

Causa n° 2-57233-2012
“Barnetche Pedro S/ Sucesión”.
Juzgado de Paz - Bolívar.

COMENTARIO A FALLO

“El albaceazgo: un instituto poco conocido que genera aprensiones”

Es poco frecuente descubrir fallos como el hoy analizado en razón de que en nuestro país, lamentablemente, no existe cultura testamentaria en donde el rol del ejecutor o albacea sea preponderante. Nos ha llamado la atención que esta figura tenga poco tratamiento en doctrina, habituados a un residual enfoque en las últimas páginas de los manuales de derecho sucesorio. Por lo tanto recurriremos con frecuencia, a los autores clásicos y en este orden de ideas, creemos que no hubo en Argentina una obra tan completa sobre el instituto en estudio, como la obra de **José Ignacio Cafferata**, denominada “El Albacea Testamentario en el Derecho Argentino”, impresa por la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina en el año **1952**.

Al mismo tiempo, existen dos referencias de la realidad que motivaron **la necesidad de proyectar a futuro el rol del ejecutor testamentario**. En primer lugar los proyectos legislativos y propuestas doctrinarias de *modificar* el régimen de legítimas de los herederos forzosos, dejando al “*de cuius*” mayor porción de libre disponibilidad (Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012).

En segundo lugar, hemos tomado conocimiento de la existencia de organismos que **impulsan el uso del testamento** como herramienta benéfica de protección a la integridad de su patrimonio, a su bienestar personal, a la sensación de ser justos con personas queridas, o generosas con instituciones benéficas, hace altamente probable que las sucesiones testamentarias se incrementen.

Según datos del Consejo Argentino de Planificación Sucesoria (CAPS)¹, sólo el 15% de las sucesiones que se realizan en el país son testamentarias. Entienden que si bien el testamento es un instrumento perfectamente válido, previsto y descrito en el Código Civil, no es una práctica muy habitual en Argentina. Sostiene la CAPS que “no está culturalmente afianzado, no existe una práctica de “pensar la herencia”, siendo lo habitual la realización de la sucesión ab-intestato”. En dicha entidad reivindican y promueven el uso del testamento, pues la decisión de hacer un testamento lleva a la posibilidad de enfrentar situaciones que, de otra manera, se postergarán hasta que sea demasiado tarde, siendo su actividad el establecimiento, la práctica y la difusión de la planificación personal en todas sus ramas, entre ellas el manejo de la herencia de los individuos.

Lo indudable es que se trata de una institución de escasa utilización. Observa Gatti² que: “Las razones son obvias, ya que el albaceazgo plantea múltiples cuestiones de interés teórico y práctico”. Aunque también es cierto, que es una figura cuya razón de ser y alcance es desconocida, aún para la judicatura.

Adelantando estas reflexiones, se impone como necesario un análisis de la figura, para *a posteriori* observar si lo resuelto por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, respecto a la intervención del Dr. J.M.T. fue ajustado a derecho.

FUNDAMENTO Y CONVENIENCIA DEL ALBACEAZGO

Por lo general, la doctrina ha reconocido que el fundamento del albaceazgo se encuentra en el hecho de que el testador no siempre puede contar con la buena voluntad o capacidad de los herederos, cuyo interés puede estar en pugna, con el cumplimiento de las cláusulas contenidas en el testamento; por ello recurre a la fe que tiene en determinadas personas, ya sean herederas o extrañas, y haciendo una cuestión de amistad, les encomienda el cumplimiento de sus deseos. En otros términos,

¹ Comercio y Justicia, N° 21.070, 18-11-2010. Pág. 16 A.

² **Gatti, Hugo E:** “Albaceas”. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. Sección III – XC. Montevideo.1956. Pág. 9.

es un encargo “intuitu personae”. (Cafferata).

Manresa³ sostiene que el albaceazgo fue siempre cargo de confianza en España y resultó de la fe propia de los primeros siglos del cristianismo. En otros acápite profundizaremos este carácter eminentemente moral que posee.

Por la influencia poderosa que revisten las sucesiones en las legítimas, pareciera que la institución tuviera escasa importancia: es por ello que, recurriendo a Gatti, se pueden clasificar las tendencias doctrinarias respecto a su conveniencia en tres.

1º) Una corriente doctrinaria que le otorga una utilidad innegable, considerando que:

a) Si bien la ejecución de un testamento es un deber y una obligación de los herederos, no es menos cierto que en muchos casos el testamento puede no contener designación de herederos o, conteniéndolos, éstos fueren menores o incapaces o estuviesen ausentes, no existiendo, una persona capaz de velar por el fiel y estricto cumplimiento de la última voluntad del “*de cuius*”.

b) Debe tenerse presente que muchas disposiciones testamentarias son contrarias a los intereses y derechos de los herederos, circunstancia que explica la necesidad de designar en el testamento un executor que, como persona imparcial, vigile el cumplimiento de las últimas voluntades del difunto.

c) Por último, puede suceder que la ejecución de las disposiciones testamentarias puedan representar para el heredero una carga gravosa que no quiera o pueda cumplir espontáneamente, lo que implica una razón más que justifica la utilidad del albaceazgo.

2º) La segunda posición doctrinaria, extrema, niega toda utilidad a la ejecución testamentaria.

En esta posición se encuentra Machado, quien expresa: “Entre nosotros, es una institución que ***debe desaparecer por los males que trae consigo***, pues si el testador ha querido mejorar la condición de sus herederos se ha equivocado por completo. Lo que ha hecho es crear nuevos herederos, pues con el pretexto de cumplir mejor las disposiciones, se opondrán a cualquier forma sencilla que dé por resultado concluir con las dificultades. Generalmente se nombra personas honorables, conocidas o ligadas íntimamente con el testador, que *si intervinieran personalmente* ofrecerían toda clase de seguridades por su honradez, *pero como tienen que confiar a otros su mandato, lo hacen apoderando a procuradores que enseguida buscan abogados, y en esa forma se encuentra lo principal del perjuicio y de las dilaciones que sufren los herederos*” (...). “Si la institución del albacea debe seguir existiendo, en fuerza de la costumbre (...) debería quedar reducida a la defensa de la validez del testamento y a los casos en que no hubiera herederos, sino legatarios, porque entonces vendría a llenar una función explicable, aunque no necesaria, porque cada uno tendría derecho para reclamar su legado, y el curador de la herencia yacente, en su caso, tratará de que se cumpla la voluntad manifestada en el testamento”⁴.

3º) Finalmente una tercera posición, sustenta que la utilidad del albacea depende de cada caso concreto. No es una institución totalmente necesaria ni tampoco inútil. Tal es el parecer de Prayones⁵: “No se puede sostener en absoluto la necesidad de la supresión de los albaceas, ni tampoco su existencia en todo testamento. Si se trata de un hombre que dispone exclusivamente de sus bienes entre herederos forzosos, es indudable que la misión del albacea es inocua. La acción del testador se limita a distribuir sus bienes entre sus parientes a quienes hubiera correspondido la herencia. El albacea no tiene función que cumplir, salvo si se hubiera hecho legados de porción disponible, en cuyo caso debe vigilar el cumplimiento de esta disposición. Pero si no existen herederos forzosos y legítimos y si no hay herederos, la cuestión varía. Si el testador dispone de sus bienes por medio de legados, está justificada la elección de una persona encargada de hacer la entrega de los legados y

³ Manresa y Navarro, José María: “Comentarios al Código Civil Español”, 5º ed., T. 6, Madrid, 1921, pág. 761/2.

