

de absoluta, sino que se funda en la intención del testador, intención que puede ser también la de que aquellos á quienes nombró colectivamente hereden por cabeza con los demás legatarios, y la voluntad del testador es ley. (1)

En cuanto á la parte que acrece á los colegatarios, la regla es que se divida en proporción á la que cada uno de ellos está llamado á recibir en la cosa legada. También este principio está fundado en la intención del testador, que la puede manifestar contraria, como sucede cuando llama á varios legatarios colectivamente, por ejemplo, á su hermano y á los hijos de su hermana; si muere uno de los hijos, su parte acrece á los otros hijos, con exclusión de su hermano. (2)

321. ¿Es transmisible el derecho de acrecer, á los sucesores de aquél á quien aproveche? Ninguna duda hay en cuanto á los sucesores universales, que suceden en todos los derechos del difunto; mas el colegatario tenía derecho de recibir la parte del que falta; derecho que nada tiene de personal, sino que procede de la naturaleza del legado, y es por consiguiente patrimonial, y como tal pasa á los sucesores del colegatario que fallece, antes que caduque el legado de su colegatario. (3) Tratándose de un sucesor á título particular, tal como un cesionario, la cuestión se discute mucho, y volveremos á ella en el título de la *Venta*.

SECCION IV.—De los ejecutores testamentarios.

§ I. NOCIONES GENERALES.

322. El artículo 1,025 dice que el testador puede nombrar uno ó varios ejecutores testamentarios. Por derecho,

1 Bruselas, 27 de Diciembre de 1865 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 157).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 207 y nota 42, pfo. 726 y los autores que citan.

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 210 y nota 45. Demolombe, t. 22, página 387, núm. 390 y los autores que citan.

el heredero *ab intestato* ó el legatario universal son los encargados de ejecutar la última voluntad del difunto. Sin embargo, dice Pothier, es muy frecuente que para asegurar la mayor exactitud y diligencia en la ejecución de sus últimas disposiciones, nombren los testadores personas á quienes se las confían; y se llaman *ejecutores testamentarios*. (1)

Atribúyese el origen de esta institución á los legados piadosos que llegaron á ser muy frecuentes después del establecimiento del cristianismo; pues como los herederos pagaban con poca fidelidad tales legados, los testadores encargaban de su ejecución á un amigo en quien tenían plena confianza. (2) Sin embargo, el mandato de aquellos ejecutores testamentarios era especial, y no tenía por objeto más que las disposiciones cuya ejecución dependía únicamente de la buena fe de los herederos. En nuestras antiguas costumbres, recibió gran extensión la ejecución testamentaria, al encargarse al mandatario instituido por el testador que cuidara de ejecutar todas las disposiciones testamentarias. Los ejecutores testamentarios son, pues, una institución consuetudinaria. (3)

323. Hemos llamado mandato á la ejecución testamentaria; porque aunque no lo dice el código, ello resulta de la naturaleza misma de la carga que el testador confía al ejecutar. En efecto, aquel da poder á la persona en quien se fija para que ejecute ó haga ejecutar sus disposiciones: cuando el ejecutor acepta esta comisión, se perfecciona el mandato por la concurrencia de las voluntades del mandante y del mandatario. Furgole concluye de aquí que deben aplicarse al ejecutor testamentario las reglas establecidas para el mandato, pero cuidando de añadir que siempre que ello sea posible; porque las costumbres y el código

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 206.

2 Toullier, t. 3º, 1, pág. 320, núm. 576.

3 Coin-Delisle, pág. 485, núm. 1 del artículo 1,025.

civil después de ellas, han introducido multitud de innovaciones con respecto á los ejecutores testamentarios que no son convenientes para el mandato. (1)

Desde luego hay la particularidad de haber un mandatario sin que se sepa de una manera precisa quién es el mandante. Furgole dice que el testador pone al ejecutor testamentario en su lugar ó en el de los herederos; de suerte que no se sabe si es el mandatario del uno ó de los otros. Tampoco los autores modernos no están muy acordes en este punto. Hay quienes digan que el ejecutor testamentario es mandatario de los herederos y de los legatarios, nombrado por el testador. Coin-Delisle dice que no es posible emitir con mayor claridad una idea doblemente falsa; según él, no puede ser el ejecutor testamentario mandatario del testador á quien debe sus facultades. Sin embargo, otros autores muy concienzudos reproducen la idea de Vazeille. Así, según Aubry y Rau, el ejecutor testamentario es un mandatario impuesto á sus herederos ó legatarios universales (2). Semejantes disensiones sobre punto tan elemental, ¿no probarían que la ejecución testamentaria es un mandato de naturaleza absolutamente especial á quien no es posible aplicar las ideas del mandato ordinario? Ciertamente es que el ejecutor testamentario recibe sus facultades del testador; pero, conforme al derecho común, el mandato concluye con la muerte del mandante, siendo así que la ejecución testamentaria comienza precisamente cuando él muere. De modo que el mandato se forma en un momento en que ya el mandante no puede expresar su consentimiento. Esto prueba que no hay ver-

