

Albaceas: el legado ibérico y la tradición nacional

Carlos Ramos Núñez¹

Orígenes y definición

Albacea es la modalidad hispana del ejecutor testamentario y como tal se trata la persona encargada de cumplir, en todo o en parte, la voluntad del testador después de ocurrida su muerte. La figura del ejecutor testamentario no existió en la Roma primitiva. La ejecución del testamento se vinculaba entonces al heredero a quien se consideraba como sucesor y representante de la persona misma del *de cuius*. Ya en libro 35 del Digesto y luego en la Novela 18 de Justiniano, que recogen al Derecho romano clásico y posclásico, aparecen ciertos vestigios de la institución pero sólo para encargos específicos. No debe confundirse, sin embargo, al ejecutor testamentario en general del albacea, que, ciertamente, es una variedad de aquél.²

La institución emergió, en realidad, durante la Edad Media bajo el influjo del Derecho Canónico. En España, el Fuero Real dedicó un título completo a los albaceas. La sexta partida contuvo igualmente disposiciones sobre la materia. En ese cuerpo legal se les llama “testamentarios”. Se conoció entonces justamente a los albaceas con los nombres de cabezaleros, testamentarios, mancesores y fideicomisarios. La etimología de la dición albacea se remonta a la dominación árabe en la península ibérica. Se generalizó el uso de los albaceas gracias al derecho canónico. Conviene recordar un curioso detalle: Juan José Calle al elaborarse el código civil de 1936 se opuso a la idea de reemplazar el albaceazgo con un *administrador de herencia* como propuso Alfredo Solf y Muro. Tal sugerencia fue desestimada habida cuenta que no se conformaba con la tradición jurídica peruana y española.³

¹ Profesor ordinario de la PUCP. Subdirector del Instituto Riva-Agüero

² La figura del albaceazgo tiene que entenderse bajo la perspectiva de la tradición jurídica española, iberoamericana y nacional. Es absurdo que pretenda explicarse entonces con la doctrina italiana, suiza o alemana.

³ *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano*. Tercer fascículo, 120ª sesión, p. 270-277; CALLE, Juan José. *Código de Procedimientos Civiles. Con exposición, notas, concordancias y un índice alfabético de artículos*. Lima: Imprenta de «El Lucero», 1912, pp. 650-656; APARICIO GÓMEZ SÁNCHEZ. *Código Civil. Concordancias*, pp. 210-207.

El artículo 805.º del Código Civil de 1852 definía la institución en los siguientes términos: «Albacea o ejecutor testamentario, es la persona a quien el testador encarga el cumplimiento de su voluntad». A su vez, el código civil de 1936, renuente a las definiciones, evitó pronunciarse sobre el concepto de la institución. Sin embargo, en el anteproyecto de Juan José Calle puede leerse: «El testador puede nombrar una o más personas encargadas del cumplimiento del testamento». Como se observa, mal que bien contiene un concepto fugaz de los albaceas: «personas encargadas del cumplimiento del testamento». Al final la Comisión se percató de su desliz técnico y en el artículo 729 del código sólo se lee: “El testador puede nombrar uno o más albaceas». El código civil de 1984, por el contrario, si quiso ilustrar a sus lectores a través de conceptos. Así el artículo 778 señala:

El testador puede encomendar a una o varias personas, a quienes se denomina albaceas o ejecutores testamentarios, el cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad.

El albacea no es un mandatario común. Hay una profunda diferencia entre uno y otro. Al apoderado se le nombra para representar a una persona mientras vive. Su mandato puede ser revocado en cualquier momento y acaba con la muerte del mandante. El albacea, en cambio, debe ejecutar la voluntad de una persona después del fallecimiento de ésta. Carece, por consiguiente, de control por parte de quien lo instituye. Solo puede ser vigilado por los herederos. No representa a los herederos sino al causante que lo nombró. No puede ser destituido por ellos, mientras se conduzca correctamente. Sólo el testador mismo, mientras viva, tiene la posibilidad de revocar el nombramiento, pero una vez que ha fallecido, el albacea ha de ejercer sus funciones por el plazo correspondiente, a pesar que se encuentre en franco desacuerdo con los herederos o legatarios. Cabe preguntarse, ¿qué pueden hacer los herederos para remover al albacea?

