

DERECHO  
RINCIPIOS GENERALES  
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

# Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 1

Cynthia Paola Acosta  
Gabriela Marta  
Alonsopérez  
Mirta Beatriz Álvarez  
María Elena Bazán  
Daniel Bonjour  
Emiliano J. Buis  
Andrea Costa  
Sebastián Cuenca  
Susana Isabel Estrada  
María Cristina Filippi  
Yamila Fuentes Francis  
Juan Carlos Ghirardi

Germán Giarocco  
Norma Alicia Juárez  
Favio Leonetti  
Luis Aníbal Maggio  
Gastón L. Medina  
Elvira Méndez Chang  
Laura Lilliana Micieli  
Marilina Andrea Miceli  
Patricia Silvina Mora  
Noelia Morchio  
Gabriela Victoria Morel  
Grecia Sofía Munive  
García

Alfonso Murillo Villar  
Leticia Núñez  
Soledad Andrea  
Peralta  
Norberto Darío Rinaldi  
Julieta Salomé  
Rodríguez  
Luis Rodríguez Ennes  
Mariana Verónica  
Sconda  
Giselle Trupia Verón  
Francisco Valenzuela  
Aránguiz  
Adrián Gustavo Vedia

**UFLO**  
UNIVERSIDAD

# Del *familiae emptor* en la *mancipatio familiae* a la figura del albacea en el Código Civil y Comercial de la Nación<sup>357</sup>

---

Por Mirta Beatriz Álvarez<sup>358</sup>

**Sumario:** I. El *familiae emptor*; II. La figura del albacea en el derecho sucesorio argentino; III. Conclusiones

## I. El *familiae emptor*

El derecho civil contemplaba dos formas antiguas de testar para los ciudadanos romanos: *in comitiis calatis* e *in procinctu*.<sup>359</sup> El primero

---

<sup>357</sup> El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a los libros quinto y sexto del Código Civil y Comercial de la Nación” que la autora dirige en UFLO Universidad.

<sup>358</sup> Profesora titular de Derecho Romano en las Facultades de Derecho de UFLO Universidad y de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora categorizada en el Sistema Nacional de Incentivos. Vicepresidenta de AIDROM y presidenta emérita de ADRA.

<sup>359</sup> El testamento *in comitiis calatis* era otorgado en forma oral en presencia del pueblo

se confeccionaba en tiempos de paz y el segundo, en época de guerra.

Surgió en época también antigua la necesidad de poder redactar testamento fuera de las oportunidades en que se reunían los comicios calados. Apareció así el testamento *per aes et libram*, como derivación de un acto conocido como *mancipatio familiae*, por cuanto se utilizaba el ritual de la *mancipatio* con la intervención del cobre y la balanza. Según manifiestan varios romanistas,<sup>360</sup> se trata de una elaboración jurisprudencial que revela el genio romano, ya que combina los efectos jurídicos de la *mancipatio* con los propios de las normas sobre los legados, y constituye un modo de eludir los requisitos del testamento comicial y de evitar la sucesión *ab-intestato*.<sup>361</sup>

Consiste en la venta que realiza el mancipante de todo el patrimonio (*familia*) a una persona de confianza (*familiae emptor*), encomendándole el disponente que a su muerte procediera al reparto de sus bienes de acuerdo con las instrucciones impartidas.

Puesto que no hay una institución de herederos, no podemos hablar técnicamente de un testamento. El *familiae emptor* no es un heredero, aunque ocupa el lugar de heredero, con el fin de realizar la partición de los bienes en la forma indicada por el mancipante.<sup>362</sup>

La profesora María Floriana Cursi<sup>363</sup> sostiene que la *mancipatio familiae*

---

reunido en los comicios curiados, presididos por el Pontífice. Estos comicios solo se reunían dos veces por año: en los *idus* de marzo y de mayo. El testamento *in procinctu* se celebraba ante el *populus* armado para el combate.

<sup>360</sup> SCHULZ, F. (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch, p. 230 ss.; WATSON, A. (1971). *Roman Private Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, p. 8.

<sup>361</sup> VOGLI, P. (1960). *Diritto Ereditario Romano I*. Milano: Guiffré, pp. 22-23.

<sup>362</sup> DI PIETRO, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 364 ss.

<sup>363</sup> CURSI, M. F. (2016). "La *mancipatio familiae*. Una forma di testamento?." En *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid: Dykinson, p. 186, sostiene: "La *mancipatio familiae*, quale atto fiduciario *mortis causa* alternativo al testamento, ha rappresentato un'importante novità sul piano giuridico. Essa asseconda l'esigenza economica, soprattutto plebea, di privilegiare

surge por la exigencia económica –sobre todo plebeya– de privilegiar la transmisión material de los bienes antes que la institución de un heredero político del grupo.

Esta forma de testamento se denomina *per aes et libram* pues se realiza por la forma de la *mancipatio* –modo de adquirir el dominio conforme al derecho civil romano, en el cual el adquirente declaraba ser propietario de la cosa en presencia del enajenante, de cinco testigos y del *libripens*, con el cobre y la balanza– la persona que recibía los bienes, llamada *familiae emptor*, los adquiría desde el momento de la celebración del acto (Gai., 2, 102).

Por tal razón, si el testador no moría, carecía de acción para hacer revocar la venta. Así, el carácter esencialmente revocable que distingue a todos los testamentos se veía deteriorado en esta forma de testar.<sup>364</sup>

La obligación del *familiae emptor* era de carácter moral, y si no cumplía con la voluntad del testador, nadie podía accionar contra él.

