caso a revelar el objeto del encargo secreto, ni dar cuenta de su administración” (Art. 1337).

b) El encargo debe ser lícito:

Qué ocurriría si el Albacea fiduciario revela lo confidencial y secreto de su gestión?: Podría caer en la violación del artículo 196 del Código Penal: “El que teniendo noticia, por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o Arte de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revelare sin causa justa, será reprimido con prisión de seis meses a tres años y multa de 50 a 500 sucres”, pues falta a la confiabilidad y secreto que el testador depositó en su persona.

El artículo 1332 del CCE. dispone que el encargo encomendado a el Albacea fiduciario deben ser lícito, es decir no prohibido por la Ley. Más, podría darse el caso que la misión encomendada no sea lícita y que el Albacea fiduciario se resista a prestar el juramento establecido en el artículo 1335, en cuyo cumplimiento debe, bajo juramento, expresar “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”. ¿Cuál es el procedimiento facilitado por la ley para evitar al designado no revelar la naturaleza del encargo hecho por el testador sin faltar al secretismo y confiabilidad, pero de manera ilegal?:

El último inciso del artículo 1335 dispone: “si el Albacea fiduciario se negare a prestar el juramento a que está obligado, caducará por el mismo hecho el encargo”. Ahora bien, también puede ocurrir que el Albacea fiduciario jure ante el juez cumplir con lo preceptuado en el artículo 1335, pero, en realidad, cumpla un encargo ilícito. Ese riesgo existe y ha sido el motivo para que Valencia Zea considere que “esta institución de los albaceas fiduciarios es manifiestamente perniciosa y ajena a nuestras costumbres.

En efecto, si el encargo debe ser para uno o más objetos lícitos, ¿Cómo medir la licitud o moralidad de una confidencia? Si ya es grave problema el precisar la licitud o ilicitud de las declaraciones de voluntad sometidas a la publicidad constituye una imposible calificar la de un acta secreta. No hay duda que en este caso se trata de un exceso de protección a la voluntad privada de los particulares, dando eficacia a sus intenciones secretas y a sus caprichos. De esta forma la institución de los albaceas fiduciarios será el conducto de una ilicitud¹⁹¹.

Larrea Holguín, al tratar el mismo punto, afirma: “En el momento presente puede seguir siendo útil mas que un testador repare de modo discreto perjuicios que haya causado y que no pueda o no quiera reconocer abiertamente; para mejorar la condición de alguna persona o institución; para promover sin vanidad, ocultamente un ideal de servicio, misericordia, caridad o piedad”.

“Ciertamente, como todo lo humano, puede abusarse de la institución valiéndose de ella para fines torcidos, que la ley prohíbe pero que bajo la capa del secreto se realizan mas fácilmente”. “El riesgo del mal empleo de una institución no es, sin embargo, motivo para censurarla en si misma y, mucho menos, para pensar que debe suprimirse como han sugerido algunos¹⁹²”.

5) Personalísimo, intransmisible, indelegable, remunerado y temporal:

Pese a que el título noveno al legislar sobre los albaceas fiduciarios no establece expresamente los requisitos de personalísimo, intransmisible, indelegable, remunerado y temporal del cargo, no se debe perder de vista -como lo hemos dicho en líneas anteriores- que tanto el Albacea fiduciario como el común, se encuadran en la definición que de ejecutor testamentario proporciona el artículo 1293, motivo por el cual se aplican a el Albacea fiduciario las reglas señaladas para el albacea común, siempre y cuando no se opongan a la naturaleza misma del Albaceazgo fiduciario.

¹⁹¹ Valencia Zea: Ob. Cit. Tomo 6, Pág. 335.

¹⁹² Larrea Holguín: Ob. Cit.- Volumen, Pág. 214.

Las características de personalísimo, intransmisible, indelegable, remunerado y temporal no se oponen de ninguna manera a la naturaleza del Albaceazgo fiduciario; lo que es más, adquieren igual o mayor significación debido a la naturaleza confidencial y secreta de la misión confiada a el albacea fiduciario. Por estos motivos remitimos los comentarios a lo expuesto en el Sumario No. 3 del presente trabajo.