Capacidad: mujeres, menores y personas jurídicas

En torno a la capacidad de los albaceas se presenta una discusión interesante en la historia del Derecho respecto de la aptitud de la mujer. Vidaurre en su *Proyecto* estaba a favor que se le confiera el albaceazgo con el mismo ahínco que rechazaba esa prerrogativa para los religiosos. Según Vidaurre el religioso nunca puede ser albacea ni siquiera con el permiso de su superior. Tampoco les está permitido elegir albaceas,

entiéndase por dativos, es decir, nombrados judicialmente. Jamás podría facultarse para que elijan el albacea. Ni siquiera puede confiárseles a los confesores ni a los religiosos la ejecución de comunicados secretos. Además, en este marco, la jurisdicción eclesiástica no puede asumir atribuciones en materia testamentaria.¹

En la perspectiva de Vidaurre, sin embargo, la mujer casada, necesitaba de la autorización del marido. La mujer que fuera albacea de su marido cesa en el albaceazgo si pasa a segundas nupcias. Solo en este caso estaría inhabilitada.² El jurista limeño, a pesar de todo, defiende la calidad de albacea de la mujer siempre que estuviera autorizada claro está:

Convengo con el señor Cobarruvias en que la mujer puede ser albacea. Hay personas de este sexo de talento, de probidad y de buena fe. Nunca se borrará de nuestra memoria el caso de Ninon Encloz, exactísima en la restitución de un depósito cuando otro igual se negó por un ministro de justicia. Si hubo muchas que gobernasen con prudencia, esplendor y gloria los más vastos imperios, ¿cómo no serán capaces de desempeñar las testamentarias que se les encargan. Deborah bajo de un palmo juzgaba al pueblo israelítico.³

En el código civil de Santa Cruz no puede ser albacea el menor de veinticinco años, ni las mujeres, a menos que sean las esposas o madres, las mismas que puedan serlo en las testamentarias de sus maridos e hijos.⁴ El artículo 812 del código civil de 1852 estipulaba que para ser albacea bastaba ser mayor de edad, poder administrar bienes y no ser incapaz de adquirir a título de herencia. De manera que no excluía a las mujeres

¹ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes: 3ª o parte, todo lo que corresponde a las últimas voluntades*. Lima: Imprenta del constitucional por Justo León, 1836, pp. 151-154. Recordemos aquí que, conforme al Derecho canónico, los excomulgados carecían de aptitud de nombrar albaceas y de ejercer como tales. Véase, DEL CARPIO, Francisco. *De executoribus et commissariis testamentariis libri quatuor*. Vrsone : Excudebat Ludovicus Estupiñan, Authoris Impensis, 164., “Capita Libro Primo”.

² VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *Proyecto del Código civil peruano, op., cit.*, pp. 151, 161.

³ Ibidem, p. 161. Vidaurre, seguramente a partir de la biografía preparada por Saint Simon, se está refiriendo a Anne “Ninon” d’Enclos o Lanclos (1620 - 1705), escritora parisina de tendencia liberal que quiso mantenerse soltera e independiente, no obstante las restricciones morales de la época en Francia del siglo XVII. Desde su famoso salón animó la vida cultural tanto así que apoyó la vocación del joven dramaturgo Moliere y dejó un legado *mortis causa* al pequeño Francois Marie Arouet, el futuro Voltaire, quien fuera hijo de su contador. No obstante ejercer un tiempo como cortesana repudió al cardenal Richelieu, que le ofrecía una enorme cantidad de dinero solo por recibido en su lecho. Lo consideraba indeseable por tratarse un monseñor verdaderamente siniestro. Vid. Roger DUCHÊNE, *Ninon de l’Enclos ou la manière jolie de faire le amour*. París: Fayard, 2000.

