

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

un tiempo en que ya no ha de vivir (art. 895). Sin duda; pero ¿cuál es el tiempo en que se ejecutan las disposiciones del difunto y cuáles las que le es lícito adoptar? El dispone de sus bienes, quiere decir, transmite la propiedad á sus legatarios al momento de morir. En ese momento cesan sus derechos, y comienzan otros. Los de los herederos instituidos y de los legatarios son creados por la voluntad del testador, pero desde el momento en que se abren quedan independientes de esa voluntad. Es, pues, un derecho absolutamente excepcional el que ejerce el testador cuando encarga á un executor testamentario la ejecución de sus últimas disposiciones; el mandato que le confiere no comienza sino después de su muerte, obra por la mediación de su mandatario, en un momento en que ya no vive; obra como propietario, cuando ya no le pertenece la propiedad, y llega á restringir derechos que no dependen ya de él. Todo esto es anormal, excepcional hasta el más alto grado, y, por consiguiente, de la más estricta interpretación.

En vano se dirá que el testador es libre para disponer de su patrimonio como le parezca; que si podría no dejar nada á sus legatarios, con mayor razón puede restringir sus derechos nombrando un executor testamentario. (1) La objeción supone que el que puede lo más puede siempre lo menos; pero nada más falso que este principio, si se quiere hacer de él una regla general. Indudablemente podía el testador no haber dejado nada á los que instituyó como sus legatarios; pero no puede transmitirles una propiedad distinta de la que organiza la ley; no puede transmitirles una propiedad limitada, cuando la ley declara la propiedad absoluta é ilimitada; no puede tener la pretensión de ejercer aún su derecho cuando ya no es propietario ni vive ya.

1 Troplong, núm. 2,026, t. 2º, pág. 201; Demolombe, t. 22, página 80, núm. 90.

Se objeta que ninguna razón hay para restringir el derecho que da la ley al testador de encargar á un executor testamentario la ejecución de sus disposiciones. ¿Qué quiere la ley? Quiere dar al testador medio de proveer á la ejecución de sus disposiciones; debe, pues, permitirse que invita á su executor testamentario de todas las facultades necesarias para conseguir aquel objeto. (1) Esto es olvidar que también los herederos tienen derechos que es menester tomar en cuenta: se trata de conciliar los derechos de los legatarios, cuyo executor es el representante, con los de los herederos. Conforme á los principios, el derecho de los herederos es un derecho absoluto, puesto que es un derecho de propiedad, y conforme á los principios también el derecho del testador cesa á su muerte. Al legislador y sólo á él toca determinar qué derechos quiere mantener al testador para cuando ya deja de existir, y con qué límites le permite poner trabas al derecho de propiedad de los herederos. ¿Son demasiado estrechos esos límites? ¿habría debido conceder la ley un poder más amplio al testador? Son cuestiones de legislación estas, que no corresponde al intérprete resolver. ¿Con qué derecho le había de dar él á un muerto facultades que no le da la ley? ¿Con qué derecho modificaría la propiedad de los herederos que la propia ley declara absoluta? (2)

Dicen que esta interpretación restrictiva hace á la ley ilógica, inconsecuente; pero esto es olvidar que la ejecución testamentaria fué introducida por las costumbres, antes de que la formulara la ley. La tradición desempeña en esta materia un importante papel, y hay que tenerla en cuenta, á salvo que la modifique el legislador, si procede.

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 133 y nota 11, pfo. 711.

2 Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 3º, pág. 261. Compárese á Bayle-Mouillard comentando á Grenier, t. 3º, pág. 12 y las observaciones muy justas del redactor de los fallos del tribunal de Bruselas (*Pastcrisia*, 1815, pág. 529).

Pothier pregunta si puede el testador hacer extensiva la posesión que los usos concedían al ejecutor testamentario: "No lo creo, dice, porque á virtud de la ley tiene el ejecutor la posesión de los bienes del testador; y como en favor de éste la concede la ley, puede él muy bien restringirla, pero no estenderla; porque no puede por sólo su voluntad dar la ocupación de sus bienes, para después de muerto, á su ejecutor, puesto que únicamente la ley puede conceder á éste esa ocupación, y el testador no puede concederle nada que no le conceda la ley." Así opina también Ricard. (1) Lo que dicen Pothier y Ricard de la ocupación, debe aplicarse por idéntica razón á todas las facultades del ejecutor testamentario, porque hay esa identidad de razón. Ciertamente que en derecho antiguo, las costumbres mismas daban la ocupación al ejecutor, mientras que, conforme al código civil, el testador puede darla si lo quiere; pero en nada afecta esta diferencia á la cuestión que debatimos, porque siempre en virtud de la ley es como el testador concede la posesión; por lo cual no puede concederla sino dentro de los límites de la misma ley.

