

DUODECIMA PARTE: LOS ALBACEAS O EJECUTORES TESTAMENTARIOS¹

1.- Concepto.

De acuerdo al artículo 1270, son albaceas o ejecutores testamentarios “*aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones.*”

Como expresa Rodríguez Grez, la definición no satisface toda la gama de funciones que corresponden al albacea. En efecto, éste no sólo debe ejecutar las disposiciones testamentarias, sino que también las disposiciones de la ley, cuando ellas coexisten con las testamentarias. Además, deben asegurar los bienes, custodiarlos, conservarlos, pagar las deudas hereditarias, etc. Propone por tanto la siguiente definición, más amplia: “*Los albaceas o ejecutores testamentarios podrían ser definidos como aquellas personas designadas por el testador, encargadas de asegurar los bienes de la sucesión, pagar las deudas hereditarias, y hacer cumplir las disposiciones legales y testamentarias relativas a la distribución de los bienes, sustituyendo en estas funciones a los herederos del causante.*”²

La institución del albacea no fue conocida en el Derecho Romano, siendo su origen español. La palabra albacea proviene del árabe, de cabezalero, es decir, de quien hace cabeza, dirige la forma de cumplir con las disposiciones testamentarias del causante.³

2.- Naturaleza jurídica del albaceazgo.

Para Somarriva, parece evidente que el albacea es **una especie de mandatario**. La propia definición del artículo 1270 alude al “*encargo*”, expresión propia del mandato.

Además, el artículo 2169 alude al mandato póstumo, siendo el albaceazgo un caso típico de mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante.

Con todo, hay diferencias entre el mandato ordinario y el mandato especial constitutivo de albaceazgo:

- a) El albaceazgo es un mandato solemne, pues debe otorgarse por testamento, mientras que el mandato ordinario, es consensual por regla general;
- b) Aceptado el cargo de albacea, éste es irrevocable; el mandato ordinario es por esencia revocable;
- c) El albacea ha de ser plenamente capaz; el mandatario puede ser relativamente incapaz (artículo 2128).⁴

¹ Fecha de última modificación: 15 de febrero de 2011.

² Rodríguez Grez, Pablo, “*Instituciones de Derecho Sucesorio. Pérdida, defensa y pago de las asignaciones. Ejecutores testamentarios. Partición*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1994, Volumen 2, p. 218.

³ Somarriva Undurraga, Manuel, “*Derecho Sucesorio*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2009, séptima edición actualizada, Tomo II, p. 525.

⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 525 y 526.

Rodríguez Grez no admite la tesis del mandato póstumo, conforme a los siguientes argumentos:

a) El mandato es un contrato que liga a dos partes, imponiendo obligaciones y confiriendo derechos recíprocos. ¿A quién liga el albaceazgo en cuanto mandato? ¿Al causante con el albacea? ¿A los herederos con el albacea? Ninguna de las dos posibilidades parece aceptable, ya que el causante no existe y no puede, entonces, mantener como sujeto de derecho una relación contractual. Tampoco podrían ser los herederos, porque el mandato se extingue por la muerte del causante y por consiguiente, ellos no quedan sujetos a la relación jurídica.

b) El legislador ha establecido en términos formales y explícitos los “*mandatos póstumos*”, en el artículo 2169 del Código Civil, sin confundirlos con el albaceazgo. El causante puede otorgar mandatos de esta clase y obligar a sus herederos a respetarlos. No tiene sentido, por lo tanto, asimilar el albaceazgo a un mandato póstumo.⁵

Para Rodríguez Grez, el albacea **es un curador de bienes**. Tal es entonces la institución matriz de la cual arranca su naturaleza y serán las normas que la rigen las llamadas a complementar las lagunas que pueda presentar su reglamentación legal. Para sostener esta tesis, expone los siguientes argumentos:

a) En nuestra ley existe la curaduría de bienes, que no importa necesariamente la representación de una persona, sino la administración y gestión de una masa de bienes. Tal ocurre con el curador de una herencia yacente y con el curador de los derechos del que está por nacer. En consecuencia, los artículos 473 y siguientes regulan la situación que se presenta cuando existe una masa de bienes que debe ser administrada.

b) Las facultades de los curadores de bienes están contempladas en la ley, sin que quepa intervención del dueño de los bienes o de los interesados. En el albaceazgo sucede lo mismo: el artículo 1298 dispone que no puede el testador ampliar las facultades del albacea ni exonerarlo de sus obligaciones.

c) El artículo 1296 dispone que el albacea con tenencia de bienes tiene las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente. Vale decir, el artículo reconoce expresamente que el albacea con tenencia de bienes tiene la misma condición jurídica que el curador de la herencia yacente, y éste es un curador de bienes.

d) Algunas normas de los curadores se aplican parcialmente a los albaceas: artículo 1294 en relación con los artículos 394 y 412. La ley, entonces, admite que hay identidad entre albaceazgo y curaduría de bienes, y ello, porque ambos tienen igual naturaleza.

e) El artículo 1310, relativo al examen de la cuenta y a los saldos que resulten de ella, aplica al albaceazgo las reglas de los guardadores: otra manifestación, en orden a que ambas instituciones tienen una naturaleza común.

f) Si se revisan los artículos 1276, 1277, 1278, 1304 y 1309, se concluye que todos ellos hablan de “*cargo*”, lo que coincide con los artículos 338, 392 y 518, relativos a las guardas.

g) El albacea administra bienes, no representa al testador ni a los herederos, no es mandatario de ninguno de ellos; su función está vinculada al patrimonio relictivo, a las disposiciones legales que fijan sus facultades y obligaciones, y a la designación que hizo el causante. Esto corresponde a la descripción de un curador de bienes.⁶

⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 220 a 223.