⁴ *Código Civil de Santa Cruz, del Estado Nor-Peruano*. Edición oficial. Lima: Imprenta de José Masías, 1936, pp. 81-82. Artículo 611.

de la posibilidad de actuar como albaceas, dado que no estaban impedidas de heredar. García Goyena en su proyecto de código civil español en el artículo 727º estipulaba que la mujer casada podía ejercer el albaceazgo con autorización del marido.¹ Nada se dice de la mujer soltera mayor de edad. Sin embargo, el mismo numeral determinaba que “no puede ser albacea el que no puede obligarse”. Estimamos que la mujer soltera sí podía ejercer el albaceazgo tanto en el código de 1852 como en el proyecto español de 1851. El código civil uruguayo de 1869 es rotundo sobre el particular. En efecto, el artículo 929 estipulaba que no podía ser albacea la mujer casada ni la soltera. Solo la viuda de los bienes que dejó el marido difunto, bien que perderá el albaceazgo si pasa a segundas nupcias.²

El código civil de 1936 exigía que se tuviera la misma capacidad que para ser mandatario sin que se distinga entre el varón y la mujer y no ser incapaz de adquirir a título de herencia. No obstante que Juan José Calle insistió para que la mujer casada pueda ser albacea con licencia de su marido o el juez, pero que éste no puede autorizarla para ejercer el albaceazgo contra la voluntad del marido.³ La propuesta de Calle fue rechazada.

El artículo 733 del código civil de 1936 *in fine*, bajo inspiración norteamericana, autorizaba a los Bancos para ser albaceas con arreglo a su antigua ley especial. Ya se había contemplado esa posibilidad en el proyecto de la comisión reformadora de 1922 que anticipó el código civil, siempre que se ajustaran los bancos a su ley especial.⁴ La actual ley peruana del sistema financiero 26702 también lo permite. El código civil de 1936 no se refería a las personas jurídicas en general ya fuesen de Derecho público, de índole civil o de naturaleza comercial. Inequívocamente dicho código se refería solo a los bancos. Lo cual ya constituía un avance frente a la normativa anterior que restringía

¹ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Zaragoza: Cometa S.A., 1974, pp. 387-389.

² *Código civil para el Estado oriental del Uruguay*. Montevideo: Imprenta de La Tribuna, 1868.

³ *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano*, creado por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922. Tercer fascículo, sesiones 64-100. Lima: Imprenta El Progreso Editorial, 1925, pp. 298-299

⁴ SOLF Y MURO, Alfredo, OLAECHEA, Manuel, OLIVEIRA, Pedro. *Proyecto de Código Civil: elaborado por la comisión creada según resolución de 22 de agosto de 1922*, Lima, librería e imprenta Gil S.A., 1936, p. 112. Artículo 728.

esa facultad únicamente a las personas naturales. Bajo los alcances del artículo 784 del código civil de 1984 también pueden ser albaceas además de los bancos otras personas jurídicas, por ejemplo, bajo el rótulo de juntas de administración. Igualmente en este caso no se justifica su duración indeterminada, aún si así lo quiso la voluntad del testador. Podría verse en estos mecanismos formas encubiertas de albaceazgo. El código vigente exige que para ello basta que lo autorizada por ley o por su mismo estatuto para que una persona jurídica ejerciera como albacea. Amplía de este modo el marco de acción que el código del año 1936 reducía a los bancos hacia el reconocimiento de otras personas jurídicas.

La remuneración como identidad jurídica latinoamericana

En la tradición jurídica peruana el albaceazgo despunta con una característica central: es remunerado. En ello se distancia nítidamente de la legislación española en la que el ejercicio del cargo es gratuito y resulta interesante subrayar esa disparidad que se inicia en el siglo XIX. El artículo 830 del código civil de 1852 precisamente consagraba ya esta característica, “en premio de su trabajo”, sobre una base porcentual un tanto complicada.¹ El artículo 741 del código civil de 1936 dispuso que los albaceas tendrán la retribución que les haya señalado el testador y en su defecto el uno por ciento del valor de los bienes que se inventarían, y, si el valor de ellos excede de sesenta mil soles, el cuarto por ciento más sobre el exceso; y el cinco por ciento de las rentas que recauden.² A su vez, conforme el artículo 793° del código civil de 1984, el cargo de albacea es remunerado, salvo que el testador disponga su gratuidad. La remuneración, concluye la norma legal, no será mayor del cuatro por ciento de la masa líquida. En defecto de la determinación de la remuneración por el testador, lo hará el Juez, quien también señalará la del albacea dativo.³

