EL ROL DEL *FAMILIAE EMPTOR* EN LA *MANCIPATIO FAMILIAE* (TESTAMENTO *PER AES ET LIBRAM*). HIPÓTESIS DE RECEPCIÓN DE ESA FIGURA EN EL DERECHO SUCESORIO ACTUAL

MIRTA BEATRIZ ALVAREZ

Profesora Adjunta Regular de Derecho Romano y Co-Directora del Proyecto de Investigación UBA-CyT "D-021", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina

I — EL ROL DEL *FAMILIAE EMPTOR*

El Derecho Civil contemplaba dos formas antiguas de testar para los ciudadanos romanos: *in comitiis calatis* e *in procinctu* (1). El primero 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 nos manifiestan varios romanistas (2),

(1) El testamento in *comitiis calatis* era otorgado en forma oral en presencia del pueblo reunido en los comicios curiados, presididos por el Pontífice. Estos comicios sólo 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.

(2) F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico,* Barcelona, 1960, 230 ss.

A. WATSON, *Roman Private Law*, Edinburgh, 1971, 8.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739

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* ([3]).

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 ([4]).

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* — la persona que recibía los bienes, llamada *familiae emptor*, los adquiría desde el momento de la celebración del acto (Gai., I. 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 ([5]).

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) ([6]).

Si bien la figura del *familiae emptor* sigue presente ([7]), la atención prin-

([3]) P. Voci, *Diritto Ereditario Romano I*, Milano, 1960, 22-23.

([4]) A. Di Pietro, *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, 1996, 364 ss.

([5]) A. Di Pietro, *Gayo, Institutas, texto traducido, notas e introducción*, Buenos Aires, 1987, 268 ss.

([6]) A. Di Pietro, *Gayo*, cit., 267.

([7]) M. Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano,* Milano, 1990, 717, asevera que

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739

cipal se desplaza hacia el mancipante (8), quién en una declaración (*nuncupatio*), aprovecha la oportunidad para instituir heredero (9). 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" (10) (11).

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.

"… El procedimiento es así: quien hace (el testamento) en presencia, como en las otras mancipaciones, de cinco testigos ciudadanos Romanos púberes y un "*libripens*", 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 TU PUEDAS EN DERECHO HACER TU TESTAMENTO DE ACUERDO CON LA LEY PUBLICA. SEAN POR MI 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 ESTA ESCRITO EN ESTAS TABLAS Y EN ESTA CERA, YO DOY, LEGO Y TESTO, Y POR LO TANTO VOSOTROS, QUIRITES, DADME TESTIMONIO DE

---

en el testamento *per aes et libram* de la época tardo-republicana y clásica, la *mancipatio* sólo conserva una función meramente formal.

(8) 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.

(9) A. Di Pietro, *Derecho,* cit., 364 ss.

(10) Tab. 6, 1: *"CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITS IUS ESTO".*

(11) J. Royo Arpon, *Palabras con poder,* Madrid, 1997, 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".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739

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) ([12]).

II — HIPOTESIS DE RECEPCION DE LA FIGURA EN EL DERECHO SUCESORIO ACTUAL: EL ALBACEA ([13])

El Código Civil Argentino, en el Libro IV, Sección I, Título XX "De los albaceas", expresa en sus artículos 3844: "El testador puede nombrar uno o más personas encargadas del cumplimiento de su testamento". Y en el 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 es un "ejecutor testamentario", encargado de hacer cumplir el testamento conforme a los deseos y la última voluntad del causante ([14]) ([15]).

([12]) A. Di Pietro, *Gayo,* cit., 268 ss.

([13]) M. Cordoba y N. Solari, *Derecho Sucesorio III,* Buenos Aires, 1993, 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".

([14]) E. Zannoni, *Manual de derecho de las sucesiones,* Buenos Aires, 1992, 669 ss.: "Sin embargo, el albaceazgo ha constituído en la práctica fuentes de diversos conflictos con los heredeross. 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".

([15]) M. Cordoba y N. Solari, *Derecho,* cit., 305 s.: "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".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739

i) Naturaleza juridica

Es discutida en doctrina la naturaleza jurídica del albaceazgo:

a) Teoría de la Representación

Algunos autores consideran que el albacea es un representante del *de cujus*, 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.

b) Teoría del oficio

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

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 ([16]).

d) Teoría del Mandato

Esta teoría compartida por una amplia doctrina, considera al albacea como un mandatario *post mortem* de naturaleza especial ([17]), ya que es nom-

([16]) M. Cordoba y N. Solari, *Derecho*, cit., 313.
([17]) G. Borda, *Manual de Sucesiones*, Buenos Aires, 1988, 507 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739

brado por el causante para hacer cumplir sus disposiciones testamentarias. Esta es la posición sustentada en la nota al art. 3844, cuando Vélez expresa 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 ejecutor testamentario entra en funciones. Es un encargo, una misión, importa el cumplimiento de órdenes o instrucciones.