⁶ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 226 y 227.

3.- Características principales del albaceazgo.⁷

a) *Es intuitu personae.*

El testador designa a una persona en calidad de albacea, por la confianza que le merece su futuro desempeño, sobre todo considerando que el causante, obviamente, no podrá fiscalizar la actuación de su albacea.

De esta característica derivan las dos siguientes.

b) *Es intransmisible.*

Dispone el art. 1279 que el albaceazgo no se transmite a los herederos del albacea. Se trata de una norma similar a la contenida en el art. 2163, en el mandato, contrato que siempre se extingue por la muerte del mandatario.

c) *Es indelegable.*

No podrá delegar el albacea el encargo que le hizo el causante, a menos que éste hubiere autorizado expresamente la delegación (art. 1280). El carácter indelegable del albaceazgo, no impide sin embargo que el albacea designe mandatarios en el desempeño de sus funciones, pero será responsable de las operaciones de éstos (art. 1280).

d) *No confiere más atribuciones que las señaladas por la ley.*

En cierta medida, las normas relativas al albaceazgo son de orden público, pues la ley impide al testador ampliar las facultades del albacea ni exonerarle de sus obligaciones, previstas unas y otras por el CC (art. 1298). Así las cosas, la ley limita la libertad del testador en esta materia, hecho que al decir de Somarriva, no parece justificado.⁸

e) *Es remunerado.*

El cargo de albacea es remunerado (art. 1302). Las reglas son las siguientes:

- Primero, habrá que estar a la remuneración que hubiere fijado el testador;
- A falta de una determinación por el testador, se otorga al juez la facultad de fijar la remuneración del albacea, tomando en consideración dos aspectos:
 - 1º El caudal hereditario (o sea, la cuantía de los bienes dejados por el difunto); y
 - 2º El mayor o menor trabajo que demande al albacea el desempeño de su cargo.

Cabe tener presente que de conformidad a lo previsto en la Ley N° 5.427, la remuneración del albacea constituye una baja general de la herencia.

f) *Tiene una duración determinada.*

⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 527 a 530.

⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 528.

El albaceazgo está sujeto a un plazo, llegado el cual expirará (artículos 1303 a 1306). Pueden darse las siguientes situaciones:

- el plazo corresponde fijarlo, en primera instancia, al propio testador;
- en el silencio del testador, la ley fija el plazo: el albacea tiene el plazo de un año, contado desde el día en que el albacea haya comenzado a ejercer el cargo.
- En ciertos casos, el juez podrá aumentar el plazo fijado por el testador o por la ley.

g) *Pueden existir varios albaceas.*

Los artículos 1281 a 1283 se ponen en el caso de existir dos o más albaceas. Estas reglas son muy semejantes a las establecidas para la pluralidad de guardadores.

Dispone el artículo 1281 lo concerniente a la responsabilidad de los albaceas conjuntos:

- por regla general, los albaceas responderán solidariamente;
- no responderán solidariamente, si el testador los hubiera exonerado de responder de tal forma;
- tampoco responderán solidariamente, si el juez hubiere dividido las atribuciones de los albaceas.

De conformidad al artículo 1282, los albaceas pueden dividir las funciones que les corresponden. Eventualmente, será el juez quien divida las atribuciones de los albaceas, a petición:

- de cualquiera de los albaceas; o
- de cualquiera de los interesados en la sucesión (herederos o legatarios).

Si los albaceas ejercen una administración conjunta, vale decir si tienen las mismas atribuciones, deberán actuar de consuno (artículo 1283).

h) *El albacea no está obligado a aceptar el cargo.*

Así se establece en el artículo 1277: el albacea puede aceptar o rechazar el encargo, según lo estime conveniente. Sin embargo, podría ocurrir que el albacea sea también asignatario del testador, caso en el cual, de rechazar el encargo sin probar inconveniente grave para desempeñarlo, se hará indigno de suceder al causante (artículos 1277 y 971). Pendiente la aceptación del cargo, cualquiera de los interesados en la sucesión podrá solicitar al juez que le fije un plazo al albacea para aceptar el encargo o rehusarse. El juez podrá ampliar el plazo por una sola vez.

La aceptación del encargo puede ser expresa o tácita (artículo 1278). Constituiría aceptación tácita la ejecución de cualquier acto que el albacea no podría haber ejecutado sino en su calidad de tal, por ejemplo, solicitar una medida conservativa como la guarda y aposición de sellos, avisar la apertura de la sucesión, etc.

En esta materia, se diferencia la aceptación del albacea, de la aceptación del partidor, que ha de ser formal y expresa.⁹

4.- Capacidad para ser albacea.

a) *Por regla general, sólo las personas naturales pueden ser albaceas.*

⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 531.

El Código Civil sólo se pone en el caso de un albacea persona natural. Excepcionalmente, sin embargo, los Bancos pueden desempeñar el cargo de albacea, con o sin tenencia de bienes (artículo 86 número 5, Ley General de Bancos).

b) Incapacidad del menor.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1272, los menores de edad no pueden ser albaceas. Operan por tanto las reglas generales, acerca de la incapacidad de los menores.

c) Incapacidad de las personas designadas en los artículos 497 y 498.

