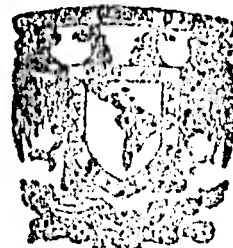




ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

ACATLAN U. N. A. M.



División de Ciencias Jurídicas
Departamento de Derecho

ENEP. ACATLAN
DEPTO. DE CERTIFICACION
Y TITULOS

'RESPONSABILIDAD DE LA SUCESION TESTAMENTARIA FRENTE AL ALBACEA REMOVIDO INJUSTIFICADAMENTE ANTES DE LA ACEPTACION DE SU CARGO'

T E S I S

QUE PRESENTA:

Ma. del Rocio Aguado Rojas.

PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E :

PANORAMA GENERAL.....	Pag. 2
CAPITULO I.	
Concepto.....	Pag. 4
CAPITULO II.	
Clases de Albaceas.....	Pag. 23
CAPITULO III.	
Naturaleza Jurídica.....	Pag. 41
CAPITULO IV.	
Ejercicio del Albaceazgo.....	Pag. 59
CAPITULO V.	
Responsabilidad de la sucesión testamentaria frente al albacea removido injustificadamen- te antes de la aceptación de su cargo.....	Pag. 98
CONCLUSIONES.....	Pag. 113
BIBLIOGRAFIA.....	Pag. 116

C A P I T U L O I

PANORAMA GENERAL

- 1.- Concepto
- 2.- Definición
- 3.- Antecedentes:
 - a) En Derecho Romano
 - b) En Derecho Canónico
 - c) En Derecho Germánico
 - d) En Derecho Español

PANORAMA GENERAL

Dentro del campo del Derecho Civil concretamente en el Derecho Sucesorio, la institución del albaceazgo juega un papel importante, ya que han aparecido instituciones que para ser explicadas en su funcionamiento y en sus características hacen necesario examinar las fuentes en que se inspiró el legislador para establecer en nuestro sistema positivo los conceptos básicos que las norman.

Es indudable que el albaceazgo en México no es un producto legislativo de nuestro país, sino una institución nacida y evolucionada, según la mayoría de los autores, en el Derecho Canónico y, según otros en el Derecho Germánico.

Esta institución ha ocasionado grandes controversias entre los tratadistas respecto a su origen, mismo que se estudiará más adelante.

Sin embargo, México influenciado fundamentalmente por la doctrina española, razón explicable por la dominación sufrida durante tantos años, reglamenta esta institución ya con caracteres perfectamente definidos.

Como se ha mencionado, los autores no están de acuerdo sobre el verdadero origen del albaceazgo, por lo que es conveniente hacer una indagación de carácter histórico, para así determinar con mayor o menor precisión los antecedentes de esta institución, así como los elementos que contribuyeron a su desarrollo.

Esta cuestión y la situación jurídica del alba-
cea cuando es removido han despertado el interés en la --
preparación de esta tesis.

Finalmente, es de aclararse que este trabajo no
pretende ser un documento en el que se expongan o resuman
los antecedentes históricos con todo orden cronológico,
sino expresar los aspectos históricos para ubicar el tema
central objeto de la investigación.

Es por ello que se han estudiado sistemas jurídi-
cos en el Derecho Romano, Derecho Germánico y Derecho Espa-
ñol, para continuar con nuestro Derecho Positivo tanto en
lo referente a los Códigos Civiles de 1870 y 1884, como el
vigente, las Doctrinas, la Jurisprudencia definida y tesis
sobresalientes de la H. Suprema Corte de Justicia de la Na-
ción.

1.- CONCEPTO

Etimología.-Albacea: nombre masculino del árabe AL WACI que se utiliza para designar a una persona que está encargada de ejecutar una voluntad de otra persona; por ello se prefirió el término de manera específica al ejecutor de la voluntad del testador, también se les ha nombrado ejecutores, ejecutores testamentarios, cabezaleros mansesores, divisores, distribuidores, dispensadores, ministros y fideicomisarios. No hay que olvidar que no siempre es el testador el que hace tal designación, ni --- siempre existen disposiciones de última voluntad del difunto a pesar de lo cual es posible la existencia del albacea.

En todos los pueblos del pasado, se miró como algo sagrado el cumplimiento de las últimas voluntades y ello es una consecuencia necesaria de la facultad que la ley reconoce de ordenar la sucesión por testamento. Desde luego que el complemento natural de esa facultad, es que haya personas que especialmente tengan la misión de velar por ese cumplimiento y la ejecución de las disposiciones testamentarias. Parece natural que al heredero correspondiera dicho cumplimiento, esforzándose en ejecutar y obedecer las órdenes de aquél, pero en caso de que no hubiera herederos o habiéndolos fueran desconocidos o no tuviera

ran capacidad o teniéndola no ofrecieran suficiente confianza al testador las disposiciones de este quedarían sin cumplirse. De ahí la necesidad de investir a ciertas personas con el especial encargo de velar por ese cumplimiento y atendiendo la ley a esa necesidad autoriza al testador para nombrarlas y en caso de no hacerlo ella misma designa quienes hayan de encargarse de tal misión por lo que este es el fundamento y utilidad del albaceazgo.

2.- DEFINICION

El Licenciado Ernesto Gutiérrez y González elaboró una definición acorde con nuestro Derecho Positivo en la que se expresa: Albacea es la o las personas designadas por el testador, los herederos o el juez, para dar cumplimiento a las disposiciones testamentarias, y/o para representar a los elementos personales que intervienen en el procedimiento sucesorio y ejercitar todas las acciones que hubieren correspondido al autor de la herencia y que no se extinguieron con su muerte, (1) definición que considero es la más completa, clara y precisa de cuantas se encuentran en los tratados de derecho consultados, es decir que los albaceas son los órganos de representación de la comunidad hereditaria y en su caso los ejecutores de las disposiciones tes...

tamentarias.

Del concepto que antecede se desprende que los albaceas pueden ser nombrados por el testador, en cuyo caso toman el nombre de albaceas testamentarios, cuando no existe testamento o existiendo el testador no designó a la persona o personas que han de fungir como albaceas, estos pueden ser designados por los herederos o por el juez para ejercitar las acciones que sean necesarias y celebrando además los actos y contratos que sean necesarios para la administración y liquidación de la herencia.

3.- ANTECEDENTES

Antecedentes de la institución de albacea.- Al parecer el albaceazgo como institución, tuvo que estar forzosamente condicionado a la creación o reconocimiento del derecho a suceder, es decir, el ejecutor testamentario sólo pudo y puede existir en aquellas legislaciones que reconocen el derecho sucesorio, el derecho de sucesión sea ésta testada o intestada, es decir, legítima o testamentaria, cosa que no sucede en el Derecho Italiano, en donde es el heredero el que sin más, da ejecución al testamento y satisface los legados, aunque puede designar un auxiliar que velará por la ejecución del testamento y que es llamado "ejecutor testamentario, si bien no tiene iguales funciones que el albacea en el Derecho mexicano. Así se desprende del artículo

De lo anteriormente expuesto, se desprende que, lógicamente en los pueblos de la antigüedad, no pudo existir dicha institución dado que en las primeras sociedades no se reconocía el derecho de sucesión y ello, debido al concepto que de la propiedad se tenía pues sabido es que no se reconocía el principio de la propiedad privada o individual, o bien se reconocía tal principio pero con un carácter temporal y revocable que hacía que a la muerte de un individuo, su patrimonio volviera a la colectividad de la cual el individuo procedía.

Ya en sociedades más adelantadas, se reconoce el derecho de la sucesión, por lo que la individualización cada vez mayor de la propiedad, hace que perdure ésta aún después de la muerte de la persona . Pero ni aún en esta época existía el albaceazgo, puesto que, el derecho de sucesión no empieza en estos pueblos como sucesión voluntaria, sino como sucesión familiar necesariamente y en muchos casos o mejor dicho ordinariamente, como transmisión del patrimonio indiviso, por lo que lógicamente no había disposiciones testamentarias que ejecutar, ni masa hereditaria que liquidar puesto que como se ha dicho, el patrimonio íntegro pasaba a la familia completa.

En pueblos como Egipto, India y el Hebreo, no se conoció el testamento, y todo lo que el padre podía hacer, era repartir aún en vida su patrimonio entre los hijos, y aquel que no tenía hijos, para poder dejar sus bienes a un extraño tenía que recurrir forzosamente a la adopción, por lo que tampoco puede ser posible encontrar aquí la institución a tratar.

Los tratadistas alemanes afirman que tiene su antecedente en el Salman (que figuraba en las antiguas adopciones in hereditatem). En las costumbres de los bárbaros institución común al derecho franco y longobardo que más tarde se transforma en la de ejecutores y reciben la denominación en esta época de erogadores y dispensadores.

a) DERECHO ROMANO

La mayor parte de los tratadistas están de acuerdo en que la institución del albaceazgo era desconocida en el Derecho Romano y fué tan sólo conocida en la practica del Derecho Justineano, pues en dicho derecho se encuentran algunos brotes que sirven para su formación como por ejemplo: el fiduciario que más adelante se explicará.

A pesar de que es en este pueblo en donde más tarde la sucesión testamentaria adquirió todo su desenvolvimiento y toda su importancia, ello fué en afirmación de Ihering porque los romanos no se elevaron desde el comienzo de su historia a una concepción como la del testamento y la libertad de testar.

En la época de la Ley de las Doce Tablas más que un verdadero testamento, existió una especie de -- adopción hereditaria o institución contractual que parece constituir una fase intermedia entre la primitiva sucesión legítima y la sucesión testamentaria.

En el Testamento Per Aes et Libram el testador en presencia de cinco testigos y del librepens mancipa, es decir, vende toda su herencia a un tercero, el llamado familiae emptor, a quien luego encomienda con palabras solemnes la ejecución de las disposiciones de última voluntad contenidas en las Tabulae Testamenti. Está fuera de duda que primitivamente el familiae emptor adquiría la verdadera propiedad de la herencia; pero ya en los comienzos de la época imperial aparece, según los informes de Gayo, una nueva modalidad del testamento mancipatorio que coarta los derechos del familiae emptor. Su derecho de propiedad es ya tan sólo aparente: se encuentra obligado a responder de toda la herencia para con -

las personas indicadas en las Tabulae Testamenti, y así se convierte en un verdadero ejecutor testamentario. Aquí nos encontramos además ante el ejemplo más antiguo de contrato a favor de tercero reconocido y sancionado por el Derecho Romano. Se parecen el testamento mancipatorio y el fiducia rio o fiducia; ambos engendran una propiedad puramente formal. (3).

La fiducia aparece en el Derecho Romano como un negocio jurídico con características de garantía real, -- que consistía en la transmisión de la propiedad de una -- cosa al acreedor, mediante la mancipatio o la in jure cessio. Al mismo tiempo se verificaba entre el acreedor (o fiduciario) y el deudor (o fiduciante), un pacto por -- virtud del cual se obliga, bajo la fé de su palabra a devolverle la cosa transmitida una vez que fuera satisfecha la deuda (pactum cum fiducia), y recíprocamente, el deudor se reservaba el derecho de reclamar al acreedor la restitución de la cosa, mediante una acción personal llamada actio fiduciae (4).

La fiducia se considera como un contrato re, mediante el cual aquel que recibe la propiedad de la cosa queda civilmente obligado a restituirla en circunstancias previamente determinadas.

Bonfante nos proporciona una definición bastante

acertada de la fiducia romana: "una convención por la cual una de las partes (fiduciario) al recibir de la otra (fiduciante) una cosa de la forma de la mancipatio o de la injure cessio, asume la obligación de hacer uso de aquella - con un fin determinado, y al menos por regla general, restituirla una vez logrado el fin". (5)

La Fiducia romana podía emplearse como un medio para garantizar una deuda - fiducia cum creditore contracta o para realizar un depósito, un comodato, etc.- fiducia cum amico contracta.

El Fiduciario era la persona en cuya fé descansaba el testador para que cumpliera sus instrucciones. (6) - Un Pápirus encontrado en Italia al decir de Clemente de Diego (7) revela cinco procesos verbales de apertura del testamento, y en todas ellas parece una persona de confianza del testador a quien el mismo ha remitido el testamento, encargándole de promover y velar por su apertura; - es el Proxecutor y Legatarius que aparece en el Brevario de Alarico Roberti (8) reconoce el origen de la institución en el derecho romano mencionando " que lejos de ser - la misma una importación extranjera, la misma fué desarrollándose en las pocas regiones italianas que quedaron inmunes a la invasión germánica, manteniendo los caracteres fundamentales de otra época, modificada solamente en cuanto a aquella parte en que se había modificado el testamento romano, la ya no exigencia de que el testamento contu--

viese institución de heredero; posible ocurrencia de la sucesión ab. intestato con la testamentaria. etc. Continúa - diciendo, aun en las regiones sometidas a la invasión y al dominio bárbaro, pero en donde el elemento romano continúa sin embargo profesando la propia ley, la civilización latina se habría insinuado también poco a poco por lo que hace a nuestro instituto en las costumbres del vencedor; como - el testamento, ignorado anteriormente fué adaptado en el - siglo VIII en las leyes Liutprandeanas, así juntamente con - el testamento pero en forma separada y diversa de los similares institutos bárbaros y que mantuvieron en cambio - los caracteres del legado romano, habría aparecido el ejecutor cuya obra al igual que en las regiones latinas, se - limitara por lo común a la erogación del legado pio " .

Sea o no en Roma el origen del albaceazgo, lo - cierto es que en la práctica del derecho romano si se en- encuentran brotes de él que necesariamente tuvieron que ser- vir para su formación, sirviendo en parte los Fideicomisos para llevar a cabo el cumplimiento de la voluntad del di- funto. Pero ya Marcelo distinguió en el Dig. Libro 31 II - de Legatis, al heredero o legatario del individuo que so- lamente estaba encargado de la ejecución de una disposi- ción testamentaria (minister).

En tiempos de los Emperadores Cristianos León y Antemio se instituyó que la ejecución de los legados y fi-

deicomisos dejados para el rescate de cautivos correspondía al Obispo del lugar de origen del testador en caso de que éste no hubiera designado a otra persona para ello.

Justiniano extendió esta disposición a otros casos, determinando con precisión los deberes del Obispo y León el Filósofo autorizó a las mujeres y clérigos para ser albaceas testamentarios, además autoriza a los Obispos, cuando por ley fueran curadores de las herencias dejadas a los cautivos y los pobres, para vender las cosas -- muebles, cobrar los créditos, accionar en justicia (promover juicios) etc.

Del Código Alfonsino resulta que la institución registra un antecedente u origen romano y aún cuando generalmente la doctrina se lo niega, numerosas disposiciones del Corpus Juris Civilis indican hipótesis contrarias a -- esa afirmación.

Bajo el gobierno de los Emperadores Cristianos se generalizó el uso de destinar a obras piadosas bienes -- por disposición de última voluntad, encomendándose a ejecutores testamentarios el distribuirlos. Más tarde, se acostumbró a encargarles la misión de pagar otros legados y -- aún la de repartir la herencia entre los causahabientes.

En el Derecho Bizantino posterior, se designa --

Bajo el nombre de Epitropoi a ciertos ejecutores especiales nombrados por el testador para cumplir sus disposiciones de última voluntad. Las reglas relativas al Epitropoi son Mutatis Mutandi la del tutor testamentario moderno. Sin embargo esta institución no llegó a una completa madurez semejante siquiera a la de los Trustes, Exsecutores o Administrators. (9)

b) DERECHO CANONICO.

El Derecho Canónico sancionó dicha institución para asegurar el pago de los legados píos; los autores señalan muchas disposiciones de los Papas relativas a los albaceas, se citan especialmente dos decretales de Gregorio IX contenidas en la recopilación de las que llevan el nombre de su autor. (10)

Los Concilios han promulgado numerosas disposiciones relacionadas con el cumplimiento de las mandas pías. El de Trento, en la sesión 25, Decret. de Purgat., encarga a los Obispos cuiden que se cumpla con diligencia y exactitud cuanto se debe hacer por los difuntos en virtud de fundaciones de los testadores. El de Sevilla, celebrado en 1512, dispone que en el término de un año, los ejecutores de testamentos y últimas voluntades cumplan todo lo dispuesto por el testador y manda a todos los párro

cos de la provincia escriban los nombres de cuantos anualmente fallecían en sus parroquias, los de los albaceas, herederos y notarios ante quienes se hubiere otorgado el testamento, y que envíen esta lista todos los años a la secretaría del Arzobispado. Esta misma disposición se encuentra repetida en el concilio provincial de México celebrado en 1555 y otros varios.