333. Casi todos los autores siguen la opinión contraria, pero tal es el desacuerdo entre ellos que apenas si puede decir que tengan un principio. MM. Aubry Rau distinguen admitiendo la interpretación restrictiva cuando se trata de facultades que no tienen por objeto ejecutar la última voluntad del testador; pero habiendo autorizado á éste el legislador para nombrar un ejecutor testamentario, le dió por ende la facultad de conferir á ese mandatario todas las que necesitara según las circunstancias. (2) La distinción es poco jurídica. Si el testador no puede limitar el derecho de propiedad de los herederos, dando facultades á su mandatario ajenas á la ejecución del testamento, tampoco tiene

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 217.

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 133 y nota 12.

ese derecho fuera de los límites que la ley fija á la ejecución testamentaria. Para la teoría que combatimos, habría bastado con el artículo 1,025 que da al testador derecho para nombrar un ejecutor testamentario y era inútil hablar de las facultades que se derivan de ese mandato, puesto que es libre el testador para determinarlas según los casos. Si la ley las define, razón debe de tener para ello; y esa razón es precisamente la de que el legislador quiso y debió señalar los límites que nos es dado al testador traspasar. Este es el único medio de prevenir la arbitrariedad, quiere decir, la violación del derecho de propiedad perteneciente á los herederos; ¿dónde, en efecto, se detendrán las facultades que tienen por objeto la ejecución de la última voluntad? Imposible es decirlo; por consiguiente, es permitir á los tribunales que modifiquen los derechos que los herederos han recibido de la ley. Esto es inadmisibles.

M. Demolombe reproduce la distinción de los editores de Zachariæ; pero lo que él agrega no da gran autoridad á esta doctrina. Establece como principio que la facultad de nombrar ejecutor testamentario es consecuencia de la de hacer testamento; de donde concluye, con el tribunal de Donai, que la extensión de las facultades que puede el testador conferir á sus ejecutores, es correlativa, de la de las disposiciones mismas. (1) A nuestro entender, es falso el punto de partida, y la consecuencia viene abajo con el pretendido principio. ¿Tiene el hombre poder cualquiera después de muerto? Indudablemente que no. La ley le concede el derecho de testar, y si no se le concediera, no podría él disponer de sus bienes ya para morir. Todo es, pues, de derecho estricto en esta materia. Si no concediera la ley al testador facultad para nombrar ejecutor testamen-

1 Demolombe, t. 22, pág. 77, núms. 84 y 85. Donai, 26 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 2, 209).

tario, no la tendría él; si pues la tiene, es porque la ley se la concedió, y por lo mismo, no puede ejercerla sino dentro de los límites que la ley señala. M. Demolombe mismo introduce en esto restricciones que es inútil discutir; ¿pertenece al intérprete limitar el ejercicio de un derecho? Sólo el legislador que creó un derecho tan exorbitante como el de obrar alguien para después de muerto, puede y debe circunscribir los límites dentro de los cuales haya de ejercitarse.

Los editores de Zachariæ citan, en apoyo de su doctrina y como participando de ella, á algunos autores que ningún principio sientan, como Durantón y otros que profesan una opinión distinta. Vazeille parece dar al ejecutor testamentario todas las facultades que necesita para procurar la ejecución del testamento, sin que se las haya concedido el testador. (1) Esto es excederse de la ley y formar otra nueva. El código señala con cuidado las facultades que el testador puede conferir al ejecutor testamentario: ¿por qué se habría tomado ese trabajo si el ejecutor había de tener de pleno derecho facultad para hacer todo lo que tiende á ejecutar el testamento?