Establece el inciso segundo del artículo 1272, que las personas designadas en los artículos 497 y 498 no pueden ser albaceas. Son tales:

- i) Los ciegos.
- ii) Los mudos.
- iii) Los dementes, aunque no estén bajo interdicción.
- iv) Los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores.
- v) Los que están privados de administrar sus propios bienes por disipación.
- vi) Los que carecen de domicilio en la República.
- vii) Los que no saben leer ni escribir.
- viii) Los de mala conducta notoria.
- ix) Los condenados por delito que merezca pena aflictiva, aunque se les haya indultado de ella.
- x) Los que han sido privados de ejercer la patria potestad según el artículo 271.
- xi) Los que por torcida o descuidada administración ha sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados, por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo.

5.- Clases de albacea.

a) Albaceas generales y fiduciarios.

Los albaceas generales responden al concepto de la institución, del artículo 1270. Los albaceas fiduciarios son los encargados de ejecutar los encargos secretos y confidenciales del testador.

b) Albaceas con o sin tenencia de bienes.

Según veremos, las facultades del albacea con tenencia de bienes, son más amplias que las del albacea sin tenencia de bienes.

6.- Facultades y obligaciones de los albaceas.

Distinguimos, según la clase de albacea:

6.1. Albaceas sin tenencia de bienes.

Debemos tener presente nuevamente el art. 1298, que establece que el ejecutor testamentario no tiene más atribuciones ni obligaciones que las determinadas expresamente en la ley. En tal contexto, el albacea sin tenencia de bienes tiene las siguientes funciones:

- a) Velar por la seguridad de los bienes de la sucesión;
- b) Pagar las deudas y legados;
- c) Ciertas atribuciones judiciales.

a) *Velar por la seguridad de los bienes de la sucesión.*

De conformidad al art. 1284, los albaceas tienen facultades para velar por la seguridad de los bienes de la sucesión, sobre todo de los muebles, dineros y papeles.

En cumplimiento de esta obligación, el albacea debe:

- solicitar la medida conservativa de guarda y aposición de sellos; y
- velar por que se haga inventario solemne de los bienes; pero podrá hacerse inventario simple, si todos los herederos, siendo capaces, así lo acordaren (igual solución se encuentra en el art. 1766, referido a la sociedad conyugal).

b) *Pagar las deudas y legados.*

b.1) Pago de las deudas hereditarias.

Para ellos, establece la ley las siguientes diligencias, de cargo del albacea:

- El albacea debe preocuparse de que en la partición se forme hijuela de deudas, o sea, que se indiquen los bienes con los cuales van a pagarse las deudas hereditarias (art. 1286);
- Dar noticia al público –y especialmente a los acreedores-, de la apertura de la sucesión, mediante tres avisos publicados en un diario de la comuna, capital de provincia o capital de región, si en la primera o en la segunda no lo hubiere (art. 1285).

Las dos obligaciones anteriores, pesan también sobre los herederos presentes que tengan la libre administración de sus bienes (entendemos por “*herederos presentes*” aquellos herederos que han reclamado para sí la herencia, en oposición a “*herederos ausentes*”, situación que eventualmente, podría obligar a declarar yacente la herencia), sobre los guardadores y el marido de la mujer que no esté separada de bienes (art. 1287).

Si el albacea o las personas antes nombradas omitieren practicar las dos diligencias indicadas, la sanción consistirá en la indemnización de todos los perjuicios que dichas omisiones provoquen a los acreedores.

En relación también al pago de las deudas hereditarias, dispone el art. 1288 que el albacea procederá a ello, con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente, para el caso que ningún heredero hubiere reclamado la herencia.

La circunstancia de haberse encargado por el testador al albacea el pago de las deudas del primero, no impide a los acreedores, ante el no pago de los créditos, dirigirse directamente contra los herederos, lo que tiene lógica, pues los herederos son los actuales deudores, en su condición de continuadores de la persona del causante (art.

1289). Aún más, en realidad los acreedores no pueden demandar al albacea el pago de las deudas hereditarias y legados, sino que deberán dirigirse contra los herederos, porque ellos son los obligados a pagar las deudas y cumplir los legados. Así se desprendería del art. 1295.

b.2) Pago de los legados.

También deberá encargarse el albacea del pago de los legados, salvo que el testador hubiere impuesto el pago a uno o ciertos herederos. Para este fin, el albacea pedirá a los herederos o al curador de la herencia yacente las sumas de dinero necesarias, si los legados fueren de dinero, y los bienes muebles o inmuebles que corresponda, si los legados recayeren en bienes determinados. Eventualmente, lo anterior no será necesario, si se tratare de un albacea con tenencia de bienes (art. 1290).

Podría ocurrir que los legados no deban pagarse de inmediato por los herederos. En tal caso, si el albacea temiere con fundamento que las especies legadas puedan perderse o deteriorarse por culpa de los herederos obligados al pago, podrá exigir a los últimos el otorgamiento de caución (art. 1292).

Los herederos podrán exonerarse de estas obligaciones, pagando ellos mismos los legados, salvo que el legado consista en una obra o hecho particularmente encomendado al albacea y sometido a su juicio (art. 1290).

b.3) Enajenación por el albacea de los bienes de la sucesión.

Podría ocurrir que los dineros disponibles no sean suficientes para el pago de las deudas hereditarias y los legados. Podrá entonces el albacea, con anuencia de los herederos presentes, proceder a la venta de bienes del causante. La ley previene que primero se venderán los muebles y subsidiariamente los inmuebles. Los herederos podrán oponerse a la venta, entregando al albacea el dinero que necesite (art. 1293 y 1294).