Se tenían muy presentes estas disposiciones pues de su buen o mal cumplimiento dependía el que quedarán o no lesionados los derechos de la Iglesia. Muchas veces los albaceas sobre todo cuando este cargo recaía en personas poco afectas a los intereses religiosos, descuidaban y hasta ponían en juego cuantos medios estaban a su alcance, para eludir la acción de la ley, dejando sin cumplir la voluntad del testador en la parte piadosa y por falta de datos y conocimientos bastantes de lo dispuesto por el difunto, no se le podía obligar a su cumplimiento.

La Iglesia también tomando en cuenta el interés que se debía a las almas de los muertos, estableció las mandas pías forzadas y dió facultad a los Prelados para revisar los testamentos y hacerlos cumplir en su totalidad, removiendo a los albaceas negligentes en el cumplimiento de su cargo, pero las primeras fueron abolidas y los segundos solo siguieron en lo relativo al cumpli-

miento de los legados pios y funeral.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1864 y 24 de diciembre de 1866, consignaban la doctrina de que "entre las prohibiciones de la ley 16, tit. XX, lib.X de la Novísima Recopilación y de la real cédula de 30 de mayo de 1830 no se haya comprendida la de nombrar albacea al confesor del testador en su última enfermedad.

Con arreglo al fin de estas leyes, según en las mismas se expresa, es necesario en cada caso concreto atender a las circunstancias especiales del cargo que se hubiese conferido al confesor, para deducir si por la extensión y siguielo de sus facultades, puede temerse el abuso y la infracción del precepto legal, así es que cuando en el nombramiento de albacea no le previene el testador cosa alguna que redunde en su propio lucro, en el de sus parientes, o en el de la Iglesia, no puede decirse que el ejercicio de esta confianza sea contraria a las leyes". (11)

Tomando en cuenta que se pretendía que las almas de los difuntos no padecieran por sufragios, la Ley 36 del Toro a pesar de esta idea junto con la Pragmática de 2 de febrero de 1776 fueron a restringir las facultades del albacea. Las leyes de la Novísima Recopilación fueron restringiendo más y más la intervención eclesiástica de la eje

cución de los testamentos hasta que dejó de ser cosa espi
ritual y se secularizó el cargo. El Derecho de Unifica---
ción de Fueros sustrajo a la jurisdicción eclesiástica el
nombramiento de albacea dativo. A este respecto nos dice
Gutiérrez Fernández: "El fuero real título V, libro III,
partida VI, y aún ciertos fueros tratan especialmente de
los albaceas, cabezaleros, mansesores, por lo cual no es
infundado creer que contribuye a que se generalizara su -
uso el Derecho Canónico". (12)

c) DERECHO GERMANICO

Luis F. Uribe Labastida (13) cita a Binder que
a este respecto dice: "Se ha desarrollado entre nosotros a
consecuencia de la recepción del Derecho Romano, pero no -
puede ser considerada en sus fundamentos como una institu-
ción de Derecho Romano, con cuyos principios sucesorios fun
damentales se encuentra en abierta contradicción, ni tampo-
co del Derecho Alemán, si bien se relaciona con una institu-
ción del antiguo Derecho Germánico, el Salman o Fiduciario
que fué puesto dándole una especial configuración, al servi-
cio del Derecho Romano y su testamento cuya ejecución debfa
a toda costa conseguir frente a la oposición de la mentali-
dad de los pueblos alemanes. Y así para impedir que el tes-
tamento extraño a la manera de ser alemana y que ponían en

peligro el derecho de sucesión al intestado de los hijos y los demás parientes fuera soslavado y permaneciera sin cumplir, formó la práctica con materiales de la institución del fiduciario, la de la ejecución de las disposiciones a causa de muerte. De ellas se ha desarrollado la moderna ejecución testamentaria que tiene lugar cuando así se ordena en disposición de última voluntad.

A juicio de Caillemer que en el año de 1901 hizo un concienzudo estudio del problema, en su tesis titulada "Orígenes et developements de l'exécution testamentaire" concluye que dicha institución del albaceazgo fué -- producto de la influencia de algunas ideas germánicas y de ciertos recuerdos de Derecho Romano, especialmente el fideicomiso, (como anteriormente ha quedado explicado), pero más que nada se debió su difusión al Derecho Canónico, por lo que considera que fué una creación de la Iglesia, la cual hizo sólo caso al cumplimiento de la voluntad de los testadores. Pero para la mayoría de los autores, ésta institución se encuentra en el Derecho Germánico y concretamente en el Fiduciario o Salman, institución común al Derecho Franco Longobardo, que más tarde se transformó en executor, y al cual se le dió el nombre de Erogor o Dispensador y esto porque en el Derecho Germánico no había institución de heredero y sí muchas mandas piadosas, se sintió -- más la necesidad de una persona que velara por el cumpli--

miento de la última voluntad de las personas y al efecto se aprovechó un cargo que ya existía entre las costumbres de los bárbaros. El Salmo que figuraba en las antiguas adopciones in hereditatem.

d) DERECHO ESPAÑOL

En España surgieron los albaceas para cumplir todo lo concerniente a la parte piadosa del testamento, esto justifica la intervención de los eclesiásticos en la ejecución de las últimas voluntades, autorizando a la Iglesia para fiscalizar y substituir a los albaceas nombrados por el testador y otorgando a los Obispos cierto carácter de albaceas legítimos para velar por la ejecución de los legados piadosos. Las Leyes de la Novísima Recopilación -- fueron reduciendo esa intervención de la Iglesia en la ejecución de los testamentos.

En España se generalizó el uso de los albaceas merced principalmente al influjo del Derecho Canónico, los escasos precedentes romanos fueron desenvueltos en las Leyes del Título X de la Partida VI, el fuero real dedicó a los albaceas el Título V del Libro III y algunos otros fueros trataron de ellos llamándoles cabezaleros. La Ley VIII,

Título y Libros citados prohibieron en el Fuero Real - que fueran cabezaleros los siervos, mujeres, menores, locos, herejes, moros, judíos, mudos y sordos de nacimiento, alevosos, traidores y desterrados.

En el Derecho Español aparece en el Breviario de Alarico la figura del proxeutor o legatarius; en realidad, en casi todos los Códigos desde el Fuero Juzgo se ocupan de la institución, reconociendo autoridad a los Obispos para intervenir reconociendo la validez de los testamentos y de las reclamaciones que podían surgir entre herederos y legatarios. El Fuero Viejo facultaba a los albaceas para el pago de las deudas y partición de la herencia.

Suprimido en España el Fuero Eclesiástico y aún por otras leyes anteriores como las 13, 14 y 15 de la Novísima Recopilación, si bien podían los Obispos informarse del cumplimiento de las disposiciones piadosas, no son ellos sino los jueces ordinarios los encargados de apremiar y remover a los albaceas morosos.

Para concluir veremos que el albaceazgo quedó perfectamente aceptado y reglamentado en el proyecto de Código Civil de 1851, que le dedicaba el Capítulo XI del Libro II, artículos del 892 al 911 y que sirvió de modelo para el actual Código Civil español, en el que se ha

conservado casi en su integridad la reglamentación dada al albaceazgo en el citado proyecto de 1851.

Cabe hacer notar que en ésta país a diferencia del nuestro, el albacea sólo puede nombrarse en un testamento.

NOTAS DEL CAPITULO PRIMERO

- (1) Ernesto Gutiérrez y González "El Patrimonio"
- (2) Idem
- (3) Antonio de Ibarrola "Cosas y Sucesiones"
- (4) Ildefonso Ledesma Uribe "El fideicomiso en el Derecho Mexicano".
- (5) Idem
- (6) Diccionario de Derecho Privado
- (7) Instituciones de Derecho Civil Español.- III
- (8) Le originl dell esecutore testamentarie nella storia del Diritto italiano.
- (9) Citado por José Arias en su obra "Derecho Sucesorio"
- (10) Citado por Mateos Alarcón en su obra "Estudio sobre el Código Civil del Distrito".
- (11) Diccionario de Ciencias Eclesiásticas.- Editorial - Perujo
- (12) Citado por Mateos Alarcón en su obra "Lecciones de Derecho Civil".
- (13) Luis F. Uribe Labastida.- "Sucesiones".

C A P I T U L O I I

CLASES DE ALBACEAS

- 1.- Por la extensión de sus facultades:
 - a) Albaceas Universales
 - b) Albaceas Particulares o Especiales

- 2.- Por razón del número de albaceas nombrados:
 - a) Albaceas Singulares
 - b) Albaceas Plurales (Pluralidad de Albaceas)

- 3.- Por la forma del ejercicio del cargo:
 - a) Albaceas Sucesivos
 - b) Albaceas Mancomunados
 - c) Albaceas Solidarios

- 4.- Por el origen de su nombramiento:
 - a) Albaceas Testamentarios
 - b) Albaceas Legítimos
 - c) Albaceas Dativos o Judiciales

CLASIFICACION

Desde cuatro criterios o puntos de vista podemos clasificar a los albaceas:

- 1.- Por la extensión de sus facultades pueden ser:
 - a) Universales, los que están facultados para el cumplimiento total del testamento, hasta dejar concluida la sucesión.
 - b) Particulares o Especiales, a los que sólo les encomiendan determinadas funciones, o solamente determinadas facultades.
- 2.- Por razón del número de albaceas nombrados, estos -- pueden ser:
 - a) Singulares, cuando sólo existe un albacea.
 - b) Plurales, cuando hay dos o más albaceas.
- 3.- Por la forma del ejercicio del cargo pueden ser:
 - a) Sucesivos, cuando uno de ellos entre en funciones después de otro.
 - b) Mancomunados, cuando todos obran al mismo tiempo.
 - c) Solidarios, cuando obran separadamente pero no en forma sucesiva y vale lo que cada uno de ellos haga.
- 4.- Por el origen de su nombramiento pueden ser:
 - a) Testamentarios, los designados por el testador en el testamento.
 - b) Legítimos, los que desempeñan el cargo por ministerio de ley.

c) Dativos o Judiciales, los designados por el juez.

1.- Por la extensión de sus facultades:

a).- Albaceas Universales.

Aún cuando el precepto del Código Civil (1) que se refiere a los albacea universales y particulares no nos da el concepto de unos y otros, acaso por corresponder tal misión a la doctrina, no hay duda que la diferencia entre unos y otros es en la extensión de las facultades que a los mismos se han conferido, o lo que es lo mismo, debemos entender que serán Universales los albaceas, cuando están facultados para cumplir el --testamento en su totalidad y a los cuales se les ha otorgado --también la representación del caudal hereditario, la adminis--tración de los bienes y la misión de darles a los mismos el --destino ordenado por el causante.

Puede también, sin embargo, considerarse a un albacea como universal, aún cuando no tenga las facultades de contar y --partir la herencia, facultades tales que pueden ser asumidas --por personas distintas del albacea y que han sido nombradas --por el testador para ese único y exclusivo fin, y los cuales, desde luego serán considerados como contadores partidores pero no como albaceas. "La prueba de lo dicho, está en que un testa--dor puede conferir a sus albaceas en términos generales y abso--lutos, todo linaje de facultades en la administración y repre--sentación de la herencia mientras ésta esté indivisa y en cuan

to se refiere a su sucesión, de modo tan amplio y sin especificación de fines concretos, que no puede ni debe negarse el carácter de universales a aquellos albaceas denominándoles así o no, y, sin embargo designar a otras personas determinadas y de ordinario peritas, para que practiquen las operaciones particionales, y hechas que sean las mismas, con lo que termina la misión de los contadores partidores, su ejecución corresponde a los albaceas universales y, por consiguiente, ellos y no los contadores partidores serán los que presenten su aprobación, expedición de testimonios de su haber y entrega del mismo a cada partícipe." (2)

En nuestro país, sin embargo, para considerar a un albacea como universal, debe además asumir todas las facultades -- que fueren necesarias para dar total ejecución al testamento y entre las que se encuentran las de contador partidor, según se desprende de la lectura del artículo 1706 del Código Civil el cual nos dice textualmente que: "Son obligaciones del albacea general:

- I.- La presentación del testamento.
- II.- El aseguramiento de los bienes de la herencia.
- III.- La formación de inventarios.
- IV.- La administración de los bienes y la rendición de las cuentas del albaceazgo.
- V.- El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias.

- VI.- La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios.
- VII.- La defensa, en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento.
- VIII.- La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieron contra ella.
- IX.- Las demás que le imponga la ley."

Sin embargo, no es contrario a la ley que los albaceas, dada la importancia del caudal o las dificultades de su liquidación y partición, confíen el trabajo de la partición a personas peritas o profesionales, las cuales obran como mandatarios de aquel, bajo sus órdenes y de cuyos actos responde el albacea, (3) colaboración que no les priva de su carácter de universales, ni atribuye la calidad de albaceas a dichos auxiliares o mandatarios.

b) Albaceas Especiales o Particulares.

Para algunos autores estos albaceas solamente están facultados para cumplir lo relativo a funerales, manda piadosa y alguna otra misión que especialmente les encomiende el testador.

La particularidad en el albaceazgo es una modalidad que sólo el testador le puede dar en ejercicio del derecho que la ley le concede para otorgar mayor o menor número de facultades.

tades a personas designadas por él para el cumplimiento de su última voluntad. Por lo que es perfectamente válido darle esta denominación cuando al nombrado en el testamento, se le ha en cargado específicamente la ejecución de tal o cual cosa, sin que pueda salirse de dicha actividad y el cual termina su car go una vez concluida la misión para cuya realización fue nombrado o instituido.

2.- Por razón del número de albaceas --
nombrados:

a) Albaceas Singulares:

Cuando el designado para desempeñar la función de albacea es único. La ley no se refiere expresamente a los albaceas sin gulares, sin embargo, tácitamente los acepta y hace alusión a ellos, al facultar al testador para nombrar uno o varios albaceas. (4).

Puede, desde luego, darse el caso de que el testador en su testamento, señale sólo a una persona a la cual encomiende la realización de tal o cual fin exclusivamente, y bajo este aspecto, se puede decir que ese albacea que es único tiene el carácter de particular. Hay que hacer notar que no debe olvidarse que al no haber nombrado el testador albacea que tuviere como misión dar ejecución al testamento en general, debe forzosamente hacerse tal nombramiento ya por los herederos, ya por

el juez, por lo que en este caso no puede considerarse como de albacea único que tenga el carácter de particular, pues en realidad en dicho caso forzosamente tendrá que existir otro albacea que se ponga al frente de la testamentaria, -- por lo que el caso señalado es más bien de pluralidad de albaceas en el cual uno tiene el carácter de particular, (el nombrado por el testador para la realización del fin que el mismo le señaló) y el otro carácter de universal (el nombrado por los herederos o por el juez para que se ponga al frente de la testamentaria). Por lo tanto, en caso de que en la sucesión exista solamente un albacea, éste tendrá siempre el carácter de universal.

b) Albaceas Plurales.

Se presentan cuando han sido nombrados por el testador dos o más albaceas; el artículo del Código Civil que estipula que el testador puede nombrar uno o más albaceas no ofrece problemas en cuanto a su interpretación y responde como dice Sánchez Román a estos fines: "A consagrar la soberanía civil del testador, haciendo de su voluntad manifestada en forma legal y sin contravención de fondo a la ley, la fuente suprema de donde se derivan las reglas de su sucesión mortis causa, y siendo como es natural que queden comprendidas en ella, lo mismo las que se refieren a la transmisión y distribución de sus bienes por título universal de herencia, o singular de legado, que las relativas a la ejecución de su últi

ma voluntad o quienes el testador tenga a bien designar, para ello, no es posible por lo tanto poner limitación en cuanto al número plural o singular de los albaceas testamentarios". (5).

Tienen así mismo, en este caso de pluralidad de albaceas, plena realización los problemas que sobre sucesividad, solidaridad y mancomunidad respecto del albaceazgo se puedan plantear, según que los distintos albaceas por el testador actúen en el desarrollo de sus funciones uno después del -- otro, o bien conjuntamente, siendo válido lo que cada uno de ellos haga cuando los demás estén de acuerdo, o separada pero no sucesivamente, siendo válido lo que cada uno haga aún sin el consentimiento de los demás.

3.- Por la forma del ejercicio del cargo:

a) Albaceas Sucesivos.

Cuando los nombrados están llamados al ejercicio del cargo en diferentes lugares o sea, que los unos sólo pueden desempeñar el cargo en defecto de los otros.