Troplong, á quien también se cita, va todavía más lejos que Vazeille. La misión de los ejecutores testamentarios, según él, puede ser tan varia como la de los testadores. Esto equivale á decir que la voluntad del testador forma ley. Si tal fuese el sistema del código civil, habría podido el legislador limitarse á transcribir la ley de las XII Tablas, En lugar de conferir al testador un poder absoluto, dice el código lo que puede y lo que no puede hacer. Troplong tiene una singular explicación para multitud de disposiciones de nuestra sección; los artículos 1,026 y siguientes se hicieron más bien para indicar la capacidad ordinaria

1 Durantón, t. 9º, pág. 393, núm. 411; Vazeille, t. 3º, número 12

de los ejecutores testamentarios y suplir el silencio del testador, que para limitar su poder en cuanto á lo que no exceda á la parte disponible. Hay en estas palabras una confusión completa de principios é ideas. ¿Qué tiene que ver la parte disponible con la ejecución testamentaria? De que el testador pueda disponer de todos sus bienes cuando no deja herederos reservatarios, ¿se ha de seguir que puede sobrevivir á sí mismo y limitar y estorbar el derecho de propiedad de sus herederos? En los artículos 1,026 y siguientes, no dice el legislador lo que puede hacer el ejecutor, sino cuáles son las facultades que el testador puede conferir á su ejecutor testamentario y cuáles las obligaciones de los ejecutores; allí no se trata de su *capacidad*. ¡Cosa singular! Después de enseñar que todo lo puede hacer el testador, le niega Troplong el derecho de dar al ejecutor la posesión de los inmuebles. (1) Es menester ser consecuente: si los artículos 1,026 y siguientes no limitan las facultades del testador, éste debe tener derecho de hacer cuanto juzgue necesario para la ejecución de su última voluntad; si, por el contrario, esas disposiciones son limitativas, no puede el testador excederse de ellas.

334. Tan incierta como los autores lo es la jurisprudencia. Volveremos á ella cuando examinemos las cuestiones que se controvierten; por de pronto, nos limitamos á hacer constar las vacilaciones del tribunal de Bruselas que muchas ocasiones ha tenido que ocuparse en la cuestión de principio.

Un testador da á su ejecutor testamentario las más amplias facultades, entre ellas la de recibir las cantidades que se le deban por alguna pensión y hacer el empleo de ellas, la de sostener los litigios y perseguir á los deudores. Uno de los demandados opone la falta de carácter del ejecutor, y el tribunal resuelve que si el testador pudo dar á su eje-

1 Troplong, t. 2º, pág. 201, núm. 2,026.

cutor testamentario la posesión, pudo igualmente investirle de las facultades que haya estimado convenientes á los intereses de la sucesión. (1) Con lo cual se reconoce al testador un poder absoluto, ilimitado.

Hubo una testadora que usó de ese poder haciendo un testamento á la manera de las XII Tablas: daba á su ejecutor testamentario la facultad de dividir la herencia y reclamar las cantidades que quisiera para el desempeño de sus obligaciones, sin tener la de rendir cuenta alguna, y si veía la menor resistencia en sus herederos, él mismo podría nombrar á los herederos. Hasta la validez del mandato podía desconocerse, puesto que ninguna disposición de sus bienes había hecho la testadora. Se respondía, en cuanto al ejecutor testamentario, que si la difunta había podido excluir á sus herederos legales, con mayor razón había podido transmitirles su patrimonio modificado. El tribunal resolvió que las facultades que había conferido la testadora á su ejecutor eran exorbitantes, que se había excedido de la ley al conferirle facultades de que la ley no habla, y que la partición de la herencia no entraba en las atribuciones de un ejecutor testamentario. (2) El tribunal volvía sobre sus pasos y entraba en la verdadera senda y la única que puede conducir á un principio cierto, el de conformarse al texto del código.

El tribunal, en un fallo posterior, sienta el verdadero principio. La facultad de testar, dice, es pura emanación del derecho civil que arregla las facultades del testador. Ahora bien, al permitir el código civil al testador que nombre ejecutores testamentarios, ha descrito y fijado sus funciones, y no es lícito al testador conferir á los ejecutores facultades de que no habla la ley. En el caso, el testador había encargado á su ejecutor que liquidara la herencia;

1 Bruselas, 18 de Noviembre de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 529).

2 Bruselas, 1º de Junio de 1816. *Pasicrisia*, 1816, pág. 141).

y el tribunal resolvió que la ley no da ese derecho al ejecutor ni permite que se le confiera. (1)

Núm. 2. De la ocupación.