Es importante consignar que la venta deberá hacerse en pública subasta, pues el art. 1294 hace aplicable el art. 394, que así lo dispone, para los guardadores.

c) *Ciertas atribuciones judiciales.*

Están contempladas en el art. 1295, y son en verdad bastante reducidas. Sólo puede comparecer en juicio por motivos calificados, a saber:

- cuando se trata de defender la validez del testamento;
- cuando fuere necesario para llevar a cabo las disposiciones testamentarias que le incumban.

En todo caso, deberá hacerlo con la intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente.

6.2. Albacea con tenencia de bienes.

a) *Facultades del curador de la herencia yacente.*

Establece el art. 1296 que el testador podrá dar a los albaceas la tenencia de cualquier parte de los bienes o de todos ellos. De conformidad a los incisos 2º y 3º del

mismo artículo, el albacea con tenencia de bienes tendrá las mismas obligaciones y facultades que el curador de la herencia yacente, pero con una salvedad: no será obligado a rendir caución sino en el caso del art. 1297, esto es: cuando los herederos, legatarios o fideicomisarios exijan las debidas seguridades, cuando teman justificadamente por la suerte de los bienes.

Así las cosas, el albacea con tenencia de bienes tiene un doble tipo de derechos y obligaciones:

- Los del curador de la herencia yacente: y es lógico que así sea, porque precisamente se nombra curador a la herencia yacente, cuando no existe albacea con tenencia de bienes; si existe éste, no hay necesidad de declarar yacente a la herencia, porque habrían dos personas con iguales atribuciones;
- Los del albacea sin tenencia de bienes.

b) facultades judiciales del albacea con tenencia de bienes.

Considerando el doble juego de atribuciones del albacea con tenencia de bienes, se presenta un problema. En efecto, ocurre que los curadores de la herencia yacente tienen facultades judiciales más amplias que los albaceas sin tenencia de bienes. Los primeros pueden cobrar créditos y ser demandados para el pago de las deudas hereditarias. Entre otros objetivos, se designa curador de la herencia yacente, para que los acreedores tengan una persona contra la cual dirigir sus demandas. En cambio, hemos visto que los albaceas sin tenencia de bienes tienen limitadas facultades judiciales: las dos a las que aludimos anteriormente.

El art. 1296 dispone por su parte que el albacea con tenencia de bienes tiene las facultades del curador de la herencia yacente, pero acto seguido se agrega que sin perjuicio de la tenencia, “*habrá lugar a las disposiciones de los artículos precedentes*”. Ahora bien, entre los “*artículos precedentes*”, están aquellos que limitan las facultades judiciales del albacea sin tenencia de bienes (específicamente el art. 1295). Cabe entonces preguntarse qué facultades judiciales tendrá el albacea con tenencia de bienes: ¿las del curador de la herencia yacente, o sólo las del albacea sin tenencia de bienes? Somarriva, admitiendo que el tenor del art. 1296 es confuso, concluye que las facultades del albacea con tenencia de bienes, son las del curador de la herencia yacente. Si así no fuera, resultaría que los acreedores no tendrían contra quien dirigir sus acciones (en cambio, si el albacea lo fuere sin tenencia de bienes, los acreedores deberán accionar contra los herederos o contra el curador de la herencia yacente, de haberlo). En cambio, bien puede ocurrir que el albacea con tenencia de bienes esté actuando sin que existan herederos que hayan aceptado la herencia.

La jurisprudencia no ha sido uniforme al respecto. En algunos casos, se ha concluido que al albacea con tenencia de bienes se le aplican las limitaciones judiciales consignadas en el art. 1295. En otras sentencias, se ha estimado que el albacea con tenencia de bienes puede cobrar los créditos testamentarios, aplicando el art. 1296 en relación al art. 487.¹⁰

7.- Prohibiciones a que están sujetos los albaceas.

¹⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 541 y 542.

En síntesis, son dos:

- a) Llevar a cabo disposiciones testamentarias contrarias a la ley; y
- b) Celebrar ciertos actos con la sucesión.

a) Prohibición de llevar a cabo disposiciones testamentarias contrarias a la ley.

Así lo dispone el art. 1301. De tal forma, si las disposiciones testamentarias ejecutadas por el albacea son contrarias a la ley, lo actuado por éste adolece de nulidad, y se presume culpable de dolo al albacea. Se trata en todo caso de una presunción simplemente legal, de manera que podrá el albacea acreditar que no actuó de mala fe.

Observamos que estamos ante un caso excepcional, en el cual se presume el dolo, modificándose el principio general del art. 1459

La consecuencia natural de presumir dolosa la actuación del albacea, será su remoción (art. 1300).

b) Prohibición de ejecutar ciertos actos con la sucesión.

El art. 1294 aplica a los albaceas la prohibición contemplada en el art. 412 respecto de la administración de los guardadores. Dicho precepto impide a los guardadores celebrar ciertos actos jurídicos en representación de sus pupilos, cuando está comprometido el interés de los primeros y de los últimos. Recordemos que la norma es prohibitiva en lo concerniente a comprar o arrendar bienes raíces del pupilo, y por extensión tratándose de los albaceas, inmuebles pertenecientes a los herederos. La prohibición alcanza también al cónyuge y a los ascendientes y descendientes del albacea.

Se han planteado dudas en esta materia, que estudiamos cuando nos referimos a las incapacidades especiales en el contrato de compraventa. En efecto, el art. 1800 alude al mandatario, al síndico y al albacea, estableciendo que estarán sujetos, en cuanto a la compra o venta de las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos, a lo dispuesto en el art. 2144.