Si fuera uno sólo el que ocupa cada lugar y otro el que substituya, el albaceazgo es unipersonal en todos los lugares o llamamientos y por lo mismo, no hay necesidad de que se mencione ninguna regla al respecto por lo que tampoco el Código

lo menciona, pero cuando se emplea o no esta forma sucesiva y en cada uno de los lugares o llamamientos figuran dos o más albaceas, entonces ya sobrevienen las otras dos formas de su nombramiento que se han mencionado: albaceas mancomunados y albaceas solidarios.

Por ser el caso de albaceas sucesivos un caso de pluralidad de albaceas, es indudable que solamente el testador es quien puede establecerlo, tomando en cuenta que se puede dar el caso de que algunos o todos los primeramente nombrados lleguen por cualquier causa, y entonces nombra a otro y otros que los sucedan, por lo que los substitutos no entrarán a cumplir el cargo, sino en defecto de los primeramente nombrados.

b) Albaceas Mancomunados.

Significa como en otros casos jurídicos, la pluralidad de personas que concurren a la realización de un mismo fin común. En el presente caso, dos o más albaceas a quienes juntamente se ha nombrado como tales, para que todos y en forma conjunta, desempeñen el cargo de modo que ninguno de ellos separadamente y por sí pueda hacerlo con eficacia y válidamente se requiere el concurso de los demás, a no ser que tuviera la autorización de los restantes o que se trate de casos de suma urgencia.

La existencia de los albaceas mancomunados, está expre-

samente reconocida por nuestra Legislación Civil, concretamente en el artículo 1692 el cual estipula: "Cuando fueren varios los albaceas nombrados, el albaceazgo será por cada uno de ellos, en el orden en que hubiesen sido designados, a no ser que el testador hubiere dispuesto expresamente que se ejerza de común acuerdo por todos los nombrados, pues en este caso se considerarán mancomunados".

Cuando los albaceas fueren mancomunados, sólamente valdrá lo que todos hagan de consuno es decir, lo que todos -- hagan de acuerdo, o bien, lo que haga uno sólo de ellos legalmente autorizado por los demás, lo que también equivale a decir que todos ellos están de acuerdo y por lo tanto, es tán actuando de consuno aún sólo sea uno de ellos el que -- materialmente esté actuando, o lo que en caso de disidencia acuerde la mayoría (6), Y todo esto, porque como es fácil -- de comprender, no siempre estarán todos de acuerdo sobre lo que se debe hacer, y entonces, llegado el momento de tomar una decisión en uno u otro sentido, nada mejor que acatar -- la voluntad de la mayoría, por considerarse que si son más los que se inclinan por una determinada forma, es porque -- ello resulta más provechoso a la sucesión. Sin embargo puede darse el caso de que no haya mayoría y para este caso -- como forzosamente se debe tomar una decisión, la ley faculta al juez para que sea él quien decida.

Cabe señalar, que como la ley establece que en caso de mancomunidad solo valga lo que todos hagan de consuno, o bien, lo que hubiere hecho uno de ellos legalmente autorizado por los demás, puede darse una excepción a esta regla, la cual también está establecida por la ley (7), y es aquella que consiste en considerar como válido lo hecho por uno de los albaceas mancomunados cuando ello fuere necesario y siempre y cuando les dé cuenta de lo realizado a los demás y asuma la responsabilidad de lo actuado.

Los casos de suma urgencia solo se aprecian según las circunstancias de que se trate, dando como criterio general que el ejercicio del albaceazgo por uno solo de los albaceas mancomunados, tienda a evitar un perjuicio para la herencia, cumplir un deber inaplazable e inexcusable y apreciando siempre los hechos con estricta interpretación y con la garantía de ponerlos inmediatamente en conocimiento de los demás albaceas y de ser realizado el acto bajo su responsabilidad personal.

c) Albaceas Solidarios.

Es esta una modalidad del albaceazgo que se presenta en los casos de pluralidad de albaceas.

La ley no impide al testador establecer esta modalidad en

su albaceazgo, ordenando a los distintos nombrados obrar al mismo tiempo pero separadamente, con lo que forzosamente se tendrá que considerar como válido lo hecho por cada uno de ellos. Pero como ni en el precepto del Código Civil que establece la mancomunidad ni en ningún otro aparece consagrada la solidaridad, para que la misma exista, tendrá que ser establecida expresamente por el testador en el testamento y no podrá nunca presumirse la misma.

Establecida por el testador la solidaridad de los albaceas, ha de ser aplicable a éstos, analógicamente, lo dispuesto por los preceptos que tratan de la solidaridad correspondiente a las obligaciones en general, o sea, que en el caso de que se nombren varios albaceas con ciertas cláusulas de in solidum, basta para la validez de los actos del albaceazgo, que todos, varios o cualquiera de ellos realicen actos en su desempeño, que tendrán igual eficacia, puesto que mediante aquellas cláusulas a todos y a cada uno de ellos atribuye el testador la integridad de las facultades del albaceazgo.

Por lo anterior, es de considerarse que cuando el testador nombre dos o más albaceas y no establezca la solidaridad entre ellos, no deben ser considerados como mancomunados, sino como sucesivos, puesto que la solidaridad como la mancomunidad deben ser establecidos expresamente, basándonos en lo dispuesto por el artículo 1692 del Código Civil que menciona que cuando hubieren sido nombrados varios albaceas, el cargo será ejercido por cada uno de ellos según el orden en que hubieren sido designados, lo que como se vé, es un caso de sucesi

sividad y no de solidaridad, a no ser, continúa disponiendo el artículo mencionado, que el testador hubiere dispuesto - expresamente que se ejerza de común acuerdo por todos, y en este caso, se considerarán como mancomunados y no como solidarios.

4.- Por el origen de su nombramiento:

a) Albaceas Testamentarios.

Son los nombrados por el testador en su testamento. Es - esta categoría de albaceas, en donde se pueden reunir todas - las modalidades que el albaceazgo puede tener y que ya se mencionaron anteriormente. Es decir, que son los albaceas testamentarios en donde se pueden reunir las calidades de Universales, Particulares, Singulares, Plurales, Sucesivos, Mancomunados y Solidarios y ello porque su nombramiento proviene directamente de la voluntad del autor de la herencia.

El nombramiento de albacea testamentario, solo puede hacerse en el testamento, ya que nuestra legislación no establece precepto alguno que autorice al testador para hacer el nombramiento de albacea en cualquier otro documento que no sea - el testamento.

b) Albaceas Legítimos.

La existencia de los albaceas legítimos se infiere de lo

dispuesto por el artículo 1682 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, así como de los artículos 1686 y 1688 del mismo ordenamiento, los que textualmente disponen.

Artículo 1682: "Cuando el testador no hubiere designado al albacea o el nombrado no desempeñare el cargo, los herederos elegirán albacea por mayoría de votos. Por los herederos menores - votarán sus legítimos representantes!"

Artículo 1686: "El heredero que fuere único, será albacea si no hubiere sido nombrado otro en el testamento. Si es incapaz, desempeñará el cargo el tutor."

Con respecto a este tipo de albaceas, la doctrina considera que terminado el albaceazgo por cualquiera de las causas señaladas por la ley, o de que, el albacea testamentario no acepte el cargo, o no se hubiere nombrado albacea testamentario, y en todos los casos de intestado, corresponde a los herederos la función de desempeñar el albaceazgo por ministerio de ley, debiendo desempeñar el cargo con todas las obligaciones, facultades, derechos y prohibiciones que tienen los albaceas en general y las cuales deben ajustarse siempre a las prescripciones de la ley para ejercicio del albaceazgo.

Por lo anterior, se considera al albacea legítimo como la persona designada por los herederos o el juez en su caso a falta de albacea testamentario, o cuando este haya renunciado al --

cargo, fuere removido o no concluyere el plazo señalado en el testamento. El juez nombrará albacea en el caso de que los herederos no se pongan de acuerdo en el nombramiento, por no reunirse la mayoría requerida por la ley, el cual tendrá la calidad de dativo, al igual que la tendría si hubieren sido los herederos los que lo hubieren designado.

El artículo 1688 dispone: "En el caso del artículo anterior, si hay legatarios, el albacea será nombrado por éstos".

Permitiendo este artículo que entre tanto se designan los herederos, el albacea será nombrado por los legatarios.

Además, el artículo 1690 prescribe que "cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios nombrarán el albacea".

En lo referente a lo indicado por el artículo 1689 la ley dispone que el albacea sólo durará en su cargo mientras que se hace la declaratoria de herederos legítimos, para que estos procedan a hacer la elección. (8).

En nuestro país solamente se da el caso de albacea legítimo cuando solamente exista un heredero y por cualquier circunstancia falte el albacea testamentario. En caso de que faltando el albacea testamentario existan dos o más herederos de sempearía el cargo una persona que ellos mismos designarían pudiendo ser uno de los mismos herederos, no confundiéndose su calidad de heredero y su calidad de albacea.

c) Albacea Judicial

En términos generales se dice que es el nombrado por el

juez.

Algunos autores opinan que no se infringe por el nombramiento de un albacea dativo o judicial, la voluntad del testador, ya que dicha intervención se funda y se justifica en que, por muerte del primer albacea y por renuncia de los otros nombrados en el testamento, es indispensable designar persona -- que se ponga al frente de la testamentaría administrando los bienes y cumpliendo la voluntad del testador.

Asimismo, los albaceas judiciales deben existir en aquellos casos de ab-intestato, en que el finado no deje ascendientes, descendientes o colaterales dentro del cuarto grado, ni cónyuge con el fin de que se encargue de todo lo que sea propio del cargo de acuerdo a las leyes.

El artículo 1687 concretamente se refiere a este tipo de albaceas y dispone:

" Cuando no haya heredero o el nombrado no entre en la herencia, el juez nombrará el albacea si no hubiere legatarios" . En este caso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1689, el albacea nombrado por el juez tiene el carácter de provisional y una vez que se haga la declaración de herederos legítimos, estos designarán al albacea definitivo. (9)

El mencionado artículo 1687 en opinión del Licenciado An

tonio de Ibarrola, tiene relación con el 834 del Código de -
Procedimientos Civiles " el cual contiene una proposición -
misteriosa cuyo alcance nos decía Rafael Ortega, que no ha--
nía podido nunca penetrar (se refería a las palabras en cur-
siva): "Si la falta de herederos de que trata el artículo --
1687 del Código Civil depende de que el testador declare no
ser suyos los bienes, o de otra causa que impida la sucesión
por intestado, el albacea judicial durará en su encargo has-
ta que se entreguen los bienes a su legítimo dueño. (10)

Si la ley reconoce la existencia de las sucesiones legi-
timas o intestadas, también es lógico que reconozca a la per-
sona que con las facultades que la misma le señala se ponga
al frente de la sucesión, por lo que las mismas razones que
sirvieron al legislador para reconocer la existencia de la -
sucesión intestada, en alguna forma sirven para justificar -
la existencia del albacea judicial en dichas sucesiones.

NOTAS DEL CAPITULO II

- (1) Artículo 1691 Código Civil para el Distrito Federal.
- (2) Sánchez Román, Estudio de Derecho Civil.
- (3) Artículo 1700 del Código Civil vigente.
- (4) Artículo 1681 del Código Civil vigente.
- (5) Sánchez Román, obra citada.
- (6) Artículo 1693 del Código Civil vigente.
- (7) Artículo 1694 del Código Civil vigente.
- (8) Rogina Villegas , Sucesiones.
- (9) Rogina Villegas, obra citada.
- (10) Antonio de Ibarrola, obra citada.

C A P I T U L O I I I

NATURALEZA JURIDICA DEL ALBACEAZGO

- 1) Teoría de la tutela y curatela.
- 2) Teoría del árbitro.
- 3) Teoría del mandato.
- 4) Teoría de la representación.
- 5) Teoría de la función u oficio.
- 6) Teoría de la representación de la sucesión.
- 7) Teoría de la Legitimación Indirecta.

NATURALEZA JURIDICA DEL ALBACEAZGO

Castán Tobeñas clasifica las teorías relativas a la naturaleza jurídica del albaceazgo de la siguiente manera:

- | | |
|---|--|
| <p>Sistemas fundados sobre la analogía.</p> | <ul style="list-style-type: none">- Teoría de la Tutela.- Teoría que ve en el ejecutor un árbitro. |
| <p>Naturaleza del Albaceazgo</p> | <ul style="list-style-type: none">- Teoría del mandato.- Teoría de la representación formal.- Teoría de la representación del testador.- Teoría de la representación de la Sucesión.- Teoría de la representación de los herederos.- Teoría de la doble representación, la del testador y de los herederos. |
| <p>Sistemas que tienen por base la idea de la representación.</p> | |

1) Teoría de la Tutela y Curatela.

Esta teoría estuvo en boga en los siglos XVI y XVII

en ella equiparaba al albacea como el tutor. (executores -
últimam voluntas tutoribus equiparantir).

Winscheid es partidario de ella. El ejecutor-
es un tutor. Claro es que no puede identificarse con la tu-
tela, por lo mismo que esta se da para la persona del pupi-
lo principalmente y responde a otros fines; lo considera -
en cierto aspecto un curador adbonum. (1)

El curador adbonum puede ser nombrado en testa-
mento por el padre o la madre del menor o por otra persona
extraña que lo hubiese designado y en su defecto correspon-
de al mismo menor su nombramiento con aprobación del juez,
siendo mayores de 14 o 16 años si es mujer.

Heusler remozó ésta teoría diciendo, que los -
albaceas son aquellos a quienes se confía un patrimonio, -
como a los antiguos "Salman" con la obligación de resti-
tuirlo a las personas designadas por el testador, ya no --
intervienen, dice, en la redacción del testamento: basta -
con una cláusula para nombrarlos; pero la sustancia es la
misma, pues asume la cura y tutela del haber hereditario.

(2)

Se trata de proteger los intereses de quien no
tiene aún la suficiente habilidad para el manejo de los --
bienes, por lo que no es una solución aplicable al alba-
ceazgo.

2) Teoría del árbitro.

Se ha dicho que el albacea es un árbitro fren-
te a los herederos, basándose en que dentro de las funcio-
nes del albacea éste puede servir de intermediario entre -
los herederos y exhortarlos a que pongan fin a sus dificul-
tades, no pudiendo gestionar de tal manera que tenga la --
fuerza de decisión de un árbitro y que la ley no le señala

como función ignorando, además, la facultad administrativa y en cierta forma la representación común de los herederos para la tramitación judicial en general, por lo que tampoco explica la naturaleza jurídica del albaceazgo.

3) Teoría del mandato.

La primera doctrina que dominó en la época de los postglosadores y en el primitivo derecho canónico considera al albaceazgo como un verdadero mandato -- postmortem, ya que a la muerte del mandante es cuando empieza el cometido del mandatario, diferenciándose así del mandato ordinario en el que éste termina con la --- muerte del mandante. Alrededor, pues, de esta consideración fundamental es que se construye la doctrina por -- los canonistas.

"En la fase histórica anterior a la Codificación y también en la que se siguió a la misma, encontró viva acogida entre los tratadistas la tesis que equiparaba el albaceazgo al mandato.

Primeramente se hablaba de un mandato del --- testador. Beseler fué el que, en realidad inició el desarrollo de esta tesis diciendo que, si bien es cierto -- que desde el punto de vista material el heredero es el que ostenta la representación del difunto, desde el punto de vista formal es el albacea quién debe ostentar esta representación. Esta doctrina fracasó por encerrar -- el fallo fundamental de un mandante que ya no existe en el momento de actualizarse el encargo.

Ante esta consideración, la doctrina siguen

do dentro del área del mandato, cambia el punto de referencia personal y en vez de hablarse de un mandato del testador se habla de un mandato de los herederos.

Otros tratadistas como Gerber, Unger y Stobbe sostuvieron que el albacea es representante de los herederos, pero sólo en base al poder que le confiere el testador. Si el heredero es el continuador de la personalidad jurídica del autor de la sucesión, el heredero sobrevive, por así decirlo, a aquél y asume, por tanto, su propia potencialidad jurídica.