⁴ Machado, José Olegario: “Exposición y Comentario del Código Civil Argentino”, Buenos Aires, 1928, T X, pág. 382 y 383, notas.

⁵ Prayones, Eduardo: “Nociones de Derecho Civil. Derecho de Sucesión”. Editorial Ciencias Económicas. Bs. As., 1957. Pág. 472.

del cumplimiento de las condiciones o cargas impuestas y la validez del testamento”.

A nuestro criterio, y reafirmando lo expuesto en la introducción: la institución del albacea es importante, con ciertos matices conforme existan o no herederos legítimos, por lo que todo dependerá del caso concreto. Pero lo que sí es importante afirmar que el ejecutor testamentario es tanto más necesario cuantos mayores riesgos puedan existir que la voluntad del testador quede sin cumplir⁶.

Lafaille⁷ expresaba que aunque en la práctica algunas veces resulta que la presencia de estos extraños irroga sus inconvenientes, no puede dejar de reconocerse que la institución presenta en determinadas hipótesis, ventajas apreciables como por ejemplo si el autor puede temer que no sea interpretada de una manera recta su voluntad; o que no se respeten sus términos. Cabe también que para llevar a cabo los propósitos del testador sean menester aptitudes especiales, de las que carezcan los instituidos”.

Diversas definiciones. Idéntico concepto

El albaceazgo es una institución jurídica, y el albacea su protagonista. El C.C. aborda desde los arts. 3844 al 3874 el tema de los albaceas.

Manuel Albaladejo⁸ indica que: “Dejando para después el examen de si en rigor es correcto o no llamar albacea al ejecutor de últimas voluntades que designa el juez (o, en Cataluña, el Ordinario, si se trata de causas pías), lo que no cabe duda que se puede decir es que, por lo menos, albacea es la persona que el causante nombra para que se encargue de dar cumplimiento o ejecución a su última voluntad. No necesariamente a *toda* ella, pues pueden encomendársele exclusivamente ciertos extremos de la misma”.

Conceptualmente se ha definido al albacea como la persona que tiene a su cargo hacer cumplir y ejecutar lo que el testador ha ordenado en su testamento u otra última disposición. Es aquella persona a la cual el testador encarga el cumplimiento de sus últimas voluntades. Vale decir, que la idea del albacea está íntimamente ligada a la persona del testador.⁹ Parry¹⁰, recuerda al tratadista francés Planiol expresando que: “Se llama “ejecutor testamentario” a un mandatario elegido por el difunto para asegurar la ejecución de su testamento. Todo lo que sea extraño a esa ejecución del testamento, será necesariamente *extraño* a las funciones del albacea porque la creación del albaceazgo como institución jurídica tiene por único fundamento y objeto el de asegurar el cumplimiento de las mandas; *no otro*”.

“En el Digesto Italiano”, continua Parry, “al explicarse el concepto del albaceazgo se dice: los legados y otras cargas y obligaciones con que el testador quiera gravar la propia herencia, algunas veces *correrían peligro de ser descuidados* o de infiel cumplimiento, si se confiaran únicamente a los herederos, que, *puestos entre su deber y su interés, podrían fácilmente dejarse seducir por éste*. Puede, por otra parte, ocurrir comúnmente, que las personas que las razones de sangre y afecto han inducido al testador a nombrar sus herederos no ofrezcan capacidad y aptitudes para la ejecución de ciertas particulares voluntades que el testador haya deseado se cumplan. De ahí la oportunidad, para el testador, de nombrar, para el cumplimiento de aquellas voluntades suyas, *una tercera persona de su confianza*, o sea un “ejecutor testamentario”, el cual por lo tanto puede definirse como el representante y el órgano elegido por el testador para la ejecución de sus voluntades, *cuando crea que esa ejecución pueda no encontrar en los herederos suficientes garantías de exacto cumplimiento*”.

Aubry y Rau dicen que el albacea es un mandatario impuesto por el testador a sus herederos y legatarios universales, con el objeto de obtener la más segura, exacta y diligente ejecución de su testamento¹¹.

⁶ **García de Solavagione, Alicia**, “Tratado del Albacea Testamentario”. Editorial Advocatus, Córdoba, 2011, página 22.

⁷ **Lafaille, Héctor**: “Curso de Derecho Civil” (Sucesiones). Tomo Segundo. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires, 1933. Pág. 411.

⁸ **Albaladejo, Manuel**: “El Albaceazgo en el Derecho Español”. Ed. Tecnos. Madrid, 1969.

⁹ **Cafferata, José Ignacio**: “El Albacea Testamentario en el Derecho Argentino”. Imprenta de la Universidad. Córdoba. República Argentina. 1952. Pág. 9.

¹⁰ **Parry, Adolfo E.**: “Destitución del albacea por mala conducta”. Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Enero-Febrero 1932 - T. X - N° 1, pág. 1 y ss.

¹¹ **Catapano Mosso, Ricardo y Heluani de Gili, Margarita**: “Facultades del albacea testamentario, situaciones en que puede ser administrador de la herencia”, L.L. 1985 – D - 1042, pág. 1042.

Alfonso E. Pocard,¹² advierte la necesidad de aclarar y precisar conceptos sobre la materia, con el fin de deslindar el alcance de las facultades del albacea, al sostener: “La institución del albaceazgo tuvo en su origen como principal finalidad asegurar el cumplimiento de los legados piadosos que corrientemente contenían los testamentos en épocas remotas, en lo que estaba especialmente interesada la Iglesia. Era preciso rodear de garantías la voluntad del testador en contra de la mala disposición de los herederos”.

Fassi¹³ tomando la noción de Cafferata, que desarrollaremos luego sobre albaceazgo propio e impropio, define la institución en similares términos que Aubry y Rau, expresando: “Albacea, *en sentido propio*, es el ejecutor testamentario nombrado por el testador, e impuesto a sus sucesores, a fin de obtener una más segura, más exacta y más diligente ejecución del testamento”.

El jurista uruguayo Hugo E. Gatti¹⁴ es, a nuestro criterio, conjuntamente con el profesor cordobés José Ignacio Cafferata, de lectura obligatoria pues son los que abordan integralmente el tema de los albaceas. Así considera el autor rioplatense: “Albacea es, esencialmente, la persona a quien el testador da el encargo de hacer ejecutar o ejecutar directamente, según los casos, sus últimas voluntades”.