Esta teoría está plasmada en el Código Civil Suizo en su art. 517 y el Código Civil Alemán art. 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.

ii) Caracteres

1) Es *personalísimo* ([18]), ya que no puede delegar el mandato que ha recibido, pues la designación importa un acto de confianza personal del causante ([19]). Sin embargo, puede el albacea nombrar mandatario que obre bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éste (conf. art. 3855).

El artículo 3866, sin embargo, establece que: "Cuando un funcionario ha sido en esta calidad nombrado ejecutor testamentario, sus poderes pasan a la persona que le sucede en la función". Se trata de una seudoexcepción al principio establecido en el art. 3855: "El albacea no puede delegar el mandato que ha recibido, ni por su muerte pasa a sus herederos…".

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 ([20]).

2) Es voluntario, tanto para el causante en su facultad de nombrar un albacea (art. 3844), 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*).

3) Es oneroso, conforme al art. 3872 que establece: "El albacea tiene derecho a una comisión que se gradúa según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión".

En la nota al art. 3872, Vélez Sarsfield fundamenta el sentido de la contraprestación: "En la nota al art. 1871 de esta Código, establecemos que el man-

([18]) E. ZANNONI, *Manual*, cit., 676 s., denomina "*Indelegabilidad*", a este carácter del albaceazgo.

([19]) G. BORDA, *Manual,* cit., 510.

([20]) M. CORDOBA Y N. SOLARI, *Derecho*, cit., 315.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739

dato no es gratuito por su esencia, sino por su naturaleza, y que un salario u honorario no altera su carácter" ([21]).

4) Es testamentario, porque su nombramiento debe constar en un testamento — en cualquiera de las formas de testar admitidas — aunque éste sea posterior al que establezca las cláusulas testamentarias.

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 ([22]).

iii) Capacidad para designar y ser designado albacea

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).

B) Capacidad para ser designado albacea

El art. 3846 establece que pueden ser designados albaceas las personas capaces de obligarse, capacidad que se requiere al tiempo de ejercer el cargo ([23]) ([24]).

([21]) G. BORDA, *Manual,* cit., 519 s.: "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)."

([22]) M. CORDOBA Y N. SOLARI, *Derecho,* cit., 316, y 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.

([23]) M. CORDOBA Y N. SOLARI, *Derecho*, cit., 316: "La norma no guarda coherencia con lo establecido en el art. 1897 C.C., en donde se dispone que el mandato puede ser válidamente dado a una persona incapaz de obligarse".

([24]) E. ZANNONI, *Manual*, cit., 677: "Vélez, que, como sabemos, consideró el albaceazgo como un mandato del testador al albacea, justificó la diferente solución diciendo que en el mandato ordinario él — alude al mandante — es sólo 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 lega-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739

El art. 3848 C.C. establece que pueden ser nombrados albaceas los herederos, legatarios, los testigos del testamento y el escribano ante quién se confecciona.

iv) Facultades y deberes del albacea

iv) 1. Facultades

Como principio general el art. 3851 establece: "Las facultades del albacea serán las que designe el testador con arreglo a las leyes…".

En la nota al referido artículo, Vélez Sarsfield explica que, siendo las facultades del albcea 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 art. 3863 dispone que el nombramiento de un albacea, deja a los herederos y legatarios todos los derechos cuyo ejercicio no se atribuye especialmente a aquél.

Facultades del albacea cuando el causante no las ha fijado

El art. 3851, 2da. parte, establece que el ejecutor testamentario tendrá todos los poderes que según las circunstancias sean necesarias para la ejecución de la voluntad del testador.

Dentro de estas facultades el Código Civil enumera:

1) Debe quedar en su poder una parte de la herencia suficiente para pagar los gastos y legados — art. 3852 C.C.

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 pedirle las garantías necesarias — art. 3853 C.C.

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.

---

tarios 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)".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739

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 C.C.

Si el albacea no pusiera en conocimiento de los herederos el pago de algún legado, éste 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 art. 3562, el albacea es ajeno a los juicios que se promuevan contra la sucesión.

3) El art. 3861 C.C. 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.

En el caso que el testador no hubiere autorizado al albacea a cumplir con las cargas de él mismo, el ejecutor testamentario sólo 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 C.C.).

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) Tiene facultad para intervenir en los procesos relativos a la validez del testamento o de alguna de sus cláusulas (art. 3862, 1era. parte, C.C.), pero no para promover la nulidad del testamento en qaue se lo designa, ni actuar en las demandas contra la sucesión.

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, C.C.).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739

6) En el caso de que no existieran herederos, el art. 3854 establece que le corresponde al albacea la posesión de la herencia ([25]) ([26]).

