

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2010

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

INOPERANCIA DEL ALBACEA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GABRIELA MARÍA ABAC

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2010.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciriaiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

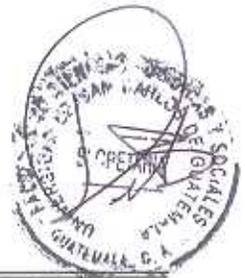
Presidente: Lic. David Sentés Luna
Vocal: Lic. Dixon Díaz Mendoza
Secretaria: Licda. Gladis Yolanda Albeño Ovando

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Vocal: Licda. Eloísa Mazariegos Herrera
Secretario: Licda. Eneida Victoria Reyes Monzón

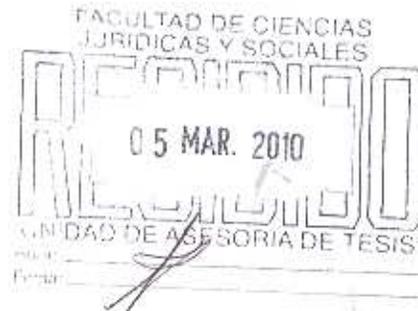
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LIC. EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
3ª. Avenida 13-62 zona 1
Teléfono: 22327936



Guatemala, 1 de marzo de 2010

Señor Jefe de la Unidad de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Su Despacho



Licenciado Castillo Lutín:

Atendiendo al nombramiento recaído en mi persona, como asesor de la tesis de trabajo de la bachiller GABRIELA MARÍA ABAC, titulado "INOPERANCIA DEL ALBACEA", habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

Al recibir el nombramiento, se establece comunicación con la bachiller Gabriela María Abac, con quien procedí a efectuar la revisión del plan de investigación y de tesis, los que se encontraban congruentes con el tema a investigar y en consenso con la ponente del tema, se decidió sobre la manera de elaborarlo, con base en lo que se estipula en el Normativo respectivo.

1. El contenido científico y técnico de la tesis contribuye enormemente al estudio del derecho de sucesiones, ya que propone una visión general de la institución del albaceazgo estableciendo su importancia y asimismo las causas por las que en la actualidad dicha institución histórica ha perdido importancia.
2. La estudiante, en su trabajo de tesis ha utilizado la metodología deductiva, partiendo de generalidades del derecho civil, hasta profundizar en el tema del albaceazgo realizado en etapas como la observación, registro de información, análisis y clasificación.
3. Las reglas ortográficas se encuentran atinadas a los parámetros estipulados por la Real Academia de la Lengua Española, y ha utilizado un correcto lenguaje jurídico en la redacción del trabajo de investigación.
4. La contribución científica del trabajo de investigación consiste en develar los antecedentes teóricos, jurídicos y prácticos del albaceazgo, y explicar la

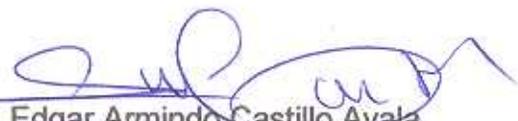
importancia de éste en el derecho sucesorio, así como exponer las causas por las que el cargo es inoperante, determinar los efectos de dicha problemática y encontrar soluciones adecuadas, posibles y legales.



5. Durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis, la sustentante tuvo el empeño y atención cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden la investigación, la cual tiene un amplio contenido científico, lo que se refleja en las conclusiones y recomendaciones que se mencionan en el trabajo, las cuales son congruentes con el tema y con cada uno de los requisitos exigidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.
6. La bibliografía utilizada refleja el contenido científico de la investigación, pues la estudiante se auxilió de autores modernos que aportan postulados que ayudan a la comprensión y desarrollo del derecho civil, su regulación y sus instituciones.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y de Examen General Público.

Atentamente,


Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Colegiado 6220
Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de marzo de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS ROLANDO SEGURA MARTÍNEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante GABRIELA MARÍA ABAC, Intitulado: "INOPERANCIA DEL ALBACEA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
MTCL/slh.



LIC. CARLOS ROLANDO SEGURA MARTÍNEZ
7ª. Avenida 15-13, zona 1 oficina 55
Teléfono: 22516028



Guatemala, 13 de abril de 2010

Señor Jefe de la Unidad de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Su Despacho



De mi consideración:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa jefatura, en el que se dispone nombrarme como revisor del trabajo de tesis de la bachiller **GABRIELA MARÍA ABAC**, con número de carné 200411434, en el que se me faculta para realizar modificaciones que tengan como objeto mejorar su trabajo de tesis intitulado "**INOPERANCIA DEL ALBACEA**", procedo a emitir el siguiente dictamen:

- a) Sobre el contenido científico y técnico, el estudio profundo que plasma en cuanto a la inoperancia del albacea, constituye un aporte académico al derecho de sucesiones, pues la indagación en esta rama del derecho civil, sustenta un perfil diferente en cuanto al estudio de dicha inoperancia y las causas que la originan.
- b) La técnica de investigación utilizada fue la de carácter documental-bibliográfico, inspirada en autores modernos empapados con conocimientos actuales. Las consultas de Derecho Civil, de tipo doctrinario y legal, han sido las adecuadas.
- c) Ha empleado una redacción adecuada a las reglas ortográficas normadas por la Real Academia de la Lengua Española, tal como lo prescribe el Normativo para la Elaboración de Tesis respectivo.
- d) De la revisión practicada se establece que el trabajo relacionado contribuye en gran manera de una forma técnica y científica a los estudios del derecho civil, en virtud que los razonamientos planteados en el trabajo de investigación proponen que a la figura del albacea se le otorgue la importancia histórica que merece.



- e) El citado trabajo de investigación, aborda el tema con propiedad, proponiendo dentro de sus conclusiones y recomendaciones formuladas al final del mismo; los cambios institucionales y legales que considera procedentes constituyendo proposiciones atinadas al contexto real guatemalteco, que de ejecutarse debidamente provocarían un verdadero cambio en la aplicación de la institución histórica del albaceazgo; todo ello, basado tanto en la doctrina como en la legislación nacional, por lo que indudablemente, en materia tan importante, las aportaciones de la sustentante serán de gran valor para los estudiosos del tema.
- f) La bibliografía utilizada es la indicada, pues se manejan postulados de autores modernos ubicados en el contexto actual.

El presente trabajo de tesis cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en esencial, lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

En tal virtud y después de haber satisfecho las exigencias del suscrito revisor, apruebo el trabajo de tesis relacionado y emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que el presente trabajo continúe con el trámite respectivo.

Atentamente,

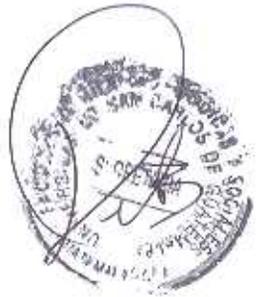

Carlos Rolando Segura Martínez
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Carlos Rolando Segura Martínez
Colegiado 4868

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dos de julio del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante GABRIELA MARÍA ABAC Titulado INOPERANCIA DEL ALBACEA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA

- A Dios:** Porque él me ha permitido alcanzar esta meta.
- A mi madre:** Gracias por el apoyo incondicional, por enseñarme todo lo que sé en la vida y ser mi luz.
- A mi hermano:** Porque así como él cuenta conmigo, yo cuento con él.
- A mi abuelita:** Esperanza (Q.E.P.D.), por esperar este momento con tanta alegría.
- A mi familia:** Porque siempre he contado con su apoyo y su cariño.
- A mis amigos:** Por compartir tantas alegrías, experiencias y sueños, especialmente a Mario, Ana Lucya, Nina, María José, Mónica y Luis Pablo.
- A los profesionales:** Edgar Armindo Castillo Ayala y Carlos Rolando Segura Martínez, por sus conocimientos y enseñanzas.
- A:** La Jornada Matutina de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por perseguir la excelencia académica.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser mi casa y brindarme la oportunidad de lograr esta meta.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho de sucesión.....	01
1.1. Teorías.....	03
1.1.1. Objetiva.....	04
1.1.2. Subjetiva.....	05
1.1.3. Intermedia.....	08
1.2. Presupuestos.....	08
1.3. Clases de sucesión.....	11
1.3.1. Sucesión testamentaria.....	12
1.3.2. Sucesión intestada.....	14
1.3.3. Sucesión mixta.....	18
1.4. Sucesión preferente.....	18
CAPÍTULO II	
2. Testamento.....	21
2.1. Definición.....	21
2.2. Características.....	24
2.3. Clases de testamento.....	27
2.3.1. Testamento abierto.....	27
2.3.2. Testamento cerrado.....	31
2.3.3. Testamentos especiales.....	35

	Pág.
2.4. Libertad para testar.....	38
2.5. Fines del testamento.....	40
2.6. Regulación en la legislación civil.....	41

CAPÍTULO III

3. Albacea.....	45
3.1. Concepto y definición.....	46
3.2. Antecedentes históricos.....	47
3.3. Naturaleza jurídica.....	51
3.3.1. Teoría del mandato.....	51
3.3.2. Teoría de la tutela.....	54
3.3.3. Teoría del arbitraje.....	56
3.3.4. Teoría de la representación.....	56
3.3.5. Teoría del oficio.....	57
3.3.6. Teoría de la institución sui generis.....	58
3.4. Características del albacea.....	59
3.5. Importancia de su función.....	64
3.6. Clases de albacea.....	67
3.7. Facultades.....	72
3.7.1. Insuficiencia de las facultades.....	75
3.8. Obligaciones.....	78
3.9. Prohibiciones.....	81
3.10. Derechos.....	82

	Pág.
3.11. Requisitos para desempeñar el cargo.....	83
3.12. Plazo legal y prórroga.....	86
3.13. Extinción del cargo.....	88

CAPÍTULO IV

4. Inoperancia del albacea.....	93
4.1. Análisis sobre las causas que origina la inoperancia.....	94
4.1.1. Cargo testamentario.....	95
4.1.2. Cargo oneroso.....	96
4.1.3. Discernimiento.....	98
4.1.4. Abuso en el ejercicio de su función.....	101
4.1.5. Responsabilidad.....	102
4.2. Posibles soluciones a la inoperancia del albaceazgo.....	104
CONCLUSIONES.....	107
RECOMENDACIONES.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	111

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación trata de proporcionar una visión general de la institución del albaceazgo estableciendo la importancia de su existencia en la sucesión testamentaria, aún cuando sea factible radicarlo sin albacea, y asimismo establecer las causas por las que en la actualidad dicha institución histórica ha perdido auge e importancia. El albaceazgo surgió en la antigüedad para asegurar la voluntad del causante, derivado de cuestiones relacionadas con el honor, la religión y la familia. Sin embargo en estos días el albacea es una institución poco utilizada en virtud a diversos factores de índole económico, social y jurídico.

El albacea es un cargo testamentario de poco uso, atendiendo a diversos factores, tales como la falta de disposición de bienes, derechos y obligaciones a través del testamento, la ausencia de normas jurídicas adjetivas que regulen lo relativo al discernimiento del cargo del albacea, el carácter oneroso y la responsabilidad que conlleva el ejercicio de su función. Por lo que esta investigación pretende indagar sobre si es necesario reformar la institución del albaceazgo para darle la importancia histórica que merece o si es necesario derogarla por la poca utilidad.

El trabajo se desarrolló en cuatro capítulos. El primer capítulo trata sobre los aspectos generales de la sucesión hereditaria, teorías, clases y cuál es la sucesión preferente

dentro de nuestro derecho; el segundo capítulo desarrolla el tema del testamento como base de la institución del albaceazgo, características, clasificación y su regulación en la legislación civil; el tercer capítulo estudia lo relacionado a la función del albacea, sus características, su clasificación, su importancia, facultades, derechos y obligaciones; y el cuarto capítulo se refiere al análisis de las causas que dan origen a la inoperancia del albacea en nuestra sociedad y sus posibles soluciones.

Para este estudio se utilizó el método de investigación inductivo, el cual se realizó en cuatro etapas: La observación, el registro de la información, el análisis de ésta y la clasificación, lo anterior de manera coordinada y sistemática para lograr el resultado deseado, así como la técnica bibliográfica en el desarrollo de toda la investigación.

CAPÍTULO I

1. Derecho de sucesión

Derecho de sucesión o sucesión hereditaria es el conjunto de normas, principios y doctrinas que regulan la transmisión de bienes, derechos y obligaciones de una persona para después de su muerte.

Para tratar lo relativo a la sucesión hereditaria es necesario analizar el concepto de herencia, tomando en cuenta que es una institución formada por dos conceptos con su propio significado si se toman en forma independiente. Según Cabanellas “la herencia se entiende como transmisión de activos y pasivos que una persona tenía en vida a otra que sobreviene a la cual el testador o la ley llaman para recibirla, es decir, el conjunto de bienes y derechos que deja el difunto.”¹

El autor Castán Tobeñas indica que “la palabra herencia proviene del latín *hereditas* en relación a *herus* dueño.”² Tiene dos acepciones, una subjetiva, la herencia equivale a sucesión universal y; otra objetiva, que es la masa o conjunto de bienes y relaciones

¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo VII. Pág. 614.

² Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español común y foral**. Pág. 35.

patrimoniales que son objeto de la sucesión. Es importante apreciar que los términos sucesión y herencia se unifican para formar uno solo.

Lacruz Berdejo define del derecho de sucesiones como: “Aquella parte del derecho privado que regula la sucesión mortis causa, en especial el destino de las titularidades y relaciones patrimoniales activas y pasivas de una persona después de su muerte, tratando de llenar la laguna que una persona, llamada causante, ha dejado con su fallecimiento. Causante es todo fallecido, aunque no haya dejado propiedad alguna, o incluso se halle cargado de deudas.”³

El Artículo 917 del Código Civil establece: “La sucesión por causa de muerte se realiza por la voluntad de la persona, manifestada en testamento y a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda, intestada, comprendiendo en uno y otro caso todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte”.

La muerte de una persona es, pues, un hecho jurídico que el ordenamiento ha de reglamentar y la regulación de este fenómeno es lo que constituye el derecho de

³ Lacruz Berdejo, José Luis. **Elementos de derecho civil v: sucesiones**. Pág. 26.

sucesiones. “La sucesión supone subentrar una persona en el puesto de otra, en una relación jurídica que, no obstante tal transmisión, sigue siendo la misma.”⁴

El fundamento de la sucesión no puede separarse del problema de la propiedad, ya que la sucesión hereditaria no es otra cosa que el modo de continuar y perpetuar la propiedad individual más allá de los límites de la vida humana, con la consiguiente estabilidad de la familia y fijeza de la vida social.

1.1. Teorías

El heredero indiscutiblemente es el protagonista, es la posición fundamental del derecho de sucesiones. Esta condición eminente califica también de modo decisivo su papel en la dinámica jurídica de la sociedad. De ahí que surge la concepción que se tenga, de una parte y, de otra, de la sociedad en cuyo escenario debe moverse depende, nada menos, que el concepto mismo del heredero: Su titularidad, su alcance y su contenido. Para referirnos a la acepción jurídica sucesión es necesario hacer referencia a las teorías existentes para la misma a saber:

⁴ *Ibid.*

1.1.1. Objetiva

Llamada también teoría moderna, considera al heredero como un sucesor en los bienes del causante. Lo que distingue realmente la figura del heredero es la peculiar estructura de su título, que implica la adquisición de derechos y obligaciones del causante de un modo global, sin necesidad de recurrir a los mecanismos singulares de transmisión de derechos y de deudas. Esta se subdivide en:

a. Teoría de la adquisición de una universitas juris

Indica que la sucesión constituye una universalidad o sea un complejo unitario y orgánico de relaciones jurídicas activas y pasivas en conexión entre ellas e inseparables, más que todo al hablarse de universalidad de derechos debe entenderse como la totalidad de derechos indeterminados. Ello conlleva a que el heredero conserve inalterados los títulos jurídicos del autor, y no sólo en la vertiente activa (derechos) sino también en la pasiva (obligaciones y cargas).

El conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas de una persona apreciables en dinero, constituye una universalidad jurídica. La persona podrá tener distintas universalidades de hecho, pero sólo un patrimonio que se presenta como único,

indivisible y abarcando tanto el conjunto de bienes presentes, como los bienes, derechos y obligaciones futuros. Es decir, que este concepto se extiende en el tiempo y en el espacio. En el tiempo, porque comprende todos los bienes, derechos, obligaciones y cargas que la persona tenga o pueda tener en el futuro; en el espacio, porque abarca absolutamente todo aquello que tiene un valor pecuniario; no importa que trate de bienes heterogéneos, de masas autónomas de bienes destinadas a fines económicos diversos.

b. Teoría de la adquisición de una totalidad o suma de los bienes.

Esta establece que el heredero no es hoy el que se designa como tal por el testador o la ley, sino aquel que el testador o la ley atribuyen la universalidad o una cuota de los bienes del difunto, o sea que la adquisición de los bienes no deriva de la cualidad de heredero sino que de la adquisición de todos o una parte de los bienes.

1.1.2. Subjetiva

Esta se refiere al fenómeno hereditario ligado a la persona del causante identificando al heredero con el causante o como una continuación de la personalidad del causante.

En definitiva, el derecho de sucesiones cumple una finalidad práctica, la de facilitar el procedimiento a través del cual una persona se subroga en las relaciones jurídicas transmisibles, en el lugar que ocupaba antes otra, fallecida. Las distintas teorías sucesorias no son sino vías específicas dentro de este conglomerado de disposiciones jurídicas, que nos permiten calificarlas, atendiendo al mecanismo utilizado en la transmisión tanto como a la naturaleza del contenido transmitido. Es entonces que nos referimos a éstas en cuanto a la persona o sucesión en los bienes o en un patrimonio.

a. Teoría de la identificación de la persona del difunto con el heredero

Considera que la personalidad del difunto se transmite al heredero formando una sola persona. La identificación es tal, que la herencia transmitida se confunde con el patrimonio del heredero, originando una unidad indisoluble, garantía de los acreedores hereditarios.

La unión de los sujetos de causante y sucesor universal representa, a su vez, una unificación de tipo patrimonial, de manera que el heredero debe responder por las deudas y cargas sucesorias con su patrimonio propio, de resultar insuficiente la herencia, esto es conocido como la responsabilidad *ultra vires hereditatis*.

b. Teoría de la continuación de la personalidad del difunto

La sucesión por causa de muerte más que importar una transmisión patrimonial, constituye un medio de prolongación de las tradiciones familiares y el culto religioso, bajo el artificio de que el heredero continua la personalidad del difunto, estimándose hasta cierto punto como vivo en la figura del sucesor.

c. Teoría de la representación

De acuerdo con ésta, el heredero actúa como representante del difunto. Éste se coloca en la misma posición del causante, sustituyéndole en las relaciones obligatorias concertadas con terceros como si se tratase del propio difunto y en el mismo grado en que él se obligaba. De modo que, si el causante es comprador, depositario, arrendador, etc., también lo es el heredero, por el sólo hecho de ostentar esta condición.

La adquisición hereditaria puede entonces resultar favorable o desfavorable para el heredero, obligado a responder con su propio patrimonio, de ser insuficientes los bienes hereditarios para afrontar los deberes obligacionales del fallecido.

1.1.3 Intermedia

Esta trata de conciliar las dos anteriores y es explicada por Castán Tobeñas diciendo: “La herencia se presenta como la continuación o sucesión por modo unitario en la titularidad del complejo formado por aquellas relaciones jurídico-patrimoniales activas y pasivas de un sujeto fallecido que no se extinguen por su muerte, sucesión que produce también ciertas consecuencias de carácter extra patrimonial y atribuye al heredero una situación jurídica modificada y nueva en determinados aspectos.”⁵

1.2. Presupuestos

Son condiciones necesarias que deben producirse para que tenga lugar el fenómeno de la sucesión, fundamentalmente son tres:

- a. La muerte del causante o autor de la herencia: Esta es una condición necesaria y fundamental, por cuanto que es lo determinante para la apertura de la herencia, y opera la transmisión de la propiedad y posesión de los bienes a los herederos y legatarios.

⁵ Castán Tobeñas. **Ob Cit.** Pág.101.

- b. Capacidad por parte del heredero: Es la facultad que tiene la persona de ejercitar o gozar los derechos y obligaciones que las relaciones jurídico-civiles demandan, por lo cual es necesario que el heredero goce de capacidad de goce o de ejercicio según sea el caso, siendo ésta un presupuesto imperativo para realizar la sucesión.

- c. Que el heredero no sea indigno: La indignidad implica la comisión de un acto ofensivo y reprobable contra determinado causante, de suerte que por dicha conducta se le privará de derechos sucesorios frente a éste. Por consiguiente, podemos deducir que al indigno se le reputa inepto para suceder, aunque objetivamente tenga personalidad jurídica, y sobreviva al causante, pero por la realización de una acción ilícita se le privará de recibir la titularidad sucesoria.

La capacidad y la indignidad del heredero se regula en la legislación en el Artículo 924 del referido Código el cual establece: "Incapacidades para heredar, por indignidad. Son incapaces para suceder como herederos o legatarios, por causa de indignidad:

1. El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge, conviviente de hecho, o hermanos de ella. Esta causa de indignidad subsistirá no obstante la gracia acordada al criminal o la prescripción de la pena;

2. El heredero mayor de edad que siendo sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión no la denunciare a los jueces en el término de un mes, cuando

sobre ella no se hubiere procedido de oficio. Si los homicidas fueran ascendientes o descendientes, cónyuge o conviviente de hecho, o hermanos del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar;

3. El que voluntariamente acusó al autor de la herencia, de un delito que merezca por lo menos la pena de un año de prisión;
4. El condenado por adulterio con el cónyuge del causante;
5. El pariente del autor de la herencia si, habiendo estado éste demente y abandonado no cuidó de él, de recogerlo o asilarlo en establecimiento público, si hubiere podido hacerlo;
6. El padre o la madre que haya abandonado a sus hijos menores de edad o, que los haya corrompido o tratado de corromper, cualquiera que sea la edad de los hijos;
7. El que con dolo o coacción obligare al testador a hacer testamento, a cambiarlo o revocarlo;
8. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento o revocar el que tuviere hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro testamento posterior; y
9. El que ejerciere violencia sobre el notario o testigos, para impedir el otorgamiento del testamento o para que se teste a su favor o a favor de otra persona.”

De lo anterior se deduce que el efecto esencial de la indignidad es la inexistencia de la delación a favor del indigno o bien cuando la delación se haya producido, por ejemplo, porque la causa de la indignidad se cometió después de fallecido el causante, se borrarán retroactivamente la delación, viniendo a ocupar el lugar del indigno aquel a quien le corresponda suceder.

De este modo, en cuanto al momento para apreciar la indignidad, es regla general, según la cual para apreciar la capacidad, se atenderá al tiempo de la muerte del causante.

1.3. Clases de sucesión

La sucesión puede darse de dos formas, sucesión inter vivos y mortis causa. La primera es definida por Aguilar Guerra como: “El traspaso de la posición jurídica de una persona a otra, ambas vivientes.”⁶ Y la segunda es definida como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra. Guillermo Cabanellas la define como: “La transmisión de derechos y obligaciones de

⁶ Aguilar Guerra, Vladimir. **Derecho de sucesiones**. Pág. 6.

quien muere, a una persona capaz y con derecho de voluntad de ejercer aquellos y cumplir estas, se contrapone a la sucesión inter vivos.”⁷

La sucesión puede ser también fundamentalmente a título universal y particular. La primera se caracteriza porque a través de ella, se produce una transferencia en cascada o en bloque sobre la persona del sucesor de todos los derechos articulados en el causante. En cambio, la sucesión a título particular indica sólo la adquisición por el sucesor de bienes concretos e individualizados.

Para efectos de la presente investigación trataremos las clases de sucesión mortis causa de la siguiente manera:

1.3.1 Sucesión testamentaria

Es la sucesión diferida por la manifestación de voluntad del causante contenida en testamento válido. Es de vital importancia en la presente investigación, en virtud de que la herencia y legados sólo se generan mediante el testamento, es decir plasmada por el de *cujus* en dicho instrumento, la cual surte efectos al momento de su muerte;

⁷ Cabellas. **Ob. Cit.** Pág. 620.

naturalmente esa voluntad puede ser en forma positiva o negativa y puede cumplirse el deseo del testador o quedar sin cumplimiento.

En esta clase de sucesión el testador es un sujeto del derecho hereditario cuya conducta jurídica se encuentra regulada no solo para dictar válidamente su testamento, sino también para definir hasta donde alcanza el poder de su voluntad por reconocimiento de la norma, y en qué aspecto debe subordinarse a disposiciones prohibitivas o imperativas que lo obligan a disponer en cierta forma de sus bienes.

Guillermo Cabanellas define a la sucesión testamentaria como: “La que es diferida por la manifestación de voluntad del causante, contenida en testamento válido, sea hecho por escrito o de palabra en los supuestos excepcionales en que éstos se admite.”⁸

Atendiendo al espíritu y los principios que informan esta institución, definiremos la sucesión testamentaria de la siguiente manera: Es la transmisión de bienes, derechos y obligaciones, a los herederos o legatarios por medio del testamento que se basa en la voluntad del fallecido limitado únicamente por las disposiciones legales.

⁸ Ibid.

1.3.2. Sucesión intestada

Cuando falta la manifestación de voluntad testamentaria o ésta ha sido insuficiente o inapropiada para ordenar y distribuir el patrimonio del causante la legislación y la doctrina han establecido ésta, la cual significa, por tanto, una sucesión por voluntad de ley y no por virtud de la voluntad de éste.

Puig Peña define la sucesión intestada como: “Aquella establecida por la ley para regular la ordenación y distribución de los bienes dejados por una persona cuando muere sin testamento o con testamento ineficaz o insuficiente para poder llevarse a cabo aquella distribución.”⁹ Al respecto se establece que la sucesión intestada o legítima tiene lugar cuando falta total o parcialmente una disposición testamentaria que regule el destino del patrimonio transmisible del causante.

Como podemos observar a esta clase de sucesión también se le llama sucesión legítima, sucesión legal o sucesión ab intestado, queriendo revelar con ello su origen legal y su aplicación en defecto de sucesión testada. Entre sus características principales encontramos las siguientes:

⁹ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 781.

- a. Es una sucesión universal: Por lo tanto la misma tiene idéntico rango, condiciones y características, en cuanto a su efectividad, que la sucesión testamentaria, por lo anterior quien sucede ab intestado tiene la misma fuerza jurídica de quien hereda por testamento. Además es universal pues el sucesor mortis causa que hereda al margen de testamento es normalmente heredero, en todo o en parte de la herencia.

- b. Es establecida por ley: En la sucesión intestada el llamamiento a los herederos se hace a favor de las personas designadas en la ley, por el orden en ella establecido, y con el porcentaje o proporción en la misma dispuesta, puesto que no hay declaración de voluntad de ninguna persona. La solución final adoptada difiere en cada sistema jurídico, aunque suele basarse en relaciones de consanguinidad y afinidad. Por consiguiente las normas sucesorias de distribución ab intestado son imperativas y no pueden derogarse por ningún caso siendo la ley en su carácter soberano y sin intervención de nadie, quien se encarga de distribuir el patrimonio conforme las reglas establecidas.

- c. Es supletoria: La sucesión intestada sólo procede cuando no hubiere testamento o resultare sin efecto el mismo, por consiguiente habiendo disposición de última voluntad por testamento, en nada tiene que intervenir el sistema legítimo o ab intestato puesto que se respeta en su totalidad la voluntad del causante.

- d. Tiene lugar en casos especiales: La sucesión intestada procede cuando falta total o parcialmente una disposición testamentaria que regule el destino de todo, o parte del patrimonio transmisible del causante.

La legislación regula en ese sentido en el Artículo 1068 del mencionado Código:

“Casos en que tiene lugar. La sucesión intestada tiene lugar:

1. Cuando no hay testamento;
2. Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o el instituido muere antes que el testador, o es incapaz de heredar, o repudió la herencia; fuera de los casos de sustitución y representación y acrecimiento con arreglo a este Código;
3. Cuando en el testamento no hay heredero instituido y el testador no ha dispuesto de todos sus bienes en legados; y
4. Cuando el testador ha dejado de disponer de alguno o algunos de sus bienes.”

Dada la necesidad de la elección de un sucesor, y ante la falta de voluntad escrita del fallecido, el derecho suple esa voluntad designando sucesores por defecto. Es decir, para que tenga lugar la apertura de la sucesión intestada será suficiente que se produzca cualquier circunstancia que dé lugar a la ineficacia de la delación testamentaria o su simple inexistencia.

e. Posee un orden específico para llamar a la sucesión: El sistema de sucesión intestada se basa en el vínculo subjetivo o personal que por razón de parentesco o matrimonio une al causante con determinadas personas, como lo indican los artículos del 1078 al 1080 del citado Código al expresar: “La ley llama a la sucesión intestada, en primer lugar a hijos, incluyendo los adoptivos, y al cónyuge sobreviviente que no tenga derecho a gananciales, quienes heredarán por partes iguales. No obstante, el cónyuge sobreviviente cuyo derecho de gananciales sea menor que la cuota hereditaria que le correspondería en ausencia de gananciales, tendrá derecho a que se le complete un monto equivalente a dicha cuota, deduciéndose la diferencia de la masa hereditaria”; “A falta de descendencia sucederán los ascendientes más próximos y el cónyuge, por iguales porciones y cuando solo hubiere una de estas partes, ésta se llevará toda la herencia”; “A falta de los llamados a suceder, según el artículo anterior sucederán los colaterales hasta el cuarto grado.” De manera que sólo en ausencia de todas ellas se llama a las universidades y al estado a suceder por partes iguales.

El parentesco con el causante es el fundamento de la ley para la determinación de las personas que han de ser herederos abintestatos. Tal supuesto no significa que la ley confiera vocación hereditaria a todos los parientes del fallecido, pero establece grupos y da preferencia a unos sobre otros.

Los grupos se denominan órdenes y la existencia de los parientes comprendidos en el orden que la ley declara preferente, excluye a los de otros órdenes. Por otra parte, la ley considera el hecho de que el parentesco con el causante sea más o menos próximo, o sea, el grado.

1.3.3. Sucesión mixta

Es la tercera clase de sucesión, en la que el causante otorga testamento sobre una parte de sus bienes, dejando la otra para que se asigne por la ley, es decir, que está parte testada y parte intestada, sea porque no dispuso de parte de sus bienes mediante testamento, no lo hizo conforme a derecho o no tuvieron efecto todas sus disposiciones.

1.4. Sucesión preferente

Doctrinariamente ha sido fuerte la discusión acerca de cuál de las sucesiones debe considerarse como la preferente, si la testamentaria o la legítima; han abundado los argumentos tanto de una parte como su preferencia por la otra.

Puig Peña establece que: “La sucesión legítima está concebida por el estado como una ordenación de carácter subsidiario, para el caso de que la persona no actualice la potestad que el legislador le concede, asentada en la naturaleza racional y dispositiva del hombre para establecer su voluntad última en orden a aquellas cosas y relaciones que crea oportuno disciplinar para después de su muerte.”¹⁰

El autor Castán Tobeñas se refiere a la relación que guardan la sucesión testamentaria y la intestada diciendo que a propósito de la relación entre ambas especies de sucesión, se suscitan los dos problemas siguientes:

- a) El de la categoría de orden y subordinación en que están respectivamente colocadas dentro del sistema jurídico sucesorio. Los autores que fundan la sucesión en la voluntad expresa o presunta del causante se inclinan a considerar como regla general la sucesión testamentaria y como excepción o forma supletoria la sucesión ilegítima. La legislación inglesa donde se admite una amplia libertad de testar parecen atribuir el primer rango a la sucesión testamentaria, mientras que los germanos tienden a dar preferencia a la sucesión legítima, como la francesa, al no admitir como verdadera sucesión más que a la intestada. En los tiempos modernos parece alcanzar cierto predominio la teoría que da prioridad a la sucesión legítima, es aceptada por Alemania y Suiza, pero el código español se inclina por la supletoriedad de la sucesión legítima de la testamentaria.