¹ DE LA LAMA , M.A. *Código Civil*. Lima: pp. 138-141. Estipulaba el Art. 830°: “Los albaceas tienen derecho, en premio de su trabajo, al medio por ciento del valor de los bienes que inventarían; al cuatro por ciento del valor de las rentas que recauden; y al uno por ciento del valor de los bienes que no produzcan renta, cuando se hallen bajo su administración para cumplir los mandatos especiales del testador”.

²MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *El código civil sumillado*. Lima: Sesator, 1982, pp. 151-151

³ *Código Civil* Lima, Juristas Editores. 2009, p. 203

Podría decirse que se ha instaurado ya una tradición nacional de inspiración pragmática. Vidaurre ya había planteado terminantemente este enunciado en el artículo 36 de su proyecto: “El albacea será asalariado”. En el artículo 37° se consigna que el testador señalará el tanto por ciento que quiera el albacea. Sin embargo, en el artículo 38 se restringe ese derecho al albacea que es heredero e inexplicablemente al dativo, es decir, al nombrado por el juez.¹ Podemos asegurar que con Vidaurre se inicia esa tradición remunerativa y se trata de uno de sus más permanentes influjos. El código civil de Santa Cruz consideraba que a los albaceas debía pagárseles “por su trabajo, siempre que no sean herederos o legatarios”. Fijó sumas realmente altas. Así cobraban el 2% del total de bienes, si la cantidad llegaba a 50,000 mil pesos; el 3% si a 40,000 pesos; el 3.50% si a cuarenta o a treinta; el 4% si llegaba a veinte; y el 5% si a diez. Aún cuando la cantidad baje de los 10,000 pesos, los albaceas se llevarían el 5%.² Se advierte que la legislación peruana se apartó de la española tempranamente. Así, por ejemplo, en el artículo 739° del proyecto ibérico de García Goyena se ratificaba la tradición hispana del albaceazgo gratuito.³ A su vez, el código civil español de 1889, vigente hasta hoy, en el artículo 908 considera, salvo disposición distinta del testador, que el albaceazgo es gratuito.⁴ En el *Code* napoleónico se determina también que su ejercicio es gratuito, dado que se asimila con el mandato. Mourlon consideraba en sus comentarios al *Code*, que el ejecutor testamentario era un “oficio de amigo”.⁵ El código civil suizo de 1907 concede a los ejecutores testamentarios el derecho a reclamar una compensación por sus servicios, sin que ello sea perentorio. El BGB alemán en el artículo 2221 les confiere el derecho de solicitar una remuneración conveniente, salvo que hubiera una disposición diversa del testador. El código civil portugués de 1867 estableció en el artículo 1892 que el *testamenteiro*, albacea entre nosotros, cumplía un encargo gratuito, a no ser que

¹ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes: 3ª o parte, todo lo que corresponde a las últimas voluntades*. Lima: Imprenta del constitucional por Justo León, 1836, pp. 151-154

² *Código Civil de Santa Cruz, del Estado Nor-Peruano*. Edición oficial. Lima: Imprenta de José Masías, 1836, pp. 81-82. Artículo 610.

³ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Zaragoza: Cometa S.A., 1974, pp. 387-389.

⁴ FALCÓN, Modesto. *Código civil español, notas, referencias, motivos y comentarios*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1890, tomo V, p. 62.

⁵ MOURLON, Frederic. *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, Paris : A. Marescq Aine, Libraire-Editeur, 1873-1874, 3 vols, p. 865.

el testador le hubiera asignado alguna remuneración.¹ El código civil italiano de 1942 también estipuló en el artículo 771 que el ejecutor testamentario cumpliría gratuitamente su función, salvo disposición distinta del testador. El código italiano de 1865 no traía norma alguna sobre el particular.²