Sin perder la característica de remunerado del Albaceazgo fiduciario se podrían presentar tres situaciones:

- a) El testador deja una asignación por los servicios que prestará el Albacea fiduciario. Si renuncia la pierde, pérdida que también será efectiva si después de aceptar y jurar, no hace absolutamente nada. Si se posesiona y actúa, la asignación es válida.
- b) Podría ocurrir que el testador hace una asignación a el albacea fiduciario, sin especificar que toma esa decisión como remuneración por el trabajo que éste prestará. ¿Ello significa que, además, debe reconocerse una cantidad por su trabajo a el albacea fiduciario? La lógica nos indica que esa solución sería errónea, pues, no hay que olvidar que el testador debió conocer profundamente la moralidad y capacidad del futuro albacea fiduciario, causa por la cual hizo la asignación.
- c) El Albacea fiduciario se posesiona del cargo, recibe los bienes, rinde la caución establecida en el artículo 1336 y, posteriormente, renuncia: ¿Tiene derecho a solicitar que se le entregue parte de la asignación por los trabajos efectuados?. Igualmente la lógica nos dice que no, pues el encargo, al ser secreto y confidencial, le impide señalar en qué consiste el mismo y qué parte efectuó.

6) Bienes Destinados Al Cumplimiento De La Voluntad Del Testador:

El Código Civil legisla sobre la cantidad de bienes que puede disponer el testador para el cumplimiento de parte del Albacea Fiduciario del encargo secreto y confidencial, además establece otras condiciones:

- a) “Deberán expresarse en el testamento las especies o la determinada suma que ha de entregarse para el cumplimiento de su cargo”. La disposición contenida en el numeral tercero del artículo 1333 ordena que la asignación de bienes para encargos secretos sea a título singular; que el supuesto que en el testamento se disponga la entrega de la totalidad o parte de los bienes del testador, esa asignación es a título universal, causa por la cual invalidaría la designación del albacea fiduciario.

Según Juan Larrea Holguín la insistencia del artículo 1333, numeral 3 en mencionar “especies determinadas parece excluir la posibilidad de que el testador designe una cuota de sus bienes para el encargo confidencial”, pues si se trata de especies determinadas existe un legado, mientras que si se refiere a cuota se trata de una herencia. Más, no existe inconveniente para que el testador disponga de una parte alícuota de sus bienes para un encargo secreto, ya que con ello cumple el requisito de la determinación y queda patente que no excede la cuota de libre disposición¹⁹³

No existe unanimidad en la Doctrina y la Jurisprudencia chilena y colombiana sobre el tema.

Los partidarios de la posibilidad legal de señalar una “cuota” en estos casos, expresan que la “cuota” es siempre determinada (un tercio, un octavo, nunca la totalidad). Además, el Código en el artículo 1334 parece referirse a “cuota” “cuando dispone: “no se podrán destinar a dichos encargos secretos más que la mitad de la porción de bienes que el testador haya podido disponer a su arbitrio”¹⁹⁴.

La Jurisprudencia ecuatoriana está representada únicamente por un fallo contenido en la Gaceta Judicial II, # 135, pág. 1077 que afirma ser “nula la disposición fiduciaria de la mitad de los bienes del testador. Larrea Holguín, como hemos apreciado considera no existir inconveniente legal” para que el testador disponga de una parte alícuota de sus bienes para un encargo secreto, ya que con ello cumple el requisito de la determinación y queda patente que no excede la cuota de libre disposición¹⁹⁵.

Claro Solar, afirma que la asignación “para un encargo secreto de la mitad, la tercera parte, la quinta parte de los bienes, ni la del remanente de los bienes del testador si las demás asignaciones fueran a título singular, no sería válida ya que en tal caso se podría considerar que el asignatario del remanente (el Albacea fiduciario) ha sido instituido heredero universal, y en el Albaceazgo fiduciario no hay un asignatario señalado”. Si se destina una “determinada suma”, tal como dispone el # 3 del artículo 1355 debe entenderse equivalente a cantidad de dinero. Esa cantidad de dinero deberá ser determinada y no determinable. Así, por ejemplo, se cumplirá con la ley si se dice 10.000 dólares de Norteamérica, 20.000 euros, 15.000 dóla-

¹⁹³ Larrea Holguín: Ob. Cit. Tomo X, pág. 218.

¹⁹⁴ El Diccionario de la Real Academia trae las siguientes concepciones de Porción: cantidad segregada de otra mayor // número considerable e indeterminado de personas o cosas // cuota individual en cosa que se distribuye entre varios partícipes // cuota que se considera estrictamente necesaria para sustento de los eclesiásticos.

¹⁹⁵ Larrea Holguín: Ob. Cit. Pág. 218.

res canadienses o 10.000 jens. No tendría validez si la expresión consiste, por ejemplo, en decena de euros, millares de dólares de Norteamérica etc.¹⁹⁶.

Mucho se discute en doctrina con relación al artículo 1334, el que señala que no se podrán destinar a encargos secretos, “más de la mitad de la porción de bienes que el testador haya podido disponer a su arbitrio”.