Sin embargo, la referencia no es exacta en cuanto a los albaceas, a quienes no se les aplicaría el art. 2144, porque el art. 1294, según dijimos, somete a éstos a las mismas reglas aplicables a los tutores y curadores, y entre ellas, el art. 412.

El art. 2144, en las normas del mandato, establece una doble limitación:

- + No puede el mandatario comprar las cosas que el mandante le ordenó vender;
- + No puede el mandatario vender de lo suyo al mandante, lo que éste le ha ordenado comprar.

Las limitaciones rigen, sea que el mandatario actúe personalmente o por interpósita persona.

Pero en uno y otro caso, el mandante puede autorizar expresamente que el mandatario compre para sí o venda de lo suyo, lo que el primero le ordenó vender y comprar, respectivamente. La norma no es entonces prohibitiva, sino imperativa de requisito. Por ello, y considerando además que las limitaciones están establecidas para proteger los intereses del mandante, su infracción produce nulidad relativa y no absoluta.

Lo dicho respecto de los mandatarios es perfectamente aplicable a los síndicos de quiebras, los que, en cuanto a la administración y realización de los bienes del fallido, son verdaderos mandatarios, o más bien, representantes legales. Los síndicos, en efecto, no

pueden comprar para sí los bienes que, en su carácter de tales, deben vender para que se paguen los acreedores del fallido.

En cuanto a los albaceas, la situación es distinta. Si bien el art. 1800 dice que están sujetos a lo dispuesto en el art. 2144, no es menos cierto que el art. 1294, en el título de los albaceas, establece que lo dispuesto en los arts. 394 y 412 se extenderá a los albaceas. Y sabemos que el art. 412 permite al tutor o curador comprar los bienes muebles del pupilo con autorización de los restantes guardadores o por la justicia en subsidio, prohibiendo sin embargo bajo todo respecto, comprar bienes raíces.

Vemos que entre los art. 2144 y 412 no hay contradicción en cuanto a la posibilidad de comprar bienes muebles, pero sí la hay en lo que se refiere a los bienes inmuebles, pues si aplicamos el art. 2144, se autorizaría a los albaceas para comprarlos, con el consentimiento de los herederos (mandantes); en cambio, el art. 412 impide, en términos absolutos, dicha compra.

Ante esta discrepancia, la doctrina y la jurisprudencia han estimado que debe prevalecer el art. 412, porque el art. 1294, que se remite al primero, está contenido en el título que reglamenta los deberes y atribuciones de los albaceas. Por otra parte, mientras el art. 2144 tiene un carácter general, pues en él se permite la compra de toda clase de bienes, el art. 412 tiene un carácter especial, pues prohíbe solamente la compra de determinada clase de bienes.

Aplicando la doctrina anterior, una antigua sentencia de la Corte de Santiago, de agosto de 1877, ratifica que es nulo el remate de una propiedad hereditaria efectuado por un juez partidador a favor de un yerno del albacea. Claro Solar, comentando este fallo, observa que *“aunque la venta en pública subasta está destinada a obtener el justo precio de los bienes, la ley, temerosa de los abusos que pudieran cometerse por algún albacea inescrupuloso, tiene prohibido a los albaceas y a sus parientes la adquisición aun en esta forma, de bienes de la sucesión (...) Teme la ley que el albacea, dando datos inexactos o empleando cualquier otro procedimiento doloso, haga desaparecer la garantía de la subasta pública, alejando postores o que éstos no mejoren sus posturas”*.

Al igual que lo dicho respecto del mandatario, la Corte de Talca, en sentencia de marzo de 1889, consigna que es válida la compra de inmuebles de la sucesión por el albacea que ya había cesado en sus funciones. La circunstancia que a la fecha de la celebración del contrato la cuenta del albacea no haya sido aprobada no obsta a la expiración de su cargo.

Puede ocurrir que el albacea sea también heredero en la sucesión. En tal caso, sostiene un fallo de la Corte de Santiago de diciembre de 1882, que el albacea puede adquirir un inmueble de la sucesión en licitación con los otros herederos; no hay en este caso compra ni venta, sino adjudicación del bien indiviso, continuación por el adjudicatario del dominio que tenía el difunto.

En relación con lo anterior, es indiferente el título que da la condición de heredero. Por eso, en sentencias de la Corte de Santiago de octubre de 1861 y de la Corte de Concepción de septiembre de 1883, se concluye que el albacea puede adquirir, por cesión, derechos hereditarios relativos a la sucesión en que ejerce sus funciones. Alessandri, comentado estos fallos, dice que la Corte está en la razón, pues lo que la ley prohíbe al albacea es adquirir los bienes que forman la herencia. Pero ninguna disposición lo incapacita para adquirir los derechos hereditarios de uno o más de los herederos, ya que estos derechos no forman parte de los bienes respecto de los cuales aquél desempeña su misión.

8.- Obligaciones y responsabilidad del albacea.

8.1. Obligaciones.

Son sus principales obligaciones:

- a) Llevar a cabo el encargo que le ha hecho el testador de hacer ejecutar las disposiciones testamentarias (art. 1278).
- b) Velar por la seguridad de los bienes de la sucesión y por la confección de inventario solemne (art. 1284).
- c) Avisar por los periódicos la apertura de la sucesión.
- d) Exigir la formación de hijuela pagadora de deudas, so pena de indemnizar perjuicios a los acreedores (arts. 1285 a 1287).
- e) Pagar los legados (arts. 1290 a 1292).

8.2. Responsabilidad del albacea.

a) Grado de culpa de que responde el albacea.