¹⁰ *Ibid.* Pág. 784.

- b) El problema de la compatibilidad o incompatibilidad de las dos clases de sucesión apenas tiene hoy interés más que en el plano histórico.

La legislación guatemalteca, la cual es inspirada en su mayoría por la española, le da preferencia a la testamentaria al regular el ya citado Artículo 917 del Código Civil: “La sucesión por causa de muerte se realiza por la voluntad de la persona manifestada en testamento y a falta de ésta por disposición de la ley.”

De todo lo expuesto con anterioridad, se deduce claramente que el problema de continuidad de las relaciones jurídicas de una persona tras su fallecimiento se ha resuelto históricamente, y de manera esencial, de dos formas: Una, mediante el ejercicio de un acto de autonomía privada del causante, del que era principal manifestación la figura del testamento; y la otra, el llamamiento al patrimonio hereditario hecho por la ley a las personas de un círculo generalmente compuesto por los parientes más próximos. Alrededor de estas instituciones se ha desarrollado, desde hace largo tiempo, el derecho de sucesiones.

CAPÍTULO II

2. Testamento

En la actualidad éste ha perdido gran parte de la importancia que tenía en el derecho romano, porque ya no responde a ninguna necesidad de carácter religioso. No obstante, todavía el testador, en su testamento legisla sobre el destino que sus bienes han de tener *post mortem*. Es decir, que el causante es el árbitro supremo cuyos mandatos se deben respetar escrupulosamente si son ajustados a las normas legales.

La legislación permite que el hombre, mirando el porvenir, ejerza previsión sobre su patrimonio y atendiendo a los lazos que en la vida ha creado, y a las afecciones y deberes que tiene, disponga dentro del orden jurídico lo conducente a satisfacer sus anhelos, y a cumplir sus obligaciones morales, legales o afectivas.

2.1. Definición

El concepto de testamento ha sido una idea muy arduamente elaborada a través de la historia. Los pueblos primitivos no tuvieron la idea de la facultad de testar ya que los

efectos transitivos de la propiedad por causa de muerte se desarrollaron a través del mecanismo de sucesión legítima. El derecho romano representa en sentido el tránsito de esta situación de herencia necesaria a la potestad individual de otorgar las últimas disposiciones.

Una vez consolidada en Roma la facultad de testar, se centra el concepto de testamento en la institución de heredero y se define el testamento como aquella disposición mortis causa por la cual el ciudadano romano designaba un sucesor que continuase la jefatura doméstica de la familia.

Ahora bien conforme se va modificando el rigorismo de la organización familiar romana, también cambió el concepto del acto testamentario y desaparece la institución de heredero, comenzando a encontrarse el concepto de testamento en el requisito de la disposición de bienes.

La palabra testamento procede de la voz latina *testamentum* o *testatio mentis*, que significa testimonio de la mente. Otros juristas manifiestan que procede de las voces *testibus mentio*, que significa, la mención de los testigos; esto es por la necesidad desde un principio de testar ante testigos, que antiguamente no sólo eran medios

probatorios, a lo cual se reducen en la actualidad, sino que aprobaban la mención o declaración hecha por el testador.

Guillermo Cabanellas lo define como: “La declaración de última voluntad, en principio por escrito y con excepcional validez de palabra, de carácter patrimonial y acerca de otras cuestiones: Reconocimientos filiales, nombramientos de tutor, revelaciones o confesiones y normas funerarias.”¹¹

Vladimir Aguilar Guerra lo define como: “Declaración unilateral de última voluntad personalísima, revocable, formal y solemne mediante la cual una persona ordena su sucesión mortis causa, es decir, dispone de sus bienes después de su muerte. Asimismo puede ejercitar derecho no patrimoniales y efectuar el cumplimiento de determinadas obligaciones, además el testador tiene la facultad de constituir fideicomiso, siendo el único límite para testar el derecho de alimentos.”¹²

El Artículo 935 del Código Civil lo regula como: “Es un acto puramente personal y de carácter revocable por el cual una persona dispone de todo o de parte de sus bienes, para después de su muerte.” Es decir que es simplemente la justa expresión de la voluntad respecto de lo que cada uno quiere que se haga después de su muerte.

¹¹ Cabanellas. **Ob. Cit.** Tomo VII. Pág. 66.

¹² Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 54.

2.2. Características

- a) Es personalísimo: Porque la manifestación de voluntad debe realizarla directamente el titular de los bienes, derecho y obligaciones que se suceden. Se prohíbe la intervención de terceras personas, distintas del testador para integrar el negocio testamentario. Lo que se ha querido impedir es que por bajo cualquier medio de interpretación o nombramiento derivado del beneficiario de la liberalidad, se vea perjudicada la expresión de la auténtica voluntad del causante, a quien por otra parte no se podrá ya consultar a la fecha en que se haga valer la disposición que le contenga.

- b) Acto jurídico mortis causa: Esta se deduce porque el testamento se otorga en contemplación al hecho de la muerte y para desplegar efectos después de ella.

- c) Formal y solemne: El testamento está llamado a regir el destino de la sucesión cuando su el testador ya haya fallecido, por lo que en el momento de apertura de la sucesión no cabe acudir al autor para que precise el alcance de sus determinaciones.

Siendo por otro lado, acto unilateral, se hace necesario establecer unos requisitos formales en el negocio testamentario, que entre otras, cumplan la función de dejar constancia, lo menos dudosa posible del otorgamiento del testamento. Además la voluntad testamentaria puede otorgar derechos, imponer obligaciones y cargas, etc., a los sucesores, quienes quedan sometidos a las reglas establecidas en el testamento, motivo que aconseja también dotar de fijeza a la voluntad del testador, forzándolo a declarar su voluntad de forma solemne.

Todas las modalidades testamentarias reguladas en el citado Código gozan de formalismo, aunque el rigor y el cúmulo de requisitos sean diferentes. Es el formalismo nota esencial del testamento, por ello el Artículo 977 del mencionado Código determina la nulidad del testamento otorgado sin observarse las formalidades legales.

Esta solemnidad, que no comprende sólo las formas sino también los recaudos espirituales y trascendentes que acompañan el acto, cualquiera que sea la manera en que se teste, lleva ínsita la importancia que él representa, no sólo ante el individuo que lo va a realizar en su carácter de testador, sino de todos aquellos que lo rodean con tal motivo, dándole fisonomía propia e inconfundible que haga comprender claramente la realización de un acto de esta naturaleza, e

impida su confusión con cualquier otro acto de disposición de bienes, por muy análogo que pueda parecer.

d) Es un negocio jurídico unilateral: A diferencia del contrato, en el testamento no concurren dos partes sino meramente el testador para otorgarlo, cuya única voluntad crea el instrumento. La voluntad de éste declarada, se basta por sí para crearlo, siendo el testamento un acto perfecto desde el instante en que esa voluntad se emite, con las formalidades requeridas por ley.

e) Es revocable: Porque el testador puede variar su voluntad a su criterio hasta el último momento de su vida. Antes de la muerte de éste el testamento es un mero proyecto. El otorgante puede siempre revocarlo a su arbitrio. Como testimonio de última voluntad que se formula por anticipado para no ser sorprendido por la muerte sin dejarla escrita, perdería su naturaleza propia sino pudiera ser mudado en cualquier tiempo.

El fundamento de la revocabilidad reside en el carácter unilateral del acto, en relación con el hecho de no producirse sus efectos hasta la muerte del declarante. La libertad de revocabilidad es irrenunciable e ilimitable, ni por tercero, ni por el propio testador. La revocación es un acto personalísimo y requiere la capacidad precisa para testar y una voluntad exenta de vicios.

2.3. Clases de testamento

Según el Artículo 954 del Código Civil los testamentos se clasifican de la siguiente forma:

- Testamento abierto
- Testamento cerrado
- Testamentos especiales

2.3.1. Testamento abierto

Es abierto el testamento siempre que el testador manifieste su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto quedando enteradas de lo que en él se dispone.

Éste, heredero del testamento nuncupativo romano se caracteriza, como precisan los artículos 955 y 956 del citado Código, porque el testador manifiesta públicamente su voluntad testamentaria que es, así, conocida por terceros. Se caracteriza por la intervención de notario, al cual se le manifiesta la voluntad testamentaria, que es

reducida a escrito por y la concurrencia a su otorgamiento de dos testigos, reforzando la solemnidad del testamento.

Manuel Ossorio define el testamento como: “Aquel en que el testador manifiesta su voluntad ante el notario, dictándolo al mismo o dándole por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en forma ordinaria.”¹³

- Solemnidades: Debe otorgarse en escritura pública, de acuerdo a lo que indica el Artículo 955 del mencionado Código, y por consiguiente observar todos las formalidades para elaborar una escritura pública y además las que prescribe el Artículo 42 del Código de Notariado y que son las siguientes:

“a) La hora y sitio en que se otorga el testamento;

b) La nacionalidad del testador;

c) La presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige la ley;

d) Fe de la capacidad mental del testador a juicio del notario;

e) Que el testador exprese por sí mismo su voluntad;

¹³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 744.

- f) Que el testamento se lea clara y distintamente por el testador o la persona que él elija; y se averigüe al fin de cada cláusula, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión fiel de su voluntad;
- g) Que si el testador no habla el idioma español, intervengan dos intérpretes elegidos por él mismo para que traduzcan sus disposiciones en el acto de expresarlas;
- h) Que el testador, los testigos, los intérpretes en su caso y el notario, firman el testamento en el mismo acto;
- i) Que si el testador no sabe o no puede firmar, ponga su impresión digital y firme por él un testigo más que deberá reunir las mismas calidades de los testigos instrumentales.”

Expresada la voluntad del testador, el notario habrá de redactar el testamento con arreglo a ella. La tarea de éste no se reduce a plasmar por escrito literalmente dicha voluntad, sino que ha de proceder a la elaboración del texto testamentario, en el que se destacan dos partes: La que recoge la voluntad del testador, confirmada por el notario, el cual debe ejercer un control de legalidad y dar forma conforme a derecho a sus deseos; y la parte en la que, como instrumento notarial, narra sus propios actos y las solemnidades correspondientes.

- **Lectura:** El otorgamiento del testamento comienza con la lectura íntegra del mismo. El notario debe proceder a leerlo en voz alta sin perjuicio de que, tras la oportuna advertencia, pueda también ser leído por el propio testador.
- **Conformidad del testador:** Enterado el testador del contenido de la escritura pública, por la lectura en voz alta debe expresar su conformidad o disconformidad acerca de que el documento recoja fielmente su última voluntad.
- **Firma del testamento:** Además del notario, debe firmar el testador como acto mediante el cual hace perfecto el testamento. Si el autor no sabe firmar, deberán hacerlo dos testigos.
- **Unidad de acto:** Todas las formalidades comprendidas desde la lectura hasta la conclusión del testamento se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción. Es decir, es imperativo que el otorgamiento se efectúe sin distraer la atención de los intervinientes en otros asuntos. Su inobservancia es causa de nulidad.

2.3.2. Testamento cerrado

Aguilar Guerra expresa: “En el testamento cerrado el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta al notario que ha de autorizar el acto. Es un testamento de contenido secreto y otorgamiento público.”¹⁴

Guillermo Cabanellas lo define así: “Es el escrito por el testador o por otra persona en su nombre y que bajo cubierta cerrada y sellada que no puede abrirse sin romperse, es autorizado en el sobrescrito por el notario y los testigos en forma legal.”¹⁵ Legalmente no está definida esta clase de testamento, pero la legislación si lo acepta tal como lo indica el Artículo 959 del referido Código.

Proponemos la siguiente definición de testamento cerrado: Es el documento que contiene la manifestación de última voluntad del causante, el cual se entrega en plica a un notario, en presencia de testigos indicando por parte del testador que dicho documento contiene su testamento.

¹⁴ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág.79.

¹⁵ Cabanellas. **Ob. Cit.** Tomo VII. Pág. 70.

- Formalidades: Según el Artículo 959 del mencionado Código: “En el testamento cerrado se observarán las solemnidades pertinentes prescritas para el testamento abierto y, además, las siguientes:
 - 1º. El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta;
 - 2º. En presencia del notario y los testigos, y los intérpretes en su caso, manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento y si está escrito y firmado por él o escrito por mano ajena y si, por no poder firmar, lo he hecho a su ruego otra persona, cuyo nombre expresará;
 - 3º. Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario el acta de su otorgamiento, dará fe de haberse observado las formalidades legales y;
 - 4º. Extendida y leída el acta, la firmarán el testador, los testigos, los intérpretes si los hubiere y la autorizará el notario con su sello y firma. Si el testador no puede firmar, pondrá su impresión digital, y un testigo más designado por él mismo, firmará a su ruego.”

Del análisis de este precepto podemos inferir que el escrito que contiene la voluntad testamentaria ha de ser presentado al notario, cerrado, contenido en una cubierta totalmente sellada, de manera que no pueda extraerse aquél sin romper ésta. Queda así en secreto la voluntad testamentaria y preservada de manipulaciones o sustituciones.

Ante el notario, los testigos y los intérpretes en su caso, manifestará el testador en primer lugar, que el pliego que presenta contiene su testamento. No es una mera manifestación de hechos, sino auténtica voluntad de testar, en cuyo momento ha de apreciarse la concurrencia de los requisitos de capacidad, idoneidad de testigos que deban intervenir, etc. En segundo lugar, ha de expresar las circunstancias del escrito testamentario: Cómo ha sido escrito, qué firmas tiene y por quién.

Posteriormente el notario faccionará en la cubierta del testamento, acta de otorgamiento en donde dará fe de haberse observado las formalidades legales para la celebración de este acto. Además, éste deberá transcribir en su protocolo el acta de otorgamiento. Una vez extendida ésta, ha de procederse a su lectura, la firmará el testador, los testigos, los intérpretes si los hubiere y la autorizará con su sello y firma.

En cuanto a las vicisitudes posteriores el Artículo 964 del mencionado Código regula: “El notario o la persona que tenga en su poder el testamento cerrado, deberá presentarlo al juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador y, a más tardar, dentro de los diez días, bajo pena de responder de los daños y perjuicios.”

El Artículo 959 del referido Código es contradictorio, pues indica que en el testamento cerrado se observarán las solemnidades pertinentes para el testamento abierto. Obviamente no puede ser así, porque el testamento abierto como ya lo indicamos debe

faccionarse en papel sellado especial para protocolo y el cerrado puede redactarse en cualquier clase de papel, y su contenido lo conoce únicamente el causante.

Para el autor Aguilar Guerra las características del testamento cerrado se clasifican de la siguiente manera:

- Es una manifestación privada de última voluntad.
- El contenido del testamento no lo conoce el notario, los testigos ni intérpretes, si fuera el caso, que participan en el acto.
- Es formalista, porque debe cumplir con requisitos formales para su validez.
- Es documento único, pues no puede reproducirse por ningún medio.

Del análisis de lo expuesto podemos observar que el testamento cerrado ofreció en todo el decurso de su evolución histórica relevantes ventajas sobre el testamento abierto que le hicieron alcanzar una época de mayor esplendor, las cuales eran mantener secretas las disposiciones de última voluntad evitando su prematura propagación; además de la garantía que proporcionaba la intervención notarial, pero a la vez tenía los gravísimos inconvenientes que lo hicieron impopular. El principal de ellos era el excesivo número de formalidades que las leyes fueron exigiendo en su otorgamiento, con las frecuentes causas de nulidad. En la actualidad los códigos

suprimen esta forma de testar, por no gozar en definitiva, de las positivas y firmes ventajas que se le asignan al testamento abierto.

2.3.3. Testamentos especiales

Son los que se otorgan en situaciones poco comunes, y los cuales gozan de un carácter sumamente especial, por la extraordinaria simplificación de solemnidades, entre ellas la ausencia de notario.