Para Lafaille¹⁵ el albacea “es, pues, un ejecutor de la voluntad expresada por el *“de cujus”*. “El albaceazgo es un mandato testamentario, en que el apoderado actúa para realizar la orden del difunto, la que debe ser llevada a cabo conforme a los deseos de su autor y en la medida que la ley lo permita”.

En una primera aproximación a la figura, podríamos dividirla metodológicamente en dos partes, conforme lo efectúa el maestro Cafferata, y que nos parece muy precisa, a saber:

- A) Albacea en sentido propio
- B) Albacea en sentido impropio.

Cafferata efectúa esta diferenciación, aduciendo que: “En nuestro sistema legal podemos hablar del albacea en sentido propio y en uno impropio. En un sentido propio, es los supuestos que se relacionan o son una consecuencia del art. 3844 que expresa que “el testador puede nombrar a una o más personas encargadas del cumplimiento de su testamento”. O sea: albacea propio es el designado por el testador. En un sentido impropio, en el caso del Art. 3867 que contempla el supuesto del nombramiento del albacea por los herederos y legatarios...” O sea: albacea designado por otra persona que no es el testador”¹⁶.

El albaceazgo es un mandato que no es común, sino especial o *sui generis*, con una reglamentación particular. Sobre las diferencias entre mandato y albaceazgo ver infra.¹⁷ **La posición predominante en nuestro Derecho lo considera un mandatario “post mortem” del testador**, enrolándose en esta línea de pensamiento Machado, Llerena, Pocard, Lafaille, Fornieles, Gatti, Borda, Fassi, Pérez Lasala, Maffía, Azpiri, Córdoba – Levy – Solari - Wagmaister, y también por la jurisprudencia¹⁸.

CONDICIONES OBJETIVAS Y SUBJETIVAS PARA EL EJERCICIO DEL CARGO

A nuestro juicio, la función del Albacea Testamentario requiere dos caracteres esenciales que distinguen la institución, y que se deben tener claramente diferenciados para luego analizar el caso “Barnetche”, a saber:

- b) Elemento objetivo y

¹² Pocard, Alfonso E.: “Intervención del albacea en el juicio testamentario”. J.A. Tomo 45, pág. 66. Sec. Doctrina.

¹³ Fassi, Santiago C.: “Tratado de los Testamentos”. Vol. 2. Ed. Astrea. 1971. Pág. 226.

¹⁴ Gatti, Hugo E.: ob. cit. pág. 19.

¹⁵ Lafaille, Héctor: “Curso de Derecho Civil (Sucesiones). Tomo Segundo. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires, 1933. Pág. 408.

¹⁶ Cafferata, José Ignacio: ob. cit., pág. 10.

¹⁷ García de Solavagione, Alicia: “Tratado del Albacea Testamentario”, Ed. Advocatus. Córdoba. 2011, pág. 35.

¹⁸ Cám. Civ. 2° Cap., 8/9/ 1926, GF, 66, p. 136; Cám. Civ. 2° Cap., 20/7/ 1932, JA, 38, p. 1151; Cám. Civ. 1° Cap., 14/3/ 1932, en JA, 37, p. 1004; Cám. Civ. 2° Cap., 27/4/ 1942, en LL, 26, p. 504; C. 2° CC La Plata, Sala I, 21/11/ 1944, LL, 37, p. 509, y JA, 1944, IV, p. 281, entre otros.

b) Otro subjetivo.

a) El elemento objetivo

El primero de ellos está implícitamente contemplado en el articulado que regula **quiénes** pueden ser albaceas, es decir los requisitos de admisibilidad para ser executor testamentario (arts. 3844, 3846, 3847, y 3848 del CC.).

Vélez Sársfield al incorporar la institución, estipuló claramente las condiciones que debe reunir **quiénes serán las personas indicadas por el causante para actuar como su mandatario post-mortem, pero también expresamente contempló quiénes no pueden serlo**. El art. 3846 del CC dispone: *“El testador no puede nombrar por albacea sino a personas capaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo, aunque sean incapaces al tiempo del nombramiento”*.

b) Valoración subjetiva de la institución. La remuneración del albacea.

Además del factor objetivo, es decir, los requisitos de admisibilidad para ostentar el cargo, existen elementos subjetivos, derivados de la histórica definición del executor testamentario como un oficio de amigos; de la especial lealtad hacia el difunto. En ello está involucrado el carácter oneroso de su gestión. Como veremos ulteriormente, una de las atribuciones que tiene el albacea, es que en cumplimiento de sus funciones podrá recibir una remuneración. En efecto, dijimos que una de las características de la institución es la onerosidad. Al convenir que sea retribuido, ello le otorga al instituto del albaceazgo un cariz marcadamente **neutral**, aunque el mismo se fundamente en la confianza, en las cualidades morales del executor y en el honor que significa para quien lo ejerce, resultar desinsaculado por el *de cuius*, como su mandatario post-mortem. Precisamente por ello, entendemos que no es ni puramente objetivo ni esencialmente subjetivo.

Así, inadvertidamente ingresamos al campo del otro elemento necesario para el ejercicio del albaceazgo, cual es el “subjetivo”.

A diferencia de lo inferido por autores franceses y por Códigos como el español de 1889 (en su Art. 908); el italiano (Art. 711) y el actual de Venezuela, que considera la función como un **“oficio de amigos”** entre otros y por lo tanto, gratuito; nuestro C.C. sigue al chileno y a la mayoría de las legislaciones modernas, prescribiendo en el Art. 3872, como remunerada la tarea del executor testamentario, otorgando el derecho de percibir una comisión según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión. Si hubiera prevalecido el criterio de la gratuidad de la figura, podríamos decir que el albaceazgo implica una señal de honor para el designado, y allí, seguramente, dejaría de ser neutral su función sino puramente desinteresada, benévola.

En conclusión, existe un factor objetivo -requisitos de admisibilidad-; y otro subjetivo, fundado en razones de confianza, amistad, honradez, valores morales del albacea, idoneidad, preparación intelectual y profesional, etcétera, cualidades que le inspira el elegido al testador; funciones que igualmente deberá ejecutar como las de un “buen padre de familia”, y que por ello originaron su designación, configurando la faceta subjetiva de la institución, basada en aspectos claramente axiológicos. Es esencial y hace a la propia naturaleza jurídica de la figura, el componente subjetivo.

Pero la confianza y el afecto, como tampoco la moral insita en la institución, no deberían ser retribuidos, por lo tanto no es válido considerar exclusivamente la figura del albacea como un cargo honorífico, pues requiere la consecución de los dos requisitos, los que a su vez no se excluyen entre sí, sino que están complementados indisolublemente.

El cargo, expresáramos, es **remunerado**: el Código Civil argentino se ha inclinado por esta forma de reconocimiento. Expresamente el art. 3872 dice: “El albacea tiene derecho a una comisión que se gradúa según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión”.