1. Extensión de la ocupación.

335. El artículo 1,026 dice: "El testador podrá dar á los ejecutores testamentarios la ocupación de todo, ó sólo de una parte de su mobiliario; pero sin que pueda durar más que el año y día á contar desde su fallecimiento. Si no se la dió, no podrán ellos exigirla." Entiéndese, por ocupación, en materia de herencia, la posesión de la misma, deferida por la ley á los herederos conforme al orden que ella establece. En el derecho antiguo, era también legal la ocupación de los ejecutores testamentarios; concedíanse las costumbres sin que ellos tuvieran necesidad de pedirla ni el testador obligación de darla. (2) Era esto consecuencia lógica de la desconfianza que ha presidido á la institución de los ejecutores testamentarios, á quienes nombra el difunto por el temor que abriga de que los herederos no ejecuten fielmente sus últimas voluntades; y si hay temor legítimo, es principalmente por lo que hace al mobiliario, por no ser tan fácil disiparle y distraerle. La ejecución concedida á los ejecutores testamentarios era un medio enérgico de prevenir el peligro. No se ve muy bien por qué los autores del código no mantuvieron la ocupación legal de las costumbres; esto es obligar al testador á darla, y, si ignora que tiene tal derecho, lo compromete la ejecución testamentaria, puesto que la ocupación del mobiliario es el medio más enérgico de alcanzar el fin que el testador tuvo en mira. Pothier

1 Bruselas, 25 de Febrero de 1818. *Pasicrisia*, 1818 pág. 44; Daloz, núm. 4,025). En el mismo sentido, Bruselas, 28 de Noviembre de 1872; *Pasicrisia*, 1873, 2, 96).

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 212 y siguientes. P de D. TOMO XIV.—52

dice que el poder de los ejecutores testamentarios consiste, principalmente, en la ocupación que las costumbres conceden al ejecutor para la ejecución del testamento. Sin la ocupación, carece de eficacia la ejecución testamentaria. (1)

336. Según el artículo 1,026 el testador puede dar la ocupación á los ejecutores testamentarios; y si no se la dió, no podrán ellos exigirla. ¿Será menester concluir de aquí que se debe conceder la ocupación en términos expresos? Se ha resuelto que la ley no exige una concesión expresa. Es cierto que no hay fórmula sacramental para la ocupación más que para las otras disposiciones de última voluntad (arts. 1,002 y 967); pero cuando menos se necesita una expresión de la voluntad del testador, puesto que éste deroga la ocupación legal de los herederos ó del legatario universal; y las excepciones piden, por lo general, una manifestación expresa de la voluntad. Si no se exige para la ocupación, es porque se aplica el principio, en virtud del cual, puede el testador expresar su voluntad como él la entienda. Si un testador da á su ejecutor todas las facultades, todos los derechos que constituyen la ocupación, es menester decidir, como lo hizo el tribunal de Bruselas, que el ejecutor tendrá la ocupación aunque nada haya dicho el testador. (2)

337. La ley dice que el testador puede dar al ejecutor testamentario la ocupación de todo el mobiliario ó de una parte de él. La extensión de la ocupación depende, pues, de la voluntad del testador, como la ocupación misma. Bajo este concepto, justificase la invocación del código; la riqueza mobiliaria ha adquirido una extensión que no podían ni aun imaginar las costumbres, toda vez que hay grandes fortunas que consisten exclusivamente en mobiliario; si los legados son de poca importancia, es inútil dar

1 Compárese á Duranton, t. 9º, pág. 330, núm. 396.

2 Bruselas, 8 de Noviembre de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 320) y 7 de Junio de 1848) *Ibid.*, 1851, 2, 339).

al ejecutor la ocupación de todo el mobiliario, pues el medio debe ser proporcionado al fin.

¿Qué se entiende por mobiliario en el artículo 1,026? El artículo 535 dice que se entiende por mobiliario todo lo que se reputa mueble, conforme á las reglas de la ley. Comprende, pues, todos los derechos muebles. Sin embargo, se resolvió ya que no podía reclamar el ejecutor los derechos de que no podía disponer el difunto; tal sería un arrendamiento hecho con la condición de que el arrendatario no podría cederle en todo ó en parte, sin consentimiento del propietario; el testador, dice el tribunal de Gand, no puede transmitir á su ejecutor la ocupación de un derecho que no puede ceder. En efecto, ¿cuál es el fin de la ocupación? Es el de permitir al ejecutor testamentario que procure la venta del mobiliario (art. 1,031); sin embargo, no puede vender derechos que el mismo difunto no le habría podido ceder. Es menester decir, pues, que aunque ciertamente el ejecutor tendrá el derecho de arrendamiento, es decir, la posesión, esa posesión no le ha de dar derecho para venderle. (1)