Llamados también extraordinarios, son aquellos otorgados en circunstancias anormales y por lo tanto están exentos de ciertas formalidades. La legislación los regula en los artículos 965, 967, 971, 972 y 974 del Código Civil, aunque no contempla una definición de testamento especial. Asimismo el Código Procesal Civil y Mercantil indica el proceso que debe dársele para su formalización en los artículos 474 al 477. Se describen a continuación:

- a) Testamento militar: Las especiales circunstancias de la vida militar en tiempo de guerra han aconsejado, desde tiempos remotos, regular especialmente el otorgamiento de la voluntad testamentaria por los militares en campaña, y

personas asimiladas, dado que difícilmente se podrán observar las formalidades de los testamentos ordinarios.

En ese sentido, la legislación dispone que los militares en campaña, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército o que sigan a éste, puedan otorgar testamento abierto ante el oficial bajo cuyo mando se encuentre. Son aplicables a esta disposición los individuos de un ejército que se halle en país extranjero. Si el testador estuviere enfermo o herido, podrá otorgar ante el facultativo que lo asiste, o ante un oficial de cualquier categoría. Si estuviere en destacamento, ante el que mande éste, aunque sea subalterno. En todos los casos, será necesaria la presencia de dos testigos que sepan leer y escribir, y si el testador no pudiese firmar, lo hará por él cualquiera de los dos testigos.

b) Testamento marítimo: El Artículo 967 del mencionado Código dispone: “Los testamentos abiertos o cerrados de los que vayan a bordo durante un viaje marítimo, se otorgarán en la forma siguiente: Si el buque es de guerra, ante el contador o ante el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir, y que vean y entiendan al testador. El comandante del buque o el que haga sus veces, pondrá además, su visto bueno. En los buques mercantes autorizará el testamento el capitán o el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos como se expresa anteriormente. En uno y otro caso, los testigos se elegirán entre pasajeros, si los hubiere.”

Aquellos que se encuentre a bordo durante un viaje marítimo, dada la particularidad que ello puede comportar, gozan de la posibilidad de otorgar este instrumento especial, en sus modalidades de abierto o cerrado.

- c) Testamento en lugar incomunicado: Este se encuentra regulado en el Artículo 971 del citado Código, en el cual se establece que se consiente otorgar testamento a las personas que se hallen en lugar incomunicado por motivo de epidemia sin intervención de notario y, por consiguiente, se podrá testar ante juez local y en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir.

- d) Testamento del preso: Si el testador se halla preso podrá, en caso de necesidad, otorgar testamento ante el jefe de la prisión, pudiendo ser testigos, a falta de otros, los detenidos o presos, con tal que no sean inhábiles por otra causa y que sepan leer y escribir. En el instrumento es nula toda disposición hecha a favor de los que tienen autoridad en la prisión, a menos que sean parientes del testador.

- e) Testamento de guatemalteco otorgado en el extranjero: Los guatemaltecos podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las normas establecidas por las leyes del país en que se hallen. También podrán testar en alta mar durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción a las leyes de la nación a que el buque pertenezca.

2.4. Libertad para testar

El Artículo 934 del referido Código establece: “Libertad para testar. Toda persona capaz civilmente puede disponer de sus bienes por medio de testamento a favor de cualquiera que no tenga incapacidad o prohibición legal para heredar. El testador puede encomendar a un tercero la distribución de herencias o legados que dejare para personas u objetos determinados.”

En relación al fundamento de dicha libertad, para su estudio se establecen dos puntos de vista:

- a) Punto de vista sustancial: El derecho de hacer testamento no es más que una creación del derecho positivo, el cual permite al ciudadano establecer un régimen de adjudicación y distribución de sus bienes según su criterio, para después de su muerte. El legislador no obra ni ha obrado nunca por arbitrio, sino pensando siempre: 1º. Que la sucesión testamentaria se impone de un modo racional allí donde existe un núcleo familiar. El Estado debe permitirla, siempre que el uso de la facultad testamentaria se realice con el signo, modo y forma que deben presidir estos actos dispositivos de la persona; 2º. Que la potestad de testar es útil a la sociedad. Resulta un valioso auxiliar sobre todo para el respeto de la autoridad paterna; y 3º. Que la facultad de testar responde a un

sentimiento natural del ámbito. Después de la religión es el consuelo del hombre moribundo, y;

- b) Punto de vista formal: Se apoya en la doctrina del poder creador de la voluntad humana. La relación jurídica sucesoria se crea por el testador en su testamento y lo único que sucede es que sólo empieza a tener plena efectividad cuando ha dejado de existir.

La voluntad del causante es eficaz por ser, aún antes de morir. El Estado no tiene otra función en la sucesión testamentaria que la de garantizar la actuación de la voluntad de los ciudadanos legítimamente manifestada. Pero no es distribuidor de los bienes después de la muerte del testador, éstos pasan a los herederos y legatarios en virtud de la voluntad del causante, la cual manifestada durante la vida y mantenida firme hasta la muerte del testador, se hace eficaz al momento de producirse ésta, que es uno de los presupuestos de la sucesión *mortis causa*, de tal forma que se puede decir que es la voluntad del testador la que actúa y la que crea la relación jurídica sucesoria.

2.5. Fines del testamento

El fin primordial es dejar a sus herederos los bienes, derechos y acciones que pueda tener, el testador, al momento de su muerte.

El autor puede disponer de sus bienes previo a que pueda acaecer su muerte, y de plena voluntad manifestará a quien le deja los mismos, pero el hecho de que éste deje a sus herederos los bienes que pueda tener, no impide que él mismo disponga de ellos enajenándolos o gravándolos. Por lo tanto si el fin principal del testamento es disponer de los bienes para después de su muerte, en vida el testador, aunque haya otorgado su voluntad testamentaria puede enajenar o gravar los mismos, no siendo un impedimento el instrumento suscrito.

Otro de los fines del es evitar dejar herencia vacante, o sea, que la persona pueda morir sin haber dejado herederos. En este caso al declararse la herencia vacante los bienes pasarían a poder del Estado.

El testamento evita litigios entre parientes, ya que al no otorgarlo los herederos que tengan derecho a los bienes, serán los primeros en pedir la parte que les corresponda

aunque esto venga a confrontar a la familia, mientras que con el éste, el testador deja los bienes a quien le parezca y deshereda a quien no le parezca.

2.6. Regulación en la legislación civil

El Artículo 917 del mencionado Código estipula que: “La sucesión intestada por causa de muerte se realiza por la voluntad de la persona manifestada en testamento, y a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda intestada, comprendiendo en uno y otro caso todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.”

Para que haya sucesión es necesario que se den tres clases de elementos:

- a) Los elementos personales: Son aquellos en los cuales existe una persona que transmite, o bien llamada causante, sus bienes o derechos, y otra que recibe o bien llamado heredero, la cosa o el derecho.

- b) Los elementos reales: Son los derechos y la cosa que se transmite, es decir, la herencia o el patrimonio del testador.

- c) Los elementos formales: Son los vínculos que unen al testador y al sucesor, y los actos y formalidades externas establecidas para transmitir el derecho hereditario.

Cuando una persona hereda de otra unos bienes por testamento o disposición de ley se produce una sucesión *mortis causa*. Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte; y la sucesión puede ser a título universal o particular.

La asignación a título universal se llama herencia, y la asignación a título particular, legado. El título universal, es cuando se sucede al causante en todos sus bienes y obligaciones transmisibles, a excepción de los legados. El particular es cuando se sucede en uno o más bienes determinados.

Toda persona capaz civilmente puede disponer de sus bienes por medio de testamento a favor de cualquiera que no tenga incapacidad o prohibición legal para heredar. El testador puede encomendar a un tercero la distribución de herencias o legados que dejare para persona u objetos determinados.

De todo lo expuesto con anterioridad, se deduce claramente que es el testamento un medio seguro y eficaz que permite al testador disponer libremente de sus bienes y derechos, para que la propiedad y titularidad de estos se transmita a las personas que han quedado designados en el instrumento. Aunque la ley reconoce la existencia de varios tipos de testamento, sin duda el más aconsejable es el abierto que se formaliza ante el notario, quien es el profesional especializado para asesorar al testador y redactar el instrumento respectivo.

El patrimonio de una persona, independientemente de su cuantía o monto, es siempre un valor importante para quien lo formó. Representa el trabajo de mucho tiempo, es la materialización de su esfuerzo físico y mental. Por otro lado, cuando hablamos de seguridad, no sólo existe la física, la cual evita no ser afectados por alguna agresión, sino también existe la jurídica cuya importancia hay que resaltar en una sociedad como la actual, donde existen cada vez mayores y más complejas relaciones jurídicas entre los miembros de la sociedad.

El otorgar testamento ante notario es utilizar un instrumento que permitirá preservar el patrimonio de la mejor manera y otorgar seguridad jurídica a aquellas personas a las que deseamos beneficiar para después de la muerte del testador.

CAPÍTULO III

3. Albacea

Ocurre con frecuencia que los herederos del causante, cuyos intereses son contrapuestos a los de los beneficiarios, suelen no cumplir las disposiciones o lo hacen de una forma errónea, reduciendo su alcance o demorando su pago. La experiencia ha demostrado que es conveniente que alguien de la confianza del testador haga cumplir sin dilaciones ni retrasos su última voluntad. Es ahí donde surge la figura del albacea.

Es la persona designada por el testador para hacer cumplir sus disposiciones de última voluntad, por ello se llama también ejecutor testamentario. Se ha definido como el que tiene a su cargo cumplir y ejecutar lo que el autor ha ordenado en su testamento. Otras veces la intervención del albacea es de árbitro, destinado a evitar cuestiones entre coherederos; finalmente, puede ocurrir que no haya heredero en cuyo caso su función radica en proceder a la liquidación de los bienes, tramitar el proceso sucesorio y pagar deudas y legados.

3.1. Concepto y definición

Para Rafael Rojina Villegas: “Son personas designadas por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de *cujus* así como cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y división de la herencia.”¹⁶

En el derecho catalán definen al albacea, como las personas que reciban del testador el encargo de entregar la herencia en su universalidad a personas por él designadas o de destinarla a las finalidades expresadas en el testamento o en la confianza revelada.

Puig Peña al referirse al tema en relación sostiene que el albaceazgo es: “Institución jurídica por cuya virtud una o más personas, nombradas generalmente por el testador, son encargadas de vigilar y dar cumplimiento a lo ordenado en el testamento, asegurando así la efectividad de sus disposiciones.”¹⁷ Al respecto Manuel Ossorio cita a Couture e indica: “Ejecutor testamentario es la persona designada por el testador para que después de su muerte ejecute las disposiciones de última voluntad.”¹⁸

¹⁶ Rojina Villegas, Rafael. **Derecho civil mexicano**. Pág. 134.

¹⁷ Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág 815.

¹⁸ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 800.

Al analizar las definiciones anteriores podemos concluir que el albacea es el ejecutor testamentario o judicial encargado de realizar las disposiciones de última voluntad del testador observando todas las facultades que le haya extendido el causante y en ausencia de éstas, de acuerdo a los derechos y obligaciones establecidas en la ley.

3.2. Antecedentes históricos

El término albacea proviene de las palabras árabes *al waci* que significan ejecutor. Según el autor Carrizosa Pardo: “Donde tuvo mayor relevancia fue en el derecho canónico debido al interés que prevalecía en la iglesia de velar por la materialización de las disposiciones del causante, especialmente cuando fueren de beneficio o piadosas.”¹⁹

En el derecho consuetudinario francés, también se desarrolló ampliamente tal institución, siendo recogida posteriormente por el código francés y asimismo por muchas legislaciones latinas a imitación de estos.

Existe polémica en relación al origen de esta institución pero en contraposición a algunos autores, se ha logrado establecer que no es propiamente institución romana,

¹⁹ Carrizosa Pardo, Hernando. **Derecho sucesorio**. Pág. 123.

aunque en la práctica de derecho romano se encuentran brotes de ella que sirvieron para su formación, por ejemplo, el fiduciario que era persona en cuya fe descansaba el testador para que cumpliera sus disposiciones.

Dos modalidades presentan el albaceazgo a través de la historia según el citado autor:

- a) “En las legislaciones latinas y germanas constituye una institución secundaria sujeta o subordinada a la voluntad del testador, que puede o no existir en la sucesión testamentaria, sin que ello incida en la administración, liquidación y repartición de la masa hereditaria; y

- b) En las legislaciones anglosajonas, si es una institución esencial, pues éstas adoptan como régimen la existencia del albacea para que éste ejecute las disposiciones del causante siendo su función propia liquidar la herencia y sin cuya participación no podrá efectuarse.”²⁰

En cuanto a la legislación se refiere, desde el año de 1877 cuando se promulgó el primer Código Civil a la presente fecha, se ha legislado sobre tal institución pero no con el carácter de esencial sino secundario, sujeto a la voluntad del testador. Siendo ésta una institución de derecho, es lógico suponer que no es estática sino que ha sufrido

²⁰ **ibid.**

cambios a través de la historia, dándose especialmente tales modificaciones en los siguientes aspectos:

- a) Plazo: Según el Artículo 914 del Código Civil de 1877 el plazo de dicho cargo expiraba en un año a partir de la muerte del testador aunque las disposiciones todavía no estuvieran ejecutadas no pudiendo prorrogarse ni por el testador en el mismo acto de otorgamiento, ni por el juez.

Esto hace suponer que el año era el término máximo del cargo, pero que podía finalizar antes por la remoción o cumplimiento de las disposiciones estipuladas por el causante antes del período de vencimiento. Pero esta deficiencia fue contrarrestada cuando en el mismo Código se otorgaba la facultad al juez de nombrar un nuevo albacea, únicamente a solicitud de los herederos cuando faltaba el que había nombrado el testador. Esta modalidad en cuanto al plazo persistió hasta la promulgación del vigente Código que lo convirtió en prorrogable tomando en cuenta las circunstancias especiales de cada proceso de sucesión testamentaria.

- b) Facultad de vender bienes: En la promulgación del primer Código Civil no se contemplaba esta facultad en el ejercicio del albaceazgo, lo cual pone de manifiesto que el albacea actuaba dentro de un marco muy restringido en cuanto a facultades se refiere. No fue sino hasta la promulgación del Código de 1933

cuando se otorgó tal facultad bajo el supuesto que si en la herencia no hubiere dinero suficiente para cubrir deudas y legados, se permitía a éste la venta de bienes para hacer pago de los mencionados rubros teniendo prioridad los muebles y en su caso no alcanzare, los inmuebles, pero con intervención de los herederos. Esta facultad se ha mantenido vigente hasta el actual Código.

- c) Capacidad para ser albacea: Este es el último aspecto que ha sufrido cambios a través de la historia en la legislación, pues en la promulgación del primer Código Civil, para optar a la calidad de albacea se necesitaban reunir cuatro requisitos:
- a) Haber cumplido dieciocho años de edad;
 - b) Poder legalmente administrar bienes;
 - c) Ser capaz de adquirir bienes a título de herencia; y
 - d) No estar en actual servicio de las funciones de magistrado, fiscal o juez, salvo determinadas excepciones.

En 1882 se efectuaron algunas reformas al referido Código y a partir de entonces se exigía que la persona que optara a dicho cargo debiera tener la edad de veintiún años de edad. Esto tuvo vigencia hasta la promulgación del Código de 1933, pues nuevamente reguló como requisito de edad los dieciocho años, tomando en cuenta que a partir de ellos el ciudadano alcanzaba su

mayoría de edad, y como consecuencia ya podría adquirir derechos y contraer obligaciones, disposición que en la actualidad se encuentra vigente.

3.3. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del albaceazgo ha suscitado una larga controversia, como suele ocurrir siempre que una institución no encaja de modo perfecto en los moldes de las otras instituciones típicas. Expondremos a continuación las teorías que han tenido mayor repercusión doctrinaria y legislativa.