El tema es controvertido, incluso autores como Borda se pronunciaron abiertamente en contra de tal carácter: *“Esta tendencia legislativa a reconocer la onerosidad del albaceazgo no es sino una expresión de esa sensibilidad moderna, que quiere que todo servicio se pague en dinero contante y sonante. No importa que aquí juegue principalmente un deber moral, el de hacer honor a esa suprema manifestación de amistad y confianza que es el encargo de hacer cumplir la voluntad póstuma; también el executor testamentario debe ser pagado. El albaceazgo se ha convertido entre*

nosotros -dice con razón Machado- no en un servicio que se presta al amigo que desaparece, sino en un negocio lucrativo, donde se reciben buenos honorarios, desnaturalizando así la especialidad de esta gestión, que debe ser desinteresada. Es lamentable, pues, que nuestra ley no haya acogido el principio de la gratuidad, principio que debería complementarse con el reconocimiento de la facultad del testador de fijarle alguna retribución. Puede ocurrir, en efecto, que las tareas sean muy engorrosas y complejas y que el propio causante estime justo compensar el trabajo”¹⁹.

Razones de indudables exigencias contemporáneas, de capacidad y hasta especialización para el recto desempeño de la tarea, hacen razonable que sea contemplada la onerosidad como principio, sin perjuicio de reconocer que en un comienzo de este estudio, para quien suscribe generaba perplejidad recibir retribución alguna.

Funciones del albacea testamentario

Debe previamente establecerse qué tipo de funciones puede efectuar el albacea, desde distintos puntos de vista, así encontramos:

- a) **Por su origen y extensión:** funciones **ordinarias** (legales o normales), y **extraordinarias** (testamentarias o especiales). Las primeras son las que compete a todo albacea, cuando el testador se limita a nombrarlo o sólo le confiere facultades determinadas por la ley. Las segundas, son las que expresamente les confiere el testador aparte de las que legalmente le corresponden.
- b) **Con respecto al titular del cargo:** funciones del albacea con tenencia de bienes y sin tenencia de bienes.
- c) **Por su naturaleza:** funciones conservatorias, de vigilancia y ejecutivas.

Como regla general el causante puede otorgar al albacea todas las facultades que estime necesarias para el cumplimiento de su función. No obstante, no podrá atribuirle facultades que excedieran su cometido, o que afectaran los derechos de los herederos; por eso mismo dispone el precepto que el causante debe hacer sus disposiciones “con arreglo a las leyes”.

Aquí se plantean dos situaciones con consecuencias bien disímiles.

DIFERENTES ATRIBUCIONES DEL ALBACEA

Cuando existen herederos

Cuando hay herederos, más que un verdadero ejecutor, es la persona de confianza elegida por el testador, para que realice el control del cumplimiento de sus últimas voluntades por parte de aquéllos. La misión del albacea es, en principio, de vigilancia, porque su actuación no tendría objeto si los herederos se apresuraran a cumplir las disposiciones testamentarias.

Afirma Cafferata que: “Al hablar de herederos no hemos hecho distinción alguna entre herederos legitimarios, legítimos o instituidos, porque a nuestro entender todos se encuentran en la misma situación, en tesis general, frente al ejecutor. Los primeros, por cuanto no pueden ser privados de sus derechos sino por la desheredación y solo en los casos en que el difunto pudo hacer uso de esta facultad. Los segundos, porque la simple disposición de bienes por parte del causante, sin realizar institución hereditaria, no les priva de la porción de los bienes que en la sucesión ab-intestato les confiere la ley. Y los terceros, porque su llamado, si bien en principio está limitado por la existencia de herederos forzosos, sin embargo tiene dentro de sí el mismo poder de expansión, la misma vocación universal, que la de todo heredero *ab-intestato*”²⁰.

Habiendo herederos, legales (la expresión “forzosos” del art. 3852 es errónea) o testamentarios, les corresponde a **éstos la posesión de la herencia**, en cuanto son propietarios de la misma. El albacea, por lo tanto, debe pedirles a ellos la entrega de los bienes que considere necesarios

¹⁹ **Borda, Guillermo A.:** “Tratado de Derecho Civil Argentino. Sucesiones”. Tomo II. Ed. Perrot. Bs. As. 1970. Págs. 508 y 509. El autor en la nota 2259 afirma que: “Es la solución admitida por el Código italiano, art. 711; el español, art. 908; y el portugués, art. 1892”.

²⁰ **Cafferata, José Ignacio:** ob. cit., pág. 71.

para el pago de deudas y legados²¹.

Las normas que tratan el tópico específicamente son: el 3851 y el **3852** del C.C. Este último expresa: “Habiendo herederos forzosos, o herederos instituidos en el testamento, la posesión de la herencia les corresponde a los herederos, pero debe quedar en poder del albacea tanta parte de ella, cuanta fuese necesaria para pagar las deudas y legados, si los herederos no opusiesen, respecto de los legados, que en ellos van a ser perjudicados en sus legítimas”.

Teniendo herederos legales, el testador no puede dar al albacea poderes más amplios que los que la ley les determina (art. 3851), como conferirle la posesión de la herencia cuando consten herederos forzosos o constituirlo en árbitro de la sucesión; es sólo un agente de ejecución, cuya principal misión es vigilar principalmente que se cumplan aquellas disposiciones del testador que puedan correr riesgo de incumplimiento por parte de los herederos. “Las facultades conferidas a los albaceas se juzgarán restrictivamente -dice Machado, comentando el art. 3863- y en caso de duda se decidirá **en contra**, porque son de derecho excepcional”²².

En consecuencia, cuando quedaran herederos legales, o testamentarios, sus atribuciones son limitadas y secundarias, porque es a ellos a quien corresponde la posesión de la herencia²³. Los herederos son los verdaderos titulares de los bienes, y las facultades ordinarias del albacea deben ser interpretadas en forma restrictiva, convirtiéndose en un mero supervisor del cumplimiento de la voluntad del testador, cuya ejecución corresponde a los herederos, verdaderos propietarios y poseedores de los bienes de la sucesión. Esta es la opinión unánime en doctrina (Lafaille, Fornieles, Cafferata, Borda, Zannoni).

No obstante lo dicho, pensamos si, entonces, el derecho de los herederos no sufre alguna limitación ante la intervención del albacea. En principio pareciera que no, pero la **nota** al art. 3851 dice: “El mandato hecho al albacea, restringe los derechos de administración y libre disposición que pertenecen a los herederos en su calidad de propietarios, y por tanto, no pueden extenderse más allá de las disposiciones de la ley y de los límites indispensables a su objeto”.

Entonces ¿cuáles son esas restricciones? En realidad no son amplias, y entre otras podemos mencionar: la que fija que debe quedar en poder del albacea una parte de la herencia necesaria para pagar las deudas y legados, salvo que los herederos opusieren que ello perjudica sus legítimas (art. 3852); la posibilidad de vender los bienes muebles o inmuebles de la sucesión, cuando el testador lo autorizó para ello y fuera indispensable para la ejecución del testamento, aunque no puede hacerlo sin la intervención de los herederos o el juez (art.3856); el pago de las mandas (art. 3859); la facción del inventario de los bienes dejados por el testador (art. 3857); puede demandar a los herederos por la ejecución de ciertas cargas (art. 3861); puede intervenir frente a los herederos, en el planteo de validez del testamento o la ejecución de las disposiciones que contenga (art. 3862),etc.