Algunos tratadistas han señalado que esa disposición -verdadera prohibición- se refiere al caso de testadores obligados por Ley a respetar las asignaciones forzosas de los legitimarios; y en el supuesto de no existir legitimarios, tendrá la facultad de disponer a su arbitrio de todos sus bienes. Más el artículo 1334 señala en forma imperativa: no se podrán destinar a dichos encargos secretos, más de la mitad de la porción de bienes de que el testador haya podido disponer a su arbitrio.

Al utilizarse la palabra “porción” ésta significa parte, cuota, nunca totalidad. Opinión que se ve reforzada por lo que las disposiciones de los artículos 1332 y 1333, al utilizar lo primero la expresión “para que se invierta en uno o más objetos lícitos una parte de los que puede disponer libremente; y el segundo “en que haya de emplearse alguna parte de sus bienes.

En general, la doctrina casi es unánime en señalar que el testador no puede exceder de la mitad de la porción de sus bienes para encargos secretos y confidenciales.

7.- Terminación del Albaceazgo fiduciario: El Albaceazgo fiduciario tiene las mismas causas de finalización del Albaceazgo común razón por la cual nos remitimos al Sumario 11 del presente trabajo. Dichas causas son las siguientes:

a) Por el transcurso del término establecido por el testador, por la ley o la ampliación concedida por el Juez: Teniendo el albaceazgo la característica de temporal ya que corresponde a un estado transitorio, circunstancial, interino y no definitivo, termina con el transcurso del término fijado por el testador, la ley o la ampliación concedida por el juez. Para el primer caso el artículo 1325 dispone: “El albaceazgo durará el tiempo cierto y determinado que se haya prefijado por el testador”. Si el testador no ha prefijado un tiempo cierto y determinado se aplica el artículo 1325, y “durará un año contado desde el día en que el albacea haya comenzado a ejercer el cargo. Puede ocurrir que la realización del encargo demande más tiempo, aplicándose entonces el artículo 1326: “El juez con conocimiento de causa podrá prorrogar el plazo por un año más”. Nótese que es una facultad discrecional del juez el prorrogar el término, y ante la solicitud del albacea

¹⁹⁶ Qué ocurre si el Testamento dispone la entrega de una cantidad de dinero referente a una moneda que ha perdido curso legal, por ejemplo, 100.000.000 de sucres? ¿Es una suma determinada o determinable?. Indudablemente que determinable, situación que la mayoría de la Doctrina acepta.

fiduciario - que no puede revelar la naturaleza del encargo -, nos parece que la expresión “con conocimiento de causa”, se debe de entender con relación ante los antecedentes, solvencia y probidad demostrada por el albacea fiduciario. Si el juez tiene dudas rechazará la ampliación. Una seguridad adicional para el juez sería exigir que en el pedido de ampliación se reitere el juramento a que alude el artículo 1335.

El artículo 1328 ordena que: “Los herederos podrán pedir la terminación del albaceazgo desde que el albacea haya evacuado el cargo, aunque no haya expirado el plazo señalado por el testador o la ley, o ampliado por el juez”.

Tal supuesto se presenta cuando el Albacea general haya evacuado el cargo antes del término, e igualmente el Albacea fiduciario haya evacuado el suyo, pues, no existiría razón lógica para que continúe el Albaceazgo.

b) Por la ejecución total del Testamento: Si el Albacea general y el Albacea fiduciario han ejecutado sus trabajos, y en general ha sido ejecutado totalmente el Testamento, cumpliéndose los requisitos impuestos por la Ley, antes del término prefijado por el testador o la ampliación concedida por el juez, no existe razón lógica para que continúe el Albaceazgo. Por tales motivos el artículo 1328 concede a los herederos la facultad de “pedir la terminación del Albaceazgo, desde que el albacea haya evacuado el cargo, aunque no haya expirado el plazo señalado por el testador o la Ley, ampliado por el Juez”¹⁹⁷.

c) Por la muerte del Albacea fiduciario: La razón principal para que la Ley permita que el Albacea fiduciario no rinda cuentas, consiste en la extrema confianza demostrada por el testador; confianza que se presume no existiría si el Albaceazgo fuera transmisible a los herederos del ejecutor testamentario fiduciario.

d) Por la renuncia del Albacea fiduciario: Si el Albacea fiduciario, después de haberse posesionado, renuncia, alegando un motivo justo o, sin hacerlo, es indudable que finalizó el Albaceazgo, considerando que no puede existir esa institución sin Albacea, y, además, el artículo 1298 legisla sobre la renuncia del albacea general. Nótese que en el caso del Albaceazgo fiduciario al renunciar éste no habrá quien lo sustituya, a menos que el testador haya designado a otra persona como reemplazo. Aún en este evento – renuncia del Albacea fiduciario y existencia del sustituto – corre peligro el encargo secreto y confidencial, pues, se podría filtrar la naturaleza del encargo. Por tales motivos existe duda en la aceptación de Albaceas fiduciarios sustitutos.