Podría decirse que en América Latina ha predominado la índole remunerativa del albaceazgo. Así, en el Brasil, el código civil de 1916 de Clovis Bevilacqua ya estipuló que el *testamenteiro* o persona encargada de cumplir con la última voluntad del testador consistía en un oficio remunerado con un premio que fluctuaba entre el 1% y el 5% de la herencia, como es de verse del artículo 1766, salvo que fuera heredero o legatario en cuyo caso no tenía derecho a honorario alguno. Semejante criterio ha seguido el código civil de 2002, como se observa del artículo 1987. Se llama “vintena” a dicho premio que consiste en otorgarle el 5% de la herencia líquida en forma graduable, como es de verse del artículo 1987 del código del 2002, según la importancia de la sucesión.³ El código de Vélez Sarfield consagró, a su vez, en el artículo 3872 que debía concedérsele una comisión graduable según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión. El código chileno de Andrés Bello fijaba también en el artículo 1302 que la remuneración será la señalada por el testador. En todo caso, el juez podía determinar el monto de la misma, según el caudal de la herencia y la laboriosidad que demande el cargo. El código civil uruguayo de 1869 estipula en el artículo 953 que la remuneración del albacea, si la ha determinado el testador, será fijada por el juez atendiendo al caudal hereditario y la laboriosidad que exija el cargo.⁴

La gran pregunta consistiría en determinar la razón por la cual la tradición latinoamericana delineó para el albacea una remuneración, a diferencia del Derecho continental europeo. A modo de conjetura podría decirse que se trataría de un rasgo que

¹ AGUILERA Y VELASCO, Alberto. *Código civil portugués*. Madrid: Colección de códigos europeos, Establecimiento Tipográfico de García y Caravera, 1879, p. 234. La regulación de los testamenteiros corren entre los artículos 1885 y 1909 y la regulación es exhaustiva.

² AGUILERA Y VELASCO, Alberto. *El código civil italiano comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*. Madrid: Colección de códigos europeos, 1881, p. 149. Artículos 903 a 911. Solo reconoce el artículo 911° los gastos hechos por el ejecutor testamentario para el inventario y el rendimiento de las cuentas.

³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. San Pablo: Saraiva, vol. 7, p. 280.

⁴ *Código civil para el Estado oriental del Uruguay*. Montevideo: Imprenta de La Tribuna, 1868.

envolvía un claro cambio de mentalidad. La sustitución de una visión rentista basada en la simple confianza, por otra que concedía mayor importancia y valor económico al trabajo. Estas disposiciones plasman la firme creencia en el reconocimiento efectivo al esfuerzo individual. En buena cuenta, un rasgo americano en el genuino sentido del término.

Temporalidad: rasgo clave

Un aspecto crucial del albaceazgo es un carácter temporal. Un albaceazgo perpetuo es una institución *contranatura* que confundiría los linderos que separan a los herederos y legatarios de los ejecutores testamentarios. Se confundiría el medio con el fin. Se transformaría al albacea en una suerte errática de beneficiarios. En la doctrina canónica y civil el término cronológico constituyó, por otro lado, uno de los temas más discutidos.¹ El canonista del Carpio se inclina por el término legal de un año, “Annus a jure”, sin embargo, el obispo puede prorrogar ese término.² El código de Santa Cruz señalaba a los albaceas para cumplir su encargo el término de año contado desde la muerte del testador, si es que este no lo hubiese prorrogado expresamente.³ El Código de 1936 señalaba en el artículo 740 un plazo de dos años para el ejercicio del cargo. Salvo el testador ninguna otra persona o autoridad puede prorrogar este plazo. De otro modo termina fatalmente con el transcurso del tiempo indicado. Se trata de un mecanismo por el cual se procura obligar al albacea (por lo menos en teoría) a que cumpla rápidamente sus funciones instándolo así que coloque pronto a los herederos y legatarios en posesión de sus bienes.

¹ DEL CARPIO, FRANCISCO. *De executoribus et commissariis testamentariis libri quatuor*. Vrsone : Excudebat Ludovicus Estupiñan, Authoris Impensis, 1642, 348 pp. KE 18. C27. Biblioteca Central San Marcos. Fondo Reservado. Obra consultada también en la *Robbins Collection*, Boalt Hall, Universidad de California, Berkeley, que posee un ejemplar del año 1638, con código de clasificación: KJA1990.C37 A32 1638, procedente de San Luis de Potosí, hoy Bolivia. Una viva discusión sobre el plazo del albaceazgo se encontrará en el libro 3º, capítulo primero en esta obra de Francisco del Carpio. La importancia de este libro es crucial para comprender la gravitación del Derecho de sucesiones en la sociedad de la época.