Dentro todavía del área del mandato representativo, Rosenthal y Derburg consideran que el albaceazgo viene a constituir una representación de la herencia "in totum"; ahora bien, como es de todos sabido el patrimonio hereditario no puede entenderse como persona jurídica en ningún caso y la sucesión universal opera el traspaso de todas las relaciones jurídicas del difunto en la persona del heredero, único titular de la herencia. (3)

Gutiérrez y González concluye que el albacea no puede ser considerado como un mandatario del autor de la herencia por las siguientes razones:

a) El mandato es un contrato, que por regla general se extingue con la muerte de cualquiera de las partes que en él intervienen y así lo determina expresamente el artículo 2595 en su fracción III que dice:

"El mandato termina:

III.- Por la muerte del mandante o del manda

tario" y sólo en manera excepcional, caso previsto por el artículo 2 600 puede temporalmente seguir desarrollando sus funciones el mandatario, después de la muerte del mandante.

Por lo mismo, si el albacea fuera un mandatario, no podría desempeñar sus funciones al morir el testador y haría inútil su designación.

b) Pero aún suponiendo sin conceder, que fuera mandatario del testador, tal explicación falla tratándose del albacea convencional y del judicial, pues a éstos no los designa el testador según ya se ha visto, y por lo mismo no podrá ser mandatario de alguien que ni lo nombró ni vive. (4)

La figura del mandato "post-mortem" no puede explicar la posición jurídica del albacea, pues el mandato participa de la naturaleza del contrato y no de las disposiciones de última voluntad.

4) Albaceazgo y representación.

Si fuese el albaceazgo un caso de representación, se estaría ante el hecho de tratarse de una representación legal para los interesados en la herencia que no han nombrado representante al albacea y cuyo origen voluntario deriva de la declaración del testador.

Se ha pensado algunas veces en explicar la po

sición jurídica del albacea calificándolo de representante del testador, puesto que la representación no constituye ningún contrato, sino que se origina por una declaración unilateral del poderdante.

Cabe oponer a esta teoría que así como en la representación propiamente dicha -no en la representación indirecta- el representante actúa en nombre del poderdante y el albacea ejerce su misión en nombre propio, ya que pasa a ejercer sus funciones después de la muerte del causante. Sólo puede hablarse de representación del testador desde un punto de vista social para indicar que la actividad del albacea se dirige a satisfacer un interés que había sido del testador en vida de éste, pero en un sentido jurídico esta representación no es posible porque sólo puede representarse a un sujeto de derecho actual, en cuya esfera jurídica repercutirán los efectos de la actividad del representante.

El albacea no es un representante de los herederos, puesto que aquél recibe sus facultades del causante o de la ley y puede ejercerlas aún en contra de la voluntad de los interesados en la sucesión, quienes no podrán limitarle sus facultades.

Tampoco es un representante de la masa hereditaria, puesto que sólo pueden ser representadas las personas físicas o morales y la herencia no tiene en nuestro derecho la consideración de persona moral, aparte de que cuando se dice que el albacea representa la herencia, con ello sólo se indica el objeto sobre el que recae la representación, pero no quién es el titular del patrimonio que gestiona el representante.

También resulta equivocado pretender que los albaceas representan a los legatarios o acreedores del -- causante como algunas veces se ha pretendido, basta tener en cuenta que cabe el nombramiento del albacea, aunque el testador no haya ordenado ningún legado o no existan acreedores hereditarios, y entonces sería absolutamente imposible saber a quién representa el albacea. Menos aún sería todavía pretender que éste representa tanto a los herederos como a los legatarios y al testador, pues dada la contradicción de intereses que pueda fácilmente existir entre tales presuntos representados, no existe razón alguna ni -- por otra parte aparece la utilidad de encomendar a una sola persona la representación de todos ellos.

No es la representación directa la solución a -- este problema.

5) Teoría de la Función u Oficio.

Messineo en 1931, después de criticar las diversas teorías formuladas acerca de la naturaleza jurídica de la ejecución testamentaria llega a la conclusión de que esta constituye una función u oficio de derecho privado con caracteres de accesoriedad, a la que van conexas la misión de promover la observación del contenido del testamento, la facultad de sostener su validez en juicio y, eventual-- mente, la de cuidar algunos de los intereses nacidos del -- mismo testamento.

Tal función que viene originada por un acto uni-

lateral, es de aceptación facultativa y se ejercita en nombre propio por el titular.

Hay que hacer notar, que la función del ejecutor mira sólo a cumplir la última voluntad de los difuntos, la administración del patrimonio hereditario es sólo medio, no fin principal y los intereses del difunto son meramente privados, correspondiéndole a él su nombramiento.

Binder presenta la ejecución testamentaria como un cargo de Derecho Privado ya que a su juicio -- "aquel no es un cargo en el sentido del Derecho Público, puesto que el ejecutor no recibe sus facultades de mano del poder público, ni éstas tienen tampoco ningún contenido de Derecho Público."

Es oportuno añadir en pro de esta tesis la consideración de que en nuestro Derecho Civil los albaceas universales vienen investidos de unas facultades -- muy amplias pues estas facultades las ostenta el albacea por causa del nombramiento de ejecutor testamentario hecho por el causante, quién puede ampliarlas o reducirlas a su voluntad, lo cual no tendría justificación si el albacea fuera titular de un cargo u oficio aunque fuera de carácter privado. (5)

6) El albacea representante de una persona moral.

Esta tesis la sostiene el Licenciado Luis F.

Uribe en su conocida obra sobre el tema. En nuestro derecho la sucesión no es una persona moral, sino una simple comunidad, ya que el patrimonio de las personas morales - lo es el del ente, más no de las personas quienes deben - considerarlo como ajeno. No existe la voluntad, en muchos casos, por parte de los herederos de permanecer en este estado de comunidad.

Asimismo, no es posible concebir una persona moral cuyo fin es liquidar unas relaciones jurídicas que, se supone, forman su patrimonio, patrimonio que pertenece a los herederos desde el fallecimiento del autor de la herencia, por lo que se concluye que esta tesis es difícil de sostener.

Es bien sabido que el albacea realiza actos sobre patrimonio ajeno por regla general, realizados por un tercero a quién por disposición legal le han sido conferidas tales facultades al nombrarse albacea, por lo que es de considerarse que el problema de la naturaleza jurídica se puede resolver por la Vía de la Legitimación.

La legitimación es otorgada por el Derecho para darle reconocimiento de un poder suficiente, es decir de la posibilidad de llevar a cabo el acto en cuestión.

El reconocimiento de este poder recibe el nombre de legitimación.

La legitimación deriva siempre de una específica relación del autor del acto con el objeto de éste, ya -

que cuando se realiza un acto sin legitimación para ello, se producen efectos ineficaces e irrelevantes para el titular. Concluyéndose que la falta de legitimación produce la ineficacia del acto y esta ineficacia implica la irrelevancia que es consecuencia de la ineficacia derivada de la falta de legitimación.

Dentro de la legitimación existe la legitimación indirecta, concebida como el reconocimiento de la posibilidad de realizar, en nombre propio o ajeno, un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica de la que no se es titular.

El albaceazgo podemos ubicarlo dentro de la legitimación indirecta, ya que estamos ante la posibilidad de realizar un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica de la que no se es titular.

7) Concepto de legitimación Indirecta

"Hecho normal, pero no constante ni necesario, dice Betti, es que el sujeto del negocio coincida con el sujeto del interés que por el negocio se regula, o sea, con el interesado". La titularidad de la esfera jurídica sobre la que inside el acto no es el único fundamento posible de legitimación prescindiendo de los casos de la apariencia, existen supuestos en que una persona puede realizar eficazmente un acto, ya sea en nombre propio, ya sea en nombre ajeno, por cuenta de otra. La -

eficacia de este acto supone la legitimación del autor, legitimación del autor que hemos calificado de indirecta y definido como reconocimiento de la posibilidad de realizar en nombre propio o ajeno un acto jurídico eficaz - sobre una esfera jurídica de la que no se es titular, respetando la titularidad de la misma en otra persona. La legitimación indirecta, en cuanto no deriva de la titularidad es excepcional. La interposición ajena, afirma Betti, sólo es admisible cuando entre el interesado y el llamado a sustituirlo discurre una relación tal que justifique el encauzamiento de los efectos jurídicos del acto a la esfera del primero. " Si se debiese admitir sin limitaciones que cualquiera pudiera subrogarse al interesado para celebrar los negocios por cuenta de él, la sanción del negocio erraría su finalidad para, en cambio, proteger y promover la invasión de la esfera jurídica ajena".

Es necesario que quién celebra el acto "tenga el poder de imponer un orden vinculante a los intereses ajenos por cuenta del interesado. Este poder no es más que un aspecto que asume cuando se le refiere a intereses que conciernen a persona extraña al negocio". El ámbito de la legitimación indirecta viene determinado por la norma que concede la titularidad, v.gr.: en la representación de los incapaces o por el titular de la esfera jurídica afectada.

Los fundamentos de la legitimación indirecta, es decir, las disposiciones de la persona en virtud de las cuales la norma reconoce la posibilidad de obrar por cuenta ajena son numerosos.

La representación.

La característica de la representación está en que una persona distinta de aquella a que afecta una situación jurídica, realiza un acto con trascendencia - para la misma. Más especialmente una persona distinta - del sujeto de un derecho lo ejercita, porque tiene respecto del sujeto una determinada posición; no hace falta más para descubrir en ello el concepto de legitimación. (6)

En virtud de la representación, un sujeto - (representante) está legitimado (con legitimación indirecta) para realizar los actos que impliquen ejercicio de un derecho o una facultad cuya titularidad corresponde a otra persona (representado), el fundamento de la legitimación del representado y la esencia de la representación misma es el "poder" suficiente para participar en un acto en nombre del representado y con efectos únicamente para éste. El poder de representación deriva de la ley (en la representación legal) o de la voluntad del representado (representación voluntaria) y supone siempre la previa legitimación indirecta, aunque no la capacidad de éste". (7)

El albacea no es un representante voluntario del testador, pues puede ser nombrado por los herederos, incluso el nombrado por el testador puede ser removido sin causa justificada y entrar en el desempeño del cargo el que instituyan los herederos.

Representación de los incapaces.

El mismo autor, Ladaria Caldentey, nos señala

la en relación con la representación de los incapaces:

"Llamada a menudo legal o necesaria, se funda en la necesidad de suplir la incapacidad de obrar de las personas. "La incapacidad del interesado, dice Carnelutti, constituye el motivo de la legitimación para obrar de una persona distinta, o sea de su representante legal". (8). Ninguna de las representaciones indicadas es aplicable al albacea.

La substitución.

Otra hipótesis de legitimación indirecta - es la substitución", continúa señalando Ladaria Caldentey, "substitución es la actividad que alguien desarrolla en nombre propio, ya sea en el predominante o concurrente interés propio, pero destinado a desplegar eficacia dentro de la esfera patrimonial ajena. (9)

Un ejemplo de lo anterior es el del acreedor que tiene en su poder como prenda un crédito pignoraticio, el cuál está obligado a hacer todo lo que sea necesario para que no se altere o menoscabe el derecho que aquél representa. (Art. 2 866 del C.C. del D.F.)

El maestro Ramón Sánchez Medal en su obra DE LOS CONTRATOS CIVILES, nos señala como ejemplos de substitución los siguientes:

"El síndico de una quiebra que vende con au

torización del juez uno de los bienes del fallido (art. 199 de la Ley de Quiebras); el albacea que da en arrendamiento por un año uno de los bienes relictos pertenecientes a los herederos (arts. 1 288 y 1 721 Cód.Civ.); el hotelero que vende el equipaje del huésped que se ausentó del hotel sin pagar el hospedaje (art. 23 de -- Regto. de Establecimientos de Hospedaje de 1942); el -- Banco de depósito que vende a un tercero el inmueble hipotecado a favor de aquél en un crédito refaccionario, a fin de pagarse el importe insoluto de dicho crédito -- ya vencido (art. 141-III de la Ley Gral. de Instituciones de Crédito); y el Banco fiduciario que vende a un -- tercero el bien inmueble de la propiedad del fideicomitente y que éste afectó, para pagar con el producto de esa venta un crédito a favor del fideicomisario (art. -- 256 de la Ley Gral. de Títulos y Op. de Crédito)".

Asimismo, el citado autor nos hace notar que "el representante obra en nombre de y el sustituto, en cambio, obra en lugar de". (10)

Ladaria Caldentey por su parte, encuentra que el albacea es un caso de substitución en interés del -- substituído y al efecto señala:

"Actúan también en virtud de legitimación indirecta los albaceas, los comisarios contadores partidores, los administradores de la herencia y los síndicos de la quiebra o del concurso... la doctrina más generalizada es la de que tanto los albaceas, como los contadores partidores y los administradores de la herencia obran en virtud de legitimación indirecta, otorgada en razón --

de su oficio rechazando la tesis de la representación.

No puede afirmarse que constituyan casos de representación dada la dificultad de señalar la persona del representado, salvo que admitamos que no es esencial a dicha figura la existencia de una persona en cuyo nombre se actúa". (11)

Podemos concluir que actúa en virtud de legitimación indirecta otorgada por la Ley en razón de su cargo al igual que el síndico de la quiebra. En ambas situaciones no existe representado; la masa de acreedores del concurso o de la quiebra no constituye una persona jurídica y la masa hereditaria tampoco tiene ese carácter, en los dos casos se actúa sobre una esfera jurídica ajena y en interés ajeno pero no constituyen casos de representación, pues no existe persona en cuyo nombre actúen.

En cambio existe substitución en interés del substituído.

El albacea es, la persona legitimada indirectamente, por disposición de la ley para actuar en substitución del "de cuius"; aquél entra en la posición jurídica de éste, o sea en su lugar, hasta la adjudicación del acervo hereditario.

Los herederos adquieren los bienes hereditarios desde el momento del fallecimiento del autor de la sucesión. Pero como no es humanamente posible conocer en ese momento qué bienes corresponden a quién, el alba

cea tiene la legitimación indirecta para actuar sobre el patrimonio ajeno formado por la masa sucesoria. El albacea ajusta su voluntad, se identifica con la voluntad del testador, durante la tramitación de la sucesión y actúa, en lugar del "de cujus" sobre el patrimonio que a partir de la apertura de la sucesión es propiedad de los herederos o sea: legitimación indirecta en substitución.

NOTAS DEL CAPITULO III

- (1) Valverde, reproducido por Rogina Villegas (obra citada)
- (2) De Diego Clemente, obra citada pag, 260,
- (3) Puig Peña, obra citada pag, 103,
- (4) Gutiérrez y González, El Patrimonio, Edit. Cajica 1971
Pág. 623.
- (5) Bonet Ramón, Compendio de Derecho Civil, T.V, pág. 460
- (6) Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil III, pág.
164.
- (7) Ladaría Caldentey
págs. 66-67.
- (8) Betti, obra citada, pág. 179,
- (9) Ladaría Caldentey, obra citada, pág, 179.
- (10) Sánchez Meda! Ramón, De los Contratos Civiles, pág. 52.
- (11) Ladaría Caldentey, obra citada, pág. 100-101.

CAPITULO IV

EJERCICIO DEL ALBACEAZGO.

- a) Obligaciones a la toma de posesión del cargo.
 - 1.- Presentación del testamento.
 - 2.- Aceptación.
 - 3.- Discernimiento.
 - 4.- Defender en y fuera de juicio la validez del testamento.
 - 5.- Aseguramiento de los bienes de la herencia.
 - 6.- Formación de inventarios.
 - 7.- Posesión del acervo hereditario.
 - 8.- Garantía de la gestión.

- b) Obligaciones en orden a las acciones.
 - 1.- Representación.
 - 2.- Administración.
 - 3.- Pago de deudas.
 - 4.- Partición y adjudicación.

- c) Terminación del cargo.
 - 1.- Cumplimiento.
 - 2.- Imposibilidad
 - 3.- Renuncia.
 - 4.- Remoción.
 - 5.- Revocación.

El albacea, "tiene la suma de facultades necesarias para hacer efectivos los derechos que tenía el testador durante su vida y que se han transmitido a sus herederos, pues de otra manera se hallaría en absoluta imposibilidad de desempeñar debidamente su cometido". (1)

En la exposición de motivos del Código de --- 1870, encontramos las razones que llevaron a los legisladores a reglamentar el cargo: "Tan difícil como grave es la materia de éste capítulo: en él por lo mismo procuró -- la comisión, aún a riesgo de parecer minuciosa, entrar en muchos pormenores que aseguren hasta donde sea posible la buena administración y pronto término de las testamentarias e intestados"

El albaceazgo integrado por un complejo de -- funciones, será analizado considerando que "sustituye" al "de cujus" en las relaciones jurídicas que no se extinguen con la muerte hasta la conclusión de la Sucesión.

a) OBLIGACIONES A LA TOMA DE POSESION DEL CARGO:

1.- Presentación del testamento.