De conformidad al art. 1299, el albacea es responsable hasta de la culpa leve en el desempeño de su cargo. El precepto ratifica la regla general, que impone a quien administra bienes ajenos responder hasta de la culpa leve.

Si fueren varios los albaceas, responderán solidariamente (art. 1281). Se trata de un caso de solidaridad pasiva legal.

b) Rendición de cuentas por el albacea.

El art. 1309 impone al albacea la obligación de rendir cuenta de su gestión. Ni siquiera el testador podrá relevar de dicha obligación al albacea (declaración innecesaria, considerando el tenor del art. 1298). En este punto, la ley es más estricta con los albaceas que con los mandatarios en general, pues respecto a los últimos, el art. 2155 permite exonerar al mandatario de la obligación de rendir cuenta, con la limitación indicada en ese precepto.

La rendición de cuenta deberá efectuarse al cesar en su cargo el albacea. Podrá hacerla voluntariamente o por orden judicial (a instancia de cualquier heredero e incluso de un legatario). En el primero caso, y aún cuando hubiere juicio de partición, el albacea podrá elegir a su arbitrio rendir la cuenta ante la justicia ordinaria o ante el juez partidor.

El art. 1310 alude al eventual saldo a favor o en contra del albacea, que resulte de la rendición de cuenta. El saldo se pagará o cobrará aplicando lo dispuesto a propósito de los guardadores (art. 424).

9.- Extinción del albaceazgo.

Se extingue el albaceazgo por las siguientes causales:

- a) Por la llegada del plazo.

El albaceazgo es un cargo a día cierto y determinado. Distinguimos al efecto:

- terminará el albaceazgo cuando expire el plazo fijado por el testador (art. 1303);
- a falta de determinación del plazo por el testador, la ley fija un plazo de un año, contado desde el día en que el albacea haya comenzado a ejercer su cargo (art. 1304);
- el juez podrá prorrogar el plazo voluntario o el legal, cuando así lo justifiquen dificultades graves (art. 1305); esta facultad para prorrogar el plazo no compete a los herederos, según ha resuelto la jurisprudencia. También se ha fallado que la prórroga debe solicitarse antes que expire el plazo.
- En todo caso, el plazo dado al albacea no afecta la partición de los bienes ni su distribución entre los partícipes de la sucesión (art. 1306).

b) Por el cumplimiento del encargo.

Terminará el albaceazgo, aún cuando no hubiere expirado el plazo respectivo, cuando el albacea hubiere evacuado el cargo (art. 1307).

No será motivo para prolongar el albaceazgo, la circunstancia de existir legados o fideicomisos cuyo plazo o condición estuvieren pendientes, salvo si el testador hubiere dado expresamente al albacea la tenencia de dichos bienes, limitándose en tal caso el albaceazgo a la sola tenencia de dichas especies (art. 1308). Lo mismo vale para el pago de las deudas cuyo pago se hubiere encomendado al albacea, y cuyo plazo, condición o liquidación estuviere pendiente.

c) Por remoción del albacea por culpa grave o dolo.

Dispone el art. 1300 que el albacea puede ser removido de su cargo en caso de culpa grave o dolo. Podrán pedir la remoción los herederos o el curador de la herencia yacente.

El CC. suele equiparar la culpa grave al dolo. Pero en el art. 1300 se rompe tal principio y las consecuencias jurídicas serán diversas según el albacea hubiere actuado con culpa grave o con dolo. En efecto, si actuó con culpa grave, será removido de su cargo; pero si actuó con dolo, además de la remoción, el albacea quedará sujeto a las siguientes sanciones:

- se hará indigno de suceder al causante;
- deberá indemnizar de todo perjuicio a los interesados; y
- deberá restituir todo lo que haya recibido por concepto de remuneración.

Somarriva señala que esta distinción entre culpa grave y dolo, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, no se justifica; pero admite que del tenor del artículo, no cabe duda que las últimas tres sanciones sólo se aplican si el albacea actuó dolosamente.¹¹

d) Por incapacidad sobreviniente del albacea.

Así lo establece, quizá innecesariamente, el art. 1275. Así, por ejemplo, si el albacea cae en demencia, obviamente no podrá continuar desempeñando su cargo.

¹¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 551.

e) Muerte del albacea.

De conformidad al art. 1279, el albaceazgo no se transmite a los herederos del albacea. Por ende, igual que acontece en el mandato, que se extingue siempre con la muerte del mandatario, el albaceazgo expira con la muerte del albacea.

f) Por renuncia del albacea.

El albacea puede dimitir de su cargo, según lo establece el art. 1278.

g) Por la no aceptación del cargo en el plazo fijado por el juez.

Según vimos, el juez, a petición de cualquier interesado, fijará un plazo al albacea para que acepte el cargo. De no hacerlo, caducará el albaceazgo (art. 1276).

h) Por no prestar el juramento exigido por la ley, en el caso del albacea fiduciario (art. 1314, inciso final).

10.- El albaceazgo fiduciario.

10.1. Concepto.

Se desprende del art. 1311 que el albacea fiduciario es aquella persona a quien el testador le encarga cumplir algunas disposiciones secretas cuyas.

10.2. Requisitos del albaceazgo fiduciario.

Están señalados en el art. 1312:

a) Debe designarse en el testamento la persona del albacea fiduciario.

Como es natural, la única oportunidad para designar albacea fiduciario es en el testamento.

b) El albacea fiduciario debe tener las calidades necesarias para ser albacea y legatario del testador.