² *Ibidem*, p. 14.

³ *Código Civil de Santa Cruz del Estado Nor-Peruano*. Edición oficial. Lima: Imprenta de José Masías, 1836, pp. 81-82. Artículo 610.

El Derecho canónico concedía a los ejecutores testamentarios facultad absoluta para permanecer en el cargo el plazo que quisiesen, siempre que no se hubiera ejecutado aún la voluntad del testador, bajo el lema: *Ultima voluntas defundi modis ómnibus conservari debet* (Caus 15, cap. 4º Q. 3a).¹ Por el contrario en las Novelas de Justiniano el plazo es de seis meses, mientras que en las *Siete Partidas* de Alfonso X, en una línea secularizante que terminaría por imponerse en la doctrina y la legislación moderna, estipulaba el plazo de un año:

“é si por ventura el non señalase día, nin tiempo fasta que se cumpliesen, devense ellos trabajar luego después de la muerte del testador, de lo cumplir lo más ayua que pudieren sin alongamiento é sin escatima ninguna. E sin embargo tan grande oviessen porque non lo fuessen luego cumplir, devensse trabajar que lo cumplan en todas guisan, lo mas tarde fasta un año después de la muerte del testador”.²

Apuntaba Vidaurre muy mortificado que en la práctica de su tiempo se incluía en los testamentos una cláusula mediante la cual se prorrogaba el albaceazgo más allá del término de la ley, concediéndose un tiempo indeterminado a los albaceas para el cumplimiento de los encargos del testador. Calificaba Vidaurre dicha costumbre jurídica como contraria a la razón. Guía que debe inspirar al legislador. Esta es una materia muy tratada por los civilistas y canonistas (Carpio lib. 3º, cap.1). Advierte refiriéndose a los canonistas que no limitaban el plazo del albaceazgo: “Dejemos las citas para dar lugar a la razón: ella debe ser el norte de los artículos en proyecto”.³ Conforme a razón, pues, el albaceazgo debía estar sujeto a un término. Vidaurre propuso entonces que se limitara a un año. Si el albacea que no hubiese concluido su cargo y presentado su cuenta dentro de ese término, perderá, previo juicio sumario, el beneficio que le resulte del testamento y testamentaría, y será responsable por los perjuicios derivados de la demora. Aquella cláusula del testamento por la que se faculta al albacea, para que tome todo el tiempo que contemple necesario, para cumplir el encargo, se tendrá por no escrita.⁴

¹ VIDAURRE, M.L., *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes*. Lima. Imprenta del constitucional por Lucas de la Lama, 1834, tomo 3, pp. 168-170.

² *Siete Partidas*. Vid. ley 6ª, título 10 partida 6ª. Paris: Lecointe y Lasserre, Editores, 1843, p. 260.

³ VIDAURRE, M.L., *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes*. Lima. Imprenta del constitucional por Lucas de la Lama, 1834, tomo 3, pp. 168-170.

⁴ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes: 3ª o parte, todo lo que corresponde a las últimas voluntades*. Lima, imprenta del constitucional por Justo León, 1836, pp. 151-154