La primera obligación a cargo del albacea es la presentación del testamento. En el supuesto de que el albacea haya sido instituido en el testamento y lo tenga en su poder, debe presentarlo dentro de los ocho días -

siguientes a la muerte del testador.

La presentación como sabemos, podrá hacerse - ante el Juez del lugar o ante Notario, siempre que no ha ya menores de edad ni controversia o litis. El plazo de ocho días debe contarse considerando los ocho días como naturales. (art. 3 708 del C.C. de 1870).

El artículo 3 709 del mismo ordenamiento civil, señala que el albacea no puede oponerse a que se dé a los herederos copia íntegra del testamento y a los legatarios de la cláusula respectiva.

Ambos preceptos tienen como fin evitar morato-- rias perjudiciales a los intereses de los herederos y le-- gatarios. (2)

2.- Aceptación.

Siendo el cargo voluntario, es lógico que para constituirse en él deba aceptarse el cargo.

"Es frecuente en todos los países que los tes-- tadores, al designar albacea en el testamento, se hayan asegurado previamente de la conformidad de los nombrados.

Este asentimiento anticipado no supone, empero, aceptación propiamente dicha del albaceazgo. La acepta--- ción ha de ser posterior a la muerte del testador". (3)

. La aceptación en nuestro derecho debe ---

hacerse bien ante autoridad judicial, quién lo asentará debidamente en autos, o ante Notario quién lo hará constar en acta. A partir de la aceptación queda legitimado para actuar como tal ante los tribunales o fuera de ellos.

3.- Discernimiento.

Ibarrola se manifiesta de la siguiente manera al respecto:

"Es claro que el albacea, al verse urgido a cumplir con sus deberes, no podría alegar que no se le ha discernido el cargo. No existe ninguna disposición legal sustantiva ni adjetiva que exprese que el albacea nombrado, ya sea en el testamento o en forma distinta, deba -- ser discernido en su cargo por el juez para que tenga -- plena validez su designación. La ley sólo habla en el artículo 865 del Código de Procedimientos Civiles de que el juez hará la designación del albacea si los interesados desde su presentación dieron su voto por escrito o -- en comparecencia. (4)

Sin embargo, encontramos la siguiente resolución de la Corte que parece confundir discernimiento -- con aceptación, pues por lo expuesto vemos que el discernimiento sólo viene a ser un formulismo que data del Código de Procedimientos Español.

"ALBACEA DISCERNIMIENTO DEL CARGO DE" (Legislación del Distrito Federal y del Estado de Coahuila).

El art. 1686 del Código Civil para el Distrito Federal, idéntico al 1583 del de Coahuila, no tiene el efecto de atribuir a una persona, de pleno derecho, el cargo de albacea, sólo por el hecho de que haya adquirido los derechos de único heredero, sino que es necesario el discernimiento de dicho cargo.

Amparo directo 4694/62 Juan Galeana Salmón - 5 votos. Semanario Judicial de la Federación. Sexta época. IV parte. Vol. LXXXII. pp. 25 20-IV-64. Ponente María no Ramírez V.

4.- Defender en y fuera de juicio la validez del testamento.

Esta es una obligación primordial, pues el testamento es precisamente para ser ejecutado después de la muerte del testador viniendo a ser la manifestación de la voluntad de éste con la que el albacea se debe identificar para así cumplir su cargo lealmente.

Mateos Alarcón señala al respecto:

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

El cometido principal del albaceazgo es el de

vigilar y asegurar el cumplimiento de las disposiciones - del testador. Finalidad principal y signo que debe presidir todo el desarrollo normativo e interpretativo de la - institución si bien, luego en la práctica habrá que acomo darse a las diversas modalidades del nombramiento ya que este puede tener un carácter particular. (5)

"Es defensor de la validez del testamento", indica Valverde, "aunque claro es que esta facultad encomenda da a los albaceas no supone que le defienda a todo trance y a toda costa, sino que debe hacerlo cuando de buena fe y conforme al dictamen de personas competentes, proceda sostener la validez y como el precepto del Código no - es que justa o injustamente el albacea salga a la defensa del testamento, es lógico que aunque se declare nulo, no por eso necesariamente ha de pagar él las costas, pues esto sólo tiene lugar cuando obrara de mala fe." (6)

5.- Aseguramiento de los bienes de la herencia.

Presentado el testamento, aceptado el cargo, debe el albacea proceder al aseguramiento de los bienes de la herencia y garantizar su manejo dentro de los - tres meses siguientes a la aceptación.

El albacea tomará las medidas necesarias - para conservar los bienes, evitar sean ocultados, dilapidados o se deterioren y tomará las medidas urgentes para conservar los bienes.

"Esta atribución convierte al albacea en -

un administrador o depositario general de los bienes de la herencia y supone naturalmente que estos bienes están en su poder para realizar sobre ellos aquellas medidas propias de un diligente administrador como son, por ejemplo: la realización de labores, recolección de frutos, percepción de rentas, alimentación de semovientes, etc." (7)

El aseguramiento de los bienes de la herencia, debe consistir en tomar las medidas necesarias, a fin de asegurar los bienes, pues en caso de que por hechos o abstenciones de él, se perdiera o perjudicara un bien, tendría que pagar daños y perjuicios a quién correspondiere.

Planiol al respecto indica:

"Aparte de los actos de conservación taxativamente enumerados en el Código, el albacea puede proceder por sí mismo, a efectuar cualesquiera otros, por ejemplo, inscribir la hipoteca de los legatarios, hacer nombrar un curador de herencia vacante, exigir una fianza al legatario de usufructo, etc." (8)

El juez, con audiencia del Ministerio Público debe dictar las providencias necesarias para asegurar los bienes de la sucesión, mientras no se presenten los interesados y si el difunto no era conocido o estaba de transeúnte en el lugar, o si hay menores interesados o peligro de que se oculten o dilapiden los bienes (art. 769 c. pr. civ.). Las medidas urgentes para la conservación de los bienes que el juez debe decretar en el caso del artículo anterior son:

"I.- Reunir los papeles del difunto, que cerrados y sellados se depositarán en el secreto del Juzgado.

II.- Ordenar a la administración de correos que le remita la correspondencia que venga para el autor de la sucesión, con la cual hará lo mismo que con los demás papeles.

III.- Mandar depositar el dinero y alhajas en el establecimiento autorizado por la ley. El Ministerio Público asistirá a la diligencia de aseguramiento de los bienes que se hallen en el lugar en que se tramite el juicio."

6.- Formación de inventarios.

"Se llama inventario al escrito en el que se listan y describen cada uno de los bienes pertenecientes al autor de la herencia, siguiendo el orden señalado por la ley, así como los créditos en contra del mismo, que constituyan el pasivo." (9)

Una vez realizada la apertura de la herencia habiendo sido designados o reconocidos los herederos y legatarios y aceptada la herencia debe el albacea proceder a la formación de los inventarios.

En el derecho español no encontramos esta obligación en forma expresa. Los comentaristas españoles, entre ellos Sánchez Román consideran que la obligación del albacea de formar inventarios está implícita en la de "tomar precauciones necesarias".

Además, "debe reputarse incluida en la fór-

mula de la ley tomar las precauciones necesarias" la facultad y hasta la obligación del albacea de hacer un recuento de inscripción, enumeración o inventario de todos los bienes de la herencia a la muerte del testador, que desde entonces y hasta su aplicación a herederos, legatarios y acreedores se ponen bajo su custodia con la obligación de conservarlos". (10)

El artículo 3718 del Código Civil de 1870 consideraba esta obligación dentro de las que no podían ser dispensadas por el testador:

"El artículo 3718 contiene una disposición -- muy importante. Por consideraciones de varios géneros puede un testador dispensar a su albacea de las obligaciones de hacer inventario y rendir cuentas. Como esta dispensa sería casi siempre perjudicial a los herederos, se declara nula en el artículo citado, a no ser que el heredero sea único y forzoso. En este caso no hay peligro, porque en realidad no tiene a quien rendir cuentas. Pero si hay legatarios o si la herencia es voluntaria, debe subsistir la disposición, porque en ambos casos tiene interés la hacienda pública y en el primero los mismos legatarios."

Planiol comentando la disposición en el Derecho Francés, señala al respecto:

"Es fácil de comprender la necesidad de practicar el inventario; es de interés general y el mismo albacea que maneja fondos ajenos, deberá como simple medida de prudencia personal obtener la práctica del inventario."

Mateos Alarcón en relación con nuestros Códigos anteriores trata el tema de la siguiente manera: "La

formación de inventarios:

El Código Civil establece respecto de esta obligación las reglas siguientes, además de las relativas a la forma y solemnidades que debe tener el inventario.

I.- El albacea, antes de formar el inventario, no debe permitir la extracción de cosa alguna, si no consta la propiedad ajena por el mismo testamento, por escritura pública o por los libros de la casa llevados en debida forma, si el autor de la herencia hubiere sido comerciante. (artículo 3 715 Cód.Civ 3 736 C.Civ. 1884).

II.- Cuando conste la propiedad de cosa ajena - por medios diversos de los enumerados en la regla que precede, el albacea se limitará a poner al margen de las partidas respectivas una nota que indique la pertenencia de la cosa, para que la propiedad se discuta en el juicio correspondiente. (art. 3716 C.Civil, 3737 C.Civ. 1884).

Esta misma regla está reproducida por el artículo 3992 del C.Civil., relativo a la forma de inventario, en los siguientes términos: "Si el difunto tenía en su poder bienes ajenos prestados, en depósito, prenda o bajo cualquier otro título, también se harán constar en el inventario con expresión de causa".

El cumplimiento de las obligaciones a que se refieren las reglas enunciadas está sancionado por el artículo 3717 del Código que constituye responsable al albacea de los daños y perjuicios que resulten de su infracción. (artículo 3738 del C.Civ. de 1884).

La formación de inventario y las reglas expresa

das tienen por objeto determinar la cuantía de los bienes y evitar los fraudes que se pudieran cometer, ya con perjuicio de los herederos y legatarios, ya de los acreedores del testador, y se ha estimado por todas las legislaciones como un beneficio para aquellos, porque evita la confusión de los bienes propios con los hereditarios y limita su responsabilidad.

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

Esta obligación no se extingue por la muerte del albacea, sino que pasa a sus herederos, como declara el artículo 3726 del Código Civil, lo cual se explica perfectamente si se tiene en cuenta que éstos suceden a aquel en todos sus derechos y obligaciones o lo que es lo mismo, que heredan sus bienes con todas las responsabilidades a que están afectos, entre ellas, la que se refiere al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el autor de la herencia, supuesto que todo deudor está obligado a pagar con todos sus bienes presentes y futuros, según el artículo 2034, aunque no se estipule expresamente. (3747 del Cód. Civil de 1884).

El testador como hemos visto, no puede dispen-

sar al albacea de la formación de inventarios. Por lo que respecta al autor, la obligación de éste de hacer inventarios no puede ser dispensada ni aún por los que tienen derecho de nombrar tutor testamentario (art. 548)

Dentro de los diez días posteriores a la aceptación del cargo debe el albacea, proceder a la formación de inventarios y avalúos y dentro de los sesenta días a partir de la misma fecha, deberá presentarlo. (artículo 816 del Código de Proc. Civ.) (11).

El escribano o el albacea en su caso, procederá en el día señalado, con los que concurran a hacer la descripción de los bienes con toda claridad y precisión por el orden siguiente:

dinero, alhajas, efectos de comercio o industria, semovientes, frutos, muebles raíces, créditos, documentos y papeles de importancia, bienes ajenos que tenía en su poder el finado en comodato, depósito, prenda o bajo cualquier otro título, expresándose éste. (art. 820 C.P.C.)

El inventario hecho por el albacea o por el heredero aprovecha a todos los interesados, aunque no hayan sido citados, incluso los substitutos y los herederos por intestado. (art. 820 C.P.C.)

7.- Posesión del acervo hereditario.

"El artículo 3703 resuelve una cuestión

bastante debatida entre los interpretes del derecho actual.

Como en otra parte se ha dicho, los herederos - adquieren desde el momento de la muerte del testador la posesión legal; pero de hecho no pueden ni deben tenerla por que ni está desde el principio reconocido su derecho hereditario, ni aún cuando sea indudable, es posible que antes de la partición se conozca de un modo positivo cuales bienes corresponden a cada partícipe.

En consecuencia, durante la formación del inventario y mientras se hace la partición, es indispensable que posea los bienes, el que por entonces tiene la representación común.

Esta disposición es tanto más segura, cuanto que el albacea es quién debe defender la validez del testamento, quién debe cobrar y pagar, y quién tiene la administración - del caudal hereditario. En el caso de sociedad conyugal, el cónyuge supérstite conserva la administración del fondo social, conforme al artículo 2201, porque mientras no se haga la partición, tiene derecho puesto que una parte de ese fondo es suyo. Pero en todo caso tendrá también la debida intervención el representante de los herederos, que tienen interés en la otra mitad del fondo común." (12)

Con estas las razones que tuvieron los legisladores de 1870 para otorgarle la posesión al albacea o executor testamentario.

Comentando los preceptos relativos, Mateor Alarcón señala:

"La propiedad y la posesión de los bienes here

ditarios se adquieren de pleno derecho por los herederos, - sin ningún acto de su voluntad, y aún contra ella, en el - acto mismo en que la sucesión se abre, esto es, en el mo- - mento de la muerte del autor de la herencia, adoptando tal sistema, nuestra legislación se separó del Derecho Romano, dando así término a las distinciones formuladas por los ju- risconsultos acerca de si la herencia representa o no al testador.

El artículo 3703 del Código declara que la po- sesión de los bienes hereditarios se transmite por ministe- rio de la ley a los ejecutores universales desde el momen- to de la muerte del autor de la herencia, salvo el caso de que éste deje cónyuge supérstite, el que según el artículo 2201, debe continuar en la posesión de los bienes que for- man el fondo de la sociedad conyugal, con intervención del albacea mientras se hace la partición. (art. 3726 y 2068 - del C.Civ. de 1884).

Cabe aclarar, a juicio de Mateos Alarcón, "que - la posesión de los bienes hereditarios se transmite de ple- no derecho a los herederos, pero en su nombre y por minis- terio de la ley los recibe el albacea, porque no es posible que antes de la partición, los posean materialmente aque- llos, porque se entorpecería su administración con perjui- cio de todos. De manera que, por su propia conveniencia y para hacer más fácil y práctica la ejecución de la volun- tad del testador, ha sido necesario transmitir la posesión y la administración de los bienes hereditarios al albacea, pero no exclusivamente para sí, sino en nombre de todos." (13)

Nuestro derecho vigente, dispone en su artícu- lo 1704 del Código Civil que "el derecho a la posesión -

de los bienes hereditarios se transmite por ministerio de ley a los herederos y a los ejecutores universales, desde el momento de la muerte del autor de la herencia, salvo lo dispuesto por el artículo 205 que dispone: "muerto uno de los cónyuges, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión, mientras no se verifique la partición."

Además, el artículo 832 del C.P.C. estipula: "el cónyuge supérstite tendrá la posesión y administración de los bienes de la sociedad conyugal, con intervención del albacea, conforme al artículo 205 del Código Civil y será puesto en ella en cualquier momento en que la pida, aunque la haya tenido el albacea y otra persona, sin que por esto pueda empeñarse cuestión alguna, contra el auto que otorgue la posesión y administración al cónyuge no se admitirá ningún recurso, contra el que la niegue habrá el de apelación en ambos efectos.