La única fuente con la que contamos para conocer esta institución es Gayo (I. 2, 102), quién nos refiere que en fecha incierta se produce un cambio que lo convierte en un verdadero testamento, conocido como testamento *per aes et libram*: “Se instituye por el testamento otro heredero encargado de distribuir los legados, quedando el otro por mera fórmula, por imitación del viejo derecho, para ser tenido como adquirente del patrimonio (*familiae emptor*)” (Gai., I. 2, 103).<sup>365</sup>

Si bien la figura del *familiae emptor* sigue presente,<sup>366</sup> la atención

---

nella successione *mortis causa* il materiale trasferimento di beni piuttosto che l'istituzione di un erede politico del gruppo?”

<sup>364</sup> DI PIETRO, A. (1987). *Gayo, Institutas, texto traducido, notas e introducción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 268 ss.

<sup>365</sup> *Ibidem*, Gayo... *op. cit.* p. 267.

<sup>366</sup> TALAMANCA, M. (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milan: Giuffré Editore, p. 717, asevera que en el testamento *per aes et libram* de la época tardorrepublicana y clásica, la *mancipatio* solo conserva una función meramente formal.

principal se desplaza hacia el mancipante,<sup>367</sup> quien en una declaración (*nuncupatio*) aprovecha la oportunidad para instituir heredero.<sup>368</sup> Vale decir que es el mancipante el que toma un papel activo por medio de su declaración. La propia Ley de la XII Tablas (6, 1) lo permite: “Cuando se cumpla el *nexum* y el *mancipium*, como se lo declare, que así sea ley”.<sup>369, 370</sup>

D’Ors<sup>371</sup> afirma que el testamento es uno de los cuatro logros del genio jurídico romano (juntamente con la distinción entre propiedad y posesión, la justa causa y los contratos consensuales). Los romanos adaptaron el negocio libral (*per aes et libram*), en función de venta sin precio real, para traspasar todos los bienes a una persona que a la muerte del disponente debería, con los poderes del propietario de que se hallaba investido, distribuir aquellos bienes en la forma dispuesta por el propietario. Era como una *lex* privada que un propietario daba para regir el destino de sus bienes para después de su muerte y las distintas disposiciones se llamaban *leges* (mandas, decimos en la actualidad).

El procedimiento es así: quien hace (el testamento) en presencia, como en las otras mancipaciones, de cinco testigos ciudadanos romanos púberes y un “*libripens*”,

---

<sup>367</sup> Si bien las alusiones al derecho de las sucesiones no son muy frecuentes en el corpus plautino, las referencias a la *mancipatio* se encuentran bien presentes en la obra del *sarsinate*. Así, encontramos en el *Persa*, concretamente en el acto IV, 3 525 y 4 589, dos casos concretos en donde el mancipante toma un papel activo y efectúa la declaración.

<sup>368</sup> DI PIETRO, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 364 ss.

<sup>369</sup> Tab. 6, 1: “*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*”.

<sup>370</sup> ROYO ARPON, J. (1997). *Palabras con poder*. Madrid: Marcial Pons, p. 68: “No deja de ser sintomático que en Tab. 6, 1, se distinga *nexum* de *mancipium*, como estableciendo diferencias entre las calidades de poder que subyacen al que se ostenta sobre las personas, frente al que se tiene sobre las cosas”.

<sup>371</sup> D’ORS, A. (1989). *Cuatro logros del genio jurídico romano*. Tomo 1989-B. Buenos Aires: La Ley, p. 598.

después de haber escrito las tablas del testamento, mancipa a un tercero –por mera formalidad– su patrimonio (*familia suam*) y en tales circunstancias, son usadas estas palabras por el *“familiae emptor”*: “Yo me encargo por mandato tuyo de custodiar tu familia y tu fortuna, y a fin de que tú puedas en derecho hacer tu testamento de acuerdo con la ley pública. Sean por mí compradas, por esta moneda de cobre” (y algunos agregan) “y por esta balanza de bronce” (...) Golpea entonces con el cobre la balanza y se lo da al testador en lugar del precio. Luego, el testador, teniendo las tablas del testamento dice así: “De acuerdo con lo que está escrito en estas tablas y en esta cera, yo doy, lego y testo, y por lo tanto vosotros, quirites, dadme testimonio de esto”. Esto es lo que se llama *nuncupatio*, porque *nuncupare* quiere decir designar (*nominare*) públicamente y confirmar de una manera general aquello que ha escrito detalladamente en las tablas del testamento” (Gai, I, 2, 104).<sup>372</sup>

El testamento *per aes et libram* fue la forma normal de testar conforme al *ius civile* durante todo el período clásico, por lo que los rituales de la *mancipatio* se tornaban obligatorios.<sup>373</sup>

---

<sup>372</sup> DI PIETRO, *Gayo...*, *op cit.*, p. 268 ss.

<sup>373</sup> RODRÍGUEZ, E. (1998). “El testamento nuncupativo: algunos aspectos terminológicos y de contenido, desde Roma al derecho moderno.” En *Actas del IV Congreso iberoamericano de Derecho Romano*. Tomo II, Colección Congresos. Vigo: Servicio de Publicaciones de Universidad de Vigo, p. 200, afirma citando a Schulz, Biondi y Arangio Ruiz: “La *mancipatio familiae* llegó a transformarse en el *testamentum per aes et libram* –producto artificial de la antigua jurisprudencia cautelar romana–, cuya fecha de entrada en vigor se desconoce, si bien se baraja que no fue posterior al siglo II a. C., permaneciendo inalterado hasta época posclásica.”

## II. La figura del albacea en el derecho sucesorio<sup>374</sup>

En este acápite haremos referencia a lo dispuesto en el Código Civil argentino y lo que dispone el Código Civil y Comercial de la Nación. Y lo haremos en el mismo apartado, por cuanto, como sostiene Ferrer,<sup>375</sup> en cuanto al albacea no hay modificaciones sustanciales, y se comprimen las normas vigentes.<sup>376</sup>

Por ese motivo haremos la mención de los artículos del Código velezano y del Código Civil y Comercial en cada tema, y destacaremos cuando exista alguna diferencia entre ambas legislaciones.