1 Furgole, *De los testamentos*, cap. 10, sec. 4ª, núms. 13 y 15 (t. 4º, pág. 152).

2 Furgole, cap. 10, sec. 4ª, núms. 13 y 14 (t. 4º, pág. 252). Vazeille, t. 3º, pág. 88, artículo 1,025, núm. 1. Coin-Delisle, pág. 486, número 4 del artículo 1,025 y nota. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 131, párrafo 711.

dadero mandato conferido por el testador, puesto que el mandato es un contrato, y el contrato no puede formarse más que por el consentimiento de todos los contratantes. ¿Se dirá que el ejecutor testamentario es mandatario de los herederos, impuesto, si se quiere, á ellos? Aun en esto faltan las ideas del mandato ordinario. El mandatario representa al mandante en cuyo nombre obra, y en realidad el mandante es quien obra por mediación del mandatario. Tal no es ciertamente el papel que hace el ejecutor testamentario. Representa en tan insignificante manera á los herederos, que más bien fué establecido contra ellos, cuya acción limita él y entorpece; si ocupa su lugar para ejecutar la última voluntad del difunto, es porque éste desconfió de la exactitud, actividad y hasta de la buena fe de sus herederos; de modo que aquí tenemos un mandatario, si queremos considerarle como tal, que hace lo que sus pretendidos mandantes no tienen disposición de hacer. Concluyamos con que la ejecución testamentaria es un mandato organizado por las costumbres del código civil sin tener presente el derecho común.

324. ¿En qué forma debe hacerse el nombramiento de ejecutor testamentario? Pothier dice que el testador le nombra en su testamento. Furgole cree que el tal nombramiento podría haberse hecho en cualquier otro instrumento público ó privado que bastara para hacer constar el mandato. (1) Véase que la idea del mandato ofusca á los intérpretes en vez de ilustrarlos. Todos los autores modernos se sujetan á la opinión de Pothier: una cláusula concerniente á la ejecución del testamento forma parte esencial del mismo y debe, por lo tanto, hallarse en el instrumento que contiene la última voluntad del difunto. Nosotros ni siquiera admitiríamos, como ciertos autores, que

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 206. Furgole, capítulo 10, sec. 4ª, núm. 10 (t. 4º, pág. 151).

el nombramiento se puede hacer en codicilo, esto es, en un instrumento revestido de las formas del testamento, pero sin más objeto que nombrar al ejecutor testamentario. (1) La palabra *codicilo* no existe en nuestras leyes, y bueno sería no usar palabras que ellas no conocen, sobre todo, cuando se refieren á un orden de ideas que nos es del todo extraño. No basta, para que haya testamento, que se observen las ritualidades testamentarias, sino que también se necesita que el documento contenga disposición de bienes. Si pues nombrara el testador un ejecutor testamentario en un escrito fechado y firmado por él, no sería válido ese nombramiento que sería un instrumento hecho con las formalidades testamentarias, mas no un testamento. Ahora bien, la tradición y los principios quieren que el testador nombre á su ejecutor testamentario en su testamento. Esto es quizás muy riguroso, pero al legislador es á quien incumbe corregir el rigor de la ley.

325. La ejecución testamentaria no es una función pública, sino un simple oficio amistoso que tiene por objeto intereses puramente privados. De ahí, dice Pothier, que personas que son incapaces de desempeñar funciones públicas no dejan de poder ser ejecutorias. Así, una mujer puede serlo; lo dice el código (art. 1,029). Un extranjero puede ser investido de ese mandato. (2)

El artículo 1,028 dice que el que no se puede obligar no puede ser ejecutor testamentario. Esto es una nueva derogación de las reglas del mandato. Conforme al artículo 1,990 se puede escoger á las mujeres y á los menores emancipados para ejecutores testamentarios. Hay una razón de esta diferencia, y esa razón prueba que es erróneo asimilar la ejecución testamentaria al mandato. Los ejecutores responden de su gestión, y deben dar cuenta á los herederos;

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 131. Coin-Delisle, pág. 486, núm. 6 del artículo 1,025. Demolombe, t. 22, pág. 17, núm. 21.