De los artículos anteriores se desprende que -- cuando el difunto hubiese estado casado bajo el régimen de sociedad conyugal, el cónyuge que sobreviva tendrá la posesión y administración de los bienes de la herencia; pero si no hubiese estado casado o si lo estaba bajo el régimen de separación de bienes, la posesión y la administración de los bienes será facultad del albacea y de los herederos, diferenciándose la posesión que de los bienes tiene el albacea y los herederos como señala Rogina Villegas: "el albacea entrará en la posesión y administración de los bienes, reputándose para los efectos legales como un poseedor derivado, -- pues la propiedad y la posesión originaria se transmite a los herederos y legatarios en el momento mismo de la muerte

del "de cuius". (14)

En nuestro derecho, no está sujeta la posesión de los bienes de la herencia por parte del albacea a la voluntad del testador, como en el derecho español, italiano y francés. Sánchez Román comenta respecto del derecho español:

"En cuanto a la ocupación de todos los bienes de la herencia por el albacea y a su consiguiente inventario y administración, fue precepto legal en el derecho anterior, que sólo pudiera demandarlos judicial o extrajudicialmente a los herederos que los tuvieron en su poder, en cuatro casos que la misma menciona, a saber:

- 1o.- Si la manda que con ellos se trate de pagar, era para obras pías.
- 2o. Si tuviera por objeto el socorro o alimentos de un huérfano o de otra persona cualquiera.
- 3o.- Si el testador legase alguna cosa a otro en unión del albacea, y
- 4o.- Si en el testamento se le otorgan amplias facultades para ocupar todos los bienes de la herencia o reclamarlos de quién los tuviere, según de ordinario se consignaba en todos los testamentos, llegando a ser una verdadera cláusula de estilo, siempre eficaz, fuera del caso en que por otras del

testamento se probase de modo indudable - ser contraria a ello la voluntad del testador y la consignación de aquella en el testamento fuera de una mera aficiosa del notario o rutina de la práctica notarial, contradicha por el resto de la disposición testamentaria y sin fundamento - cierto en dicha voluntad, (15)

Por su parte Ruggiero señala:

"Cuando se transfiere la posesión, podrá hablarse de poderes de disposición del ejecutor limitados - al fin que se ha dicho, esto es, al pago de los legados, de los gastos hechos para ejecutar el testamento, etc., -- los mismos poderes de administración son más amplios cuando la posesión se transfiere que cuando no se transfiere,

Esta posesión, que la ley llama "inmediata" queriendo significar "real" es independiente y directa y no destruye la posesión de derecho, legítima que corresponde a los herederos sobre los bienes hereditarios, el precepto del artículo 906 no se opone al del artículo 925, sino que crea al lado de la posesión de derecho "in nomine proprio" de los herederos una posesión de hecho y "in nomine alieno" del ejecutor, al lado de la posesión legítima de aquellos, una posesión natural de este, es decir, que aparecen subordinadas dos posesiones, teniendo cada una distinta finalidad y protección diversa, así los herederos pueden (aún sin detentar la cosa), accionar contra los terceros y el ejecutor, que es mero detentor y carece de "animus domini", puede realizar actos dispositivos. Es pues, -

la posesión del ejecutor una posesión natural compatible - con la posesión de derecho de los herederos y que vence - a ésta en cierto modo, ya que por ir acompañada del poder de enajenación, ya por que puede adquirirse directamente, pues el ejecutor puede efectuar la inmisión sin pedir autorización a los herederos. Por otra parte, dada la finalidad que tal posesión persigue, no puede ésta ser duradera (cesando al año), ni aún conservarse, por todo el año".

Esa posesión interina, está sujeta únicamente a que el finado hubiera o no, estado casado bajo el régimen de sociedad conyugal, También en el supuesto de que - el legatario estuviese en poder de la cosa legada, aquél podrá retenerla, sin perjuicio de devolver en caso de reducción lo que corresponda conforme a derecho (artículo - 1409), pero siendo éste un caso particular, se puede aplicar la regla general de que "el albacea por ministerio de ley, recibe la posesión derivada de todo el caudal hereditario, estando sujeta esta regla general a que sobreviva uno de los cónyuges y hubiese sido un matrimonio casado - bajo el régimen de sociedad conyugal, pues en este caso - la intervención del albacea se concretará a vigilar la administración del cónyuge, y en cualquier momento.

"En el supuesto del artículo 205, el cónyuge superviviente tendrá la posesión y administración de la sociedad conyugal, en la cual debe ponérsele y otorgársele, debiendo el albacea vigilar dicha administración con la obligación de dar cuenta al juez en cualquier momento que observe que no se hace conveniente. No puede desconocerse - al albacea legitimación para exigir, en ejercicio de su función de vigilancia, que el cónyuge realice los actos de ad

ministración y posesión necesarios'.

(Amparo directo 4799/1956. Ponente. Mtro. María no Ramírez Vázquez, 3a. Sala, Sexta Epoca, Vol. XX, Cuarta parte. Pag. 29).

Sucede que el albacea en las relaciones jurídicas del "de cujus", toma la posesión de los bienes hasta en tanto no se adjudique el haber hereditario. Al ser propietarios los herederos desde el momento del fallecimiento su posesión es derivada según nuestro Código.

La legitimación de poseedor derivado se la otorga el mandato legal a excepción del supuesto del artículo - 205 en que tiene la vigilancia.

En este supuesto sucede que la ley supone al cónyuge superviviente el más adecuado para tomar la posesión de dichos bienes de la sociedad conyugal.

Esta obligación está íntimamente ligada con la del aseguramiento de los bienes, como hace notar Leopoldo -- Aguilar Carbajal quién indica "como la posesión del albacea es derivada, requiere la ley una toma de posesión efectiva, y le impone la obligación de asegurar los bienes de la herencia. (art. 1706 frac. II). (16).

"Los herederos se subrogan en la posición jurídica que ocupaba su causante pasando a ellos los derechos transmisibles que éste tenía y en la misma forma que los tenía. Así los herederos seguirán siendo poseedores en el mismo concepto pues de otra manera, no habría absoluta subrogación en la posición jurídica ocupada por su causante, identidad posicional que postulan los principios informadores -

de nuestro derecho. La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante en el caso de que lleguen a adherirse a la herencia, (17)

8.- Garantía de la gestión.

A semejanza de los tutores y como una posible innovación del Código Vigente, el albacea deberá garantizar su manejo, dentro de los tres meses contados a partir de su nombramiento, por medio de fianza, hipoteca o prenda, a su elección cuyo monto se fijará de acuerdo a las siguientes reglas:

a) deberá garantizar una anualidad, la última de las rentas de los inmuebles,

b) la última anualidad de intereses que hayan producido los capitales impuestos,

c) el producto de las fincas rústicas, en un año, calculado por peritos o por el término medio de un quinquenio, a juicio del juez,

d) el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, en las negociaciones comerciales o industriales, calculados por los libros, si estuvieran llevados en forma debida o a juicio de peritos (artículo 1708). Como excepción a esta regla general, cuando el albacea fuere también heredero y su porción hereditaria fuere suficiente para garantizar el importe de la fianza, fijada en los términos anteriores, no tendrá que garantizar su manejo, mientras conserve sus derechos hereditarios.

rios, si la porción hereditaria no fuere bastante para --
igualar el monto de la garantía, sólo estará obligado a -
garantizar la cantidad que faltare. (art. 1709).

Esta disposición la estimó el legislador de
orden público, inderogable ya que el artículo 1710 prohí-
be al testador que dispense al albacea de esta obligación,
pero los herederos sí lo pueden dispensar.

La garantía no podrá cancelarse sino hasta --
que sea aprobada la cuenta general de administración. (ar-
tículo 817 del C.P.C.)

b) OBLIGACIONES EN ORDEN A LAS ACCIONES .

El albacea debe vigilar la ejecución del tes-
tamento sosteniendo su validez en el juicio o fuera de él.

En lo relativo a la defensa, en juicio o fuera
de él, así de la herencia como de la validez del testamen-
to y de la representación de la sucesión, Rogina Villegas
dice: "No obstante que los herederos son los continuadores
del patrimonio del "de cujus", corresponde al albacea ejer-
citar las acciones hereditarias, dada la función represen-
tativa que le asigne la ley. Por la misma razón debe defen-
der a la sucesión en juicio y fuera de él, pues aún cuando
hemos visto que la herencia constituye una copropiedad; pa-
ra los efectos de la defensa judicial de sus intereses se

le equipara a una persona moral a efecto de que pueda comparecer en juicio, como actora y como demandada, pero en realidad es el albacea quién en representación de todos los herederos y legatarios en su caso, actúa, como órgano de la copropiedad hereditaria por la comunidad de intereses, debiéndose considerar como si comparecieran todos los citados herederos y legatarios, a través de su representante común."

Leopoldo Aguilar considera al albacea representante de la sucesión y señala:

1.-"Representación.- El albacea es el representante de la sucesión, no como persona moral, sino como patrimonio en liquidación, y al efecto el artículo 1706 del C.Civil, en sus fracciones VII y VIII le impone la obligación de defender en juicio o fuera de él a la herencia y la validez del testamento, así como representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren en contra de ella."(18).

Más que representante, se considera que es la persona legitimada para actuar, judicial o extrajudicialmente en las relaciones jurídicas del "de cuius" en tanto se adjudique el patrimonio.

El albacea debe iniciar y proseguir el juicio sucesorio.

2.- Administración.

"El albacea tiene el carácter de administra--

dor de bienes ajenos, y por lo mismo, sólo puede ejecutar actos de mera administración con las limitaciones que establecen las leyes, tales como la obligación que le impone el artículo 3719 (3740 del C.Civil de 1884) de fijar dentro del primer mes de ejercer su encargo y de acuerdo con los herederos la cantidad que haya de emplearse en los gastos de administración y el número y sueldo de los dependientes". (19)

Es esta una de las facultades más importantes del albacea, pues ya que tomó posesión de los bienes, tiene que administrarlos (artículo 1706 fracciones IV y V).

La ley no se ha conformado con otorgar esta facultad, sino que señala normas imperativas para realizarla.

Gastos de administración.- El albacea, dentro del primer mes de ejercicio de su encargo, debe fijar de acuerdo con los herederos, las sumas que hayan de emplearse en la administración de los bienes, así como el número de empleados. (artículo 1716).

Distribución provisional de los frutos.-El Código Civil vigente, en el artículo 1707, impone la obligación al albacea, dentro de los quince días siguientes a la aprobación del inventario, de proponer al juez de la sucesión la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, señalando la parte que bimestralmente deberá entregarse a los herederos y legatarios; mediante un incidente, aprobará o modificará el juez el proyecto.

La sanción y la inobservancia a esta disposi--

ción es la remoción del albacea.

Excepción a la administración del albacea.- En caso de sucesión de uno de los cónyuges, casados bajo el régimen de sociedad conyugal, por disposición del artículo 205 del Código Civil vigente, el que sobreviva seguirá en la posesión y administración del fondo social; con intervención del albacea, mientras no se efectúe la partición. Reglamentando este precepto, los artículos 832 y 833 del C.P. C. que disponen que aún cuando la posesión la haya tenido el albacea u otra persona, será puesto el cónyuge en posesión en cualquier momento en que lo pida como se señaló anteriormente.

3.- Pago de Deudas.

La fracción V del artículo 1706 del Código Civil establece la obligación del albacea de pagar las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias.

En los Códigos anteriores se encuentra la misma disposición. Mateos Alarcón trata este punto de la siguiente forma:

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

El Código Civil establece:

I.- Que el executor general está obligado a entregar a el especial, las cantidades o cosas necesarias --

para que cumpla la parte del testamento que estuviere a su cargo. (artículo 3700 C. Civil) (3723 del C. Civil de 1884).

II.- Que si el cumplimiento del legado depende de plazo o del cumplimiento de alguna otra circunstancia - suspensiva, puede resitir el ejecutor general la entrega - de la cosa o cantidad, dando fianza a satisfacción del legatario o del ejecutor especial de que la entrega se hará a su debido tiempo. (artículo 3701 C. Civil) (3724 del C. Civil de 1884).

III.- Que el ejecutor especial puede exigir -- tambien a nombre del legatario, la constitución de la hipoteca necesaria a que se refieren las fracciones I y X del artículo 2000 (artículo 3702) (3725 del C. Civil de 1884).

IV.- Que si para el pago de una deuda u otro - gasto urgente fuere necesario vender algunos bienes, el albacea debe hacerlo de acuerdo con los herederos, y si no - fuere posible esto, con aprobación judicial. (artículo 3720 C. Civil) (3741 del C. Civil 1884).

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

La aprobación judicial se exige en este caso - para suplir el consentimiento de los herederos que por cualquier circunstancia no puede otorgarlo, o para suplir el - disenso irracional de algunos, porque no es posible que el interés de todos quede subordinado al capricho de unos cuan

tos ". (20).

Las deudas mortuorias son los gastos de fune--
ral y los que se hayan erogado con motivo de la última en-
fermedad del difunto; estas deudas se pagarán del cuerpo -
de la herencia y serán liquidadas en primer lugar; las deu-
das mortuorias pueden pagarse antes de la formación del in-
ventario.

El artículo 1760 del C. Civil prescribe: "Se -
llaman deudas hereditarias las contraídas por el autor de
la herencia independientemente de su última disposición y
de las que es responsable con sus bienes". El albacea debe
rá pagar de esta manera esas deudas; si hay pendiente un -
concurso, el albacea se sujetará a la sentencia de gradua-
ción de créditos, cuando no haya concursos, les pagará en
el orden que se presenten, pero si entre los presentes ---
hubiere algunos preferentes, se exigirá a los que fueren -
pagados la caución del acreedor de mejor derecho.

Las deudas testamentarias son las contraídas -
por el autor de la herencia en su última voluntad, para --
pagar éstas, por ejemplo un legado, el albacea necesita --
haber cubierto o asignado bienes suficientes para el pago
de las deudas hereditarias y haber concluído el inventario.

Por regla general, la Ley establece una especie
de moratoria para el pago de las deudas hereditarias, ya -
que el artículo 1735 del C. Civil prohíbe el cobro de los
créditos y de los legados, hasta que el inventario haya si-
do formulado y aprobado, siempre que el albacea lo haga den-
tro de los términos legales, como única excepción señala el
pago de las deudas mortuorias, gastos de última enfermedad

del autor de la herencia y los de funeral, (artículo 1754 y 1755); además también podrán pagarse antes los gastos de conservación y administración de los bienes hereditarios y las pensiones de alimentos. (artículo 1757).

Puede acontecer que en la sucesión no exista numerarios para hacer los pagos. Entonces puede el albacea, mediante la conformidad de los herederos y en su defecto, con autorización judicial, vender algunos bienes para hacer el pago (artículo 1717); pero el albacea tiene prohibición de adquirirlos (artículo 569 y 1719), a no ser que él o sus parientes sean coherederos (artículo 570 y 1718).

Por último es de advertirse que no podrá realizarse la adjudicación de bienes hereditarios individualmente - hasta en tanto no hayan sido pagadas las deudas.

Enajenación, Gravamen y Arrendamientos.

"Los artículos 3719 a 3726 contienen restricciones bastante fuertes, ya para la enajenación, gravamen y arrendamiento de los bienes, ya para otros actos de administración. Si se cumplen religiosamente será difícil el abuso; si no se cumplen los herederos no podrán quejarse sino de su propia negligencia", (21) señalaba ya la exposición de motivos al Código Civil de 1870. Dichas disposiciones las encontramos sustancialmente en nuestro Código vigente.

Arrendamiento de los Bienes de la Herencia.

A pesar de que el arrendamiento es un acto de administración, conforme al artículo 1721 del C. Civil, solo tiene el albacea capacidad, es más correcto decir, legitima--

ción, para arrendarlos por un año (artículo 1721), razón es que éste mismo plazo tiene el albacea para desempeñar su encargo y el legislador desea que los herederos entren en posesión de ellos, ya sean muebles o inmuebles, sin la obligación de respetar un plazo largo, que en ocasiones genera derechos de preferencia en un nuevo contrato y de preferencia en la venta. Para el arrendamiento de bienes por mayor término es necesario el acuerdo de los herederos o de los legatarios. (22)

Actos de Disposición.- Le están prohibidos al albacea, ya que los artículos 1719 y 1720 del C. Civil no le permiten ni gravar no hipotecar los bienes de la herencia, sin autorización de los herederos o de los legatarios, en su caso, ni puede transigir o comprometer en árbitros los negocios de la herencia, sin autorización de los herederos, para la venta, ya en su oportunidad fué tratado el procedimiento.

Durante la substanciación del juicio sucesorio no se podrán enajenar los bienes inventariados sino cuando los bienes puedan deteriorarse, cuando sean de difícil y costosa conservación, cuando por la enajenación de los frutos se presenten condiciones ventajosas, también podrá pedir autorización para vender bienes cuando se trate de pagar una deuda o hacer otro gasto urgente, y para allegarse fondos necesarios para la conservación y administración de la herencia, (artículo 841 del C.P.C, en relación con los artículos 1717 y 1758 del C. Civil) .

Funciones en orden a la liquidación del patrimonio hereditario:

Rendición de cuentas:

"A diferencia de los Códigos anteriores, y para poner término a los abusos que se veían, el Código Civil vigente impuso al albacea la obligación de rendir cuentas cada año a los herederos, además deberá rendir una cuenta general del albaceazgo, al terminar la sucesión y deberá rendir una -- cuenta general cuando por cualquier causa deje de ser alba^ucea. (artículo 1722), pasando esta obligación a los herederos del albacea. (artículo 1723).