El Código Civil argentino, en el Libro IV, Sección I, Título XX “De los albaceas”, expresaba en su artículo 3844: “El testador puede nombrar uno o más personas encargadas del cumplimiento de su testamento”, y en el artículo 3845: “El nombramiento de un ejecutor testamentario debe hacerse bajo las formas prescriptas para los testamentos; pero no se precisa que se haga en el testamento mismo, cuya ejecución tiene por objeto asegurar”. De estos artículos se desprende que para Vélez Sarsfield, el albacea era un “ejecutor testamentario”,

---

<sup>374</sup> CORDOBA M. y SOLARI, N. (1993). *Derecho Sucesorio III*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 305: “El diccionario de la Real Academia Española refiere que ‘albacea’ viene del árabe ‘al-wasiyya’: persona encargada por el testador de cumplir la última voluntad y custodiar los bienes del finado”.

<sup>375</sup> FERRER, R. (2017). “El Derecho de las sucesiones en el Código Civil y Comercial” En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 6226, Texto del artículo 16908-1-10-20161230, 64.

<sup>376</sup> En el mismo sentido, CHACÓN F., y TORRES, S., *El albacea en el nuevo Código Civil y Comercial: concepto, orígenes históricos, naturaleza jurídica, tipos y características generales*, Cita RC D 391/2015, que sostiene que el albacea ha sido reformulado completamente en el CCC pero en accidente no en esencia. De los 31 artículos del CC actualmente son 9, algunos agrupan hasta tres artículos del código velezano. Y se ha mejorado la técnica legislativa.

encargado de hacer cumplir el testamento conforme a los deseos y la última voluntad del causante.<sup>377, 378</sup>

No hay una norma similar en el Código Civil y Comercial (en adelante, CCC), ya que no define al albacea. El capítulo 7, titulado “Albaceas”, del Título XI del Libro Quinto, en su primer artículo que es el 2523, se refiere directamente a las atribuciones.

Chacón y Torres<sup>379</sup> definen al albacea como la persona (humana o jurídica) encargada de cumplir y hacer cumplir la última voluntad del testador, según las instrucciones que le fueran impartidas por este último, o en defecto de ellas, las que según las circunstancias, sean necesarias para lograr tal fin, y que es designada por el testador en el testamento mismo o en cualquier otro medio que cumpla con las formalidades testamentarias.

---

<sup>377</sup> ZANNONI, E. (1992). *Manual de derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Astrea, p. 669 ss.: “Sin embargo, el albaceazgo ha constituido en la práctica, fuente de diversos conflictos con los herederos. Y esto ocurre porque, conforme al sistema romanista de la *successio in locus et ius* o, si se prefiere, de la ‘continuación’ de la persona del causante por el heredero que informa el derecho moderno de tradición romanista, la administración de la herencia, a partir de la propiedad y la posesión de los bienes relictos y, consiguientemente, la ejecución de las disposiciones del testador, competen a los propios herederos. El albaceazgo, en cambio, opera al estilo del *executor*, y ‘corresponde a la función de una administración liquidadora interpuesta entre el derecho del causante y el de los herederos, reducidos entonces a ser meros destinatarios del remanente”.

<sup>378</sup> CÓRDOBA y SOLARI, *op. cit.*, p. 305 ss.: “Consideramos que albacea es la persona designada por el testador con el fin de que **observe y ejecute** el fiel cumplimiento de la voluntad del causante. Destacamos aquellos dos términos, **observación y ejecución**, pues, generalmente, se asimila la función del albacea con la de ejecutor, y, así, se conoce la institución también con el nombre de ejecutor testamentario. Por el contrario, entendemos que el aspecto principal de su cargo es el de **observador**, pues su función reside fundamentalmente en la vigilancia y control para que se disponga y cumpla lo más fidedignamente la voluntad del testador”.

<sup>379</sup> CHACÓN y TORRES, *op. cit.*

Por su parte, Rojas y Quintana<sup>380</sup> afirman que el albacea es un controlador, pues su función consiste en la vigilancia y fiscalización para que se disponga y cumpla lo más fidedignamente la voluntad del testador.

## II. 1. Naturaleza jurídica

Es discutida en doctrina la naturaleza jurídica del albaceazgo:

### II. 1. a) Teoría de la representación

Algunos autores consideran que el albacea es un representante del *de cuius*. Para otros, el albacea es un representante de la herencia concebida como persona jurídica, distinta de los herederos.

Otra parte de la doctrina considera que el albacea es un representante de los legatarios, ya que generalmente se nombra al albacea para proteger a los legatarios del incumplimiento de las disposiciones testamentarias que los afectan, por parte de los herederos.

También puede considerarse que el albacea obra en representación de los herederos, aunque, precisamente, en muchos casos, el motivo que origina su nombramiento es evitar los abusos de los herederos.

### II. 1. b) Teoría del oficio

Messineo, Betti y otros autores consideran al albaceazgo como un oficio o cargo establecido por la ley.

---

<sup>380</sup> ROJAS J. y QUINTANA, M. "El rol del albacea en el proceso". En sitio [www.jorgerojas.com.ar](http://www.jorgerojas.com.ar). Última consulta 07/09/2021.

### II. 1. c) Teoría de la institución *sui generis*

Puig Peña manifiesta que el albaceazgo es de una naturaleza tal que no puede ser asimilable a otras instituciones conocidas, que tiene características propias que la hacen una figura jurídica independiente.