2 Colmar, 8 de Noviembre de 1821 (Daloz, núm. 4,046).

mas no son éstos quienes los eligen, sino que más bien fueron elegidos contra ellos; y si el testador quiere garantías contra los herederos, la ley quiere que también éstos las tengan contra los ejecutores testamentarios; siendo la garantía más natural la de que los últimos tengan capacidad para obligarse. Notable es esta disposición, que nos da á conocer otro carácter de la ejecución testamentaria. Por más que el testador sea quien nombre al ejecutor, no se le permite que encargue esa ejecución á quien él quiera, pues la ley limita las facultades del testador en favor de sus herederos. Si pues la ejecución testamentaria es un mandato, no depende únicamente de la voluntad de aquél que la confiere, sino que es también un mandato legal, en cuanto á que la ley le define y le limita. (1) Este principio es elemental, y volveremos á él.

326. Aplicándole, declara la ley que el menor no puede ser ejecutor testamentario; en efecto, los menores son incapaces para contratar (art. 1,124). El artículo 1,030 añade que el tutor no puede autorizar al menor para que sea ejecutor testamentario. Inútil era decir esto; puesto que, según nuestro derecho moderno, no es el menor quien obra con autorización de su tutor, sino el tutor el que representa al menor en todos los actos civiles (art. 450); sería, pues, contrario á los principios de nuestra tutela que el menor desempeñara funciones de ejecutor testamentario con autorización de su tutor.

Conforme al artículo 1,030, tampoco el menor emancipado puede ser ejecutor testamentario, ni aun con autorización de su curador. (2) Verdad es que el menor emancipado es capaz hasta ciertos límites, pero el legislador no

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 321, núm. 578. Demolombe, t. 22, pág. 20, núm. 24.

2 El curador no autoriza al menor emancipado; simplemente le asiste.

creyó que esa capacidad limitada fuera suficiente para garantizar los intereses de los herederos.

327. En cuanto á la mujer casada, es incapaz en cuanto á que se puede obligar sin autorización de su marido, ó bien judicial. Entre las dos autorizaciones hay la diferencia de que la judicial no puede facultar á la mujer para obligarse más que respecto de la nuda propiedad de sus bienes si el marido tiene el goce de ellos; mientras que el marido, al autorizar á su mujer para obligarse, renuncia su usufructo en favor de los acreedores, los cuales tienen, por consiguiente, acción sobre toda la propiedad de los bienes de la mujer. Esta distinción explica la primera disposición del artículo 1,029: la mujer no puede aceptar la ejecución testamentaria sino con el consentimiento de su esposo. Supone la ley que la mujer está casada bajo un régimen que deja al marido el usufructo de sus bienes: tales son el régimen de la sociedad, el régimen exclusivo de sociedad y el régimen dotal en lo concerniente á los bienes dotales: la mujer casada no podría, bajo estos regímenes, aceptar la ejecución testamentaria con autorización judicial, porque tal autorización no daría á los acreedores más que un derecho sobre la nuda propiedad de los bienes de la mujer, y sería insuficiente esa garantía. No sucede lo mismo con la mujer separada de bienes, sea por capitulación matrimonial, ó por sentencia judicial; pues no puede aceptar la ejecución testamentaria con consentimiento de su marido, ó, si éste se niega á darle, con autorización judicial. Bajo ese régimen, el marido no tiene el goce de los bienes de su mujer; por consiguiente, al obligarse ella, compromete la propiedad absoluta de sus bienes, con tal que se obligue con autorización, sea marital, sea judicial.

Se pregunta si el marido que autoriza á su mujer, casada bajo el régimen de comunidad de bienes, para que acepte la ejecución testamentaria, obliga á la sociedad conyugal

y á su propio patrimonio. Volveremos á esta cuestión en el título del *Contrato de Matrimonio*, que es el lugar que le corresponde.