Son nulas de pleno derecho las disposiciones - del testador que tiendan a dispensar al albacea de esta -- obligación. (artículo 1724).

El trámite que se da a las cuentas, bien sean éstas anuales o generales es como sigue:

Una vez presentadas, deberán quedar a disposi^ución de los interesados, por diez días. (artículo 851 del C.P.C.).

Si la cuenta fuere aprobada expresamente por - los interesados, o no la impugnan, el juez debe aprobarla; la impugnación a la cuenta deberá tramitarse en un incidente, pero para su admisión, debe precisarse, por los oposito^ures, la objeción u objeciones, y además, si fueren varios, deberán nombrar representante común. (artículo 852 en relación con los artículos 816 y 845 del C.P.C.

Si fuere heredera la Asistencia Pública o hubie^u

se herederos menores de edad, deberá intervenir el Ministerio Público, en la aprobación de las cuentas (artículo -- 1726) y sólo cuando fueren aprobadas podrían los interesados celebrar los convenios que quieran, respecto a su resultado. (artículo 1727).

La cuenta anual deberá hacerla dentro de los primeros cinco días de cada año mientras dure el ejercicio de su cargo, cuando se trate de cuenta general deberá presentarla dentro de los ocho días que sigan a la conclusión de las operaciones de liquidación. Cuando no se presenten las cuentas dentro de estos términos legales, el albacea será removido de plano.

"Estas disposiciones legales, todas ellas nuevas, hacen de la institución del albaceazgo algo novedoso, más apegado a la realidad, por lo que el legislador merece una sincera aprobación". Es la opinión de Leopoldo Aguilar. (23).

"Cuando son nombrados con separación de cometido, entonces cada uno de los albaceas debe rendir cuentas de la misión que le fue confiada y que ellos han realizado.

También puede darse el caso de que el albaceazgo se constituya por asignación sucesiva y entonces la obligación de rendir cuentas deberá cumplirse por cada uno de los titulares a medida que vayan desempeñando los cargos."

(24).

"Alguna vez los testadores, señala Sánchez Román "para poner más de manifiesto la extraordinaria e ilimi

tada confianza que le merecían los albaceas, relevaban a éstos de la obligación de rendir cuentas de su cargo, y -- llegaban al extremo de aplicar sanciones, incluso la de -- privación de la herencia o legado a aquellos interesados -- partícipes en la sucesión que se las pidieran, prohibiendo a los jueces o tribunales que se las reclamaran.

Esta cláusula que se generalizó mucho en la -- práctica y casi llegó a hacerse de "estilo". Además de ser sumamente peligrosa y contra la normalidad del derecho, vi no a convertirse socialmente en una especie de compromiso para los testadores, cuando las personas designadas por su amistad para dicho cargo conocían la designación al tiempo de hacerse el testamento, como muestra obligada de confianza que las leyes permitían y muchos practicaban, en compensación del servicio amistoso que representaba el desempeño del cargo de albacea y de las molestias que le son inherentes." (25).

4.- Partición y Adjudicación.

"Esta obligación es sin duda alguna, uno -- de los principales deberes del albacea, porque importa nada menos que la ejecución de la voluntad del testador, haciendo que cada uno de los herederos reciba parte de los -- bienes hereditarios que aquél les asignó". Señala Mateos -- Alarcón". (26).

La partición es para Roca Sastre: "aquel acto jurídico, unilateral o plurilateral, necesario e irrevocable, de naturaleza declarativa, compuesto de un conjunto --

ordenado de operaciones verificadas sobre ciertas bases o supuestos de hecho y derecho y en el cual, después de determinarse el activo y pasivo de la masa hereditaria y -- procederse a su avalúo y liquidación, se fija el haber de cada partícipe, se divide la cantidad partible y se adjudica cada lote de bienes a cada heredero, provocando la transformación de las particiones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados (dominio o propiedad exclusiva u ordinaria." (27)

Las personas que pueden oponerse a que se lleve a efecto la partición, son las siguientes: (artículo 867 del C.P.C.):

I.- Los acreedores hereditarios legalmente reconocidos, mientras no se pague su crédito, si ya estuviere vencido, y si no lo estuviere, mientras no se les asegure debidamente el pago.

II.- Los legatarios de cantidad, de alimentos, de educación y de pensiones mientras no se les pague o garantice legalmente del derecho.

Si hubiere oposición contra el proyecto de partición, se substanciará en forma incidental, si fueren varias, se procurará que la audiencia sea común y a ella concurrirán los interesados y el partidor, para que se discuta y se reciban pruebas. Si no asistieren los interesados se les tendrá por desistidos.

Es necesario, para dar curso a la oposición, --

que se exprese concretamente la inconformidad y qué pruebas se invocan como base de la oposición.

c) TERMINACION DEL CARGO DE ALBACEA.

El Código Civil vigente enumera las causas - más importantes de extinción del albaceazgo, hay otras que o son obvias o son de aplicación de reglas jurídicas generales, válidas también, como son la anulación del testamento en que se contiene el nombramiento mismo.

Leopoldo Aguilar clasifica las causas de terminación en tres especies, a saber: " causas inherentes a la personalidad del albacea; causas inherentes a las personas de los herederos e incumplimiento de su encargo y como sanción".

En principio el albaceazgo debe durar lo que dure su misión, que debe llevarla a cabo en los plazos que indicábamos anteriormente. (artículo 1745 -I y V); una cosa es el fin del albaceazgo y otra la cesación en el cargo de albacea, continuando aquel desempeñado por otro.

1.) Cumplimiento

La causa ordinaria de acabarse el albaceazgo es el haberse cumplido la voluntad del testador, habiendo finalizado la ejecución del testamento, o bien, en el caso del albacea legítimo la supuesta voluntad del "autor de la sucesión", con la adjudicación de los bienes a los here-

deros y legatarios. (artículo 1745-I).

2.) Imposibilidad

Se extingue el cargo, asimismo, por imposibilidad de cumplirlo por devenir tal cosa imposible, como es el caso de pérdida de los bienes de la herencia, anulación del testamento en que nombró el albacea, y declaración de ausencia de éste. (artículo 1745-II).

En el supuesto de que se hubiere nombrado albacea al que ocupara un cargo, por ejemplo al Presidenten de tal o cual asociación, al dejar de ocupar el cargo, por haber sido nombrado en virtud del cargo que ocupaba, debe dejar de desempeñar el cargo de albacea según entendemos.

Por imposibilidad como es la incapacidad legal declarada en forma por autoridad judicial (artículo 1745--fracción III) se entiende debe de ser sobrevenida, al momento en que se aceptó el cargo. Debe ser imposibilidad absoluta, no de circunstancias que solo obstaculicen, aunque sea gravemente el desempeño del cargo (enfermedad, cambio de domicilio al extranjero), en general por sobrevenir las causas que hubieran hecho imposible que la persona llegara a ser albacea.

3.) Renuncia.

El cargo de albacea acaba asimismo por "excusas que el juez califique de legítima, con audiencia de

los interesados y del Ministerio Público cuando se interesen menores o la Beneficencia Pública". (artículo 1745-IV) o propiamente por renuncia.

En este caso, "el albacea que renuncie sin justa causa, perderá lo que hubiere dejado el testador. Lo mismo sucederá cuando la renuncia sea por justa causa, si lo que se deja al albacea es con el exclusivo objeto de remunerarlo por el desempeño del cargo. (artículo 1696). Encontramos semejanza entre el cargo de albacea y tutor, en virtud del artículo 1718 que menciona que, en ciertos casos, "lo dispuesto respecto de los tutores, se observará también respecto de los albaceas".

4.) Remoción.

Por lo que hace a la remoción del albacea (artículo 1749) dispone el Código Civil que sólo podrá efectuarse mediante sentencia que se pronuncie en el incidente que se promueva por parte legítima, en donde podrá hacer valer defensas y rendir pruebas. El artículo 848 del Código de Procedimientos Civiles permite, si embargo, la remoción de plano, sin audiencia, cuando el albacea no rindiera su cuenta anual, o cuando no fuere aprobada.

Señala el artículo 1752 que el inventario se formará según lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles, si el albacea no lo presenta dentro del término legal, será removido. Aclara el artículo 830 del mismo or-

denamiento civil, " que la remoción a que se refiere el -
último precepto será de plano."

Es indudable que existe notoria oposición en estas disposiciones, pero debido a que la primera está de acuerdo con normas Constitucionales, debe de tramitarse - el incidente, salvo en el caso de desaprobación de la cuenta, cuando la misma sentencia la imponga como sanción.

La remoción supone siempre una causa justificada, por ejemplo no formar inventarios (artículo 1712), no presentar la proposición de distribución provisional de -- los productos de los bienes hereditarios, o que durante -- dos bimestres consecutivos, sin justa causa, no cubra a -- los herederos o legatarios lo que les corresponda, será se parado del cargo a solicitud de cualquiera de los interesa dos. (artículo 1707).

Este supuesto será objeto de posterior estudio y consideración, tanto antes como después de la aceptación de su cargo.

5.) Revocación.

Los herederos pueden revocar el cargo de - albacea, pero es necesario que todos los que lo designaron estén conformes con la revocación.

La revocación está reglamentada por los artícu los 1746 a 1748 del Código Civil que estatuyen que puede -

hacerse en cualquier tiempo, con la condición de que en el mismo acto nombren al sustituto, cuando además de albacea general haya sido nombrado especial, para el cumplimiento de un encargo determinado, la revocación no le priva de la designación como albacea especial. (artículo 1747).

Si la revocación hubiere sido sin causa justificada, el albacea tendrá derecho a recibir el legado que el testador le hubiere asignado como retribución o el porcentaje que le corresponda conforme a la ley, salvo si fuere mancomunado, pues en ésta hipótesis, se estará a lo dispuesto por el artículo 1743.

"Si bien la mayoría de los herederos es la que decide quien debe ser albacea, mayoría que ha de calcularse en los términos establecidos en el Código Civil, la Suprema Corte de Justicia ha resuelto que, en cambio, para la revocación del cargo, debe obtenerse el voto de todos ellos" aunque sea aplicable, en la especie, la de que los actos se deshacen de la misma manera que se forman, porque esta regla está supeditada a la disposición expresa de la ley (Boletín de Información Judicial 1047, 207)".

Esta facultad de los herederos, que deja en -- sus manos el cargo de albacea, es disposición nueva. Encontramos en la Exposición de Motivos las razones que motivaron esta disposición. A nuestro parecer se debe a que ya -- son, desde el fallecimiento del "de cujus", propietarios -- de los bienes sin que se sepa de que bienes, hasta terminar la sucesión.

No se debe olvidar, que cualquiera que sea el

origen de su nombramiento, el albacea debe defender la voluntad del testador aún frente a éstos. Esta disposición - puede dar lugar, con relativa facilidad, a que los herederos de común acuerdo violen, defrauden la voluntad del testador en un momento dado, sustituyendo albaceas hasta encontrar uno que haga lo que ellos soliciten si reparos.

NOTAS DEL CAPITULO IV

- (1) Mateos Alarcón .- Obra citada
- (2) idem
- (3) Castán Tobeñas.- Derecho Civil Español.
- (4) Ibarrola Antonio de.- Obra citada
- (5) Puig Peña F.- Obra citada
- (6) Valverde y Valverde C.- Tratado de Derecho Civil.
- (7) Puig Peña.- Obra citada
- (8) Planiol y Ripert
- (9) Sánchez Román F.- Obra citada
- (10) Idem
- (11) Ibarrola Antonio de.- Obra citada.
- (12) Exposición de Motivos del Código Civil de 1870
- (13) Mateos Alarcón.- Obra citada
- (14) Rojina Villegas.- Obra citada
- (15) Sánchez Román.- Obra citada
- (16) Aguilar Carbajal Leopoldo.- Derecho Civil
- (17) Martínez Radio Enrique.- Estudios de Derecho Privado.
- (18) Aguilar Carbajal L.- Obra citada.
- (19) Mateos Alarcón.- Obra citada.
- (20) Idem
- (21) Exposición de Motivos al Código Civil de 1870.
- (22) Aguilar Carbajal.- Obra citada.
- (23) Idem
- (24) Puig Peña F.- Obra citada.
- (25) Sánchez Román.- Obra citada.
- (26) Mateos Alarcón.- Obra citada.
- (27) Roca Sastre R. Estudios de Derecho Privado.- Sucesiones.

CAPITULO V

RESPONSABILIDAD DE LA SUCESION TESTAMENTARIA FRENTE AL -
ALBACEA REMOVIDO INJUSTIFICADAMENTE ANTES DE LA ACEPTA--
CION DE SU CARGO.

Nociones aclaratorias.- Antes de entrar al estudio del presente capítulo, es menester aclarar que el aspecto principal de esta tesis lo constituye la hipótesis relativa a la remoción del albacea antes de que hubiere manifestado su voluntad de aceptar el cargo, que no solamente no ha contemplado nuestro Código Civil Vigente y tampoco está previsto en la doctrina.

En tal virtud, todas las consi
deraciones respecto a que la aceptación del cargo de -
albacea constituye el momento en el que nacen los dere
chos y se asumen las obligaciones inherentes, de ningu
na manera toman en cuenta dicho supuesto, por lo que -
el punto de partida en el desarrollo de este capítulo se refiere a las disposiciones contenidas en dicho ordenamiento legal y posteriormente se analizará el aspec
to sustancial de la tesis que, como se ha mencionado, constituye una auténtica laguna legislativa y que tampoco ha sido objeto de estudio doctrinal.

Es necesario examinar las fuentes en que se inspiró el legislador para establecer en nuestro sistema positivo vigente, los conceptos básicos que norman el albaceazgo.

En efecto, en el Código Civil Español comentado por José Ma. Manreza y Navarro, (Madrid 1898) se establece:

Artículo 898 "El albaceazgo es cargo voluntario y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo - si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquel en que se tenga noticia de su nombramiento, o, si éste le -- era ya conocido dentro de los seis días siguientes al en -- que sucedió la muerte del testador."

Artículo 899 "El albacea que acepta este cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo; pero lo podrá renunciar alegando justa causa al prudente albedrío del juez".

Estos dos artículos de la Legislación Española son los antecedentes directos de los artículos 1695 y 1697 que consigna nuestro Código Civil vigente y que a la letra rezan: Artículo 1695 "El cargo de albacea es voluntario, pero el que lo acepta se constituye en al obligación de de--

sempeñarlo.

Artículo 1697 "El albacea que presentare excusa, deberá hacerla dentro de los seis días siguientes a -- aquel en que tuvo noticia de su nombramiento o si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes a aquel en que tuvo noticia de la muerte del testador. Si presenta sus excusas fuera del término señalado, responderá de los daños y perjuicios que ocasione.

Es importante observar que la figura jurídica de la aceptación tácita, consignada en el artículo 898 del Código Civil Español y que como se acaba de ver fue un mol de adoptado por nuestro legislador, no fue acogida en el - derecho mexicano, pues al redactarse nuestro Código Civil para el Distrito Federal, no se adoptó la figura jurídica de la aceptación tácita, seguramente y lógico es pensarlo, porque se consideró que la aceptación del cargo de albacea debería ser expresa.

No obstante que el Código Civil Español extiende de las posibilidades de la aceptación del cargo del albacea hasta la ficción de una aceptación tácita, el propio Manreza y Navarro en sus comentarios al Código Civil Español, - (Madrid 1898), en la página 670 definitivamente asienta:

"El que no acepta no ha llegado a ser albacea". Ahora bien, si nuestro Legislador deshechó la figura jurídica de la aceptación tácita, y adoptó únicamente el resto del supuesto que transcribió casi literalmente en los artículos 1695 y 1697 - de nuestro Código Civil, como antes se ha analizado, se debió a que consideró que la aceptación del cargo de albacea - debería ser expresa, pues la aceptación del cargo es fuente de obligaciones y la expresión de la voluntad resulta, por tanto, elemento indispensable para el nacimiento válido de las obligaciones.

Antes de la aceptación, el cargo es absolutamente voluntario, no existe ninguna obligación del albacea para aceptarlo. El hecho de que el testador designe a una persona albacea, como executor de las disposiciones de última voluntad a que se contráe un testamento, no establece en forma alguna obligación de género alguno para la persona designada.

Por lo que el albacea designado, mientras no -- acepte el cargo, no podrá ser considerado como tal y en tanto no sea albacea no tendrá obligaciones a su cargo y al no asumir obligaciones no habrán nacido los correlativos derechos para el cobro de honorarios, puesto que este cargo es - voluntario.