Que reúna las calidades necesarias para ser albacea es de toda lógica, pues el albacea fiduciario es primero un albacea, y después posee la característica especial de habersele hecho encargos secretos.

Que reúna las calidades necesarias para ser legatario implica que el legatario debe reunir los requisitos necesarios para suceder al causante. Se explica lo anterior, porque de otra forma el causante podría haber intentado dejar una asignación a un individuo incapaz para suceder, designándolo albacea fiduciario, no para ejecutar en secreto disposiciones del testador, sino simplemente para conservar para sí los bienes correspondientes a dichas asignaciones. Considerando que el albacea fiduciario no está obligado a rendir cuenta de su gestión (art. 1316), es muy factible que pudiera haber ocurrido lo expuesto.

En relación a este segundo requisito de los albaceas fiduciarios, Rodríguez Grez estima que ellos no son, propiamente, ejecutores testamentarios, sino que legatarios. Basa esta conclusión en los siguientes argumentos:

- i) El albacea fiduciario se designa para que ejecute encargos secretos del testador, de los que no dará cuenta a nadie, y que incluso pueden beneficiarlo, nada se opone a ello. Desde esta perspectiva, no puede ser ejecutor testamentario quien realiza encargos de este tipo, que pueden o no cumplirse, respecto de los cuales los herederos no tienen injerencia alguna, y en relación a los cuales no rinde cuenta a nadie.
- ii) El encargo secreto que se hace, puede confiarse al heredero, al albacea o a cualquier otra persona (artículo 1311). Por lo tanto, se trata de un encargo que no caracteriza al albacea. Si el encargo se confía a un heredero o a cualquier otra persona, existe el encargo, pero no un albaceazgo.
- iii) Las tres reglas del artículo 1312, son claramente indicativas de que se trata de una asignación testamentaria cuyo objeto se mantiene en secreto: la persona encargada de realizarlo debe designarse en el testamento; el albacea fiduciario debe tener las calidades necesarias para ser albacea y **legatario**; y deben expresarse en el testamento las especies o la suma determinada que ha de entregársele para el cumplimiento del encargo. El albacea fiduciario se hace dueño de las especies que se le entregan, y de su destino no dará cuenta a nadie. Por otra parte, se le exige que tenga la calidad para ser legatario, de lo cual se sigue que no puede tratarse de una persona incapaz de recibir una asignación por causa de muerte. Cabe preguntarse ¿por qué se impone este requisito si sólo se trata de un ejecutor testamentario?
- iv) La ley delimita la parte de la herencia que puede destinarse a este efecto, a la mitad de la porción de bienes que el testador haya podido disponer a su arbitrio. O sea, se trata de una disposición testamentaria, que se limita en función de la parte de libre disposición, la misma que sirve para determinar las asignaciones testamentarias voluntarias.
- v) Para tomar posesión de las especies o dinero asignados al encargo, el albacea fiduciario debe jurar que él no tiene por objeto pasar parte de los bienes a persona incapaz o invertirla en un objeto ilícito. De esto se sigue, inequívocamente, que el encargo puede acceder en beneficio del propio albacea fiduciario. En cambio, resulta inconcebible que un ejecutor testamentario realice un encargo en provecho propio y se haga dueño de los bienes que recibe para tal fin.
- vi) Las restricciones que le impone el artículo 1315 (dejar en depósito o afianzar una cuarta parte de lo que por razón del encargo se le entregue) tienen por objeto responder de la acción de reforma de testamento y de las deudas hereditarias. Esta responsabilidad dimana de la calidad de asignatario a título singular y no de ejecutor testamentario.
- vii) Tampoco puede conciliarse la calidad de ejecutor testamentario con la regla del artículo 1316, que dispone que el albacea fiduciario no estará obligado en ningún caso a revelar el objeto del encargo secreto, ni a dar cuenta de su administración. Ambos efectos son absolutamente inconciliables con la naturaleza de la función del albacea.
- viii) Si el albacea fiduciario se hace incapaz después de abierta la sucesión, no cesa en el cargo, a diferencia de lo que ocurre con los albaceas generales, conforme al artículo 1275. La ausencia, en las normas aplicables a los albaceas fiduciarios, de una norma semejante a la del artículo 1275, revela que se trata de una asignación testamentaria. Por tanto, para adquirirla, se debe ser capaz y digno al momento de abrirse la sucesión, y no importa lo que después le pueda ocurrir.
- ix) Si el albacea fiduciario fuera efectivamente un ejecutor testamentario, su función debería ser remunerada. No existe ninguna norma sobre el particular, lo que revela que no se trata de un ejecutor testamentario.

x) Por último, cabe preguntarse ¿qué consecuencias se siguen de que el albacea fiduciario no acepte el encargo o bien no cumpla con el requisito del juramento a que alude el artículo 1314? Si seguimos el criterio de que el albacea fiduciario tiene la calidad de ejecutor testamentario, tendrán aplicación los artículos 1277, inciso 2º y 971, inciso 2º, y el albacea se hará indigno de suceder al acusante en otras asignaciones voluntarias. Si, a la inversa, se piensa que se trata de un legatario, no se seguirá de la repudiación una indignidad para suceder. Le parece evidente a Rodríguez Grez que del Título IX del Libro III no se sigue una indignidad, y que nada autorizaría a extender la aplicación del artículo 1277 al albacea fiduciario.¹²

c) Debe designarse en el testamento el bien o la suma de dinero que debe entregarse al albacea fiduciario para cumplir con el encargo.