328. La única condición que exige la ley es la capacidad para obligarse; pero no establece ninguna incapacidad especial. Resulta de aquí que el testador puede confiar esas funciones á un legatario, á un testigo y hasta al mismo notario que autoriza el testamento. (1) En cuanto á los notarios, ocurre una pequeña dificultad, á saber: que no pueden autorizar ningún instrumento que contenga alguna disposición en su favor; esta prohibición, establecida por la ley de 25 ventoso, año XI (art. 8º), la invocan para inferir de ella que es nulo el testamento si confiere al notario su ejecución. Pero el tribunal de Gand responde, y su respuesta es concluyente, que, lejos de ser liberalidad, es por sí misma una carga la ejecución testamentaria, es un simple mandato, y que esto concluye la aplicación del artículo 8º. En el caso que se ofreció, el primer juez se había apoderado de la idea del mandato para concluir de ella que, siendo mandatario como tal ejecutor testamentario, era por lo mismo el notario parte en el testamento, lo cual le hacía ser nulo, por no poder intervenir él en propia causa (art. 8º). Pero el tribunal de Gand contesta que sólo una parte hay en el testamento, que es la del testador, pues el notario, aunque sea ejecutor testamentario, no figura ni puede figurar allí como parte, puesto que está en la esencia del testamento que sea obra solamente del testador. No se puede decir que se forme verdadero mandato por la aceptación del ejecutor testamentario, porque, en el momento de aceptar él, ya murió el testador, lo cual hace imposible el concurso de su consentimiento. En todo caso, si hay mandato, es un mandato de naturaleza absolutamente especial; un mandato que no existe á la hora de confeccio-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 132 y notas 4 y 5.

narse el testamento, y así no se puede decir que en él sea parte el notario, como ejecutor testamentario. (1)

329. La ejecución testamentaria que se confía al notario engendra aún otra dificultad: ¿puede recibir remuneración á título de paga, por ejecutar el mandato que se le confió? Importa plantear la cuestión en términos más generales. Hay personas incapaces de recibir á título gratuito: ¿puede encargárseles la ejecución del testamento, aun cuando el testador les haya dejado un legado á título de remuneración ó paga? No cabe duda en responder afirmativamente cuando no hay remuneración agena á la ejecución testamentaria. Se resolvió ya que el sacerdote que asiste al testador en su última enfermedad puede ser nombrado ejecutor, á menos que se pruebe que se le confirió la ejecución testamentaria para eludir la incapacidad de recibir de que estaba afectado. (2) Es distinta la cuestión de si el ejecutor, incapaz de recibir, puede no obstante ser gratificado con algún obsequio, á título de gratitud, de paga ó de remuneración. Si se trata de verdadera paga que, en caso de necesidad puede tasar el juez, no cabe duda; una paga no es liberalidad, y la ejecución testamentaria no es esencialmente gratuita. Lejos de eso, en nuestro antiguo derecho, acostumbábase que el juez tasara una paga si no la había hecho el testador. (3) La cuestión es más delicada cuando el testador dejó un legado para el ejecutor testamentario. En derecho estricto, el legado remuneratorio sólo deja de ser legado en el caso de que tuviera el legatario acción para hacerse pagar el servicio que prestó; mas el ejecutor testa-

1 Gand, 12 de Abril de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 71; y Dalloz, número 335, 4º). Compárese el fallo del tribunal de Gand de 24 de Enero de 1856 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 170).

2 Pau, 24 de Enero de 1825 (Dalloz, núm. 338, 2º).

3 Bacquet, *Del derecho de bastardía*, cap. 7º, núm. 14. Van den Hane comentando el artículo 9 de la rúbrica 28 de la práctica de Gand. Véase el fallo precitado (nota 1ª de ésta página) del tribunal de Gand, confirmado por la sala, fallo de 6 de Febrero de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 170).

mentario no tiene acción, y esto parece resolver en su contra la dificultad. Pero aun hay otra consideración, que nos obliga á inclinarnos á la opinión contraria. La ejecución testamentaria es una materia tradicional que el código tomó de las costumbres; por tanto, hay que interpretar el código conforme á la antigua jurisprudencia. Esto supuesto, trae Pothier, como doctrina cierta é indiscutible, que cuando el testador nombra ejecutor testamentario á alguien á quien no puede dejar nada por testamento, no deja de poder hacerle un obsequio módico para recompensar el cuidado que ponga en la ejecución. Tal es también la opinión más generalmente sostenida por los autores modernos. (1)