Al respecto, el autor Rojina Villegas, considera

que una persona, al dictar sus disposiciones de última voluntad, asume la función de un legislador respecto de su patrimonio y la ley sólo limita esta función en caso de interés público. (1).

La doctrina francesa acogida por nuestro derecho sólo manifiesta el poder coercitivo del estado para -- dar fuerza y vigencia a las disposiciones que dicte el testador respecto de su patrimonio, ya que en caso contrario se podría dar el caso de que se dictaran disposiciones que vinieran a abrogar o derogar normas promulgadas por el estado con base en un hecho jurídico: la muerte del testador.

Nuestro Código Civil vigente concede un derecho a los herederos para revocar el nombramiento del cargo de albacea, aún cuando no exista alguna causa justificada; precisamente en la fracción VI del artículo 1745, se señala -- que el cargo del albacea acaba por revocación de su nombramiento y el artículo 1746 claramente indica: "La revocación puede hacerse por los herederos en cualquier tiempo, pero - en el mismo acto debe nombrarse substituto".

Las disposiciones patrimoniales de un testamento, originadas por una manifestación unilateral de voluntad

del autor del testamento, tienen la naturaleza de una situación jurídica abstracta y que sólo pueden devenir en situación jurídica concreta al realizarse el hecho jurídico futuro e incierto, en su caso, de la muerte del testador y de ello aparentemente no puede concluirse el nacimiento, la vigencia y obligatoriedad del derecho a percibir honorarios.

Al concurrir la muerte del autor del testamento los herederos instituidos devienen en titulares de varios derechos, ya sea para aceptar o repudiar la herencia para que se les declare herederos y para que se les adjudiquen los bienes del caudal relicto en la forma y términos del testamento.

Pero en el caso de albacea es distinto. El hecho jurídico de la muerte del autor del testamento le confiere al albacea el derecho para aceptar el cargo y también para desempeñarlo.

En el supuesto de que la persona designada para el cargo de albacea no quisiera aceptar el cargo, tiene la obligación de excusarse y presentar las excusas dentro de los términos previstos por el artículo 1697 del Código Civil vigente, artículo que consigna una responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasione la excusa extemporánea.

Si el albacea opta por aceptar el cargo, este de viene en obligatorio en el momento de la aceptación, en ese instante nacen las obligaciones inherentes al cargo de albacea y por la correlatividad jurídica en el momento en que na cen dichas obligaciones nacen los derechos inherentes a su cargo, tales como el derecho a tomar posesión de los bienes, el derecho de cobrar honorarios, etc.

Después de que el albacea acepte su cargo, puede renunciar a él con o sin justa causa y se producirán los efectos previstos del artículo 1696 del Código Civil Vigente.

También después de que el albacea acepte, puede ser separado de su cargo atento lo dispuesto por el artículo 1707 del mencionado ordenamiento o removido, de realizarse - los supuestos de los artículos 1712 y 1749 del Código Civil Vigente.

La persona que ha sido designada como albacea, en el momento de la muerte del testador, tiene derecho para aceptar el cargo o no, pero mientras no lleve a efecto dicha aceptación, no nace el derecho a desempeñarlo.

Nuestra legislación, a través de los artículos 1745 y 1748, señalan que los cargos de albacea e interven--

tores "acaban" y a continuación enumera el primero, las -- distintas causas, como por ejemplo, por llegar al término natural del encargo, por muerte, por incapacidad legal, -- etc. y desde luego por revocación de su nombramiento hecho por los herederos.

Si el artículo en primer término mencionado se ñala que el cargo "acaba", esto indica que el cargo tuvo - ya un principio, se inició , pues no puede acabar lo que - no se ha iniciado.

Este artículo que analizamos, es sólo aplica-- ble en consecuencia, a los albaceas que estan desempeñando el cargo, que han aceptado, en una palabra, que han llegado a ser albaceas, pues tal norma no se refiere a las personas simplemente designadas como albaceas y que están pen-- dientes de aceptar el cargo, sino que claramente menciona que el cargo de albacea acaba, es decir presupone que se - ha iniciado. Por lo anterior, no se debe confundir el dere-- cho de una persona designada como albacea, derecho que --- existe únicamente para aceptar el cargo con los derechos - correlativos que nacen en el momento en que nacen las obli-- gaciones por el hecho jurídico de la aceptación del cargo.

Son dos derechos absolutamente distintos, pues

inclusive el propio artículo 1748 se refiere al albacea --
removido, artículo aplicable sólo al albacea que haya lle-
gado a obtener tal calidad mediante la aceptación del car-
go conferido por el testador; y no puede removerse de su -
cargo a un funcionario o, en la especie, a un albacea, si
tal cargo no ha sido aceptado y, por ende, no existe.

En efecto, si los presuntos herederos privaran
al albacea del derecho de aceptar el cargo que le fue ins-
tituido no se estaría en presencia de la revocación o de -
la remoción, pues estas causas de terminación presuponen
necesariamente la aceptación de dicho cargo y por lo tanto,
se estaría en presencia de un acto de privación indebida,
pues con ello se impediría al albacea del ejercicio de su
primer y elemental derecho consistente en aceptar su cargo.

En tal virtud, si se llegare a dar esta situa--
ción que constituye una laguna legislativa, se originaría -
una responsabilidad a cargo de los herederos que le hubie--
ren privado indebidamente de ese derecho, y por consiguient-
te al albacea instituido le asistiría el derecho de exigir
de la sucesión el pago de las retribuciones que se hubieren
determinado en el testamento o en su defecto en la ley como
si hubiere desempeñado su cargo hasta su terminación, crite

rio que se sustenta y ha sido confirmado por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al sostener que el nombramiento del cargo de albacea comienza a surtir efectos desde la muerte del testador, dicho criterio se encuentra patente en diversas ejecutorias publicadas en el Tomo - XVI de la Quinta época, página 220, en la que se lee:

"ALBACEA TESTAMENTARIO.- Su nombramiento, nacido de la voluntad del testador comienza a surtir efectos desde el momento en que esta voluntad ha quedado establecida definitivamente, o sea, desde que ocurre la muerte del autor de la herencia".

"ALBACEAZGO.- Aún cuando el albaceazgo sea mancomunado o sucesivo, la persona designada en un testamento, -- con el carácter de albacea, lo tiene una vez muerto el autor de la herencia, aún cuando por razones del orden de su nombramiento, no esté en el ejercicio de su encargo".

Por tanto, si la Corte ha establecido los anteriores criterios, aunque no son obligatorios fijan las bases para alcanzar la solución en los casos que se presenten.

En efecto, si se considera que es la muerte del testador la que da origen al nacimiento del cargo de albacea y, por tanto, a sus derechos de aceptar y desempeñar su cargo, resulta jurídicamente lógico establecer, que, si bien --

sus facultades, obligaciones y derechos, aún no están definitivamente establecidos, si existen facultades, derechos y obligaciones inherentes a dicho cargo, pero que sólo necesitan para su real existencia o definitiva separación, la aceptación o renuncia al cargo, expresadas en forma indubitable por la persona o personas instituidas por el autor de la sucesión.

En otras palabras, cabe decir que, si bien en la legislación mexicana no existe una aceptación tácita del cargo de albacea, así también puede sostenerse que no existe una renuncia tácita del mismo, lo cual lleva a deducir que el cargo de albacea sólo se puede ejercitar por medio de su aceptación y se puede evitar por medio de su renuncia, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1695 y 1696 del Código Civil.

Si bien el primero de los preceptos aludidos señala que el cargo de albacea es voluntario, ello no es obstáculo para afirmar que los efectos de tal cargo comienzan a partir del fallecimiento del de cujus, y tales efectos son las facultades, obligaciones y derechos que se derivan del nombramiento hecho por el testador.

La voluntariedad de la aceptación no implica que los efectos nazcan a partir de ésta, aunque no haya precepto alguno dentro de nuestra legislación que expresa-

mente lo establezca.

Efectivamente, el testador tiene la facultad de dictar en su testamento disposiciones de última voluntad que crea necesarias para llevar a cabo su última voluntad, una vez fallecido.

Al efecto, Rafael Rojina Villegas, en su libro "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, BIENES, DERECHOS REALES Y SUCESIONES", (Tomo II Editorial Porrúa, S.A. 8^a Edición, -- 1976, página 286) expresa: "En la sucesión testamentaria el testador sí es un sujeto del derecho hereditario cuya conducta jurídica se encuentra regulada no sólo para dictar válidamente su testamento, sino también para definir hasta donde alcanza el poder de su voluntad por reconocimiento de la norma y en que aspectos debe subordinarse a disposiciones prohibitivas o imperativas que lo obligan a disponer en cierta forma de sus bienes, según diversas legislaciones que no admitan plenamente libertad de testar..."

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación llega a la conclusión de que el derecho del albacea para cobrar honorarios a que se refieren los artículos 1741 y 1743 del Código Civil emana, en primer término por su de

signación al cargo por el autor de la herencia;segundo,- por el fallecimiento del mismo y; tercero, por el hecho de que fué objeto de la revocación o de la remoción de su nombramiento por voluntad de los herederos, sin causa justificada, por lo que, de conformidad con el artículo 1748 del Código Civil tal privación origina, en beneficio del albacea, el derecho a percibir lo que el testador le haya dejado por el desempeño del cargo o el tanto por ciento que le corresponde según lo disponen los dos artículos primeramente mencionados en éste párrafo,

Ahora bien, el artículo 1696 del Código Sustantivo dispone que el albacea que renuncie sin justa causa perderá lo que hubiere dejado el testador e igual sanción tendrá cuando renuncie por justa causa, si lo que hubiere dejado el testador es con el único objeto de remunerarlo por el desempeño del cargo.

Este artículo relacionado con el numeral 1748 del ordenamiento legal citado llevó a nuestro más alto tribunal a realizar el siguiente razonamiento;

a) La renuncia al cargo de albacea cuando la designación es del testador sólo puede efectuarse antes de haber aceptado el cargo.

b) Si el designado albacea renuncia sin justa causa o con causa a desempeñar el cargo, pierde el derecho a percibir la remuneración correspondiente.

c) Por tal razón, desde la muerte del autor de la herencia, el albacea designado tiene derecho a cobrar los honorarios correspondientes al desempeño del cargo, siempre y cuando no renuncie expresamente.

d) Cuando el albacea es privado de su derecho de aceptar por los herederos, tiene derecho a cobrar la retribución que se hubiere dispuesto en el testamento o lo que por ley le corresponde.

e) En consecuencia, al pretender revocar o remover los herederos al albacea sin causa justificada, aún antes de que éste aceptara el cargo, no es obstáculo para que tenga derecho de cobrar la retribución que proceda, puesto que no se renuncia expresamente al cargo y por lo tanto no se le debe imponer la sanción prevista por el artículo 1696 del Código Civil Vigente.

NOTA DEL CAPITULO V

- (1) Rojina Villegas, R.- Compendio de Derecho
Civil.

C O N C L U S I O N E S

- 1.- En el Derecho Romano no existía propiamente el albacea.
- 2.- Es en el Derecho Canónico en donde aparece y se reglamenta la institución del albaceazgo.
- 3.- El Derecho Español aceptó y reglamentó la institución - del albacea del Derecho Eclesiástico o Canónico.
- 4.- En nuestro Derecho Positivo es el albacea quién representa a los herederos, a los legatarios y a los acreedores de la herencia, tratándose en realidad de una representación de intereses múltiples.
- 5.- Toda vez que el cargo de albacea es voluntario, es indispensable la aceptación para poder desempeñarlo.
- 6.- La revocación del cargo de albacea sólo puede ser - hecha por los herederos que lo designaron.
- 7.- Si la revocación se hiciere con causa justificada, el albacea perderá el derecho a recibir cantidad alguna por - el desempeño de su cargo.
- 8.- Si por el contrario la revocación se hiciere sin causa - justificada, al albacea le asiste el derecho a percibir la retribución que se le hubiere fijado en el testamento o el porcentaje que le corresponda conforme a la Ley.

- 9.- La remoción es una causa de terminación del cargo de albacea que requiere de sentencia que se pronuncie en el incidente respectivo como consecuencia de una causa imputable al propio albacea.
- 10.- La remoción del albacea previa a su aceptación no se encuentra prevista en nuestro Código Civil Vigente y es por ello que el ordenamiento sustantivo mencionado no sólomente no contempla este supuesto, sino que las disposiciones legales relativas aparentemente son contradictorias al mismo, debido a esa laguna.
- 11.- De acuerdo con el criterio sustentado por la H. Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si el albacea es removido antes de la aceptación de su cargo, se le priva injustificadamente del derecho a aceptar y, por ende a desempeñarlo.
- 12.- Esa privación de ninguna manera puede entrañar la existencia de una causa justificada, precisamente porque al no iniciar el desempeño de su función, el albacea no ha incurrido en responsabilidad alguna.
- 13.- Si el albacea fuere removido antes de manifestar su voluntad de aceptar, se origina responsabilidad a cargo de los herederos que lo hubieren removido.
- 14.- La remoción del albacea previa a su aceptación le da derecho a percibir lo que el testador hubiere determinado

o, en su defecto las retribuciones que la Ley fija, como si hubiere desempeñado y terminado con su función fielmente.

15.- La tesis sustentada por la H. Tercera Sala de la Supremacía de Justicia de la Nación en tal sentido, es el -- primer intento por reglamentar la hipótesis que constituye la principal conclusión de esta tesis.

BIBLIOGRAFIA

- Aguilar Carbajal, Leopoldo. Segundo curso de Derecho Civil Editorial Porrúa, S.A. México, 1975.
- Arias Ramos José Derecho Sucesorio.-Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1940.
- Betti, Emilio Teoría general del negocio - Jurídico. Traducción de A. Martín Pérez.- Revista de Derecho Privado.- Madrid 1959
- Bonet, Ramón Compendio de Derecho Civil. Tomo IV
- Castán Tobeñas J. Derecho español. común y foral.-Editorial Reus.-Madrid 1862
- Carnelutti Sistema de Derecho Procesal Civil.- Tomo III.-Barcelona 1942
- Diego Felipe Clemente de Instituciones de Derecho Civil Español.-Imprenta de Juan Puyo, Madrid 1929.
- Diego Felipe Clemente de Derecho Civil Mexicano, Tomo IV
- De Ruggiero R. Instituciones de Derecho Civil Italiano.- Editorial Reus.-Madrid, 1929
- Diccionario de Ciencias Eclesiásticas Tomo 1º, Librería de Subirana Hermanos.- Editorial Perujo, Barcelona 1883.
- Enneccerus Kipp Wolff Tratado de Derecho Civil.-Tomo 2º.-Casa Editorial Bosch 1947.
- Floris Margadant G. El Derecho Privado Romano.- Editorial Esfinge, S.A., México --- 1970.
- González Castro Vicente Redacción del Código Civil en México.-Impreso por Mariano Meléndez y Muñoz.-Guadalajara 1839

- Gutiérrez y González E. El Patrimonio.- Editorial José Ma. Cajica Jr.S.A., Puebla,México,1971.
- Ibarrola Antonio de Cosas y Sucesiones .- Editorial Porrúa.-México 1964.
- Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo III
- Ladaria Caldentey J. Legitimación y apariencia jurídica.- Bosch, Casa Editorial.-Barcelona.
- Ledesma Uribe Ildefonso El fideicomiso en el Derecho Mexicano.- Escuela Libre de Derecho Tesis, 1971.
- Mateos Alarcón Manuel Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal .- México, Librería de J. Valdés y Cueva 1885, Tomo 3.
- Mateos Alarcón Manuel Manual de Sucesiones y Testamentos según el Código Civil .- Herrero - Hermanos Editores. México 1905.
- Manreza y Navarro José María Comentarios al Código Civil Español Madrid, 1898
- Petit Eugenne Tratado elemental de Derecho Romano Editora Nacional, México, 1958
- Puig Peña Federico Tratado de Derecho Civil Español Tomo V, Vol. II.- Editorial Revista de Derecho Privado.- Madrid 1961.
- Rojina Villegas R. Derecho Civil Mexicano.- Tomo IV Sucesiones.- Editorial Porrúa, 1976.
- Rojina Villegas P. Compendio de Derecho Civil, bienes, derechos reales y sucesiones.- Tomo II, 1976.
- Rubino Doménico El negocio jurídico indirecto, Madrid 1953.
- Sánchez Medal Ramón De los contratos civiles, Editorial Porrúa, 1979.