Los tribunales argentinos han sostenido, en alguna oportunidad, que el albaceazgo es un ente con características que le son propias, puesto que, en cuanto a sus funciones, actúa como mandatario del testador, y en lo atinente a sus obligaciones y responsabilidades, como si lo fuese de los herederos.<sup>381</sup>

### II. 1. d) Teoría del mandato

Esta teoría compartida por una amplia doctrina considera al albacea como un mandatario *post mortem* de naturaleza especial,<sup>382</sup> ya que es nombrado por el causante para hacer cumplir sus disposiciones testamentarias. Esta es la posición sustentada en la nota al artículo 3844 del CC, cuando Vélez expresaba que es mandatario del causante y no de los herederos.

Se trata de un mandato sin representación, pues el que lo confiere ha muerto ya, cuando el executor testamentario entra en funciones. Es un encargo, una misión, que importa el cumplimiento de órdenes o instrucciones.

Esta teoría está plasmada en el Código Civil suizo en su artículo 517 y el Código Civil alemán en el artículo 2218 y sustentada por la mayoría de la doctrina: Aubry et Rau, Planiol, Ripert, Josserand, Llerena, Machado, Fornieles, Lafaille, Cafferata, Fassi y Borda, entre otros.

---

<sup>381</sup> CORDOBA y SOLARI, *op. cit.*, p. 313.

<sup>382</sup> BORDA, G. (1988). *Manual de Sucesiones*, Buenos Aires: La Ley, p. 507 ss.

No encontramos una norma similar al artículo 3844 del CC en el Código Civil y Comercial.

## II. 1. e) Teoría de la gestión

Herrera, Caramelo y Picasso<sup>383</sup> sostienen que una tendencia predominante se inclina por considerar al albacea como un gestor de la sucesión, es decir que su misión se reduce a vigilar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el testamento, sin que deba interferir en la defensa de los intereses de los legatarios o herederos.

## II. 2. Caracteres

- 1) Es **personalísimo**,<sup>384</sup> ya que no puede delegar el mandato que ha recibido, pues la designación importa un acto de confianza personal del causante.<sup>385</sup> Sin embargo, puede el albacea nombrar mandatario que obre bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éste (conf. art. 3855 CC y 2525 CCC).

El artículo 3866, sin embargo, establecía que: “Cuando un funcionario ha sido en esta calidad nombrado ejecutor testamentario, sus poderes pasan a la persona que le sucede en la función”. En el mismo sentido lo establece el artículo 2524 *in fine* CCC. Se trata de una seudoexcepción al principio establecido en el artículo 3855 del CC: “El albacea no puede delegar el mandato que ha recibido, ni por su muerte pasa a sus herederos”, que se

---

<sup>383</sup> HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo VI. Buenos Aires: Infojus, p. 256.

<sup>384</sup> ZANNONI, *op. cit.*, p. 676 ss. denomina “*Indelegabilidad*” a este carácter del albaceazgo.

<sup>385</sup> BORDA, *op. cit.*, p. 510.

encuentra también en el artículo 2525 del CCC.

Además, el albaceazgo resulta indelegable, en el sentido de que el testador no puede establecer que su elección o determinación sea hecha por un tercero.<sup>386</sup>

- 2) Es **voluntario**, tanto para el causante en su facultad de nombrar un albacea (art. 3844 CC), como para la persona designada, en su facultad de aceptar el cargo. Más aún, habiendo aceptado el cargo puede posteriormente renunciar al mismo (art. 3865 *in fine* CC). El artículo 2531 del CCC establece precisamente a la renuncia como una causal de conclusión del albaceazgo.
  
- 3) Es **oneroso**, conforme al artículo 3872 del CC que establecía: “El albacea tiene derecho a una comisión que se gradúa según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión”. En igual sentido, lo dispone el artículo 2530 del CCC. En la nota al artículo 3872, Vélez Sarsfield fundamentaba el sentido de la contraprestación: “En la nota al artículo 1871 de este Código, establecemos que el mandato no es gratuito por su esencia, sino por su naturaleza, y que un salario u honorario no altera su carácter”.<sup>387</sup>
  
- 4) Es **testamentario**, porque su nombramiento debe constar en un testamento —en cualquiera de las formas de testar admitidas— aunque este sea posterior al que establezca las cláusulas testamentarias. Así lo establece el artículo 2524 del CCC.

---

<sup>386</sup> CORDOBA y SOLARI, *op. cit.*, p. 315.

<sup>387</sup> BORDA, *op. cit.*, p. 519 ss.: “Nuestro Código acepta así el carácter oneroso del albaceazgo, solución seguida por la mayor parte de las legislaciones modernas (...). Pocas son las leyes que mantienen el principio de la gratuidad (C. Civil español, art. 908; italiano, art. 711; portugués, art. 1892)”. También sostenía la gratuidad el Proyecto de García Goyena en el art. 739.

- 5) Es **temporal** en virtud de que su función se agota en el cumplimiento de la voluntad del causante. El término no está determinado por un plazo cierto, sino que dependerá de las circunstancias del caso.<sup>388</sup>

## II. 3. Capacidad para designar y ser designado albacea

### II. 3. a) Capacidad para designar albacea

Dado que la designación de albacea debe constar en un testamento, para nombrarle se requiere tener capacidad para testar (art. 3845 CC y art. 2524 CCC).

### II. 3. b) Capacidad para ser designado albacea

El artículo 3846 del CC establecía que pueden ser designados albaceas las personas capaces de obligarse, capacidad que se requiere al tiempo de ejercer el cargo<sup>389, 390</sup> (art. 2524 CCC).

---

<sup>388</sup> CORDOBA y SOLARI, *op. cit.*, p. 316, agregan: "El Anteproyecto de Bibiloni, en cambio, señala: 'Si el testador no hubiera fijado tiempo para la duración del albaceazgo, éste deberá realizarse dentro del año contado desde el día en que el albacea entró en ejercicio del cargo. El juez podrá prorrogar el plazo testamentario o el legal, si ocurrieron al albacea dificultades graves para evacuar su cargo dentro de él'" El plazo de un año es también el indicado en el Código Civil español para el desempeño de las tareas del albacea, como también lo establecía el Proyecto de García Goyena en el artículo 735.