3.3.1. Teoría del mandato

El autor Guillermo Borda al referirse al tema sostiene que: “El albaceazgo es un mandato post mortem de naturaleza especial. El ejecutor testamentario es el mandatario del causante, designado por él para hacer cumplir sus disposiciones de última voluntad.”²¹

“Dicha teoría se subdivide en dos corrientes:

²¹ Borda, Guillermo. **Manual de sucesiones**. Pág. 302.

- a) Mandato del testador: Se creyó en principio que el albacea era un mandatario del testador que actuaba en nombre y representación de este último. Esta fracasó rotundamente ya que la mayoría de tratadistas no encontraron la respuesta a la irrevocabilidad y la representación de una persona que ya no existía físicamente; y
- b) Mandato de los herederos: Posteriormente cuando no fructificó la primera corriente, se intentó imponer que el albacea si era un mandatario pero de los herederos, pues se consideraba que actuaba en representación de éstos y a su beneficio. Nuevamente fracasó dicha corriente al considerar que el ejecutor testamentario resultaría ser un mandatario no nombrado por su mandante y que los herederos no podían revocarle el cargo a su voluntad, agregando a esto la posibilidad de que el albacea en determinado momento actuará en contra de los herederos cuando fuere necesario para asegurar una mejor efectividad del testamento.”²²

De lo anterior deducimos que la doctrina ha dejado de considerar al albacea como un verdadero mandato por las razones expuestas, pero dejando las generalidades y adentrándonos en la legislación, es importante tratar por separado las razones que existen para desechar en el derecho tal teoría, siendo éstas las siguientes:

²² **ibid.** Pág. 304.

- Su perfeccionamiento: Según la legislación civil el mandato es un contrato consensual que se perfecciona con la aceptación del mandatario, pero el albaceazgo es una institución que para que exista deben acaecer dos circunstancias, en primer lugar el fallecimiento del testador y en segundo la aceptación del cargo.
- Irrevocabilidad: En el mandato, el mandante puede revocar éste, mientras que en el albaceazgo si el albacea fuere mandatario del testador sería éste quien tendría que revocarle el cargo, pero no es posible por su inexistencia física.
- Inexistencia física: En el mandato, el mandante constituye un elemento personal imprescindible sin cuya existencia no puede darle vida a tal figura, mientras que en el albaceazgo la inexistencia física del testador es una de las condiciones para que surja la institución del albacea.
- Obligación: Según el autor Puig Peña: “En el mandato, el mandatario tiene obligaciones en relación al mandante, mientras que en el albacea no podría tener obligaciones con el testador en virtud de la inexistencia física de éste; en todo caso tiene obligación con los herederos.”²³

²³ Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 819.

- Onerosidad: El mandato puede ejercerse a título gratuito u oneroso; el cargo de albacea es típicamente oneroso y cuya fijación de honorarios se regula en el Artículo 1063 del referido Código, y excepcionalmente no se cobra cuando el que ejerce el cargo es heredero o legatario.

Después de haber relacionado ambas instituciones, resultan ser estas las razones más importantes en la legislación para desechar de una vez la teoría del mandato al equipararla con el albacea, aclarando que existen muchos más aspectos que las antagonizan.

3.3.2. Teoría de la tutela

Esta estuvo en boga durante los siglos XVI y XVII pero no pudo mantenerse por mucho tiempo dado que aunque existía cierta analogía con el albaceazgo, su antagonismo en cuanto a los supuestos de hecho se acentuó más cuando se pretendió equipararlas.

Esta no ha tenido acogida en la legislación, a través de la historia, ni mucho menos en la actualidad y consideramos que de las teorías expuestas ésta es la que menos se adapta a la naturaleza del albaceazgo, entre otras por las siguientes razones:

- Según el autor Aguilar Guerra: “El objeto es uno de los puntos estratégicos de distinción ya que por un lado la tutela es una institución del derecho civil según la cual una persona tiene el derecho de representar a un menor de edad o a una persona declarada en estado de interdicción que no está sujeto a patria potestad, así como de administrar sus bienes; y por otro lado el albaceazgo tiene por objeto velar por el efectivo cumplimiento de las disposiciones del testador.”²⁴ No podemos calificar al albacea como un tutor pues que en este caso no existe una incapacidad sino una plena inexistencia física de uno de los bienes jurídicos tutelados como lo es la persona del testador;
- La tutela es una institución subsidiaria, y en el presente trabajo hemos recalcado que el albaceazgo constituye una figura jurídica que existe por sí sola con sus principios particulares. En virtud de esta razón tampoco podemos considerar que ambas instituciones son similares puesto que la primera se materializa en forma dependiente, es decir que no existe por sí sola sino cuando falta el ejercicio de una patria potestad.

²⁴ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 122.

3.3.3. Teoría del arbitraje

El autor Rojina Villegas al referirse a ésta establece que: “El albacea desempeña en el ejercicio de su cargo una función de árbitro con el objeto de resolver las controversias que puedan suscitarse entre los herederos o legatarios con motivo de la administración, liquidación y partición de la herencia.”²⁵

La intervención del ejecutor testamentario como árbitro está muy lejos de cumplir con su objetivo, pues si fuere un proceso testamentario sin controversia de intereses entre los herederos o legatarios no habría necesidad de un árbitro pues todas las personas llamadas a suceder al causante estarían anuentes a cumplir la voluntad del testador; y si fuere un proceso sucesorio testamentario judicial con controversia de intereses, el llamado a resolver tales desacuerdos no sería el albacea sino un juez.

3.3.4. Teoría de la representación

“Esta establece que puede haber representación sin mandato en el caso de padres, tutores y protutores, y mandato sin representación, es por eso que algunos autores

²⁵ Rojina Villegas. **Ob. Cit.** Pág. 148.

sostienen que el albacea es un representante.”²⁶ Pero la interrogativa es: Representante de quien?

Para algunos, el albacea representa al difunto, lo cual es difícil de explicar pues no se concibe la representación de un muerto, de alguien que ya ha dejado de ser persona y sujeto de derechos y obligaciones. Para otros es un representante de la herencia, concebida como persona jurídica. Esta opinión es inaceptable porque el ejecutor testamentario no representa a la masa. Quienes tienen atribuciones para administrar y disponer de los bienes son los herederos.

3.3.5. Teoría del oficio

Para algunas personas el albaceazgo es un cargo establecido en la ley. La idea no es en sí errónea, pero es inexpresiva y no brinda ningún elemento para penetrar en la esencia de la institución.

²⁶ **Ibid.** Pág. 150.

3.3.6. Teoría de la institución sui generis

El autor Guillermo Borda al referirse al tema en relación sostiene que: “El albaceazgo es una figura de derecho única e independiente que no puede equipararse a ninguna otra institución como: Mandato, arbitraje, tutela, etc., pues posee una naturaleza propia, caracteres y principios que la informan, que tiene como base la representación del testador y que responde a la confianza que se deposita en el albacea por parte del causante, que al aceptar el cargo se adjudica o se impone un cuerpo de obligaciones que a vez son reguladas por un conjunto de normas especiales que no pueden explicarse relacionándolas por analogía con otras instituciones de derecho.”²⁷

Creemos que de las teorías expuestas sobre la naturaleza del albaceazgo, ésta es la que mejor se adapta a la legislación, pues el derecho interno regula tal institución como una figura independiente adjudicándole como función fundamental el hecho de velar por el cumplimiento o efectividad de la voluntad del testador y en ningún momento pretende que se considere como especie de mandato, tutela o arbitraje.

Es conveniente recalcar que esta teoría sí admite que la representación sea del testador o de la sucesión, pero no acepta que ello provenga del mandato como se ha querido imponer.

²⁷ Borda. **Ob. Cit.** Pág. 447.

3.4. Características del albacea

- a) Es un cargo personalísimo: Según el autor Aguilar Guerra: “No puede ser delegado ni es posible sustituir el cargo, lo que es natural, pues la designación importa un acto de confianza personal del causante. Ello no impide, sin embargo, que el albacea pueda dar poderes especiales en relación a los actos que a él le competen, bajo su responsabilidad personal.”²⁸

Creemos que en este sentido el carácter personalísimo del cargo del albacea responde perfectamente a los principios que informan dicha institución ya que es lógico suponer que no cualquier persona debe desempeñar el cargo en una sucesión. Su nombramiento proviene de la voluntad del testador y es de pensarse que éste tuvo razones suficientes y conocedor de sus cualidades para encargarle una cuestión tan delicada como lo es velar por el cumplimiento de su última voluntad, entonces resultaría irresponsable una legislación que no tomando en cuenta tal aspecto permitiera la transmisión o sustitución de tal calidad en otra persona, que si el testador no la nombró sería porque no le conocía o conociéndole no consideró prudente hacerlo.

Ahora bien en cuanto a la delegación u otorgamiento de poderes especiales por parte del albacea a otras personas, en materia de administración resulta conveniente tal

²⁸ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 123.

otorgamiento, pues si la masa hereditaria es muy extensa no cabe duda que el albacea tiene la responsabilidad de cumplir una variedad de actividades y en ese sentido deberá necesitar de alguien más que lo auxilie, que en este caso serían los mencionados mandatarios que actuarían bajo la responsabilidad de éste.

- b) Es un cargo testamentario: El autor Alfonso Brañas sostiene que: “En la mayoría de legislaciones es facultad del testador el nombramiento del albacea, lo cual deja suponer que si se desea que en la sucesión hereditaria exista dicha institución es necesario que se nombre en el otorgamiento del mismo, pues no es permitido que se nombre en ningún otro documento público y en todo caso se perdería la cualidad de cargo testamentario porque se originaría de otro documento diferente.”²⁹

La legislación acepta que el albacea es un cargo testamentario porque tiene su origen en una designación contenida en testamento, sin embargo, puede ser nombrado judicialmente en los casos de renuncia, remoción o falta del que estaba nombrado en el instrumento y cuando hubiere partición de los herederos instituidos, quienes podrán exigir garantía al albacea nombrado o exigirla en su caso al propio juez. Esto nos aclara el panorama, pues la legislación civil en ningún momento hace perder al albacea el carácter de testamentario, ya que el nombramiento judicial es subsidiario.

²⁹ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 231.

- c) Es un cargo voluntario: “El derecho es partidario de que el cargo de albacea debe ser voluntario, per complementa que después de aceptado el cargo no puede renunciarse simple y llanamente, sino con justa causa, a juicio del juez.”³⁰

El derecho interno, a este respecto coincide con la doctrina, solo que es un poco deficiente al respecto en el sentido de que no fija un término para la aceptación del cargo de la persona designada por el testador y esto puede prestarse para vicios en la correcta institución del albaceazgo ya que lo lógico, sería que los herederos actuando conjunta o individualmente le hicieran en forma notarial la notificación del cargo en el recaído, y consecuentemente el nombrado dispusiera de un período prudencial para manifestarse al respecto, sea en forma expresa o bien tácitamente mediante la ejecución de actos que por sí solos muestren el sentido de aceptación del cargo, debiendo considerarse asimismo la no aceptación que deberá ser expresa cuando notarialmente lo hace saber a uno o a todos los herederos dentro de un término legal, y tácitamente cuando dicha persona dejare transcurrir el término o plazo de que disponía para manifestarse sin haberlo hecho.

- d) Es un cargo oneroso: Al respecto Aguilar Guerra establece que: “La legislación extranjera insiste reiteradamente en que el cargo de albacea debe ser a título gratuito respondiendo al acto de confianza del testador al encomendar a dicha

³⁰ *Ibid.* Pág. 232.

persona el cumplimiento de su última voluntad, particularmente la legislación española adopta la gratuidad de dicho cargo. Sin embargo en la legislación guatemalteca se plasma el carácter oneroso del cargo de albacea al fijar una especie de arancel en cuanto a la retribución que percibirá por el ejercicio del mismo tomando como base el activo por él administrado o inventariado, cosa que es justa aunque dicha institución provenga de un acto de confianza, ya que su ejercicio implica tiempo de dedicación.”³¹ Asimismo al aceptar dicho cargo contrae un sin número de obligaciones con respecto a los herederos del causante y a su vez permite que éstos o los interesados con mayor derecho puedan exigir a albacea la efectividad en el desempeño del cargo conforme a los lineamientos legales trazados por el testador.

- e) Es temporal: El citado autor sostiene que: “Su encargo debe ejecutarse dentro del plazo que fija el testador o subsidiariamente la ley.”³² Tal y como lo exponemos en el apartado que se refiere al plazo del albaceazgo.

- f) Es un cargo de interés social o público: Según Cabanellas: “Esto deviene de una teoría moderna que ha tenido en cuenta el instinto social que priva en el derecho civil y configura al albaceazgo como un verdadero oficio, sin complejo de funciones, que no protege intereses propios sino ajenos o sea de aquellas

³¹ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 124.

³² **Ibid.** Pág. 125.

personas que ya no existen físicamente para poder velar por el cumplimiento o efectividad de sus disposiciones al ejecutar el testamento, siendo por lo tanto su actividad de interés social o público y el bien jurídicamente tutelado es el patrimonio del causante.”³³

- g) Es un cargo secundario: En doctrina no se hace referencia de este carácter del albaceazgo, pues ella varía de un derecho a otro, pero como este trabajo es una aportación a nivel de derecho interno se hace indispensable adherir a las anteriores características la presente, que encuentra un eco en el hecho de que puede o no puede existir en la tramitación de un proceso testamentario, sin que ello afecte el fondo o eficacia de un proceso de tal naturaleza.

Fundamentando lo anterior nos remitimos al Artículo 1045 del Código Civil que regula: “Incumbe a los herederos cumplir la voluntad del testador cuando éste no hubiere nombrado albacea.” Ello inmediatamente nos otorga la idea que dicha institución si bien es importante, no es indispensable en existencia ya que su función en caso de no materializarse su nombramiento, estará a cargo de los herederos quienes mancomunadamente adquieren la responsabilidad que corresponde al citado cargo.

³³ Cabanellas. **Ob. Cit.** Tomo VII. Pág. 72.

3.5. Importancia de su función

Anteriormente expusimos que el albaceazgo tiene un carácter secundario, cosa que ratificamos pero que no implica que dicha institución no tenga importancia dentro del derecho civil en caso de materializarse en una sucesión testamentaria, pues no es para menos la confianza que deposita en su persona el causante al encomendarle la ejecución de sus disposiciones de última voluntad.

“En otras legislaciones la existencia del albacea en la sucesión testamentaria es imprescindible, pero en el derecho guatemalteco el testador tiene la facultad optativa de nombrar o no albacea, y sin cuya existencia se puede muy bien efectuar el procedimiento de sucesión, teniendo en ese caso los herederos la obligación de velar por la efectividad de las disposiciones del causante.”³⁴ A no dudar esto contrarresta su importancia pero el objetivo es partir del supuesto que dicha institución se materialice y en ese caso creemos sin temor a equivocarnos que desarrolla una función de considerable importancia.

Consideramos que para dejar claro la importancia del albaceazgo, es conveniente señalar las ventajas y desventajas que se dan en la tramitación de un proceso sucesorio testamentario con o sin albacea teniendo entre las primeras las siguientes:

³⁴ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 126.