Ausencia de herederos forzosos, legales o testamentarios

Hemos afirmado que la función del albacea cuando existen herederos es secundaria y que sus facultades deben ser interpretadas restrictivamente. En caso de que la sucesión no tuviera herederos legales o testamentarios, el albacea, en ausencia de otras personas con facultades para ejecutar el testamento, deberá proceder al cumplimiento del mismo. Él será quien a falta de herederos ejercerá la representación de la herencia. Hace al tema la mención de los arts. **3851** del C.C, que estipula: “Las facultades del albacea serán las que designe el testador **con arreglo a las leyes**; y si no las hubiere designado, el ejecutor testamentario tendrá todos los poderes que según las circunstancias,

²¹ Ferrer, Francisco A. M.- Medina, Graciela: ob. cit., pág. 650.

²² Pocard, Alfonso E.: “Intervención del albacea en el juicio testamentario”, JA. Tomo 45, pág. 67, Sec. Doctrina.

²³ Gatti, Hugo E.: ob. cit., pág. 220: A priori se debe recordar que en el Derecho uruguayo las facultades y atribuciones de los albaceas son exactamente las mismas cuando existen herederos que cuando no existen. Expresa el autor: “Mucho se discute en la doctrina francesa cuales son las funciones del ejecutor testamentario sin *saisine*. Las dudas e incertidumbres derivan principalmente de que el art. 1031, que enumera las funciones del ejecutor testamentario, no distingue si tiene o no la *saisine*. Según Beudant, ...desde que la ley no distingue, el ejecutor testamentario sin *saisine* tiene en principio las mismas atribuciones y poderes del ejecutor testamentario *saisi*...”. “En general se le reconoce al ejecutor testamentario sin *saisine*: 1) obligación de hacer inventario y pedir colocación de sellos; 2) vigilar la ejecución del testamento y 3) defensa de la validez del testamento en juicio siempre que fuere contestado”.

sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador”. Y el **3854** que reza: “Cuando las disposiciones del testador tuviesen sólo por objeto hacer legados, *no habiendo herederos legítimos o herederos instituidos, la posesión de la herencia corresponde al albacea*”.

En este caso, las facultades e intervención del albacea se expanden sustancialmente y adquiere un papel preponderante.

Sin embargo, Fassi no concuerda con el criterio sustentado por Borda y Cafferata.

Sostiene el autor: “No es lo mismo cuando la sucesión se defiende a los demás herederos legítimos o a los herederos instituidos. Si heredan los legítimos no forzosos, es porque el testador no los ha excluido, como pudo hacerlo, inmotivadamente, es decir porque los ha querido como herederos; si heredan los instituidos que no son legítimos, es porque el causante ha creado el llamamiento. En uno y otro caso, habiendo mantenido o creado voluntariamente una vocación, el testador puede limitarla ampliando las facultades del albacea”²⁴.

En conclusión, las atribuciones del albacea dependerán de la existencia de herederos legítimos o instituidos. En caso de darse estos supuestos, su función es la de vigilar o supervisar el cumplimiento de la voluntad del testador. Esas facultades otorgadas al executor testamentario no pueden exceder el cometido de su designación, ni afectar los derechos de los herederos, se le confieren con sujeción a las leyes pertinentes.

Facultades ordinarias del albacea

Se debe distinguir aquellos casos en que concurren herederos forzosos a la sucesión, de aquellos supuestos en que no concurren herederos, como sucede en la herencia de Barnetche bajo análisis.

El art. 3854, establece que “cuando las disposiciones del testador tuviesen sólo por objeto legados, no habiendo herederos forzosos, o instituidos, *la posesión de la herencia corresponde al albacea*”. Asimismo, el art. 3852 determina: “habiendo herederos forzosos, o herederos instituidos en el testamento, la posesión de la herencia corresponde a los herederos, pero debe quedar en poder del albacea tanta parte de ella, cuanto fuese necesaria para pagar las deudas y legados...”. De estos dos preceptos surgen otras cuestiones a analizar:

1) Alcance de las facultades del albacea referidas a la posesión hereditaria cuando existen o faltan herederos:

Las facultades de los albaceas son totalmente distintas cuando existen herederos que cuando faltan. En el primer caso, sólo tendrán derecho a que se les entregue tanta parte de los bienes hereditarios como sea necesario para pagar deudas y legados. En el segundo supuesto, la ley les acuerda la posesión de la herencia.

Siguiendo a Pereda, Cafferata enseña que son dos los propósitos que se persiguen con la tenencia de los bienes por el albacea. En primer lugar, evitar los posibles extravíos o sustracciones de los herederos en perjuicio de los legatarios y acreedores; en segundo término, facilitar a los albaceas el pago directo de los legados, sin que estén precisados en cada caso a pedir al heredero o curador de la herencia, la entrega de la especie legada, con lo que se asegura el cumplimiento de las disposiciones testamentarias.

2) **Alcance de los arts. 3852 y 3854.** No sólo corresponde al heredero la propiedad, sino también la posesión de la herencia. La cuestión a dirimir es si la posesión a la que se refiere el artículo 3854 es la posesión hereditaria contemplada en el art. 3414 del CC. Empezaremos definiendo la posesión hereditaria como aquella investidura judicial otorgada por la ley o por los jueces a los

²⁴ **Fassi, Santiago C.:** ob.cit., pág. 253. El jurista critica el criterio de Cafferata y Borda, al sostener: “No asentimos el criterio de Cafferata, págs. 70/72, compartido por Borda, II, n° 1644, págs. 508/509, que equiparan a todos los herederos forzosos, legítimos e instituidos, por tener todos un llamamiento universal; hay la diferencia apuntada en el texto; la vocación de los primeros está *impuesta* al testador, la de los demás *depende* del testador. En este último caso el creador de la vocación tiene mejor título que el que soporta la vocación, para limitar el ejercicio de los derechos por el heredero. Claro está que será *difícil* y no lo ha hecho con nitidez la jurisprudencia, determinar qué facultades podrá conferir el testador al albacea cuando no hay herederos forzosos, que le está negado conferir cuando los haya. Como nota distintiva diremos que la exclusión por innecesaria de la intervención del albacea, cumplidos los legados, aparece más nítida y firme en la jurisprudencia cuando hay herederos forzosos, que cuando sólo hay instituidos”.

herederos con el fin de habilitarles para el ejercicio de las acciones pertenecientes a su causante. Por lo tanto, el art. 3854 no puede haberse referido a tal posesión, por cuanto el albacea, en el cumplimiento de su cometido no realiza ningún acto en provecho propio, sino simplemente cumple la voluntad del difunto y procede en interés de extraños.

De manera que si los herederos no tienen la posesión de la herencia de pleno derecho, corresponderá que a ellos y no al albacea se les otorgue la posesión judicial. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, la posesión de la herencia corresponde al albacea, (Fassi) como cuando en el testamento solamente se hubiesen efectuado legados, y os pretendidos herederos legítimos no han probado el parentesco invocado, según lo ha dicho la jurisprudencia.