Vélez en su nota explica que esta posesión será en 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 tramita la sucesión, interviene en las demandas promovidas por y contra la sucesión y puede vender los bienes. Es decir, que las facultades se amplían en caso de ausencia de herederos.

7) Tiene derecho a percibir honorarios (art. 3872 C.C.). 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.

Los honorarios del albacea deben ser considerados a cargo de la masa hereditaria.

iv) 2. Deberes

1) Inventario — El art. 3857 obliga al albacea a asegurar los bienes dejados por el testador y a realizar su inventario, con citación de los herederos, legatarios y otros interesados.

El art. 3858 establece que el testador no puede dispensar al albacea de la obligación de realizar el inventario ([27]).

2) Rendición de cuentas — El albacea está obligado a dar cuenta da los herederos de su administración, aunque el testador lo hubiese eximido de hacerlo (art. 3868 C.C.).

Los interesados en la rendición de cuentas, sí pueden eximirlo. La rendición de cuentas debe hacerse ante el juez de la sucesión y el albacea tiene

---

([25]) El art. 3852 comienza disponiendo que "*habiendo herederos forzosos, o herederos instituídos en el testamento, la posesión de la herencia corresponde a los herederos*".

([26]) El Proyecto de Unificación del Código Civil y del Código de Comercio de 1999 en su art. 2472 elimina este controvertido concepto y establece: "Cuando no haya herederos o cuando los legados insuman la totalidad del haber sucesorio, el albacea es el representante de la sucesión… Le compete la administración de los bienes sucesorios conforme a lo establecido para el curador de la herencia vacante…".

([27]) M. CORDOBA Y N. SOLARI, *Derecho*, cit., 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".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739

derecho a descontar los gastos realizados en ejercicio de su función y los honorarios que le hubieren regulado (artículos 3872 y 3873 C.C.).

3) Responsabilidad — Conforme el art. 3869 es responsable de su administración ante los herederos y legatarios, y en caso de exceso o incumplimiento de sus funciones, deberá afrontar los daños y perjuicios consiguientes ([28]).

v) Pluralidad de albaceas

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

vi) Conclusion del albaceazgo ([29]) ([30])

a) Ejecución completa del testamento — art. 3865 C.C.
b) Incapacidad sobreviniente del albacea — art. 3865 C.C.
c) Muerte del albacea — art. 3865 C.C.
d) Destitución ordenada por el juez — art. 3865 C.C. Los herederos

([28]) G. BORDA, *Manual*, cit., 519: "Aunque el texto sólo 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".

([29]) E. ZANNONI, *Manual*, cit., 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".

([30]) El Proyecto de unificación del Código Civil y el Código de Comercio cit., en su art. 2474, 2.º párrafo, establece: "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 art. 3867 del C.C. establece en ese caso, que los herederos y legatarios pueden ponerse de acuerdo para nombrar un ejecutor testamentario; pero si no lo hicieren, los acreedores de la sucesión u otros interesados, no pueden pedir el nombramiento de albacea.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739

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.

e) Renuncia voluntaria del albacea — art. 3865 C.C.

f) Por nulidad o revocación del testamento, pues al caer el acto que dio origen al nombramiento del albacea, éste no tiene razón para subsistir.

III — CONCLUSIONES

De las Institutas de Gayo (2, 104) surge claramente la similitud entre el albacea del derecho argentino y el *familiae emptor*, cuando éste último se compromete a custodiar y vigilar el patrimonio para que se cumplan las disposiciones del causante ([31]).

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 ([32]).

Sin perjuicio de las diferencias que puedan existir entre ambas instituciones ([33]), lo más relevante es que tanto la designación del *familiae emptor* como la del albacea, importan un acto de confianza del causante hacia el

([31]) A. Di Pietro, *Derecho,* cit., 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".

([32]) M. Cordoba y N. Solari, *Derecho,* cit., 306 ss.: "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*".

([33]) 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* sea a su vez, heredero, legatario o testigo del acto, situaciones se encuentran permitidas expresamente en la figura del albacea en el Código Civil Argentino.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739

ejecutor testamentario, siendo la *fides* (34) el principio que da sentido y fundamento a ambas figuras.

Los Romanos practicaron esta vivencia de la *fides* de una manera muy particular, preciándose de haberla mantenido en el más alto grado de consideración y respeto (35). Fue 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 la identidad romana (36).

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.

(34) A. Di Pietro, *El respeto a la palabra dada,* en El Derecho, 10320, 2001, 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".

(35) A. Di Pietro, *El respeto,* cit., 2 ss.

(36) S. Estrada, *La fides como principio de identidad del sistema jurídico romano,* en *Representaciones identitarias de la Roma Antigua,* Tucumán, 2003, 145 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739

https://doi.org/10.55104/FRDC_0739