La jurisprudencia está vacilante. Se declaró ya que no teniendo derecho á recompensa alguna el ejecutor testamentario, no se puede considerar como legado lo que con aquel título se le hubiere abonado. (2) La objeción no resuelve la dificultad. No se trata de si el ejecutor testamentario puede reclamar honorarios: es indudable que no, puesto que el mandato es gratuito por su naturaleza, y el código no reprodujo lo que enseñaba el derecho antiguo prometiéndolo al juez que abonara un honorario al ejecutor testamentario. Pero el mandato no es esencialmente gratuito (artículo 1,986); y así el mandatario puede recibir una recompensa; si ésta no excede del importe de los servicios prestados no hay razón para declarar nulo el legado hecho por el testador al ejecutor testamentario. Poco importa que aquel le haya calificado como legado: los tribunales decidirán si hay paga ó legado, según las circunstancias, los cuidados que demande la ejecución y el monto de la recompensa que se hubiere legado.

También se resolvió varias ocasiones en Bélgica que la disposición hecha en favor del ejecutor testamentario era

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 211. Toullier, tomo 3º, 1, pág. 322, núm. 580. Demolombe, t. 22, pág. 15, núm. 19.

2 París, Febrero de 1833 (Dalloz, núm. 3,585).

un legado. Los términos mismos y el importe de la recompensa no permitían dudar. (1) Aplícanse, en este caso, los principios relativos á los legados, así en lo relativo á la capacidad del legatario como á sus obligaciones con respecto al Fisco.

Esos principios se aplican también á los notarios. Conforme al artículo 8.º de la ley de 25 ventoso, año XI, tal como generalmente se le interpreta, los notarios no pueden autorizar un testamento que contenga disposiciones en su favor: de modo que si la disposición hecha en el del ejecutor testamentario contuviese una liberalidad, sería nula y el testamento estaría viciado. (2) Pero una remuneración (3) ó una paga, no serían obstáculo para su validez. Lo contrario se resolvió en Donai, fundándose el tribunal en que la ejecución testamentaria con designación de paga constituía al notario parte en el testamento. (4) Ya hemos contestado esta objeción. El notario no es parte en el testamento en que se le nombra ejecutor, ni tampoco lo es cuando viene anexa una paga al mandato que se le confirió. Si fuera parte, habría concurso de consentimiento, y en consecuencia, contrato; ¿y un testamento puede ser contrato? Véase que siempre la idea de mandato es la que hace á los intérpretes que caigan en el error. Conforme á nuestra opinión, la ejecución testamentaria no es verdadero mandato.

330. Con todo, hay que aplicar por analogía á la ejecución testamentaria los principios propios del mandato cuando en ella militan las mismas razones que en éste: la aplicación analógica de las leyes es derecho común. Esto supuesto, se pregunta si puede el ejecutor renunciar la carga que se le confió, aunque no tenga excusa legítima. To-

1 La Haya, 23 de Enero de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 17). Bruselas, 4 de Agosto de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 26).

2 Compárese con lo resuelto en Gand á 6 de Febrero de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 170).

3 Gand, 18 de Enero de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 102).

4 Donai, 15 de Enero de 1834 (Daloz, palabra *Notario*, núm. 414).

dos admiten que se puede renunciar la ejecución testamentaria, lo mismo que el mandato, sin que haya obligación de alegar alguna excusa; pero una vez que el ejecutor aceptó el cargo, está obligado por su consentimiento como el mandatario, aun cuando no haya mandato propiamente dicho. Así, por lo menos, lo enseñan. (1) Esto es dudoso. No hay contrato: el ejecutor no se obliga para con el testador, que ya no vive, ni tampoco para con los herederos de quienes no es mandatario, ni por último para con los legatarios que no están llamados á consentir. A nuestro juicio, pues, puede dejar cuando quiera la ejecución testamentaria: cosa que no pasa tratándose del mandato (artículo 2,007); pero aquí no hay analogía, pues no se puede comparar al ejecutor, que con nadie contrae obligación, con el mandatario que sí la contrae con el mandante.

Estos principios tienen una excepción cuando el testador hizo un legado al ejecutor testamentario en razón de la carga que le impone. El ejecutor puede, en todo caso, renunciar el cargo renunciando el legado; esto es de derecho común. ¿Hay casos en que tenga derecho al legado aun cuando renuncie el cargo? Esto depende de la intención del testador; siendo, por lo mismo, punto de hecho que debe dejarse al arbitrio judicial. Hay autores que dicen que debe presumirse que el testador hizo el legado en atención al cargo; otros sostienen que, á lo menos en ciertos casos, hay que presumir lo contrario. Pero vale más decir que no hay presunción de ninguna especie: respecto de la legal, no se trata de ella; y en cuanto á las humanas, dependen ellas de las circunstancias del caso, y esas circunstancias varían de uno á otro; siendo inútil preveerlas *a priori* é imposible dar regla sobre este punto.