¹⁹⁷ Fernando Vélez: Ob. Cit.- Tomo V Pág. 180.- Luis Claro Solar: Ob. Cit.- Tomo XVI, Pág. 442.

e) Por no comparecer el Albacea fiduciario para expresar si acepta o no el cargo: Si el Albacea fiduciario no comparece para aceptar el cargo, simplemente no existe Albaceazgo, de acuerdo al artículo 1297 al espíritu del inciso final del artículo 1333 y a la disposición final del artículo 1335 que señala: “Si el albacea fiduciario se negare a prestar el jurar el juramento a que está obligado, caducará por el mismo hecho el encargo”.

f) Por la nulidad del Testamento en que fue nombrado el Albacea: Etimológicamente nulidad procede “del latín medieval nullitas, tis derivado del clásico nullus, - a - um, “ninguno, compuesto de ne “ni” y de ullus; - a, - um “uno”.

Nullus era usado en la época clásica también como calificativo como valer de “nulo – sin valor, sin validez -”, acepción que fue tomada por los idiomas romances hacia el siglo XVI tanto para el sustantivo como para el adjetivo¹⁹⁸. Ese concepto es mantenido por la Ley, y lo nulo es como si nunca hubiere existido. Si el Testamento en el que se nombró a el Albacea fiduciario es nulo, no hay Albaceazgo, por lo que no es científico hablar que éste termina por nulidad del Testamento donde se lo nombró; porque simplemente nunca existió Albaceazgo fiduciario.

g) Por remoción del Albacea fiduciario: El artículo 1321 establece la remoción del Albacea por culpa grave o dolo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente. ¿Puede esto ocurrir con el Albacea fiduciario, que no debe rendir cuentas de su gestión secreta y confidencial?: Larrea Holguín, considera que “no resultará fácil evitar el abuso de destinar bienes para un objeto ilícito ni probar esta ilegalidad si se produce. Con todo no se piense que sea imposible, porque, una vez cumplido el encargo, por más que sea secreto puede aparecer el destino que se ha dado a los bienes del causante, y si se comprueba la ilegalidad, se anulará todo lo hecho. Principalmente si se trata de especies concretas y, sobre todo de inmuebles, no permanecerá oculto el uso ilegal que se haya dado de ellos”¹⁹⁹.

Nótese que Larrea se refiere “cuando ya se ha cumplido el encargo, y no al momento en que se está ejecutando el encargo”. No obstante, si los herederos o el curador de la herencia yacente tienen pruebas que demuestren estar procediendo el albacea fiduciario por culpa grave o dolo, consideramos que se puede aplicar el artículo 1321, y todo será cuestión de probarlo. No será nada fácil, pero existe la posibilidad.

h) Por incapacidad superviniente: Si el Albacea fiduciario sufre una incapacidad superviniente no podrá cumplir el encargo secreto y confidencial, razón por la cual termina el albaceazgo fiduciario. El artículo 1296 dispone: “La incapacidad su-

¹⁹⁸ Eduardo Couture: Vocabulario jurídico, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, Pág. 423.

¹⁹⁹ Larrea Holguín Ob. Cit.- Pág. 216.

perviniente pone fin al Albaceazgo” y ésta es una regla que se aplica a todos los albaceas, pues no atenta contra la naturaleza del Albaceazgo fiduciario.

RENDICIÓN DE CUENTAS DEL ALBACEA FIDUCIARIO:

El Albacea común, al tenor del artículo 1330 dispone: “El Albacea, luego que cese en el ejercicio del cargo, dará cuenta de la administración, justificándola”. “No podrá el testador relevarle de ésta obligación”. En cambio el Albacea fiduciario según el artículo 1337, “no estará obligado en ningún caso a revelar el objeto del encargo secreto, ni a dar cuenta de su administración”. La disposición del artículo 1337 es específica para el Albacea fiduciario, desplazando a lo dispuesto por el artículo 1396. En consecuencia no está obligado a dar cuenta de su administración.

Indudablemente ésta es una de las causas para que civilistas como Valencia Zea se pronuncien frontalmente en contra de la institución del albaceazgo fiduciario.

CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO

TITULO VIII:

DE LOS EJECUTORES TESTAMENTARIOS

ART. 1293 (Definición).- Ejecutores testamentarios o Albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones.