<sup>389</sup> CORDOBA y SOLARI, *op. cit.*, p. 316: "La norma no guarda coherencia con lo establecido en el art. 1897 CC, en donde se dispone que el mandato puede ser válidamente dado a una persona incapaz de obligarse"

<sup>390</sup> ZANNONI, *op. cit.*, p. 677: "Vélez, que, como sabemos, consideró el albaceazgo como

El artículo 3848 del CC establecía que podían ser nombrados albaceas los herederos, legatarios, los testigos del testamento y el escribano ante quien se confecciona. El artículo 2530, 2º párrafo, del CCC establece que los albaceas pueden ser legatarios.

Con respecto a los fallidos y concursados, el artículo 2528 del CCC faculta a los herederos a pedir la destitución del albacea en caso de insolvencia, lo que en sentido amplio es comprensivo del concurso, la quiebra y el mal manejo de los negocios.

## II. 4. Facultades y deberes del albacea

### II. 4. a) Facultades

Como principio general el artículo 3851 del CC establecía: “Las facultades del albacea serán las que designe el testador con arreglo a las leyes”. El artículo 2523 del CCC sostiene que las facultades del albacea son las conferidas por el testador y omite la referencia a las leyes. Se debió agregar “con arreglo a las leyes” como lo expresaba la norma derogada (art. 3851 del CC), pues la facultad del testador reconoce límites en los derechos que la ley confiere a los herederos en tanto titulares de la herencia, a los que protege con más intensidad si se trata de herederos forzosos (art. 2447 del CCC).<sup>391, 392</sup>

---

un mandato del testador al albacea, justificó la diferente solución diciendo que ‘en el mandato ordinario él – alude al mandante– es solo quien sufre por la incapacidad de su mandatario: tiene siempre el recurso de revocar el mandato cuando le parezca, mientras que cuando el ejecutor testamentario es incapaz, son los herederos o legatarios a los cuales la incapacidad del legatario (debe leerse albacea) puede perjudicar sin que ellos hayan participado en su nombramiento, y sin que tengan el poder de revocarlo’ (nota al art. 3846)”

<sup>391</sup> FERRER, R. “El Derecho de las sucesiones en el Código Civil y Comercial”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 6226, Texto del artículo 16908-1-10-20161230, 64.

<sup>392</sup> Conforme fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal,

En la nota al referido artículo, Vélez Sarsfield explicaba que, siendo las facultades del albacea una restricción a las facultades de administración y libre disposición de los herederos, las amplias atribuciones que el testador puede atribuir al albacea se encuentran restringidas por los preceptos legales, ya que no podría afectar la legítima de ningún heredero distribuyendo a su arbitrio los bienes. El artículo 3863 del CC disponía que el nombramiento de un albacea, deja a los herederos y legatarios todos los derechos cuyo ejercicio no se atribuye especialmente a aquel y lo mismo dispone el artículo 2528 del CCC.

#### • **Facultades del albacea cuando el causante no las ha fijado**

El artículo 3851, 2ª parte, establecía que el ejecutor testamentario tendría todos los poderes que según las circunstancias fueran necesarias para la ejecución de la voluntad del testador y en igual sentido se expresa el artículo 2523 del CCC. Dentro de estas facultades se enumeran:

- 1) Debe quedar en su poder una parte de la herencia suficiente para pagar los gastos y legados (art. 3852 del CC y art. 2526, 2º párr., del CCC). El albacea debe requerir a los herederos la entrega de los bienes necesarios, ya que son éstos los que tienen la posesión de pleno derecho y en el caso que los herederos tuvieren justo temor sobre la seguridad de los bienes, podrán

---

Sala G, en autos G.A.M. s/sucesión testamentaria, se dictaminó: “Corresponde rechazar la sucesión intentada por el albacea testamentario, pues, si existen herederos testamentarios a los que les compete la posesión y administración de la herencia y la responsabilidad por el cumplimiento de los legados, resulta palmario que aquel habrá de limitarse a vigilar y controlar el cumplimiento de la voluntad del causante, sin que el testador pueda acordarle otras facultades que signifiquen desnaturalizar la gestión que les compete a los herederos”  
 Fecha: 24-feb-2016; Cita: MJ-JU-M-97760-AR | MJJ97760 | MJJ97760.

pedirle las garantías necesarias (art. 3853 del CC y art. 2528 *in fine* del CCC). Las medidas precautorias que se aplicarán y la cantidad de bienes que quedarán en manos del albacea, en caso de desacuerdo, serán establecidas por el juez de la sucesión.

- 2) El albacea debe pagar las mandas con conocimiento de los herederos, pues éstos pueden oponerse en el caso de que vean afectadas sus legítimas (art. 3859 del CC y art. 2526, 3º párr., del CCC). Si el albacea no pusiera en conocimiento de los herederos el pago de algún legado, este es nulo y el albacea será responsable por los daños y perjuicios que ocasione a los herederos, si éstos prueban la ineficacia de los legados. Por otra parte, el albacea puede pagar las deudas, si no son controvertidas y los herederos no se oponen a tal pago. No puede el albacea reconocer deudas, y los acreedores que demanden el pago de deudas deben hacerlo contra la sucesión y no contra el albacea. Conforme al artículo 3562 del CC, el albacea era ajeno a los juicios que se promovieran contra la sucesión, salvo en el caso de que no hubiere herederos, donde las facultades del albacea se aumentan (aspecto tratado en el punto 6) (art. 2529 del CCC).
- 3) El artículo 3861 del CC establece la facultad del albacea de demandar a los herederos y legatarios por la ejecución de las cargas que el testador les hubiere impuesto en su propio interés. Lo mismo dispone el artículo 2526, 2º párr., del CCC. En el caso que el testador no hubiere autorizado al albacea a cumplir con las cargas él mismo, el executor testamentario solo puede exigir el cumplimiento a los herederos.
- 4) El albacea puede vender bienes muebles o inmuebles, si ha sido facultado por el testador, pero solamente los bienes que fueran indispensables para la ejecución del testamento, con el acuerdo de los herederos o autorizado por juez competente (art. 3856

del CC y art. 2529 *in fine* del CCC). De no estar facultado por el testador expresamente para la venta de bienes, siendo ésta necesaria, podrá realizarse con acuerdo de los herederos o autorización judicial. La venta debe hacerse en pública subasta, estando impedido el albacea de adquirir dichos bienes.