- a) “Existe un órgano independiente encargado de ejecutar las disposiciones del causante y en ese sentido su efectivo cumplimiento es más seguro porque en caso de negligencia o irresponsabilidad de su parte sería el único a quien pudiéramos deducirle responsabilidad alguna, lo cual no sucedería si ello estuviere a cargo de todos los herederos que por lo regular contraponen sus intereses entre sí;
- b) La existencia del albaceazgo condiciona imparcialidad en la guardia, administración y repartición de los bienes del causante.”³⁵ Esto lo consideramos en atención al acto de confianza del testador de nombrarlo para tal efecto que lo hace actuar con mayor fuerza y autonomía ante los herederos. Ahora bien, es conveniente hacer la observación que de conformidad con el referido Código, el albacea puede ser una persona distinta a los herederos y ajena por completo a la herencia, pero que también puede ser un heredero o legatario sin que ello cambie la imparcialidad que inspira el cargo por cuanto deviene como quedó apuntado de un acto de confianza del testador a sabiendas de sus cualidades personales o técnicas tuvo a bien encargarle una actividad tan importante como esa;
- c) Según el autor Alfonso Brañas : “Generalmente cuando existe albacea el testador adhiere a su función facultades especiales además de las que le

³⁵ **Ibid.** Pág. 128.

confiere la ley, lo cual consideramos que varía de un proceso a otro dependiendo del volumen de la masa hereditaria cuando por la naturaleza de las actividades a realizar resultan insuficientes las estipuladas en dicho cuerpo legal y que no sería posible en un proceso sin un ejecutor testamentario, porque los encargados de ejecutar las disposiciones testamentarias serían los herederos, quienes tendrían que sujetarse únicamente a los preceptos legales sin más facultades de las contenidas en ellos.”³⁶

En cuanto a la tramitación de un proceso sucesorio testamentario sin albacea, aparentemente en la legislación no existe mayor problema por cuanto su función es sustituida en los herederos, pero lejos de representar ventajas tal inexistencia contrarresta el porcentaje de posibilidades de una correcta eficacia en la ejecución de las disposiciones testamentarias.

Después de haber analizado la doctrina debemos admitir que generalmente el ejercicio práctico del albaceazgo no contiene situaciones que puedan calificarse de desventajas, ahora bien, algunas legislaciones incluyendo la guatemalteca desvirtúan el carácter de gratitud que identifica al cargo. Por lo tanto la desventaja existe para los herederos, y es una desventaja de carácter económico toda vez que la retribución del albacea debe ser pagada con la herencia del causante.

³⁶ Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 232.

3.6. Clases de albacea

De conformidad con la doctrina y la legislación podemos distinguir las siguientes clases:

- Universales: “Son aquellos que tienen por encargo el cumplimiento de todas las disposiciones testamentarias.”³⁷ Regularmente en la práctica la totalidad de albaceas son de esta clase ya que cuando son nombrados en testamento el otorgante solo identifica a la persona que desempeñará el cargo otorgándole algunas facultades que son complementadas con el citado Código; y por otro lado cuando su nombramiento es de origen judicial le adjudican las facultades contenidas en el Artículo 1050 del referido Código de cuyo texto se deduce la universalidad del cargo.
- Especiales: “Son aquellos que tienen una función determinada por disposición expresa del testador para cumplir una cierta disposición testamentaria como por ejemplo: Hacer entrega de un bien a un legatario.”³⁸ Según el autor Aguilar Guerra: “Escasamente se da este tipo de albacea en el derecho interno pues no

³⁷ Carrizosa Pardo. **Ob. Cit.** Pág. 133.

³⁸ **Ibid.**

siendo imprescindible dicha institución en los procesos sucesorios testamentarios, cuando se hace uso de ella generalmente es a título universal.”³⁹

Como nos podemos dar cuenta de la anterior exposición, estas dos primeras clases de albaceas dependen de un denominador común como lo es la extensión de las facultades que el causante haya otorgado a la persona que habrá que desempeñar el cargo.

- Testamentarios: Según Manuel Ossorio: “Son aquellos nombrados para desempeñar el cargo en el mismo documento donde consta el testamento, lógicamente designados por el otorgante.”⁴⁰ En casi todas las legislaciones el cargo de albacea proviene de un testamento, quizá debido a los principios que informan a la institución como: Confianza, imparcialidad y utilidad; y en ese sentido su fuente es más sólida pues es de suponer que el otorgante nombraría para este cargo a alguien que conoce por sus cualidades personales o técnicas.
- Legítimos: El fundamento legal de esta clase de albacea lo encontramos en el Artículo 1045 del mencionado Código, el cual establece que: “Incumbe a los herederos cumplir la voluntad del testador cuando éste no hubiere nombrado albacea.” Es decir que al no haber nombramiento de albacea a los herederos del

³⁹ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 129.

⁴⁰ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 805.

testador les corresponde ejecutar las disposiciones de última voluntad del causante.

- Judiciales: “Son aquellos designados en determinados supuestos por un juez de primera instancia a solicitud de los herederos.”⁴¹ Según Aguilar Guerra: “Esta clase de albacea es dependiente, no existe por sí misma, pues para que se materialice debe darse el supuesto que habiéndose nombrado albacea por el testador, éste no pueda cumplir su función que se le encomendó por cualquier circunstancia.”⁴² El citado Código establece que se nombrará albacea judicial sólo en los casos de renuncia, remoción o falta del que estaba nombrado en el testamento, cuando así lo pidieren los herederos instituidos.
- Únicos: Este se da cuando el testador encarga las disposiciones de su última voluntad a una sola persona. Generalmente este es el tipo de albacea que se materializa en la legislación.
- Múltiples: Este se presenta cuando el testador encarga sus disposiciones de última voluntad a dos o más personas. Este es el lado opuesto a la anterior clase de albacea pues el causante aquí se supone que casualmente encontró dos o

⁴¹ **Ibid.**

⁴² Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 129.

más personas con cualidades análogas en las que puede confiar la ejecución de su deseo.

Es importante señalar que este tipo de albaceazgo múltiple puede manifestarse en tres formas distintas según como se ejerza siendo estas las siguientes:

1. “Mancomunado: Son aquellos que se designan por el testador, para que obren de común acuerdo y en consecuencia, no puedan actuar en forma separada y será necesario el consentimiento de todos para la ejecución de actos de dominio o de administración, siendo por lo tanto nulo si faltare este consentimiento;
2. Sucesivos: Son aquellos que el testador designa para que desempeñen el cargo en el orden que se indica en el testamento, bien sea por muerte de alguno de ellos, por remoción o renuncia del cargo, o bien porque cada una de las personas nombradas ejercerá ciertas actividades en la secuela del proceso pero en orden sucesivo y continuo en relación con los demás; y
3. Solidarios: Son aquellos en los que todo asunto que cualquiera de los albaceas acuerde para cumplir la voluntad del testador es, en principio, perfectamente válido.”⁴³

⁴³ **Ibid.** Pág. 130.

En doctrina prevalece que si otro de los albaceas se opone, bien por haberse prescindido de él o por no haberse hecho lo procedente conforme al testamento, corresponde a los tribunales respectivos declarar la validez o nulidad de los actos reclamados.

En la legislación solo está previsto el albaceazgo múltiple mancomunado o sucesivo, pero consideramos de importancia exponerlo en virtud de que gran número de legislaciones lo acepta cuando así lo dispone el testador, cosa que no ocurre en el derecho interno, pues el Artículo 1047 del citado Código es claro al expresar: “Puede conferirse el albaceazgo a una o más personas para que lo ejerzan mancomunadamente o una después de la otra.”

Consideramos que cuando existe un albaceazgo múltiple se puede prestar con mayor facilidad a la existencia de vicios en la ejecución de las disposiciones testamentarias, especialmente cuando su ejercicio sea mancomunado, por la nula unificación de criterios o irresponsabilidad que pueda darse en algunos de los que ejerzan el cargo.

3.7. Facultades

La extensión de estos rubros es determinada por el mismo testador, pues éste puede señalar con precisión cuales son las facultades, obligaciones y prohibiciones del albacea, siempre y cuando no sean contrarias a la ley, pero en caso no lo hiciere, la ley sustantiva se las adjudica. El Artículo 1050 del mencionado Código señala como facultades del cargo las siguientes:

- a) Disponer y pagar los funerales del testador: Según el autor Alfonso Brañas: “Esta primera misión regularmente no la cumple el albacea por dos razones: En primer lugar por el momento incierto en que ocurre la muerte del testador, y en segundo lugar, debido al estado de secretividad en que se mantienen las disposiciones testamentarias de donde se origina lógicamente el cargo de albacea lo cual no permite que éste último se entere o sea notificado con anterioridad a ello, por lo que la mayoría de las veces son efectuados por los herederos del causante; pero en caso éste fuere notificado en vida por el testador deberá hacerlo como se dispone en el testamento y en su defecto según la ley, conforme las costumbres del lugar y capacidad económica de la masa hereditaria.”⁴⁴

⁴⁴ Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 235.

- b) Hacer las gestiones necesarias para la inmediata seguridad de los bienes: Según el citado autor: “Esta actividad sería el punto de partida de el albacea, pues al ser notificado y haber aceptado el cargo en él recaído, deberá tomar medidas para la seguridad de los bienes del causante”⁴⁵ como por ejemplo: Procurar el control y administración cuando el causante haya dejado negocios comerciales, continuar los cultivos cuando haya dejado siembras a medias de cualquier especie, recabar los títulos acreditativos de propiedad de los bienes dejados, etc., pudiendo enumerar como éstas una amplia gama de medidas a tomar.
- c) Hacer inventario del activo y pasivo de la herencia: Esta misión deberá realizarse con intervención de los herederos, lo cual es conveniente, en primer lugar, porque de esta manera el albacea disminuye un poco su responsabilidad, en segundo lugar, porque pueda ser que el albacea no esté enterado de la herencia como pudieran estar los herederos, siendo estos últimos colaboradores muy útiles en la elaboración del citado inventario, y por último que siendo ellos los beneficiarios, es necesario que participen en tal actividad, ya que de esa manera, ejercerán un mejor control sobre el albacea, supuesto que análogamente funcionaría con la participación de los interesados en los bienes a falta de herederos, como ejemplo, los acreedores del causante.

⁴⁵ Ibid.

d) Pagas las deudas y legados: Aguilar Guerra establece que: “Siendo estos rubros la carga y pasivo de la herencia es lógico suponer que antes de hacer entrega de los bienes a los herederos el albacea deberá sufragar tales gastos, los legados por ser un mandato expreso del testador y las deudas por ser un deber u obligación del mismo de la cual tendría que responder con su patrimonio.”⁴⁶

e) Administrar los bienes hasta que los herederos tomen posesión de ellos: El citado autor establece que: “Esta función es típica del albaceazgo en virtud de que si se origina tal institución es porque existen bienes dejados por el causante y por lo tanto es deber del albacea administrarlos hasta hacer entrega a los beneficiarios o herederos.”⁴⁷

Es conveniente señalar que las facultades expuestas son complementadas al adherírseles otras de carácter especial, las cuales se encuentran contenidas en los artículos 1052 y 1056 del referido Código y que son las siguientes:

a) “Venta de bienes para pago de deudas y legados: La especialidad de esta facultad consiste en transferir el dominio de algunos bienes del causante aunque ello opere bajo el supuesto de que no haya dinero suficiente para hacer los

⁴⁶ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 133.

⁴⁷ **Ibid.**

pagos de las deudas y de los legados, evitando de esta manera otras consecuencias como demandas en contra de la mortal.

- b) Otorgar poderes especiales para actos de administración: Muchas veces resulta necesario que el albacea haga uso de esta facultad, pues cuando la masa hereditaria es voluminosa es imposible que sólo él administre los bienes personalmente y en ese sentido la ley permite que pueda auxiliarse de otras personas otorgándoles poderes especiales.⁴⁸

Lo anterior en ningún momento cambia el carácter personalísimo del albaceazgo que lo identifica ya que la ley es clara al considerarlo como una excepción, lo cual obedece a una necesidad práctica por la razón expuesta en la cual no se origina una transmisión o sustitución del cargo.

3.7.1. Insuficiencia de las facultades

Después de haber expuesto y considerado cada una de las facultades mínimas que el ordenamiento civil le concede al albacea y el derecho que le asiste al testador de poder otorgarle otras más en el acto del otorgamiento de sus disposiciones de última

⁴⁸ *Ibid.* Pág. 134.

voluntad, concluimos que las mismas resultan ser insuficientes por dos razones, siendo estas las siguientes:

1. Según el autor Alfonso Brañas esto resulta: “Porque la actividad del albacea varía de un caso a otro, es decir que no se puede hablar de una uniformidad en su ejercicio y aunque la ley fuera más extensa nunca podría abarcar las situaciones o supuestos de cada caso concreto.”⁴⁹ Esto tomando en cuenta que la gran mayoría de las veces el causante únicamente se concreta a señalar a la persona que desea que ejecute sus disposiciones de última voluntad sin especificar las facultades que le otorga, lo cual subsidiariamente hace que el albacea desempeñe su función con las facultades mínimas que le confiere la legislación civil; y
2. “Porque aún con el derecho que tiene el causante de concederle al albacea facultades extras, siempre y cuando no sean contrarias a la ley, resulta que las actividades y circunstancias que se presentarán nunca serán previsibles al momento de otorgar un testamento”,⁵⁰ pues dicho cargo proviene exclusivamente de ese acto y en ese sentido habría que considerar que no necesariamente la masa hereditaria sería de la misma cantidad y calidad cuando ocurra la muerte del testador.

⁴⁹ Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 237.

⁵⁰ **Ibid.**

De esa manera el albacea constantemente en el ejercicio de su función se encuentra ante situaciones aparentemente fáciles de resolver si se tuvieran las facultades suficientes para actuar, pero que por carecer de ellas muchas veces se posterga la solución en tales situaciones, sin duda alguna en perjuicio de la masa hereditaria.

Ahora bien, con el objeto de superar esa deficiencia se hace imperativo que la legislación contenga alguna norma que deje entreabierta la posibilidad de que en esos casos al albacea automáticamente se le tenga por dotado de las facultades necesarias para solventar la situación, quedando obligado en todo caso y con carácter de previo a acreditar la necesidad de hacer uso de las mencionadas facultades.

Según Aguilar Guerra: “Es conveniente tanto para los herederos como para el albacea que cuando éste último ejercite facultades fuera de las que la ley y el causante le confieren, dejar constancia escrita de su intervención o consentimiento de los herederos si fueren capaces o en caso de incapacidad proceder con intervención judicial.”⁵¹

⁵¹ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 133.

3.8. Obligaciones

La legislación civil señala como obligaciones del albacea las siguientes:

- a) Mientras no haya declaratoria de herederos, demandar y responder en juicio: “La legislación civil otorga al albacea una especie de representación judicial de la sucesión lo cual en caso de no haber todavía declaratoria de herederos y prohibición judicial al respecto se transforma en una obligación en cuyo caso muy bien se podría demandar a la mortual por medio del albacea o a la inversa.”⁵² De lo expuesto se deduce que tal obligación desaparece cuando se encuentra firme el auto de declaratoria de herederos ya que esta obligación corresponde desde ese momento a ellos.

- b) Cumplir el encargo en el tiempo fijado por el testador o juez: El mencionado Código regula este aspecto, y establece que el cumplimiento de las funciones del albacea deben realizarse en el término de un año si no se ha fijado plazo para ello, el cual puede ser prorrogado, y si aún así no se hubiere cumplido todavía con la voluntad del testador, el juez puede conceder otra por el tiempo que fuere necesario.

⁵² *Ibid.* Pág. 135.

- c) Obligaciones relativas al patrimonio familiar: Según Rafael Rojina: “Para que exista esta obligación es necesario que el testador haya dispuesto que determinadas personas se beneficien en común por determinado tiempo sobre la herencia o parte de la misma.”⁵³ En este caso corresponde al albacea, de conformidad con el Artículo 1051 del referido Código, hacer las gestiones pertinentes a efecto de que se constituya tal institución.
- d) Asegurar a los herederos o legatarios la devolución de sus bienes si ellos lo solicitaren: Esta medida de seguridad de entrega está regulada en el mencionado cuerpo legal, que a diferencia de otras obligaciones puede no darse en el ejercicio del cargo, pero cuando las personas llamadas a suceder al causante en sus bienes así lo solicitaren es a partir de entonces un deber del albacea que no puede evadir por ningún motivo y que puede cumplir de preferencia mediante un compromiso escrito.
- e) Partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios: El autor Goyena Copello al referirse al tema establece que: “A no dudar esta es la obligación más importante que deberá cumplir el albacea pues todas las demás giran alrededor de ella y no existen por sí solas, ya que si el causante otorgó testamento es lógico suponer que en él dispone la partición y adjudicación de

⁵³ Rojina Villegas. **Ob. Cit.** Pág. 138.

sus bienes, agregando a esto que si nombró albacea, éste tendrá a su cargo el cumplimiento de su voluntad sea a título particular o universal.”⁵⁴

- f) Dar cuenta documentada a los interesados después de haber ejercido el cargo: Esta es otra de las obligaciones que no pueden faltar en el ejercicio del albaceazgo y aunque el testador lo dispensare de tal obligación el Artículo 1061 del citado Código la impone, consideramos que en beneficio de ambas partes, ya que por un lado los herederos o interesados son asegurados documentalmente de parte del albacea en cuanto a su actividad y por otro lado la aceptación de la rendición de cuentas por parte de los interesados deja a salvo la responsabilidad de la persona que ejerció tan importante cargo.