10.3. Cantidad máxima que puede destinarse a encargos secretos.

Establece el art. 1313 que no se podrá destinar a encargos secretos más de la mitad de la porción de bienes de que el testador pudo disponer a su arbitrio. Es decir, no se podrá exceder de la mitad de la parte de libre disposición (no más de la mitad de la cuarta de libre disposición, si hubiere legitimarios; o no más de la mitad de la totalidad de los bienes hereditarios, de no haber legitimarios).

La jurisprudencia ha concluido que si se deja para encargos secretos una cantidad superior a la señalada por la ley, la disposición es válida hasta el límite legal, y es nula en el exceso.

10.4. Asignaciones que pueden dejarse bajo la modalidad de encargos secretos.

Se ha planteado reiteradamente ante nuestros tribunales si puede dejarse una herencia para encargos secretos, o por el contrario, sólo pueden dejarse bienes determinados, vale decir si sólo pueden dejarse legados para ser pagados por albaceas fiduciarios.

Ejemplo de la primera situación: declara el testador que es su voluntad que se entregue al albacea la octava parte de sus bienes, con el objeto de que cumpla los encargos que en forma secreta la ha encomendado. Ejemplo de la segunda situación: el testador manifiesta que es su voluntad que se le entregue al albacea la suma de \$ 5.000.000.- o un determinado bien, para el cumplimiento de un encargo secreto. Nadie discute que la segunda situación es válida, pero sí se discute la validez de la primera.

Si bien la jurisprudencia ha sido vacilante, tiende a orientarse a estimar que no pueden destinarse para encargos secretos asignaciones a título universal, en base a dos argumentos:

- Porque en las herencias dejadas para el efecto indicado, no se cumpliría con el tercer requisito señalado en el art. 1312, esto es, indicar en el testamento la especie o suma de dinero que se destinan a los encargos secretos. Si se deja, por ejemplo, la octava parte de los bienes, en estricto rigor no se está señalando ni especies ni sumas de dinero determinadas.
- La regla segunda del art. 1312 dice que el albacea fiduciario debe reunir los requisitos de albacea y de *legatario*. El empleo de dicha expresión excluiría la

¹² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 276 a 278.

posibilidad de recibir herencias; en otras palabras, el albacea fiduciario sólo podría recibir legados y nunca herencias para sus encargos secretos.¹³

10.5. Juramento del albacea fiduciario.

El art. 1314 exige al albacea fiduciario prestar juramento ante el juez, acerca de las siguientes materias:

- Que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz: cabe consignar que la ley se refiere sólo a la incapacidad y no a la indignidad, lo que resulta lógico porque las indignidades no pueden alegarse contra disposiciones testamentarias expresas. Así las cosas, si el testador hace un encargo secreto a favor de una persona que estaba afectada por una causal de indignidad, quiere decir que el testador la ha perdonado;
- Que el encargo no tiene por objeto invertir parte alguna de los bienes del testador en un objeto ilícito;
- Que desempeñará fiel y legalmente su cargo, sujetándose a la voluntad del testador.

El juramento deberá prestarse antes de entregar al albacea las especies o la suma de dinero dejada para cumplir los encargos confidenciales.

Si el albacea se negare a prestar juramento, caducará el albaceazgo.

10.6. Exoneración de revelar el contenido de los encargos y de rendir cuenta.

- Previene el art. 1316 que el albacea fiduciario no estará obligado en ningún caso a revelar o informar acerca del contenido de los encargos secretos hechos por el testador. En verdad, la norma debió ser más precisa, en el sentido de obligar al albacea a guardar la confidencialidad del encargo, garantizando así cumplir con la última voluntad del testador. Considerando sin embargo el tenor del artículo, no habría sanción para el albacea que informe acerca de los encargos secretos que se le hicieron, salvo la caducidad del albaceazgo por infringir el juramento al que aludíamos. En relación a lo anterior, es importante tener presente lo dispuesto en el art. 3º de la Ley Nº 16.271 sobre Impuestos a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, porque en dicho precepto se establece que para los efectos de la determinación del impuesto de herencia, lo que se deje al albacea fiduciario se estimará como una asignación a favor de personas sin parentesco con el causante, quienes están afectas a tasas más altas de contribución, a menos que se acredite al Servicio de Impuestos Internos el parentesco efectivo del beneficiario y que éste ha recibido la asignación, pagando en tal caso la tasa que corresponda a ese parentesco. En la última hipótesis, y para evitar que el albacea infrinja su juramento, sería lógico que el propio beneficiado con el encargo secreto lo revelare.
- El art. 1316 exonera también al albacea de la obligación de rendir cuenta de su administración, a diferencia de los albaceas generales, quienes al igual que los mandatarios, están obligados a rendir cuenta de su gestión (art. 1309).

10.7. Caso en el cual el albacea fiduciario está obligado a rendir caución (art. 1315).

¹³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 556 y 557.

A la obligación de prestar juramento que pesa sobre el albacea fiduciario puede sumarse la de rendir caución, cumpliéndose los requisitos siguientes:

- Que lo solicite un albacea general, un heredero o el curador de la herencia yacente;
- Que exista justo motivo para pedirlo.

De acogerse la solicitud, el albacea dejará en depósito o afianzará la cuarta parte de lo que por razón del encargo se le entregue. Con dicha suma se trata de asegurar la responsabilidad del albacea frente a una acción de reforma de testamento y el pago de deudas hereditarias. Podrá aumentarse la cantidad, si el juez lo estimare necesario para la seguridad de los interesados.

La caución expirará a los cuatro años, contados desde la apertura de la sucesión, restituyéndose al albacea la suma entregada o su saldo, según corresponda.