ART. 1294.- (Los herederos como albaceas).- No habiendo el testador nombrado Albacea, o faltando el nombrado, el encargo de hacer ejecutar las disposiciones del testador pertenece a los herederos.

ART. 1295.- (Incapacidades).- No puede ser Albacea el menor. Tampoco pueden ser las personas designadas en los artículos 518 y 519.

ART. 1296.- (Incapacidad superviniente).- La incapacidad superviniente pone fin al albaceazgo.

ART. 1297.- (Plazo para comparecer y ejercer el cargo).- El Juez, a instancia de cualquiera de los interesados en la sucesión, señalará un plazo razonable dentro del cual comparezca el Albacea a ejercer su cargo, o a excusarse de servirlo; y podrá el Juez, en caso necesario, ampliar por una sola vez el plazo.

Si el Albacea estuviere en mora de comparecer, caducará su nombramiento.

ART. 1298.- (Renuncia del Albaceazgo).- El albacea nombrado puede rechazar libremente el cargo.

Si lo rechazare sin probar inconveniente grave, se hará indigno de suceder al testador, con arreglo al artículo 1035, inciso segundo.

ART. 1299.- (Obligación de evacuar el Albaceazgo) (Definición).- Aceptando expresa o tácitamente el cargo, está obligado a evacuarlo, excepto en los casos en que es lícito al mandatario exonerarse del suyo.

La dimisión del cargo, con causa legítima, le priva sólo de una parte proporcionada de la asignación que se le haya hecho en recompensa del servicio.

ART. 1300.- (Intransmisibilidad del albaceazgo).- El albaceazgo no es transmisible a los herederos del albacea.

ART. 1301.- (Indelegabilidad del Albaceazgo). (Mandatarios).- El Albaceazgo es indelegable, a menos que el testador haya concedido expresamente la facultad de delegarlo.

El Albacea, sin embargo, podrá constituir mandatarios que obren a sus órdenes; pero será responsable de las operaciones de éstos.

ART. 1302.- (Responsabilidad solidaria).- Siendo muchos los albaceas, todos son solidariamente responsables, a menos que el testador los haya exonerado de la solidaridad, o que el mismo testador o el Juez haya dividido sus atribuciones, y cada uno se ciña a las que le incumban.

ART. 1303.- (División de atribuciones).- El Juez podrá dividir las atribuciones, en ventaja de la administración y a pedimento de cualquiera de los albaceas o de cualquiera de los interesados en la sucesión.

ART. 1304.- (Albaceas con atribuciones comunes).- Habiendo dos o más Albaceas con atribuciones comunes, todos obraran de consuno, de la misma manera que se previene para los tutores en el artículo 438.

El Juez dirimirá las discordias que se suscitaren entre ellos.

El testador podrá autorizarlos para obrar separadamente; pero por esta sola autorización no se entenderá que los exonera de la responsabilidad solidaria.

ART. 1305.- (Obligaciones generales del Albacea).- Toca al Albacea velar sobre la seguridad de los bienes; hacer que se guarden bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne; y cuidar de que se proceda a este inventario, con citación de los herederos y de los demás interesados en la sucesión, salvo que, siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes, determinen unánimemente que no se haga inventario solemne.

ART. 1306.- (El Albacea y la apertura de la sucesión).- Todo Albacea estará obligado a dar noticias de la apertura de la sucesión por avisos públicos en el periódico del Cantón, si lo hubiere, o no habiéndolo, en carteles que se fijarán en tres de los parajes más públicos de la ciudad cabecera, y cuidará de que se cite a los acreedores por edictos que se publicarán de la misma manera.

ART. 1307.- (Obligación de los albaceas frente a los acreedores hereditarios).- Sea que el testador haya encomendado o no al Albacea el pago de las deudas, estará éste obligado a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficiente para pagar las conocidas.

ART. 1308.- (Sanción).- La omisión de las diligencias prevenidas en los dos artículos anteriores, hará responsable al Albacea de todo perjuicio que ella irroge a los acreedores.

Las mismas obligaciones y responsabilidades recaerán sobre los herederos presentes que tengan la libre administración de sus bienes, o sobre los respectivos tutores o curadores.

ART. 1309.- (Pago de deudas).- el Albacea encargado de pagar las deudas hereditarias, lo hará precisamente con intervención de los herederos presentes, o del curador de la herencia yacente, en su caso.

ART. 1310.- (Acción de los acreedores contra los herederos).- Aunque el Testador haya encomendado a el Albacea el pago de las deudas, los acreedores tendrán siempre expedita su acción contra los herederos, si el Albacea estuviera en mora de pagarles.