En este caso, el art. 3854 es de aplicación aquí. Cuando sólo quedan legados a repartir en la sucesión, sean de cuota o particulares y no se han instituido herederos, y tampoco hay herederos legítimos, lo que no debe entenderse en el sentido de la inexistencia de parientes con vocación a la herencia, sino de que no quede nada del acervo hereditario para ellos.

Este precepto debe ser aplicado restrictivamente. Si hay una parte de la herencia que pertenezca a herederos, sean legítimos o instituidos, la inacción de ellos habilita al albacea a solicitar la posesión de la herencia.

Si no existen herederos instituidos o legítimos o si éstos no se presentan a juicio o se despreocupan de formular en el mismo las peticiones tendientes a una normal tramitación del juicio testamentario, el albacea está plenamente facultado para iniciar y proseguir el expediente sucesorio con el fin de hacer cumplir la voluntad del testador. Le incumbe hacer inventariar los bienes (arts. 3857 y 3858), aunque sería nulo lo que hiciese sin citar a los herederos y ejercitar la tenencia y administración de los mismos (Poccard). “Digo la “tenencia” no obstante que el art. 3854 usa el término “posesión” porque la nota de Vélez Sársfield al artículo citado aclara el alcance de la disposición al expresar que los bienes quedarán en poder del albacea “en calidad de depósito o secuestro”. “El albacea no es dueño de la herencia por ningún título y así no puede poseer a título de tal. La posesión ciertamente no la tiene a nombre del difunto, su mandante, y puede dudarse si posee para los legatarios o el Fisco, pero es cierto que no posee para sí. De lo que se deduce claramente que en tales casos el albacea no es un poseedor de la herencia en sentido legal, sino un mero tenedor de la misma”²⁵.

En la visión de Lafaille, al aludir al art. 3852 manifiesta: “La frase “posesión de la herencia” se refiere a los bienes que componen el activo, **y no a la figura** que reglamentan los arts. 3410 y siguientes, conocida bajo el nombre de “posesión hereditaria”. “Cuando existen interesados de las categorías previstas en el texto, sería inoficioso expresar que la posesión hereditaria no corresponde al albacea, porque es evidente que no procede en ningún caso reconocerle calidad de sucesor universal frente a los terceros, ni aún en el supuesto del art. 3854. Se trata, entonces, de la posesión material de los bienes dejados por el causante”²⁶. Este criterio de Lafaille, también es compartido por Córdoba – Levy – Solari - Wagmaister²⁷; y Ferrer - Medina.

En consecuencia, en el caso que el testamento se agote en legados y no hubiera herederos, le corresponde al albacea la posesión de la herencia, que no es la posesión hereditaria, sino la tenencia material de los bienes.

Sentado lo precedente, considerando las múltiples funciones del albacea, sólo nos enfocaremos en las referidas a su intervención en el juicio sucesorio.

Intervención en el juicio sucesorio

Una de las cuestiones **más controvertidas es si el albacea debe tener o no intervención en el juicio sucesorio**. Lo natural sería que, debiendo velar por el cumplimiento del testamento en todos los casos estuviera facultado para participar, pero hay casos concretos en donde es sumamente desaconsejable. En especial, en aquellos donde el albacea cumple otras funciones (abogado patrocinante) o tiene un interés legítimo (como heredero o legatario), habiéndonos pronunciado por proponer un sistema de elección de roles.

²⁵ Poccard, Alfonso E.: ob. cit., pág. 67.

²⁶ Lafaille, Héctor: ob. cit., pág. 418.

²⁷ Córdoba - Levy – Solari - Wagmaister: ob. cit., pág. 335.

Poccard explica con exactitud los problemas que se suelen presentar. Así, estima que el concepto más generalizado en la tramitación de los juicios testamentarios, atribuye a los albaceas una intervención que no es la que legalmente corresponde y ello **motiva frecuentes incidencias de procedimiento que perturban la buena marcha de los juicios**²⁸.

Dijimos que se dan criterios opuestos, que nos llevan a pensar que la figura no es auténticamente apreciada, en ciertos casos. En efecto, Borda²⁹ opina: *“Dice Fornieles, con razón, que no siempre es necesario que el albacea intervenga en el juicio sucesorio y que es por una verdadera corrupción que entre nosotros todas sus actividades se realizan allí. Sobre todo cuando los legatarios se han presentado al expediente defendiendo sus derechos, el albacea debería limitarse a vigilar los trámites”. “Empero, su intervención suele ser constante en todos los trámites del juicio. Se explica que así sea porque tales actividades reportan importantes honorarios, sobre todo cuando se hace patrocinar por letrados. Es necesario decir que la jurisprudencia no ha sido todo lo firme que hubiera sido de desear en reprimir estos abusos...”*.

En principio, sólo tiene derecho a intervenir en el proceso sucesorio para controlar el cumplimiento de la voluntad del testador, *pero no es parte del mismo*.

Avanzando un poco en la cuestión, nuevamente se debe precisar aquí si se trata de una sucesión donde **existen o no herederos forzosos** y en qué momento del proceso sucesorio procura intervenir el ejecutor testamentario.

Por su lado Azpiri³⁰ estima que: “Cuando hay herederos, en principio el albacea no debe iniciar el juicio sucesorio y sólo tendrá esta facultad frente a la notoria negligencia de aquéllos...”. Y continúa expresando: “Con frecuencia el albacea *se apura para promover el juicio por los honorarios que le pueden corresponder por esa actuación pero la jurisprudencia los ha privado de esa retribución si se demuestra que no existía ninguna razón que justificara esa premura*”. “Una situación *confusa* se puede presentar cuando el albacea que cuenta con *título de abogado*, aparece patrocinando a los herederos o legatarios en el trámite del juicio sucesorio. *Esta doble función* puede presentar con frecuencia *conflicto de intereses*, ya que podría resultar que en ejercicio del albaceazgo tuviera que demandar a los herederos el cumplimiento de las mandas testamentarias, por ejemplo.” (...) *“Lo aconsejable en estos casos es impedir, por los posibles intereses contrapuestos que pudieran existir, que el albacea cumpla además la función de patrocinante de herederos y legatarios”*.

Existencia de herederos forzosos en la iniciación del sucesorio

El albacea tiene derecho a iniciar el juicio sucesorio, pero solamente en el caso de que los herederos se muestren **manifiestamente inactivos**, como una manera de acelerar el procedimiento. Autores como Natale y Medina, consideran que en forma previa debe existir requerimiento formal para que inicien el sucesorio a fin de colocarlos en mora³¹. Asimismo deberán respetar el plazo de luto y llanto fijado en el artículo 3357.

Estos principios se aplican aún en el caso de que el testador hubiera otorgado expresamente al albacea la potestad de iniciar el juicio sucesorio, pues habiendo herederos ellos no pueden ser privados de tal atribución. Por ende, si comparecen los herederos al sucesorio, la actividad del albacea finalizará de inmediato.