Pregúntase igualmente si puede el ejecutor testameta-

1 Furgole, cap. 10, sec. 4.ª, núms. 20 y 22 (t. 4.º, págs. 154 y 155) y todos los autores modernos (Daloz, núm. 4,032 y Demolombe, tomo 22, pág. 6, núms. 7 y 8).

rio renunciar el cargo después de haber aceptado el legado. Si éste es independiente del cargo, claro está que el ejecutor puede recibir el legado y renunciar el cargo, conforme á derecho cuando menos; porque bajo el aspecto de la delicadeza, sería indiferente dar cualquier solución. Si se hace el legado en razón del cargo, se vuelve al derecho común: habrá entonces un legado con carga, de suerte que el legatario se obliga á cumplir con ésta aceptando el legado. (1)

331. ¿Puede el ejecutor testamentario hacer que le reemplace persona competentemente autorizada? Es indudable, cuando tal derecho se le dió por el testador. (2) La sala de casación resolvió en términos generales "que ninguna ley obliga al ejecutor testamentario á obrar personalmente ni le prohíbe que haga que un apoderado especial desempeñe todas las obligaciones que se le impusieron por el testamento." (3) No hay ley, es verdad, y faltando la ley, sería difícil prohibir al ejecutor testamentario que se hiciera representar por un apoderado. Sin embargo, hay una razón para dudar. Ordinariamente el testador concede la ocupación del mobiliario al ejecutor testamentario; y podría trasladar esa misma ocupación, con los derechos que de ella resultan á un mandatario? Esto nos parece muy dudoso. En el espíritu de la ley entra que el ejecutor testamentario haga por sí mismo los oficios de amigo que se le confiaron; y ni la amistad ni la confianza se trasladan por medio de procuración. Ni se concibe tampoco que deban sufrir los herederos las restricciones que la ejecución testamentaria pone á sus derechos de

1 Compárese á Duranton, t. 9º, pág. 375, núm. 391; Demolombe, t. 22, pág. 9, núms. 12-14.

2 Colmar, 8 de Noviembre de 1821 (Daloz, núm. 4.046).

3 Denegada, 26 de Mayo de 1829 (Daloz, núm. 4.056). Esta es la opinión general (Coin-Delisle, pág. 488, núm. 14 del artículo 1.025, Aubry y Rau, t. 4º, pág. 132 y nota 10; Demolombe, t. 22, pág. 34; núm. 41.

parte de un tercero á quien transmitiera sus facultades el ejecutor. Hay un vacío en la ley, que señalamos al legislador; á nuestro juicio, los derechos y obligaciones del ejecutor testamentario no son transmisibles.

§ II. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL EJECUTOR

TESTAMENTARIO.

Núm. 1. Principio.

332. Hay un principio que domina en toda esta materia: ¿puede el testador conferir al ejecutor testamentario las facultades que él quiera; ó esas facultades deben restringirse dentro de los límites de la ley? Esta cuestión está muy discutida, y no faltan dudas á que da lugar. Creemos que el testador no puede conferir al ejecutor testamentario más facultades ni poderes que los que le confiere la ley misma. Este principio resulta de la naturaleza de la ejecución testamentaria. Impone esa ejecución restricciones al derecho de los herederos; ¿y quién las impone? El testador; es decir, que el difunto prolonga su dominio más allá de la tumba y pone trabas al ejercicio del derecho de propiedad en un momento en que aquel ya no vive. He aquí, en verdad, una situación excepcional, una derogación de los principios fundamentales que rigen el derecho de propiedad. Desde el momento en que muere, deja de ser propietario el difunto, y la propiedad y la posesión de sus bienes pasan de pleno derecho á sus herederos. Mas la propiedad es un derecho absoluto, exclusivo, que sólo pueden restringir ó la ley ó los contratos libremente consentidos por los propietarios; ¿y se concibe que aquel que ya no vive, que ya no puede tener ningún derecho, llegue á restringir los de los vivos y ejerza imperio su voluntad cuando él cesa de ser? Dícese que tal es el derecho del testador, puesto que dispone de sus bienes para