ART. 1311.- (Pago de los legados).- Pagará los legados que no se hayan impuesto a determinado heredero o legatario, para lo cual exigirá a los herederos o al curador de la herencia yacente, el dinero que sea menester y las especies muebles o inmuebles en que consistan los legados, si el testador no le hubiere dejado la tenencia del dinero o de las especies los herederos, sin embargo, podrán hacer el pago de dichos legados por si mismos, y satisfacer a el Albacea con las respectivas

cartas de pago; a menos que el legado consista en una obra o hecho particularmente encomendado a el Albacea y sometido a su juicio.

ART. 1312.- (El Albacea y los legados para objeto de beneficencia).- Si hubiere legados para objeto de beneficencia pública, dará conocimiento de ellos, con inserción de las respectivas cláusulas testamentarias, al Ministerio Público, a quien, así mismo, denunciará las negligencias de los herederos o legatarios obligados a ellos, o del curador de la herencia yacente, en su caso.

El Ministerio Público perseguirá judicialmente de los omisos. Los legados destinados a obras de piedad religiosa, como sufragios, aniversarios, capellanías, casas de ejercicios espirituales, fiestas eclesiásticas, y otros semejantes, dará cuenta al Ministerio Público y al ordinario eclesiástico, quien podrá pedir, en su caso, a la autoridad civil las providencias judiciales necesarias para que los obligados a pagar estos legados los satisfagan.

El Ministerio Público y el ordinario eclesiástico, en su caso, podrán también proceder espontáneamente a la diligencia antedicha contra el Albacea, los herederos o legitimarios omisos.

El mismo derecho se concede a las municipalidades, respecto de los legados de utilidad pública en que se interesen los respectivos vecindarios.

ART. 1313.- (Caución de conservación de los legados).- Si no hubiere de hacerse inmediatamente el pago de especies legadas, y se temiere fundadamente que se pierdan o deterioren por negligencia de los obligados a darlas, el Albacea a quien incumba hacer cumplir los legados, podrá exigirles caución.

ART. 1314.- (Venta de bienes hereditarios para pago de deudas y legados).- Con anuencia de los herederos presentes procederá a la venta de los muebles, y subsidiariamente de los inmuebles, si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas o de los legados; y podrán los herederos oponerse a la venta, entregando al Albacea el dinero que necesite para el efecto.

ART. 1315.- (Formalidades para ventas y otros actos del Albacea).- Lo dispuesto en los artículos 437 y 455, se extiende a los Albaceas.

ART. 1316.- (Comparecencia en juicio).- El Albacea no podrá comparecer en juicio en calidad de tal, sino para defender la validez del Testamento, o cuando le fuere necesario para llevar a ejecución las disposiciones testamentarias que le incumban; y en todo caso, lo hará con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente.

ART. 1317.- (Albacea con tenencia de bienes).- El testador podrá dar al Albacea la tenencia de cualquiera parte de los bienes o de todos ellos.

El Albacea tendrá en este caso las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente; pero no estará obligado a rendir caución sino en el caso del artículo 1318.

Sin embargo de esta tenencia, habrá lugar a las disposiciones de los artículos precedentes.

ART. 1318.- (Facultad de exigir seguridades al Albacea).- Los herederos, legatarios o fideicomisarios, en el caso de justo temor sobre la seguridad de los bienes de que fuere tenedor el Albacea, y al que respectivamente tuvieren derecho actual o eventual, podrá pedir que se exijan las debidas seguridades.

ART. 1319.- (Ampliación de facultades o exoneración de obligaciones).- El testador no podrá ampliar las facultades del Albacea ni exonerarle de sus obligaciones, según se haya unas y otras definidas en este Título.

ART. 1320.- (Alcance de la responsabilidad del Albacea).- El Albacea es responsable hasta de la culpa leve en el desempeño de su cargo.

ART.1321.- (Remoción del Albacea). (Sanciones).- Será removido por culpa grave o dolo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente. En caso de dolo se hará indigno de tener parte alguna en la sucesión y además de indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados, restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución.

ART. 1322.- (Prohibición de cumplir disposiciones ilegales).-(Sanción).- Se prohíbe al Albacea cumplir las disposiciones del testador en lo que fueren contrarias a las leyes, so pena de nulidad, y de considerársele culpado de dolo.

ART. 1323.- (Remuneración).- La remuneración del Albacea, si el testador no hubiera señalado ninguna, será el cuatro por ciento de los bienes que administre; y si fueren dos o más, la remuneración se dividirá entre ellos en partes iguales. En ningún caso, tales derechos excederán de la cuarta de libre disposición y se deducirán del acervo total de los bienes.