- 5) De acuerdo con el Código velezano, tenía facultad para intervenir en los procesos relativos a la validez del testamento o de alguna de sus cláusulas (art. 3862, 1ª parte, del CC), pero no para promover la nulidad del testamento en que se lo designa, ni actuar en las demandas contra la sucesión. Actualmente es un deber legal para el albacea intervenir, según expresa el artículo 2529 *in fine* del CCC. En cuanto a las demandas promovidas por la sucesión, el albacea es ajeno a intervenir en ellas, debiendo hacerlo los herederos o el administrador judicial de la sucesión. En el supuesto de que el proceso tienda a hacer ingresar bienes a la sucesión, para cumplir con la voluntad del testador el albacea tiene personería para demandar. Con respecto a las transacciones de derechos y obligaciones de la testamentaría, los albaceas no pueden hacerlas sin autorización de juez competente, con previa audiencia de los interesados (art. 841, inc. 4, del CC y art. 1646, inc. c), del CCC).
- 6) En el caso de que no existieran herederos, el artículo 3854 del CC establecía que le correspondía al albacea la posesión de la herencia.<sup>393, 394</sup> Vélez en su nota explicaba que esta posesión era en

---

<sup>393</sup> El artículo 3852 comenzaba disponiendo que “habiendo herederos forzosos, o herederos instituidos en el testamento, la posesión de la herencia corresponde a los herederos”

<sup>394</sup> El Proyecto de Unificación del Código Civil y del Código de Comercio de 1999 en su artículo 2472 eliminaba este controvertido concepto y establecía: “Cuando no haya herederos o cuando los legados insuman la totalidad del haber sucesorio, el albacea es el representante

calidad de *depósito o secuestro* (nótese la influencia romanista del vocablo), para satisfacer con ella los derechos constituidos por el testamento. En estos casos, el albacea tramitaba la sucesión, intervenía en las demandas promovidas por y contra la sucesión y podía vender los bienes. Es decir, que las facultades se ampliaban en caso de ausencia de herederos. En cambio, el artículo 2529 del CCC no se refiere a la posesión de la herencia sino que, al igual que el Proyecto de 1999, establece que en ese supuesto el albacea es el representante de la sucesión. Le compete la administración de los bienes sucesorios conforme lo establecido para el curador de la herencia vacante. Vale decir que el albacea solamente administra si no hay herederos,<sup>395</sup> mientras que por el artículo 2347 se considera nombrado administrador a quien el testador haya señalado expresamente como tal, o lo haya designado como liquidador de la sucesión, albacea, ejecutor testamentario o de otra manera similar. Vemos cómo la norma del artículo 2529 CCC es acorde con la función tradicional del albacea, siendo éste el encargado de cumplir con las mandas del testador y solamente otorgó la función de administrador para el caso de inexistencia de herederos.

- 7) Tiene derecho a percibir honorarios (art. 3872 del CC). Los puede fijar el testador y en el caso que sean excesivos, los herederos pueden oponerse a ellos si afectan su legítima. En caso de no estar fijados por el testador, los regulará el juez de la sucesión, según el trabajo y la importancia de los bienes. Así lo dispone también el artículo 2530 del CCC. En el supuesto del albacea abogado deben abonarse por separado los honorarios

---

de la sucesión (...). Le compete la administración de los bienes sucesorios conforme a lo establecido para el curador de la herencia vacante.”

<sup>395</sup> CHACÓN y TORRES, *op. cit.*

que le correspondan por el trabajo realizado en ejercicio de su profesión.<sup>396</sup> Los honorarios del albacea deben ser considerados a cargo de la masa hereditaria.

- 8) El artículo 2530 *in fine* establece que se le deben reembolsar los gastos al albacea. Se trata de los gastos necesarios para cumplir con su función y que ha anticipado con recursos propios. El albacea tiene derecho a que le sean reembolsados una vez que rinda cuentas, ya que son a cargo de la sucesión.

## II. 4. b) Deberes

- **Inventario:** El artículo 3857 del CC obligaba al albacea a asegurar los bienes dejados por el testador y a realizar su inventario, con citación de los herederos, legatarios y otros interesados. En el mismo sentido lo dispone el artículo 2526 del CCC. El artículo 3858 del CC establecía que el testador no podía dispensar al albacea de la obligación de realizar el inventario,<sup>397</sup> lo que reitera el artículo 2523, 1° párr. *in fine*, del CCC.
- **Rendición de cuentas:** El albacea está obligado a dar cuenta a los herederos de su administración, aunque el testador lo hubiese eximido de hacerlo (art. 3868 del CC y art. 2526 *in fine* del CCC). Los interesados en la rendición de cuentas sí pueden eximirlo. La rendición de cuentas debe hacerse ante

---

<sup>396</sup> BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Tomo II, C. Buenos Aires: Hammurabi, p.615.