Nada más seguro en las ciencias – recalca Vidaurre-- que recordar los principios. De ese modo son muy fáciles las consecuencias al testador se condecora con el título de legislador. Esta máxima romana es observada en el derecho canónico. ¿Y cual es la ciencia de la ley? El que sea conforme a la razón: sino es racional no es ley. Será el mandato de un tirano, el capricho de un loco. Sin más dato resolveré que toda disposición en la que el plazo del albaceazgo quede al arbitrio del cabezalero es irracional y no ha de obedecerse. D. Diego de Cobarruvias opina que cuando no es lícita la voluntad del testador no se ha de ejecutar. Así se esplico para sostener la doctrina de que el testador no puede escluir la intervención del obispo (In Cap. Non quidem n.2.). Yo entro más en el fondo de la cuestión. El ilustre canonista en otro lugar no pone límites a la voluntad del testador afirmando que literalmente debe cumplirse (In Cap. cum tua). Las leyes no obligan en conciencia sino son justas. Se dobla la cerviz, si de quebrantarla resulta mayor daño que de cumplirla. Pero si hay fuerza para resistirla, debe resistirse. Cuando el testador usó de esa confianza limitada fue porque estaba seducido, engañado, sorprendido. ¿El gobierno que debe hacer en ese caso? Tomar la personería del difunto y proceder como él si resucitase conociendo ya que el albacea había abusado de su confianza. Dame cuenta de tu administración diría. El juez de oficio o a pedimento de parte ecsaminará las causas de la demora, y concederá un plazo prudente para la ejecución. Así ha de conciliarse el derecho patrio con el civil y canónico. Por una autentica se concedieron cinco años para la construcción de un templo. No es fácil en una legislación general comprender todos los casos particulares.¹

Tanta importancia se concedió a la necesidad de limitar el tiempo del albaceazgo en la legislación real que las *Siete Partidas* imponían sanciones a los ejecutores testamentarios que alargaban con malicia el cumplimiento de las mandas con el propósito de permanecer indefinidamente en el cargo. Así se lee en el epígrafe de la ley 8a de Partida.

¹ VIDAURRE, M.L., *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes*. Lima: Imprenta del constitucional por Justo León, Tercera parte comprende todo lo que corresponde a últimas voluntades, 1836, pp. 168-170.

Por malicia o descuidamiento non queriendo los testamentarios cumplir las mandas que oviesse alguno dejado en su mano si por tal razón como esta seyendo amonestados, fueren tollidos de officio por juicio pierden aquella parte, que deben haber en el testamento; fueras ende si alguno de ellos fuesse fijo del testador, ca este atal no debe perder la su legítima parte que los fijos deban haber en los bienes del padre por razón de la naturaleza. ¹

Vidaurre encomia la norma con entusiasmo tanto que asegura que parece dictada por Gaetano Filangieri, el famoso teórico italiano de la buena legislación. Estima que debe imponerse como sanción la separación del cargo. ² Sin embargo, muchos albaceas insistían naturalmente, *contra legem*, en mantenerse en sus puestos. Ya en el siglo XX, en la revista *Variedades* de Lima, aparece un chiste acompañado de una ilustración. Un personaje le pregunta a otro: --¿Quieres ser heredero? Entonces la persona interrogada le contesta con indolencia: --No prefiero ser albacea. ³

Los códigos modernos se orientaron a estipular el vencimiento del plazo del albaceazgo. De los albaceas o testamentarios. Un ejemplo reciente es código civil brasileño del 2002. El artículo 1983 fija el plazo brevísimo de 180 días prorrogables. Se modifica así el plazo de un año que confería el código civil de 1916 en el artículo 1762. ⁴ En el proyecto de García Goyena se determinada que el albacea debe cumplir su encargo en el término señalado por el testador, con tal que no exceda de un año: si el testador no lo señaló, tendrá el ejecutor testamentario el término de un año a contar desde la muerte de aquel. ⁵ El código civil peruano de 1852 lo fijó en dos años. El código civil de 1936, conforme a su artículo 740, determinó el plazo de dos años, salvo que en el testamento se hubiera fijado un plazo mayor o se hubiera dado un encargo especial al albacea o si le ha prorrogado el término. A su vez el código civil de 1984 en el artículo 796 estipula que el cargo se extiende por haber transcurrido dos años desde su aceptación, salvo el mayor plazo que señale el testador, o que conceda el juez con acuerdo de la mayoría de los herederos. Es similar la redacción del código civil uruguayo de 1969. El artículo 954 declara que si el testador no hubiera prefijado el tiempo, se considerará el plazo de un

¹ Ibidem.pp. 168-170.

² Ibidem.pp. 168-170. Véase allí el artículo 28 de su propuesta.

³ *Variedades*, p.

⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 7, o., c., p. 279.