ART. 1324.- (Duración del Albaceazgo).- El Albaceazgo durará el tiempo cierto y determinado que se haya prefijado por el testador.

ART. 1325.- (Duración del Albaceazgo sin tiempo determinado).- Si el testador no hubiere prefijado tiempo para la duración del Albaceazgo, durará un año contado desde el día en que el Albacea haya comenzado a ejercer el cargo.

ART. 1326.- (Prorrogación del Albaceazgo).- El Juez, con conocimiento de causa, podrá prorrogar el plazo por un año más.

ART. 1327.- (El ejercicio del Albaceazgo no impide la partición).- El plazo prefijado por el testador o la Ley, o ampliado por el Juez, se entenderá sin perjuicio de la partición de los bienes y de su distribución entre los partícipes.

ART. 1328.- (Solicitud de terminación del Albaceazgo).- Los herederos podrán pedir la terminación del Albaceazgo, desde que el Albacea haya evacuado el cargo, aunque no haya expirado el plazo señalado por el testador o la Ley, o ampliado por el Juez.

ART. 1329.- (Impedimento de la terminación del Albaceazgo).- No será motivo ni para la prolongación del plazo, ni para que no termine el Albaceazgo, la existencia de legados o fideicomisos cuyo día o condición estuvieren pendientes; a menos que el testador haya dado expresamente al Albacea la tenencia de las respectivas especies o de la parte de bienes destinados a cumplirlos; en cuyo caso se limitará a el Albaceazgo a esta sola tenencia.

Lo dicho se extiende a la deuda cuyo pago se hubiere encomendado a el Albacea, y cuyo día, condición o liquidación estuvieren pendientes, y se entenderá sin perjuicios de derechos conferidos a los herederos por los artículos precedentes.

ART. 1330.- (Rendición de cuentas).- El Albacea, luego que cese en el ejercicio del cargo, dará cuenta de la administración, justificándola. No podrá el testador relevarle de esta obligación.

ART. 1331.- (Cobro o pago de saldos).- El Albacea, examinadas las cuentas por los respectivos interesados, y deducidas las expensas legítimas, pagará o cobrarán el saldo que en su contra o a su favor resultare, según lo prevenido para los tutores y curadores, en iguales casos.

DE LOS ALBACEAS FIDUCIARIOS

Título IX:

Art. 1332.- (Albacea fiduciario).- 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 parte de bienes de que pueda disponer libremente.

El encargado de ejecutarlos se llama Albacea fiduciario.

ART. 1333.- (Requisitos de los encargos secretos).- Los encargos que el testador haga secreta y confidencialmente, y en que haya de emplearse alguna parte de sus bienes, se sujetarán a las reglas siguientes:

- 1.- Deberá designarse en el Testamento la persona del albacea fiduciario;
- 2.- El Albacea fiduciario tendrá las calidades necesarias para ser Albacea y legatario del testador; pero no obstará la calidad de eclesiástico secular, con tal que no se halle en el caso del artículo 1007; y,
- 3.- Deberán expresarse en el Testamento las especies o la determinada suma que ha de entregársele para el cumplimiento de su cargo.

Faltando cualquiera de estos requisitos no valdrá la disposición.

ART. 1334.- (Cuantía máxima de los encargos secretos).- No se podrá destinar a dichos encargos secretos, solamente la mitad de la porción de bienes de que el testador haya podido disponer a su arbitrio.

ART. 1335.- (Juramento del Albacea fiduciario).- 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 el cargo, sujetándose a la voluntad del testador.

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

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

ART. 1336.- (Caución para una posible reforma del Testamento).- 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 justo motivo, a dejar en depósito o afianzar la cuarta parte de lo que por razón del encargo se le entregue, para res-

ponder con esta cantidad a la acción de reforma o a las deudas hereditarias, en los casos prevenidos por la ley.

Podrá aumentarse esta cantidad, 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.

ART. 1337.- (Secreto del Albacea fiduciario).- El Albacea fiduciario no estará obligado en ningún caso a revelar el objeto del encargo secreto, ni a dar cuenta de su administración.

BIBLIOGRAFÍA

ARRAZOLA: Enciclopedia española de Derecho y administración. Madrid.- 1910.

ARANGIO RUIZ: Instituciones del Derecho romano.- Editorial de Palma.- Buenos Aires.- 1952.

ARROYO DEL RIO: Estudios Jurídicos.- Imprenta Jarier.- Guayaquil 1964.