<sup>397</sup> CÓRDOBA y SOLARI, *op. cit.*, p. 354: "El inventario puede ser realizado en forma privada, siempre y cuando los herederos fueren mayores y capaces, en cambio, si existiere algún heredero menor, ausente o incapaz, el inventario deberá efectuarse en forma judicial".

el juez de la sucesión y el albacea tiene derecho a descontar los gastos realizados en ejercicio de su función y los honorarios que le hubieren regulado (arts. 3872 y 3873 del CC y art. 2530 *in fine* del CCC).

- **Responsabilidad:** Conforme el artículo 3869 del CC era responsable de su administración ante los herederos y legatarios, y en caso de exceso o incumplimiento de sus funciones debía afrontar los daños y perjuicios consiguientes.<sup>398</sup> En el mismo sentido pero con mayor precisión técnica, lo dispone el artículo 2527 del CCC. La solución resulta atinada, ya que el albacea está administrando bienes ajenos, y si su accionar ha provocado un daño a los herederos o legatarios, debe resarcirlos.<sup>399</sup>

## II. 5. Pluralidad de albaceas<sup>400, 401</sup>

El testador puede designar varios albaceas, a fin de que ejerzan funciones en forma sucesiva o conjunta. Así lo disponían los artículos 3870

---

<sup>398</sup> BORDA, *op. cit.*, p. 519: "Aunque el texto solo alude 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 y los beneficiarios de cargos. La responsabilidad del albacea surge de su calidad de mandatario y se rige por los principios que gobiernan este contrato."

<sup>399</sup> BUERES, *op. cit.*, p. 613.

<sup>400</sup> ZANNONI, *op. cit.*, p. 689: "Cabe, si se quiere, la consideración de situaciones especiales que también importan la conclusión del albaceazgo: (...) si fuesen inoficiosas las mandas o legados ordenados en el testamento cuya ejecución compete al albacea, o se venciere el plazo acordado al albacea para la ejecución testamentaria."

<sup>401</sup> El Proyecto de unificación del Código Civil y el Código de Comercio cit., en su artículo 2474, 2º párrafo, establecía: "Cuando por cualquier causa cesa el albacea designado y subsiste

(“Cuando son varios los albaceas nombrados bajo cualquiera denominación que lo sean, el albaceazgo será ejercido por cada uno de los nombrados en el orden en que estuvieran designados, a no ser que el testador hubiese dispuesto expresamente que se ejerciera de común acuerdo entre los nombrados. En este último caso, todos son solidarios. Las discordias que puedan nacer serán dirimidas por el juez de la sucesión”) y 3871 (“Si hay varios albaceas solidarios, uno solo podrá obrar a falta de los otros”) del CC. En forma similar, aunque sin referirse a la solidaridad, lo establece el artículo 2523, 2º párr., del CCC.

## II. 6. Conclusión del albaceazgo

- a) Ejecución completa del testamento (art. 3865 CC y art. 2531 CCC).
- b) Incapacidad sobreviniente del albacea (art. 3865 del CC y art. 2531 del CCC).
- c) Muerte del albacea (art. 3865 del CC y art. 2531 del CCC).
- d) Destitución ordenada por el juez (art. 3865 del CC). Los herederos pueden solicitar la destitución por incapacidad del albacea para el cumplimiento del testamento, o por mala conducta en sus funciones, o por haber quebrado en sus negocios. Así también lo dispone el artículo 2531 del CCC.
- e) Renuncia voluntaria del albacea (art. 3865 del CC y art. 2531 del CCC).

---

2474, 2º párrafo, establecía: “Cuando por cualquier causa cesa el albacea designado y subsiste la necesidad de llenar el cargo vacante, lo provee el tribunal con audiencia de los herederos y legatarios”. En cambio, el artículo 3867 del CC establecía en ese caso que los herederos y legatarios pueden ponerse de acuerdo para nombrar un ejecutor testamentario; pero si no lo hicieron, los acreedores de la sucesión u otros interesados, no pueden pedir el nombramiento de albacea.

- f) Por nulidad o revocación del testamento, pues al caer el acto que dio origen al nombramiento del albacea este no tiene razón para subsistir.
- g) Por el vencimiento del plazo fijado por el testador. Esta es una novedad del CCC en su artículo 2531, pues no estaba considerado en el CC.

### III. Conclusiones

De las Institutas de Gayo (2, 104) surge claramente la similitud entre el albacea del derecho argentino y el *familiae emptor*, cuando este último se compromete a custodiar y vigilar el patrimonio para que se cumplan las disposiciones del causante.<sup>402</sup>

Como señala García Goyena,<sup>403</sup> poco o casi nada es lo que se encuentra en derecho romano sobre albaceas o ejecutores testamentarios.<sup>404</sup>

---

<sup>402</sup> DI PIETRO, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 364: "A la muerte del causante, el *familiae emptor*, ocupando el lugar del heredero, era en realidad 'propietario fiduciario', que debía ejecutar las instrucciones dadas. Es algo parecido a lo que luego será, en el derecho actual, un 'albacea', figura que no tuvo luego desarrollo en el Derecho Romano".

<sup>403</sup> GARCÍA GOYENA, F. (1853). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo II. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, p. 157 en el comentario al art. 729 del Proyecto y continúa: "(...) el cumplimiento de las últimas voluntades corría a cargo del heredero, que, aún entre nosotros es ejecutor legítimo. Sin embargo, en la Novela 18 del Emperador León, en la ley 28 párrafo 1, título 2, libro 1 del Código, en la 7 título 5, libro 35 del Digesto y en alguna otra, se encuentran pruebas de que no les era desconocido este encargo, al menos para cosas especiales".