⁵ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Zaragoza: Cometa S.A., 1974, pp. 387-389. Artículo 735°.

año, a no ser que el juez lo prorrogue por dificultades graves.¹ Queda, sin embargo, en pie la siguiente cuestión para el Derecho peruano: ¿Es posible que el albaceazgo sea perpetuo durante toda la vida del executor testamentario o, incluso a lo largo de las sucesivas existencias de varios executores testamentarios si así lo quiere el testador y que, en consecuencia, no expire a los dos años sino en cincuenta o cien años? Consideramos que no. En buena cuenta en ese caso se incurriría en una especie de absolutismo testamentario que el espíritu de la ley y el principio general del Derecho que descansa en el pronto cumplimiento de las mandas testamentarias repudian. La redacción, sin embargo, no es inequívoca y algún testador confundido podría consignar en su testamento una cláusula de perpetuidad o de duración indeterminada.²

¿Carácter personalísimo o delegable?

Un tema discutido en la doctrina se refería a la cuestión de si albaceazgo era un encargo de cumplimiento personalísimo o si cabía que el albacea delegara sus funciones. Vidaurre en el artículo 10º de su proyecto se pronunció a favor de la primera solución. El cargo, a su juicio, es personalísimo y no se puede sustituir si el testador no lo facultó para ello. “No hay albacea de albacea”, sostenía categórico el juriconsulto limeño.³ Sin embargo, esa postura es marginal en la tradición nacional. A su vez, el código civil de 1852 determinó que en el artículo 821º que el cargo de albacea era meramente o, simplemente, personal, y no podía transmitirse por el que lo ejerce.⁴ El código civil de 1936 no se pronunció sobre la materia. Fue el de 1984 que en el artículo 789º si bien dispuso el carácter personal del albaceazgo y ratificó su naturaleza indelegable,

¹ *Código civil para el Estado oriental del Uruguay*. Montevideo: Imprenta de La Tribuna, 1868.

² He aquí una reciente preocupación acerca del tiempo del albaceazgo. El artículo 795 del código procesal civil peruano de 1993 establecía como causa de remoción del albacea, que: “Deja de ser albacea el que no empieza la facción de inventarios dentro de los noventa días contados desde la muerte del testador o dentro de los treinta días de haber sido requerido para ello, notarial o judicialmente”. Una nueva redacción, conforme al D. Leg. 768, consigna: “Puede solicitarse, como proceso sumarísimo, la remoción del albacea que no ha empezado la facción de inventarios dentro de los noventa días de la muerte del testador, o de protocolizado el testamento, o de su nombramiento judicial, lo que corresponda, o dentro de los treinta días de haber sido requerido notarialmente con tal objeto por los sucesores”.

³ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes: 3ª o parte, todo lo que corresponde a las últimas voluntades*. Lima, imprenta del constitucional por Justo León, 1836, pp. 151-154

⁴ DE LA LAMA, M.A. *Código Civil*. Lima, 1852. p. 139.

autorizaba que ciertos actos podían ejercerse mediante representantes, “bajo las órdenes y responsabilidades del albacea”.

La crisis del albaceazgo

Con la crisis del Derecho sucesionario y, especialmente, a raíz del colapso social del testamento como medio predominante de transmisión del dominio *mortis causa*, también el albaceazgo ha entrado en una franca crisis. La emergencia renovada del fideicomiso, si bien con la limitación de su naturaleza bancaria, auguran que en aquellos casos en los que se disponga de los bienes y derechos por testamento el protagonismo de los albaceas haya disminuido en el horizonte institucional. Cabe, por otro lado, que los bancos mismos no solo atiendan a los encargos fideicomisarios, sino que premunidos de prerrogativas, a partir del código civil de 1936 y confirmadas por el código civil de 1984, opten, previa decisión del testador, claro está, de impulsar con mayor vigor económico el ejercicio del albaceazgo. Es probable también que asistamos a la profesionalización del albaceazgo en el caso de las personas naturales, que se aviene perfectamente con índole remunerada que ha seguido el Derecho peruano. Este sería un estupendo punto de encuentro en la tradición jurídica y las exigencias contemporáneas.