BARROS ERRÁZURIZ: Curso de Derecho Civil.- 6ª. Edición.- Santiago de Chile.- 1946.

BELLO: Obras completas.- Editorial del Ministerio de Educación de Venezuela.- 1955.

BARCIA: Sinónimos castellanos.- Editor: J.M. Faquimeto.- Ver “albaceas”.

CARRIZOSA PARDO: Las sucesiones.- Bogotá.- 1956.

CASTAN: Derecho Civil.- Madrid.- 1948.

CAMARES FERRO: Curso de Derecho privado romano.- Editorial Perot.- 6ª Edición.- Buenos Aires 1953.

COLIN Y CAPITANT: Derecho Civil.- Editorial Reus.- Madrid.- 1928.

CUEVA TAMARIZ: Conceptos para una reforma de la Legislación penal y civil desde el punto de vista siquiátrico.- Anales de la U. De Cuenca.- Tomo XVIII.- # 2.- Junio – Abril.- 1961.

CLARO SOLAR: Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado.- Imprenta Nacimiento.- Santiago de Chile.- 1943.

DELVINCOURT: Cours de Code Civil.- París.- 1824.

D' AGUANNO: La Génesis y Evolución del Derecho Civil.- Editorial “La España Moderna.- Madrid”.- 1028.

DEL VISO: Lecciones Elementales de Derecho Civil.- 5ta Edición.- Editorial Cultura.- Madrid.- 1930.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO HISPANO – AMERICANO: Barcelona.- Editorial seix.- 1950.

ESCRICHE: Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.- París.- 1851.

FOUSTEL DE COULANCES: La Ciudad Antigua.- Editorial EMECE.- Buenos Aires.- 1946.

GONZÁLEZ SUÁREZ: Historia General de la República del Ecuador.- Segunda Edición.- Editorial Daniel Cadena.- Quito 1931.

GUZMÁN FERRER: Exposición de motivos, comentarios y concordancias del código civil peruano.- Imprenta del Colegio Militar La Perla.- 1954.

JOSSERAND: Derecho Civil.- Buenos Aires.- Editorial Maipo.- 1951.

KIPP: Derecho de Sucesiones.- Barcelona.- 1951.- Editorial S.A.

LARREA HOLGUÍN: Derecho Civil.- 3ª Edición Corporación de Estatutos Universitarios y Publicaciones Universidad Particular de Loja.- Guayaquil.- 2004.

LAURANT: Principios de Derecho Civil.- Madrid.- 1920.

MANRESA: Comentarios al Código Civil Español.- 5ª Edición.- Madrid.- 1921.

MENARD Y SAUVAGEOT: Las Instituciones de la antigüedad.- Editorial Joro.- Madrid.- 1926.

MEZA BARROS: Manual de sucesiones.- Editorial Jurídica.- Santiago de Chile.- 1950.

PASCUAL SERRES: Ante la codificación Civil Francesa.- Anuario de Derecho Civil.- Tomo VII.- Fascículo II.- Madrid.- 1953.

PEREDA: De los Albaceas.- Montevideo.- 1928.

PÉREZ GUERRERO: Sucesión por Causa de Muerte.- Imprenta de la U. De Quito.- 1944.

POLACCO: De la Sucesiones.- Montevideo.- 1955.

PETIT: Tratado Elemental de Derecho Romano.- Editorial Albatros.- Buenos Aires.- 1954.

PLANIOL Y RIPERT: Derecho Civil.- Editorial Cultura S.A. Barcelona.

REBORA: Derecho de las Sucesiones.- Buenos Aires.- 1932.

RICCI: Derecho Civil Teórico y Práctico.- Buenos Aires 1928.

SÁENZ DE SANTA MARIA TINTURE: Notas sobre los Albaceas y Contadores Partidores.- Anuario de Derecho Civil.- Madrid.- Tomo VI, Fascículo II.- 1953.

SÁNCHEZ ROMAN: Estudios de Derecho civil.- 2ª Edición.- Madrid.- 1910.

SAUER: Filosofía jurídica y social.- Editorial Labor.- Buenos Aires.- 1933.

SOMARRIVA UNDURRAGA: Derecho de familia. Santiago de Chile.- 1946.- Editorial Nascimento.

SOMARRIVA UNDURRAGA: Indivisión y partición.- Santiago de Chile 1950.

SOMARRIVA UNDURRAGA: Derecho sucesorio.- Santiago de Chile.- 1961.- Editorial Nascimento S.A.

VALENCIA ZEA: Derecho Civil.- Editorial Temis.- Bogotá.- 1957.

VÉLEZ: Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano.- Imprenta París – América.