<sup>404</sup> BERNAD SEGARRA, L. (1998). "Algunas consideraciones sobre la ejecución testamentaria". En *Actas IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Tomo I. Colección Congresos. Vigo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo, p. 165 en el mismo sentido, sostiene:

Sin embargo, considerando al albacea como la persona nombrada por el causante para realizar la distribución de sus bienes entre herederos y legatarios, podemos encontrar como antecedente del albaceazgo, la figura del “*familiae emptor*” del derecho romano.<sup>405</sup>

Sin perjuicio de las diferencias que pudieran existir entre ambas instituciones,<sup>406</sup> lo más relevante es que tanto la designación del *familiae emptor* como la del albacea, importan un acto de confianza del causante hacia el ejecutor testamentario, siendo la *fides*<sup>407</sup> el principio que da sentido y fundamento a ambas figuras.

Los romanos practicaron esta vivencia de la *fides* de una manera muy

---

“Nos reafirmamos en la idea expresada al comienzo de este artículo sobre la dificultad de encontrar el origen del ejecutor testamentario en el derecho romano propio de la época clásica, pero, al mismo tiempo, pensamos que ello no es obstáculo para entender que sus raíces se encuentran en el derecho propio de la época post-clásica, que también es derecho romano.”

<sup>405</sup> CÓRDOBA y SOLARI, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 306 s.s.: “Los orígenes romanos de la ejecución se encontrarían en el *familiae emptor*, en la herencia yacente y en los ‘fideicomisos particulares’. El *familiae emptor* era la persona a la que se le transferían los bienes –ante una situación de muerte inminente– por medio de la *mancipatio* con el fin de que los transmitiera a cierta o a ciertas personas, en el caso de producirse su fallecimiento. Por lo que se trataba de un acto de confianza, quedando la voluntad del causante librada a la buena fe y lealtad del *familiae emptor*.”

<sup>406</sup> Podemos mencionar entre esas diferencias, la consideración del momento en que debe gozar de “capacidad” cada uno, del principio de gratuidad en la función del *familiae emptor* y el de la onerosidad que rige la labor del albacea, como así también la imposibilidad de que el *familiae emptor* fuera a su vez, heredero, legatario o testigo del acto, situaciones que se encontraban permitidas expresamente en la figura del albacea en el Código Civil argentino.

<sup>407</sup> DI PIETRO, A. (2001). “El respeto a la palabra dada.” En *El Derecho*, 10320, p. 2 ss.: “Esta es una palabra que posee una polisemia muy amplia. A veces significa ‘confianza’ que depositamos en otro, también hace referencia a la ‘lealtad’ que es debida en los actos de comportamiento, tanto de los ciudadanos particulares, como de la propia Roma respecto de otros pueblos”.

particular, preciándose de haberla mantenido en el más alto grado de consideración y respeto.<sup>408</sup>

Estrada afirma que es uno de los principios rectores del comportamiento social y jurídico del romano, de modo que, podemos afirmar, constituyó uno de los rasgos más destacados de su identidad.<sup>409</sup>

Es de esperar que este principio rector de derecho que se ha mantenido inalterable a través de los siglos en Roma, continúe siendo el sustento de todas las instituciones jurídicas actuales.

## Bibliografía

- BERNAD SEGARRA, L. (1998). “Algunas consideraciones sobre la ejecución testamentaria”. En *Actas IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Tomo I. Colección Congresos. Vigo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo.

- BORDA, G. (1988). *Manual de Sucesiones*, Buenos Aires: La Ley.

- BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Tomo II C. Buenos Aires: Hammurabi.

- CÓRDOBA M. y SOLARI, N. (1993). *Derecho Sucesorio III*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

- CURSI, M. F. (2016). “La *mancipatio familiae*. Una forma di testamento?”. En *Homenaje al Profesor Armando Torrent*. Madrid: Dykinson.

---

<sup>408</sup> *Ibidem*, op. cit.

<sup>409</sup> ESTRADA, S. (2003). “La *fides* como principio de identidad del sistema jurídico romano”. En *Representaciones identitarias de la Roma Antigua*, Tucumán, p. 145 ss.

- DI PIETRO, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.
- DI PIETRO, A. (1987). *Gayo, Institutas, texto traducido, notas e introducción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- DI PIETRO, A. (2001). “El respeto a la palabra dada”. En *El Derecho*, 10320.
- D’ORS, A. (1989). *Cuatro logros del genio jurídico romano*. Tomo 1989-B. Buenos Aires: La Ley.
- ESTRADA, S. (2003). “La *fides* como principio de identidad del sistema jurídico romano”. En *Representaciones identitarias de la Roma Antigua*, Tucumán.
- GARCÍA GOYENA, F. (1853). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo II. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.
- HERRERA, M. CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo VI. Buenos Aires: Infojus.
- RODRÍGUEZ, E. (1998). “El testamento nuncupativo: algunos aspectos terminológicos y de contenido, desde Roma al derecho moderno”. En *Actas del IV Congreso iberoamericano de Derecho Romano*. Tomo II, Colección Congresos. Vigo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo.
- ROYO ARPÓN, J. (1997). *Palabras con poder*. Madrid: Marcial Pons.
- SCHULZ, F. (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch.

- TALAMANCA, M. (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffré.
- VOICI, P. (1960). *Diritto Ereditario Romano I*. Milano: Giuffré.
- WATSON, A. (1971). *Roman Private Law*. Edinburgh: University of Edinburgh.
- ZANNONI, E. (1992). *Manual de derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Astrea.

### Artículos on line

- CHACÓN F., y TORRES, S., *El albacea en el nuevo Código Civil y Comercial: concepto, orígenes históricos, naturaleza jurídica, tipos y características generales*, Cita RC D 391/2015.
- FERRER, R. “El Derecho de las sucesiones en el Código Civil y Comercial”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 6226, Texto del artículo 16908-1-10-20161230.
- ROJAS J. y QUINTANA, M. “El rol del albacea en el proceso”. En sitio [www.jorgerojas.com.ar](http://www.jorgerojas.com.ar). Última consulta 07/09/2021.