En todas las obligaciones anteriores hemos venido refiriéndonos de manera general a la institución del albaceazgo pero es necesario para finalizar señalar que según el Artículo 1044 del mencionado Código existe una obligación que sólo opera para el albacea judicial siendo esta la siguiente:

- g) Prestar garantía cuando lo exigieren los herederos o el juez: Del texto de dicho artículo se deduce que no opera para el albacea de origen testamentario, lo cual creemos que se da en razón de los principios que informan al albaceazgo

⁵⁴ Goyena Copello, Héctor. **Procedimiento sucesorio**. Pág. 90.

especialmente el de confianza, pues cuando lo nombra el testador generalmente no existe garantía porque conoce las cualidades de la persona a quien le confiará el cargo, así como sus principios, cosa que no ocurre en el albaceazgo de origen judicial que se da más en todo por cuestiones de oficio y en tal sentido se hace imperativo que ante las posibles responsabilidades en el ejercicio de tal cargo éste si preste la suficiente garantía a los herederos que puede ser fiduciaria, hipotecaria, prendaria o cualquier otra forma.

3.9. Prohibiciones

En cuanto a éstas el ordenamiento civil solo contiene una y es que no puede adquirir bienes de la herencia en el ejercicio del cargo mientras no estén aprobadas las cuentas de administración.

Esto tiende a proteger los intereses de los herederos o de más interesados en virtud de que dicha institución muy bien puede prestarse para la existencia de vicios.

3.10. Derechos

Después de haber tratado someramente las facultades, obligaciones y prohibiciones del albaceazgo resulta conveniente indicar que además de esos rubros el albacea puede ejercer dos derechos después de haber aceptado el cargo, siendo los siguientes:

- a) “Renunciarlo con justa causa: Considerando la seriedad de un cargo como el albaceazgo es de suponer que la persona que lo ejerza debe hacerlo responsablemente y renunciarlo no caprichosamente sino cuando tenga razones fundadas que le hagan imposible continuar en el ejercicio del mismo debiendo para ello seguir diligencias voluntarias ante un juez de primera instancia civil.

- b) Honorarios por el desempeño del cargo: Quedó anotado anteriormente que en derecho el albaceazgo es generalmente oneroso según el Artículo 1063 del citado Código, con la excepción de que será a título gratuito cuando el que lo desempeñe sea heredero o legatario. Pero partiendo del primer supuesto realmente los honorarios constituyen una remuneración justa en virtud que la ejecución de las actividades inherentes al cargo implican tiempo y muchas veces gastos por lo que con ello se compensa la actividad realizada por el albacea, cosa que no sucede cuando se es heredero o legatario en virtud que se pierde

ese derecho convirtiéndose en una simple obligación la ejecución de las disposiciones de última voluntad del causante por ser beneficiario o sucesor en el patrimonio de este último.”⁵⁵

3.11. Requisitos para desempeñar el cargo

El Artículo 1048 del Código Civil determina cuatro condiciones para poder ejercer el cargo de albacea siendo estas las siguientes:

- Tener dieciocho años cumplidos: Sin lugar a dudas que esta condición fue inspirada en el Artículo 8 del referido Código, pues en él se regula que a los dieciocho años se alcanza la mayoría de edad y por consiguiente se es capaz para el ejercicio de sus derechos civiles.

A este respecto, es lógico suponer que el derecho fija como límite de la minoría y mayoría de edad los dieciochos años tomando en cuenta la naturaleza biológica y psíquica del hombre creyendo que a esa edad ya se cuenta con cierta madurez de discernimiento y por esa razón lo faculta a contraer obligaciones y derechos.

⁵⁵ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 138.

- Poder legalmente administrar bienes: Según el autor Lacruz Berdejo: “Esta condición se refiere a aquellas personas que habiendo cumplido sus dieciocho años no tienen la capacidad de administrar bienes, como ejemplo: Los enfermos mentales privados de discernimiento y las personas que abusan de bebidas alcohólicas o de estupefacientes que se exponen ellas mismas así como a sus familiares; en fin se extiende a todas aquellas personas declaradas en estado de interdicción.”⁵⁶

Como es de conocimiento, estas personas no pueden administrar por sí mismas ni sus propios bienes, pues lo hacen por medio de las instituciones denominadas patria potestad y en su defecto por medio del derecho tutelar, ello hace que descartemos que el albaceazgo pueda recaer en una de esas personas simple y llanamente porque dicho cargo es de carácter personalísimo.

- Ser capaz de adquirir bienes a título de herencia: El mencionado Código regula específicamente las personas que no son capaces de suceder a título de herencia por indignidad y por testamento respectivamente, haciendo la aclaración que las incapacidades por indignidad pueden no aplicarse cuando el causante así lo dispone en disposiciones testamentarias de conformidad con el Artículo 995 del mismo cuerpo legal.

⁵⁶ Lacruz Berdejo. **Ob. Cit.** Pág. 49.

Según el citado autor: “Las causas por indignidad se dan más que todo como consecuencia de un daño moral o económico ocasionado al causante, y las de incapacidad de suceder por testamento devienen regularmente por la calidad u ocupación de las personas que al no existir ningún daño se da para asegurar una mejor efectividad y legalidad de las disposiciones de última voluntad. Lo importante es señalar que tales causas trascienden hasta la institución del albaceazgo, pues si una persona no es capaz para suceder al causante en su patrimonio mucho menos deberá tener capacidad para desempeñar el cargo de albacea por las mismas razones expuestas.”⁵⁷

- No estar en servicio de funciones judiciales o del Ministerio Público: En relación a esta última condición consideramos que cualquier persona que haya sido nombrado albacea no debe estar ligado en funciones a ninguna de estas dependencias, sin importar la jerarquía del funcionario, toda vez que se pretende evitar vicios en su ejercicio considerando que en la tramitación de un proceso sucesorio testamentario obligadamente se tiene que relacionar con esas dependencias y no sería procedente que alguno de los funcionarios ejerciera un cargo de esta naturaleza.

⁵⁷ **Ibid.** Pág. 51.

3.12. Plazo legal y prórroga

Al referirse al tema, el autor Aguilar Guerra establece que: “El plazo es generalmente determinado por el causante en el mismo acto o documento testamentario, pues tiene la facultad de hacerlo sin estar sujeto a extremo mínimo o máximo de tiempo. Supletoriamente cuando el testador nombrare albacea omitiendo el tiempo en que ejercerá el cargo la persona señalada, la legislación le asigna un plazo de un año contado a partir de su aceptación, o desde que terminan los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones, de conformidad con el Artículo 1058 del Código Civil.”⁵⁸

En cuanto a la prórroga del cargo es evidente que responde a una necesidad práctica, pues muchas veces resulta insuficiente el plazo asignado para ejecutar las disposiciones testamentarias atendiendo las circunstancias del caso. Al igual que el plazo inicial, el testador en el mismo otorgamiento de sus disposiciones de última voluntad, si desea prorrogar el mismo, debe señalar el tiempo por el que lo prorroga y si omitiere tal circunstancia se entenderá que será de un año contado a partir de la fecha del vencimiento del plazo.

⁵⁸ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 139.

“De la legislación civil se deduce que la prórroga del albaceazgo proviene de tres fuentes distintas que son:

1. Testamentaria: Ello ocurre cuando el causante señala en el mismo testamento que desea prorrogar el plazo del albaceazgo en caso resultara insuficiente el plazo que le haya otorgado y en su caso señala también el de la prórroga;
2. Judicial: Esta tiene lugar cuando transcurrido el término de la prórroga señalada por testamento o de un año supletoriamente sin haber cumplido las disposiciones de última voluntad del testador, el juez concede por el tiempo que considere necesario;
3. Cuando transcurrida la primera prórroga sin que se haya cumplido el objetivo del albaceazgo los herederos o legatarios también tienen la facultad de prorrogar el cargo de común acuerdo por el tiempo que consideren conveniente, haciendo la observación que de conformidad con el Artículo 1060 del citado Código, cuando el acuerdo fuere solo por mayoría, la mencionada prórroga no podrá exceder de un año.”⁵⁹

⁵⁹ *Ibid.*

3.13. Extinción del cargo

Después de haber expuesto sobre el plazo y prórroga del albaceazgo, resulta necesario por estar vinculado en el tiempo referirnos a la extinción del cargo, señalando a este respecto que de conformidad con la legislación civil existen las siguientes formas:

- a) Por el tiempo natural del encargo: Según Lacruz Berdejo: “La existencia de un plazo lógicamente no implica que el albacea deberá estar ligado en tal calidad con las personas interesadas en ese tiempo, pues puede suceder que cumpla su función u objetivo mucho antes o bien después y antes del vencimiento de cualquier prórroga.”⁶⁰ En tal caso automáticamente se extingue el cargo por el cumplimiento de su cometido.

- b) Por la muerte del albacea: Considerando el carácter personalísimo que identifica a la institución, es lógico suponer que con la muerte del albacea se extingue el cargo de la persona que lo ejercía al desaparecer físicamente, pues nadie de sus ascendientes, descendientes o afines puede sucederle en su función.

- c) Imposibilidad: Puede darse el caso de que el albacea aun habiendo aceptado el cargo y ejecutado algunas actividades propias de su función, le resulte imposible

⁶⁰ Lacruz Berdejo. **Ob. Cit.** Pág. 54.

seguir ejerciéndolo por diversas causas como por ejemplo: Ejercer funciones judiciales o del Ministerio Público con posterioridad a la aceptación del cargo.

- d) Por su remoción: Esta es otra de las formas anormales de extinción del cargo, pues el Artículo 1076 del referido Código regula: “Por causa de negligencia, abuso o malversación pueden ser removidos los albaceas, sean cueles fueren su clase, y extensión de sus facultades, a petición de los interesados en los bienes.” La causa tendrá que ser calificada por un juez de primera instancia civil quien debe pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la misma.
- e) Por renuncia: Aguilar Guerra establece que: “Quedó establecido que la renuncia del cargo de albacea es un derecho que tiene la persona que lo ejerce, pero que según el Artículo 1049 del mencionado Código no puede ser caprichosamente sino con justa causa que deberá calificar un juez de primera instancia civil.”⁶¹ Pero lo importante es comprender que la renuncia aceptada por el juez conlleva automáticamente la extinción del cargo con respecto a la persona que lo renuncia la cual no seguirá ligado salvo en caso de posibles responsabilidades civiles, pero no en funciones.
- f) Por vencimiento del plazo señalado: Indudablemente que si se fija un plazo para el ejercicio del cargo es porque surtirá efectos prácticos y en este sentido

⁶¹ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 140.

extingue la calidad de albacea en la persona encargada de ejecutar las disposiciones de última voluntad del causante, quedando sin efecto a partir del vencimiento del término cualquier acto que realice aunque todavía no haya cumplido su cometido, siendo necesario la formalización de la correspondiente prórroga para seguir actuando en tal calidad, ya sea porque se lea haya otorgado el juez, los herederos o legatarios indistintamente.

De todo lo expuesto con anterioridad, podemos concluir en que el albacea es un cargo testamentario cuya función es velar por el efectivo cumplimiento de la voluntad del testador. Dada la evolución del derecho, la figura del albacea se presenta un tanto ambigua y da origen a varias interpretaciones en cuanto a su naturaleza.

Existe un común interés entre los herederos y el albacea ya que todos responden por la ejecución del testamento, y, algunas de las funciones del segundo, solamente pueden ejercerse de común acuerdo o contando con los herederos. Este objetivo ha de inspirar la interpretación de la ley, que ciertamente presenta algunos vacíos u oscuridades, pero que se aclaran tomando en cuenta la finalidad de la institución.

Por cuanto la función del executor testamentario exige un elevado grado de idoneidad, es por lo que la ley se preocupa demasiado por fijar especiales requisitos para ejercer el cargo. Para el ejercicio de sus atribuciones, el albacea puede y debe intervenir en las

medidas de seguridad iniciales y en la formación del inventario; después, administrará los bienes, con el objetivo de liquidar el patrimonio, pagando las deudas, cumpliendo los legados y demás cargas, y finalmente entregará los bienes a los herederos.

La actuación del albacea, de cualquier manera, resulta transitoria y sus poderes quedan limitados por la actuación de los herederos.

CAPÍTULO IV

4. Inoperancia del albacea

El autor Larrea Holguín al referirse al tema en relación sostiene que: “Al fallecer una persona surge la necesidad de decidir cuál va a ser la suerte de las posiciones jurídicas en las que ésta se encontraba. La vacancia ocasionada por su muerte impone al ordenamiento jurídico el deber de establecer si esas relaciones se van a extinguir como se extinguió su titular, si alguien va a continuar en la posición de éste, o si se van a transmitir a otra persona sufriendo alguna modificación.”⁶²

La ejecución y pleno cumplimiento de la voluntad del testador contenida en testamento, dentro de las exigencias legales, se encargan naturalmente a los propios herederos, pero puede haber uno de ellos u otra persona que sin ser heredero, reciba la especial misión de velar por la ejecución de lo dispuesto en dicho instrumento. El albaceazgo es la institución destinada a asegurar el cumplimiento de lo ordenado en la última voluntad del causante.

⁶² Larrea Holguín, Juan. **El albaceazgo**. Pág. 1.

Las convicciones religiosas, el honor, el sentido de la dignidad y permanencia de la familia, constituyen valores morales que inclinan a respetar la voluntad del predecesor, y el derecho añade la firmeza jurídica a esas disposiciones, velando además porque se realice todo dentro del marco legal, sin perjuicios injustos para propios ni extraños.

La etapa que transcurre entre el fallecimiento del causante y la consumación de los efectos de la sucesión mediante la sustitución definitiva por los herederos y legatarios requiere ciertas actividades jurídico-materiales. Hay que conservar los bienes en este período en que todavía no han tomado posesión de ellos los herederos, evitar que resulten improductivos, repartirlos entre los beneficiarios, y en general, procurar el exacto y fiel cumplimiento de la voluntad del testador en lo que éste haya podido establecer, además de otros aspectos personales.

4.1. Análisis sobre las causas que originan la inoperancia

Según el citado autor: “La institución del albacea se encamina a resolver las necesidades urgentes en el tiempo del fallecimiento; a fomentar el cumplimiento más exacto y puntual de la última voluntad de los testadores y a facilitar la conservación y administración del caudal relicto.”⁶³

⁶³ *Ibid.* Pág. 2

Sin embargo en la sociedad dicha institución ha perdido la importancia histórica que le corresponde debido a varios factores de índole económico, social y jurídico, los cuales en el presente trabajo de investigación analizaremos.

4.1.1. Cargo testamentario

A pesar de que todos sabemos que en algún momento podemos morir, vemos este paso de la vida como algo muy lejano y no tomamos en cuenta la importancia y beneficios que trae consigo la elaboración de un testamento.

En la sociedad no existe la cultura del testamento, ya que siempre se le asocia con la idea de estar próximos a la muerte; debido a esto las personas al fallecer en vez de heredar bienes lo que suceden es conflictos y gastos para sus familiares y, en muchos casos hasta problemas de desintegración familiar derivados de la disputa por los bienes.

Dejar manifestado por escrito la voluntad del destino de los bienes e inmuebles que se poseen en vida, garantiza la armonía familiar y evita costos de dinero y energía en juicios civiles.