338. ¿Puede dar el testador la ocupación de los inmuebles al ejecutor testamentario? Generalmente se admite la negativa, con excepción de Delvincourt y de Vazeille, cuya opinión ha quedado aislada. Es consecuencia evidente del principio que hemos establecido acerca de las facultades que pueden conferirse al ejecutor. ¿Habría podido el testador dar la ocupación al ejecutor si la ley no le hubiese conferido expresamente ese derecho? No, en verdad, porque la ocupación del ejecutor quita á los herederos que la tienen la administración del mobiliario; ella estorba, pues, y altera los derechos que tienen como propietarios; más, bien puede el testador disponer de su patrimonio, sin poder no obstante limitar el derecho de propiedad de sus he-

1 Gand, 23 de Febrero de 1870 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 244).

rederos. Por otra parte, los motivos porque la ley permite que se de la ocupación del mobiliario al ejecutor no existen respecto de los inmuebles; los legatarios tienen un medio enérgico y sencillo para garantizar sus derechos, cual es el de hacer que se registren los inmuebles y pedir la separación de patrimonios (ley hipotecaria, art. 39). Creemos inútil insistir en esto, de lo que ya hemos dicho (número 332). (1)

339. La ocupación del ejecutor testamentario no impide la del heredero que la tiene en virtud de la ley. Es observación que hace Dumoulin y reproduce Pothier. ¿Quiere decir esto que al mismo tiempo tengan el heredero y el ejecutor la ocupación del mobiliario? Esto no es posible, la ocupación concedida al ejecutor no es verdadera posesión. El ejecutor, á virtud de la ocupación que se le concedió, se constituye en depositario; no está en posesión sino en nombre del heredero; éste es, pues, el verdadero poseedor de todos los bienes de la herencia, conforme á la regla: *El muerto pone en posesión al vivo*. (2)

Del principio de que el ejecutor posee por los herederos, la sala de casación de Bélgica sacó la consecuencia de que los herederos pueden agregar á su posesión la del ejecutor testamentario, para completar la prescripción de treinta años que oponen á la acción de petición de herencia. (3) A decir verdad, no necesitan invocar esa posesión; porque la ocupación les da la posesión de hecho lo mismo que la de derecho; ellos son los que poseen y quienes, por consiguiente, prescriben.

Teniendo los herederos la posesión, tienen también todos los derechos anexos á la posesión; tienen el goce de

1 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 136, notas 23 y 24 y los autores que citan. Demolombe, t. 22, pág. 41, núm. 47. Dalloz, núm. 4,065. Bruselas, 8 de Agosto de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 411).

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 212.

3 Denegada, 23 de Diciembre de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 1, 338).

los bienes; si el ejecutor percibe los frutos naturales ó los civiles, debe darles cuenta de ellos. (1) A veces, el derecho de los herederos y el del ejecutor se ponen en conflicto; puede el ejecutor necesitar títulos, libros, papeles del difunto, y también los herederos tienen derecho de consultarlos. Se resolvió en este caso que debían depositarse en una escribanía si lo pedían los herederos, á fin de que todos los interesados pudieran examinarlos. (2)

340. ¿Puede el testador conceder á su ejecutor la ocupación de todo su mobiliario cuando deja herederos reservatarios? Esta cuestión divide á los autores; pero nos parece que casi ni dudosa es. El tribunal de París la resolvió de un modo afirmativo, diciendo, y diciendo muy bien, que el artículo 1,026 es general y no distingue si hay ó no herederos reservatarios. Ni tenía necesidad de distinguir. La ocupación del ejecutor testamentario no quita á los reservatarios los derechos que les corresponden á virtud de la ley (núm. 339), y pueden hacer que cese la ocupación proporcionando al ejecutor los recursos indispensables para el pago de los legados. (3)

II. Duración de la ocupación.

341. El artículo 1,026 dice que la ocupación del ejecutor testamentario no podrá durar más que el año y día á contar desde el fallecimiento del testador. A pesar de los términos restrictivos de la ley, se ha sostenido que el testador podía prolongar la ocupación á más de un año, y por tanto sin limitación. (4) Esta opinión demuestra el poco respeto con que los jueces ven á la ley; la letra de ella es restrictiva y lo es también su espíritu. Ella ha querido