Poccard estima que no existiendo herederos instituidos o legítimos o si éstos no se presentan a juicio o se despreocupan de formular en el mismo las peticiones tendientes a una normal tramitación del juicio testamentario, **el albacea está plenamente facultado para iniciar y proseguir el expediente sucesorio con el fin de hacer cumplir la voluntad del testador**. Le incumbe hacer inventariar los bienes (arts. 3857 y 3858) aunque sería nulo lo que hiciese sin citar a los herederos y ejercitar la tenencia y administración de los mismos.

Casos en que no concurren herederos ni legatarios de cuota. Amplitud de facultades

²⁸ Poccard, Alfonso E.: “Intervención del albacea en el juicio testamentario”. J.A. Tomo 45, pág. 66. Sec. Doctrina.

²⁹ Borda, Guillermo A.: ob. cit., pág. 501.

³⁰ Azpiri, Jorge O.: *Derecho Sucesorio*. 4ª edición actualizada y ampliada. Hammurabi. Bs. As. 2006, pág. 907.

³¹ Ferrer, Francisco A.M. - Medina, Graciela: ob. cit., pág. 654.

Cuando no hay herederos ni legítimos ni testamentarios, ni legatarios de cuota, que son equiparables a los herederos en este caso, y el testador ha dispuesto su herencia sólo en legados particulares, **las facultades del albacea son amplísimas**. Conforme el art. 3854, le corresponde la posesión de la herencia, aunque como vimos no se trata de la posesión hereditaria en sentido lato -pues ésta le corresponde al herederos-, sino la tenencia material de los bienes.

La doctrina es unánime en ese sentido: Lafaille, Segovia, Cafferata, Borda, Fornieles, De Gásperi, Maffía, Pérez Lasala.

Borda manifiesta: “En otras palabras: el albacea tomará la posesión precaria de los bienes al solo efecto de liquidarlos y cumplir con los legados y cargos”³².

Es quien debe iniciar y tramitar hasta su finalización, el proceso sucesorio es decir asume la representación de la herencia ante la inexistencia de herederos. Será en contra de él que deben dirigirse las demandas de los acreedores o legatarios y éste, a su vez, puede accionar contra los deudores de la herencia, estando facultado para provocar la venta judicial de los bienes hereditarios a fin de pagar las deudas y legados.

Asimismo, es el administrador natural de la sucesión. En dicho carácter puede contraer obligaciones a nombre de la sucesión. Sin embargo, la doctrina le niega la facultad de reconocer deudas, porque implicaría reconocerle el derecho de beneficiar a personas que no son legatarias.

Obligaciones impuestas al albacea

Finalmente mencionaremos las tres obligaciones que el código impone a los albaceas:

- a) Asegurar los bienes dejados por el testador (art. 3857 del C.C.)
- b) Efectuar inventario de los mismos.
- c) Dar cuenta de su administración (art. 3868).

COMENTARIO AL FALLO DE LA SALA II DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL, EN LOS AUTOS: “BARNETCHE, PEDRO S/ SUCESIÓN”

- 1) Respecto a la primera cuestión planteada, esto es, al procedimiento que se debe seguir en el marco de un juicio sucesorio, frente al cuestionamiento sobre la eficacia y validez de la intervención del albacea, Dr. J.M.T., no albergamos dudas que es correcto imprimir el trámite incidental, aunque por otras razones que las esgrimidas por la Excma. Cámara. Tramitar conjuntamente el proceso testamentario y a la vez permitir la interferencia de una cuestión accesoria en la que se cuestiona el proceder del albacea, es cuanto menos irritante, pues trabará innecesariamente la finalidad del testamento: dar cumplimiento a la voluntad del causante. No se han vulnerado con ello el principio de bilateralidad o contradictorio, ni se afectó el derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la C.N. toda vez que se le dará al albacea la posibilidad de ser escuchado y defenderse.
- 2) Relativo a la cuestión de fondo y respondiendo al segundo interrogante: ¿es justa la sentencia apelada? Resumiremos sucintamente lo ocurrido:
El albacea Dr. J.M.T., inicia el juicio testamentario de Pedro Barnetche **el 8 de septiembre de 2006** al tomar conocimiento de su fallecimiento **el 6 de septiembre de 2006**. Acompaña un testamento por acto público de fecha **25-9-87** en donde el testador lo designa albacea y dos testamentos posteriores modificatorios del primero, de fechas **27-5-88** y **19-01-89** pero que mantienen su nombramiento como ejecutor testamentario. En el entendimiento de que posea atribuciones como albacea, solicita ciertas medidas tendientes a determinar la conformación del acervo hereditario. Omite acompañar la partida de defunción del “de cujus” con el escrito de iniciación, la que le es requerida por el Tribunal en forma previa a proveer lo solicitado.
- 3) Así la situación, se presenta Graciela Altamirano invocando su condición de **legataria**, acompañando copias certificadas de dos testamentos por acto público otorgados con fechas **02-5-2006** y **16-5-2006**; presenta certificado de defunción y con esa documental requiere la apertura del

³² Borda, Guillermo A.: ob. cit., pág. 504.

juicio sucesorio testamentario de Pedro Barnetche, pedido que fue receptado favorablemente. El juez de primera instancia decide postergar la declaración de validez de los instrumentos presentados por el albacea hasta que se agregue el informe del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, resuelve hacer lugar a las medidas conservatorias de bienes peticionadas por el Dr. T. por considerarlo como parte interesada y ordena librar los mandamientos y oficios del caso. Contra esta resolución se alza la legataria Graciela Altamirano, mediante los recursos de revocatoria y apelación en subsidio. Admitida la revocatoria se hace lugar al recurso a favor de Altamirano, basándose sustancialmente en los siguientes fundamentos: a) que la intervención del albacea careció de eficacia y efecto jurídico atento a que el testamento en que se lo designa había sido revocado por el testamento posterior que Altamirano agregó en su carácter de legataria; b) que el albacea no tomó los recaudos pertinentes, como aportar el acta de defunción, por la **premura** en iniciar el juicio sucesorio a dos días de fallecer Barnetche; c) que no era aconsejable actuar con **tanta celeridad** en cuanto al inicio de la sucesión, sin antes haber requerido información al Registro de Testamentos, **en especial por la cantidad de testamentos otorgados por Barnetche**; d) que en el último instrumento Barnetche expresamente revocó todo testamento anterior, afirmando el juzgador que *“partiendo de la base de que el albacea testamentario sólo excepcionalmente puede promover el juicio sucesorio-cuando los herederos instituidos son remisos o median razones de urgencia en relación a los bienes que integran el patrimonio relicto”*. c) se le impuso las costas al peticionante en su condición de vencido.