Muchas personas indican que no toman en cuenta la importancia de tramitar su testamento, por las siguientes causas: Consideran que es un trámite con un alto costo, piensan que al heredar en vida siempre terminan sin nada, o tienen la idea de que este trámite únicamente es para personas con grandes fortunas. Son tres factores los que influyen en las personas para retrasar el trámite: Falta de recursos económicos, el nulo interés para iniciarlo, y desconocimiento del mismo.

4.1.2. Cargo oneroso

El albacea o ejecutor testamentario tiene derecho a honorarios que se gradúan según el valor de los bienes por él administrados o inventariados. El Código Civil acepta el carácter oneroso del albaceazgo en el Artículo 1063 estableciendo: “Honorarios del albacea. El albacea, si no fuere heredero o legatario, tendrá por su trabajo el honorario del dos por ciento (2%) del valor de los bienes por él administrados o inventariados, si la cantidad llega o pasa de cincuenta mil quetzales; del tres por ciento (3%), si a cuarenta; del tres y medio por ciento (3 ½%), si a treinta; del cuatro por ciento (4%), si a veinte; y del cinco por ciento (5%), cuando base esa cantidad. Si fueren varios los albaceas, ese honorario se distribuirá entre ellos, proporcionalmente al trabajo que cada cual haya realizado.”

Pocas son las legislaciones que mantienen el principio de gratuidad, como por ejemplo: La española y la italiana; el Código Napoleón guarda silencio, pero la jurisprudencia ha impuesto el sistema de gratuidad.

Para el autor Aguilar Guerra: “Esta tendencia legislativa a reconocer la onerosidad del albaceazgo no es sino una expresión de esa sensibilidad moderna, que requiere que todo servicio se pague en dinero. No importa que aquí juegue principalmente un deber moral, el de hacer honor a esa suprema manifestación de confianza que es el encargo de hacer cumplir la voluntad póstuma.”⁶⁴

El albaceazgo se ha convertido no en un servicio que se presta al amigo que desaparece, sino en un negocio lucrativo, donde se reciben honorarios desnaturalizando así la especialidad de esta gestión que debe ser desinteresada. La legislación guatemalteca no ha acogido el principio de gratuidad, principio que debería complementarse con el reconocimiento de la facultad del testador de fijar alguna retribución, en virtud de las obligaciones contraídas y el tiempo de dedicación.

Es importante hacer la observación de que los honorarios del albacea se pagan de la herencia, por lo tanto, es la masa hereditaria la que sufre el pago de los honorarios de éste.

⁶⁴ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 124.

4.1.3. Discernimiento

En el ordenamiento jurídico procesal civil no está claramente determinado el momento específico en que debe discernirse el cargo del albacea, por consiguiente no indica en qué momento se legitima para ejercitar su actividad. Solamente por medio del discernimiento del cargo, ordenado por juez competente puede una persona ejercitarse como tal, ya sea porque fue nombrada en el testamento por el testador, o judicialmente conforme a la ley.

Para el autor Goyena Copello: “Es requisito *sine qua non* que haya una orden de juez competente para discernir el cargo del albacea o ejecutor testamentario, con el consiguiente efecto de darle posesión del cargo, documento con el cual estará legalmente acreditada su personería para ejecutar los actos que de acuerdo a los derechos y obligaciones que conlleva el cargo deba realizar.”⁶⁵

En el Artículo 462 del Código Procesal Civil y Mercantil se regula que en la junta de herederos se dará a conocer al albacea, por lo tanto se infiere que en un momento procesal anterior a dicha junta ya se legitimó al ejecutor testamentario por medio del discernimiento, lo que no ha sido así.

⁶⁵ Goyena Copello. **Ob. Cit.** Pág. 143.

Evidentemente existe poca objetividad en dicha norma jurídica, porque en esa junta lo que se hace es dar a conocer al “presunto albacea”. Es decir, que se da a conocer a la persona propuesta ya sea en forma testamentaria o judicial, y normalmente en la misma resolución se manda a solicitar autorización al juez para que un notario discierna el cargo en caso de ser un proceso extrajudicial, o por parte del juez en caso de proceso judicial.

Sin embargo para que tome posesión del mismo, es necesario que sepa qué bienes son los que tiene que administrar, y para el efecto se debe tener el inventario respectivo, donde se individualicen todos y cada uno de los bienes, derechos y obligaciones que tiene el causante, para que en base a ello el albacea realice todas sus funciones.

El Artículo 455 del referido Código regula lo siguiente: “Radicación del proceso sucesorio. Pueden promover el proceso sucesorio los que tengan interés en la herencia, tales como el cónyuge supérstite, los herederos, el Ministerio Público, los legatarios, los acreedores, el albacea o por otro concepto similar.”

Como podemos observar en este artículo el ordenamiento jurídico indica que el albacea ya nació a la vida jurídica aún antes de radicar el proceso sucesorio, lo que en la realidad objetiva no se puede dar porque como hemos determinado, el discernimiento

del cargo y la toma de posesión del mismo no se han diligenciado; por lo cual no existe albacea aún y se prueba con la ausencia del acta notarial de discernimiento o la resolución respectiva.

El albacea al apersonarse al órgano jurisdiccional debe acreditar su calidad lo cual no puede hacerlo pues no tiene legitimación necesaria para comparecer a promover acciones ante dichos órganos, porque en la legislación no se encuentra regulado el momento específico de discernir al albacea ni el momento y forma de darle posesión, entonces deviene impertinente la facultad que se le otorga en esta norma judicial al albacea para radicar proceso sucesorio por los motivos expuestos.

Sin embargo debido al principio de supletoriedad que informa el proceso civil en casos de laguna de ley, se aplican leyes análogas, y en este caso si el proceso es extrajudicial la parte interesada puede solicitar al juez competente para que le encomiende a un notario discernir el cargo respectivo, al tenor de lo que indica el Artículo 33 del citado Código, el cual regula: “Notarios. El juez podrá a instancia de parte encomendar a un notario la realización de determinados actos incluso notificaciones y discernimientos.”

Esta norma jurídica faculta a los notarios para realizar dichos actos, pero el momento específico en que debe hacerse el discernimiento por ser indeterminado tampoco

puede ni debe hacerse antes de radicar el proceso sucesorio respectivo, porque resulta ilógico y por demás ilegal desde el punto de vista procesal, hacer un inventario de los bienes, derechos y obligaciones del causante antes de iniciar el proceso sucesorio, porque dicho acto jurídico es parte del proceso mismo y lo consignado en él es la base de la ejecución que debe realizar el albacea.

4.1.4. Abuso en el ejercicio de su función

Respecto al tema, el autor Larrea Holguín establece que: “Como en todo cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos se torna realidad el supuesto del abuso, el albaceazgo no puede quedar al margen de esa consideración aún tomando en cuenta la forma especial de su nombramiento, pues aunque proviene de un acto de confianza del causante eso no es suficiente para determinar el fiel cumplimiento de su función.”⁶⁶

Partiendo de esa consideración pueden darse dos supuestos:

1. Que el albacea realice actividades contrarias a las disposiciones legales y del causante extralimitándose en el ejercicio de su cargo;

⁶⁶ Larrea Holguín. **Ob. Cit.** Pág. 17.

2. Que omite ejecutar cuestiones a las cuales estaría obligado siempre por conducto de la ley o disposiciones del causante; ocasionando en ambos casos cierto perjuicio a los intereses de las personas llamadas a suceder al testador a quienes consecuentemente les asiste el derecho de proceder en contra del albacea.

El autor Aguilar Guerra establece al respecto que: “Esta deducción de responsabilidad la pueden ejercer los interesados de inmediato al advertir el abuso del albacea, haciendo la aclaración que si ocurre en ejercicio de funciones, los herederos tienen la facultad de solicitar la remoción previa calificación por un juez de primera instancia civil, y si se advierte hasta el cese de su administración deberá solicitársele en juicio oral la rendición de cuentas y en base a esa sentencia requerírsele el cobro del saldo de las mismas en proceso ejecutivo.”⁶⁷

4.1.5. Responsabilidad

Según la legislación civil toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. En el caso del albacea, éste es responsable de su administración ente los

⁶⁷ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 125.

herederos y legatarios, si por falta en el cumplimiento de sus obligaciones hubiese comprometido sus intereses.

El autor Guillermo Borda establece que: “Aunque siempre se aluden a los herederos y legatarios, resulta obvio que su responsabilidad existe respecto de todas las personas a quienes haya perjudicado con su culpa o dolo en el cumplimiento de sus obligaciones, entre ellos están también comprendidos los acreedores de la sucesión. Así también, como toda persona que administra bienes, por su mala administración, puede incurrir en responsabilidad penal.”⁶⁸

Ahora bien, una de las principales características del albaceazgo es el carácter personalísimo del mismo; sin embargo la responsabilidad civil del albacea en que hubiere incurrido por su mala administración pasa a sus herederos.

Al realizar un análisis de esto, consideramos que el incurrir en responsabilidad civil es eminentemente justo para el albacea, no así para sus herederos, puesto que el cargo de ejecutor testamentario es voluntario y designado por el testador, el cual proviene de un acto de confianza. Es decir, que al aceptarlo, únicamente el albacea debe ser el responsable de su cumplimiento.

⁶⁸ Borda. **Ob. Cit.** Pág. 450.

Asimismo, es responsabilidad del albacea la rendición de cuentas de su administración a los interesados inmediatamente después de haber cumplido sus funciones, así como de hacer inventario. Esta obligación no puede ser dispensada por el testador, porque dicha disposición sería nula de pleno derecho de conformidad con la legislación civil.

4.2. Posibles soluciones a la inoperancia del albacea

¿Es necesario reformar la legislación para otorgarle a la institución del albacea la importancia histórica que le corresponde o es necesario derogar dicha institución por su inoperancia en la sociedad?

Como hemos observado durante este trabajo de investigación, el albacea es una institución que surgió en la antigüedad y a través de la historia se ha convertido en una figura fundamental con caracteres propios ensamblados naturalmente con la técnica sucesoria. Sin embargo la técnica sucesoria ha perdido auge en la actualidad debido a las causas anteriormente analizadas.

Consideramos para que el albacea no sea inoperante: La reforma de la institución en el Código Civil, la reforma del procedimiento del discernimiento en el Código Procesal

Civil y Mercantil y el impulso de campañas de asesoría para la tramitación de testamentos.

De todo lo expuesto con anterioridad, se deduce claramente que el albaceazgo como institución histórica surgida desde la época romana, ha perdido importancia en la actualidad y de ello proviene su inoperancia, la cual se origina en el derecho de sucesiones y que ha resuelto de dos formas la problemática que surge al momento del fallecimiento del autor estableciendo la sucesión testamentaria y la intestada, cuando debiera tenerse como regla general la manifestación de voluntad establecida en testamento.

Asimismo el testamento es un instrumento de poco uso debido al cúmulo de formalidades que son necesarias para su validez y la autorización de un notario para su perfeccionamiento. Y como el albacea es un cargo testamentario, al no existir testamento no existe ejecutor testamentario.

Diversas teorías se han formulado para determinar la naturaleza jurídica del albaceazgo, entre ellas la del mandato, arbitraje y tutela, pero la que mayor aceptación ha tenido y que mejor se adopta a la ley es la de institución sui generis, porque el derecho interno lo regula como una figura independiente, adjudicándole como función el hecho de velar por el cumplimiento y efectividad de la voluntad del testador.

Para evitar la inoperancia del albacea varios aspectos debieran modificarse en la legislación, como lo son: Establecer el principio de gratuidad en el ejercicio de sus funciones, organizar campañas de asesoría para la tramitación de testamentos, modificar la responsabilidad civil en las que se incurra garantizando así el carácter personalísimo del cargo, modificar las funciones del ejecutor testamentario y establecer claramente el momento en que debe discernírsele.

Una institución tan amplia no debe resultar inoperante cuando su función principal es velar por el efectivo cumplimiento de las disposiciones de última voluntad del causante, inspirado en principios de confianza, utilidad y exclusión de intereses.

CONCLUSIONES

1. El derecho civil regula a la sucesión como un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas, y la ha resuelto históricamente a través de dos formas: La primera a través de la sucesión testamentaria como un acto de autonomía del causante manifestada en testamento; y la segunda a través de la intestada o legítima.
2. El testamento es un acto personalísimo que se utiliza para dar certeza jurídica a la última voluntad expresada por el testador, sin embargo es un instrumento de poco uso en la sociedad guatemalteca por la falta de conocimiento que se tiene sobre él.
3. En el Código Civil al albacea no se le dota de facultades suficientes para el ejercicio de su función en virtud de que la ley nunca podría abarcar todas las situaciones o supuestos de cada caso concreto, y por carecer de dichas facultades, el ejecutor testamentario muchas veces tiene que postergar soluciones, sin duda alguna en perjuicio de la masa hereditaria.

4. En el ordenamiento jurídico procesal civil no está claramente determinado el momento específico en que debe discernirse el cargo del albacea por parte del juez. Por consiguiente, no se indica a partir de qué momento se legitima al ejecutor testamentario para ejercer su actividad y sin ello no puede acreditar legalmente su personería ni ejecutar actos propios de su función.

5. Las características de la figura jurídica del albacea denotan la inoperancia que éste tiene en la actualidad, en virtud de que es un cargo testamentario en una sociedad que no practica la cultura del testamento; su función implica responsabilidad; y es remunerado, lo cual afecta a la masa hereditaria.

RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la República de Guatemala modifique el Artículo 924 del Decreto Ley 106 Código Civil otorgándole preferencia a la sucesión testamentaria, al momento de la muerte del causante, como la única manifestación de voluntad del autor contenida en testamento y que se considere a la sucesión legal o intestada únicamente como excepción o en forma supletoria.
2. Que los notarios brinden asesoría a las personas sobre la necesidad de otorgar testamento para dar certeza jurídica a su última voluntad, con la intención de que los guatemaltecos tengan en orden su documentación para evitar futuros conflictos familiares y perjuicios en el patrimonio.
3. Que el Congreso de la República de Guatemala modifique el Artículo 1050 del Decreto Ley 106 Código Civil estableciendo que en casos no contemplados, el albacea automáticamente se le tenga por dotado de facultades necesarias para solventar situaciones no previstas, quedando obligado en todo caso y con carácter de previo a acreditar la necesidad de hacer uso de dichas facultades.

4. Que el Congreso de la República de Guatemala modifique el Artículo 462 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, estableciendo como momento procesal para discernir el cargo de albacea la junta de herederos, ya que es el momento en que se procede a la lectura del testamento y se da a conocer quienes son los herederos y legatarios, así como los bienes que ha de administrar el albacea.

5. Que el Congreso de la República modifique Artículo 1055 del Decreto Ley 106 Código Civil para que las responsabilidades civiles en las que incurra el albacea recaigan sobre él y no sobre sus herederos, atendiendo al carácter personalísimo e intransmisible del cargo y que se establezca el principio de gratuidad fijando únicamente una retribución para el ejecutor testamentario por su tiempo de dedicación.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir. **Derecho de sucesiones**. Guatemala, Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2006.

BORDA, Guillermo a. **Manual de sucesiones**. 14^a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 2004.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1998.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 30^a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2008.

CARRIZONA PARDO, Hernando. **Derecho sucesorio**. 5^a. ed.; Bogotá, Colombia: Ed. Lerner, 1966.

CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral**. 2t., 6vols.; 15^a. ed.; Madrid, España: Ed. Reus, S. A., 2007.

ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. 5 vol.; 2^a. ed.; Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1964.

GOYENA COPELLO, Héctor Roberto. **Procedimiento sucesorio**. 6^a, ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1993.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. **Elementos de derecho civil: sucesiones**. 4^a. ed.; Madrid, España: Ed. Dykinson, 2004.

LARREA HOLGUÍN, Juan. **El albaceazgo**. 1^a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea. 1990.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1981.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** 6t.; 3ª. ed.; Madrid, España: Ed. Pirámide, S.A., 1976.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano.** 1vol.; 3ª. ed.; México, D.F.: Ed. Antigua Librería Robredo, 1958.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

Código de Notariado. Congreso de la República, Decreto número 314, 1946.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.