1 Gand, 23 de Febrero de 1870 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 244).

2 Bruselas, 25 de Febrero de 1818 (*Pasicrisia*, 1818, pág. 41).

3 París, 18 de Diciembre de 1871 (Dalloz, 1873, 2, 15). En nota se cita á los autores en pro y en contra.

4 Duranton, t. 9º, pág. 382, núm. 400, combatido por todos los autores (Marcadé, t. 4º, pág. 109, núm. 11 del artículo 1,026).

conciliar los derechos de los herederos con las necesidades de la ejecución testamentaria y con ese fin limitó la duración de la ocupación. Las observaciones del Tribuna- do disiparían cualquier duda si alguna hubiese. El pro- yecto presentado por el consejo de Estado se hallaba con- cebido así: "Podrá darles la ocupación por un año y un día." Esto bastaba para limitar el tiempo de la ocupación; el Tribuna- do fué de parecer que era necesario decir más claro que la ocupación, en ningún caso, podría durar más que el año y día. Se atendió esa indicación y se redactó el artículo de una manera restrictiva. Inútil es insistir en es- te punto que es de evidencia.

¿Pueden los tribunales prorrogar el tiempo de la ocu- pación? Troplong dice que nada obsta para que el juez pueda prorrogar el término de un año, en el caso de que el ejecutor haya estado impedido en sus operaciones por disputas ó cualquier otra causa, ó bien cuando se haya probado que fué insuficiente el plazo para desahogar la misión que se le confió. El tribunal de Córcega, añade Trop- long, lo resolvió así según nuestras conclusiones. (1) Si ese tribunal lo resolvió así, lo resolvió mal. ¡Cómo! ¡los tribunales habían de tener derecho para restringir y en- torpecer el ejercicio de la propiedad! Fueron establecidos ellos para garantizarla, que no para violarla. Todos, inclu- so Troplong, le niegan el testador el derecho de prolongar la ocupación más allá del término legal; y sin embargo, las mismas razones que se dan para los tribunales existen *à fortiori* para el testador. El es propietario, tiene libertad para disponer de sus bienes, y la tiene para no dejarlos á los que instituye por sus legatarios; pero si se los deja, no tiene libertad para quitarles la detentación y la adminis- tración por más de un año. ¡Y podrían hacer los tribuna- les lo que no tiene derecho de hacer el propietario!

1 Troplong, t. 2º, pág. 193, núm. 1,999. Compárese con Grenier, tomo 3º, pág. 11, núm. 330.

342. La jurisprudencia está de acuerdo con los autores. Un testador estableció una fundación de 10,000 francos de renta, destinándola para proveer *á perpetuidad* á la educa- ción y enseñanza de sus parientes colaterales, y nombran- do ejecutores testamentarios para que cuidaran de la ejecu- ción de su voluntad con la facultad de darse sucesiones á sí propios. Se resolvió que aquella prorrogación ilimitada era nula y que la perpetuidad de la institución degeneraba en una verdadera sustitución. (1) La palabra fué mal em- pleada: había, en nuestro caso, el cargo de conservar, no el devolver. Por mejor decir, había una fundación perpe- tua, esto es, creación de una persona civil con estableci- miento de administradores especiales. Hemos dicho en otro lugar que una disposición como aquella es radicalmen- te nula como contraria al orden público.

El tribunal añade que la ejecución que por algún tiempo se da á una disposición por el estilo, no por eso la expurga del vicio que contienen. Esto es evidente; las nulidades de orden público no se cubren con la confirmación. Cuando no se interesa el orden público, puede prorrogarse la ocu- pación de acuerdo con los interesados. Según él mismo, la ocupación es de interés puramente privado, y así nada obs- ta para que los herederos consientan en que se prolon- gue. (2)

343. La ocupación cesa después del año y día contados desde la muerte del testador. El artículo 1,026 supone que el ejecutor testamentario ha tenido la ocupación desde que se habió la herencia, pero si por cualquier motivo no ha podido ponerse en posesión desde que murió el testador, no comenzará á correr el año sino desde el día en que el eje- cutor haya estado ó podido estar en posesión del mobilia- rio. Así se resolvía antiguamente, por más que las cos-

1 Pau, 7 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1863, 5, 164).

2 Denegada de la sala de casación de Bélgica, 6 de Julio de 1871 (Fasicrisia, 1871, 1, 236).