- 4) La sentencia fue apelada por el albacea Dr. J.M.T. en base a los siguientes agravios: a) que se considera su intervención invocando la condición de albacea como carente de validez y eficacia; b) que considera que inició el sucesorio sin que exista un motivo justificante o una disposición legal que lo fundamente; que no existió premura y que omitió adoptar recaudos indispensables; c) que implícitamente declaró la existencia del derecho de la legataria de cosa cierta a iniciar el sucesorio e impugnar una decisión judicial que no afecta el objeto de su legado, como así también que ese derecho resultaría preferente al del apelante; d) la imposición de costas por la promoción del sucesorio y la solicitud de medidas.
- 5) La Cámara resuelve que el recurso es infundado y confirma la sentencia que admitió la revocatoria interpuesta por la legataria Altamirano en razón de los argumentos vertidos en el resolutorio, a los que me remito *brevisatis causae*.
- 6) **Nuestra opinión:** En lo medular el fallo es relativamente correcto. Daré razones: En el juicio sucesorio de Barnetche **se da la paradoja** que dos sujetos (albacea y legataria de cosa cierta) se arroguen atribuciones para su iniciación cuando carecen de legitimación para hacerlo o, al menos, su investidura es claramente **cuestionable**.

El Albacea Dr. J.M.T. acompaña los testamentos que obraban en su poder, todos de antigua data (1987, 1988 y 1989), lo cual no significa nada más que eso, ni deben efectuarse juicios de valor respecto a la supuesta voluntad voluble de Barnetche. La celeridad o premura que se le achaca al Dr. T. no es tal, considerando el sentido y alcance del instituto del albaceazgo. **Ese “oficio de amigos”, impone actuar con diligencia y efectividad, para cumplir las mandas impuestas por quien confió en él para llevar adelante su cometido.** A nuestra vista lucen prejuiciosos los conceptos vertidos por la Cámara ante el proceder del Dr. T ratificando nuestra precedentes expresiones respecto a la poca confianza que genera la figura del albacea, incorporando conjeturas tales como *“Ese injustificado proceder hizo además caso omiso de la circunstancia de que el fallecido había cambiado varias veces de opinión (...) no resultaba inverosímil que hubiera modificado sus actos de última voluntad”*.

Hasta que compareció la legataria Altamirano, el Dr. T. **podría haber desconocido la existencia de otras disposiciones de última voluntad de Barnetche**, y considerar que el testador persistió en su voluntad hasta su muerte. Ahora bien, el Dr. T. no acompañó el certificado de defunción del “de cujus”, requisito impuesto por el art. 689 del C.P.C.N. para la iniciación del proceso sucesorio, que reza: “Quién solicitare la apertura del proceso sucesorio, deberá justificar, *prima facie*, su carácter de parte legítima y acompañar la partida de defunción del causante...”. Así lo ha dicho también la

jurisprudencia: “Sólo es escrito inicial de la sucesión aquel en que la parte, además de otros requisitos, prueba el fallecimiento del causante con la partida de defunción”. (CNCiv. Sala F, 1973/09/06, ED, 52-136). **Una vez acompañado el documento que acredita el fallecimiento, recién en ese instante se debió dar inicio al juicio propiamente dicho, y legitimar al albacea como parte fundamental del proceso.** Asimismo, cuando el Dr. T. advierte la existencia de dos testamentos posteriores a los agregados por él, debió -en base a la buena fe procesal- sin más trámite desistir de su intervención, pues claramente el testamento base de su designación había sido revocado por otro de fecha posterior, haciendo honor a la investidura que le fuera confiado alguna vez por el causante.

6. a) **Sobre la legataria de cosa cierta:** Es en este punto, donde el resolutorio no llega a convencernos. Si bien es cierto que el albacea carecía de legitimación por los motivos expuestos (testamento revocado y falta de presentación de partida de defunción), no es menos cierto que Graciela Altamirano en su carácter de legataria particular, tampoco se encuentra legitimada para iniciar el sucesorio de marras. En efecto, el legatario de cosa cierta si bien recibe el legado desde la muerte del testador (art. 3766 CC), no lo recibe de pleno derecho, ya que la posesión corresponde al heredero (art. 3417 CC) y, ante la inexistencia de éstos, al albacea (art. 3854 C.C.)³³. El legatario no puede tomar la cosa legada sin pedirla al heredero o al albacea encargado de cumplir los legados, reza una parte del art. 3767, por lo tanto y como expresa Azpiri el legatario además de respetar los nueve días de luto y llanto que resultan del art. 3357 del CC, “si el heredero no tiene la posesión hereditaria de pleno derecho, el legatario deberá esperar hasta que la adquiera judicialmente para poder reclamar y si no es diligente, **el legatario podrá actuar como un acreedor del causante**”³⁴. Conjugando esta opinión, que compartimos, con lo dispuesto en el art. 694 del C.P.C.N. el legatario no puede “per se” iniciar el juicio sucesorio *sin previa intimación a los herederos forzosos, a los instituidos o a falta de ellos, al albacea si lo hubiere pues su título es insuficiente*. A este respecto la Cámara de Azul soslaya el tema y sostiene: “Este argumento no debe ser atendido porque al resultar el Dr. T. ajeno al proceso, dado la ineficacia de su intervención carece de legitimación e interés procesal para controvertir aspectos propios de un proceso judicial del que no es parte. **Por lo demás, la cuestión resultó superada porque comparecieron y tomaron intervención los otros albaceas y los restantes legatarios**”. No compartimos en este punto lo resuelto, pues se habilitó la vía procesal a quien no correspondía para iniciar el sucesorio sin cumplir la **previa intimación** (art. 3314 CC y 694 del CPCN).

Sellando la suerte del caso, el jurista Azpiri expresa claramente: “**Acciones y medios de garantía del legatario.** El legatario tiene acción contra el heredero, contra el legatario de cuota y contra el albacea, en su caso, para exigir la entrega del objeto legado (...). Por último, si bien **NO TENDRÁ LA CALIDAD DE PARTE DENTRO DEL JUICIO SUCESORIO**, podrá intervenir a fin de peticionar la entrega del legado y realizar todos los actos conducentes a ese fin”³⁵.

- 7) La responsabilidad de la legataria tampoco debe ser soslayada, quien efectivamente actuó con apuro e interesadamente -aunque la Alzada nada dijo al respecto- al presentarse con una investidura de la que carecía legitimidad, por lo tanto imponer las costas al presentante perdidoso en ambas instancias, luce como excesivo.

Se advierte con pesadumbre que el juicio testamentario del autor de la sucesión, aparece como una particular maratón olímpica a fin de ver quién llega primero, lo que desnaturaliza el eminente papel que debe cumplir en todo proceso sucesorio el encargado, nada menos, de ejecutar las decisiones del testador: el albacea. Las descriptas conductas procesales de los involucrados, generan inseguridad en los individuos que programan su herencia mediante el testamento ordinario.

³³ CNCiv., Sala B, 1997/02/28, La Ley, 1998 - E, 43.

³⁴ Azpiri, Jorge: “Derecho Sucesorio”. 4ª edición actualizada y ampliada. Hammurabi. Bs. As. Agosto de 2006, pág. 817.

³⁵ Azpiri, Jorge: ob. cit. pág. 821.