

tumbres, lo mismo que el código civil, hicieran correr el plazo desde el fallecimiento del testador. En el mismo sentido hay que entender el código, puesto que no hace más que reproducir la disposición de las costumbres, fuera de que la razón misma exige esa interpretación. Lo que quiere la ley, es que el ejecutor cuente con un año para ejecutar la última voluntad del testador; y si el término comenzara á contarse desde el fallecimiento, podría suceder que transcurriera ese término de un año sin que el ejecutor tuviera noticia del testamento, ó bien antes de que pudiera tomar posesión si se impugnaba el testamento. Tal es la opinión unánime de los autores. (1)

344. Cesando la ocupación, cesa también la ejecución testamentaria? Así lo enseña Pothier: la ejecución testamentaria se restringe por las costumbres, á un año, con el fin de que no estén privados por mucho tiempo los herederos del goce de los bienes de la herencia, so pretexto de que no se ejecutara todavía el testamento. No sucede lo mismo, vigente el código civil; la ocupación no es ya de esencia de la ejecución testamentaria, siendo así que, conforme al derecho antiguo, el mandato del ejecutor se confundía con la ocupación. Puede el ejecutor testamentario no tenerla, pues su mandato consiste en hacer que se ejecute el testamento, y continúa mientras no se haya cumplido con la última voluntad del testador. (2)

345. Conforme al artículo 1,027, "el heredero podrá hacer que cese la ocupación, ofreciendo proporcionar á los ejecutores testamentarios la cantidad que baste para el pago de los legados muebles, ó acreditando haber hecho ya ese pago." Por ofrecer, entendié la ley, no una simple pro-

1 Pothier, *De los donaciones testamentarias*, núm. 231, según Dumoulin y la jurisprudencia. Toullier, t. 3º, 1, pág. 325, núm. 594 y todos los autores.

2 Bruselas, 9 de Septiembre de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 455), y Agosto 4 de 1852 (*Ibid*, 1853, 2, 26).

mesa, sino un ofrecimiento real, ofrecimiento que, conforme á la misma ley, debe equivaler al pago de los legados, siendo menester, por lo mismo, que los herederos suministren al ejecutor los recursos necesarios para hacer el dicho pago. En este sentido hay una resolución, y la cosa no ofrece la menor duda. (1)

El derecho que el artículo 1,027 concede á los herederos es absoluto, en cuanto á que pueden ellos ejercerle aun cuando el testador haya conferido mandato al ejecutor para vender toos los bienes del acervo y liquidarle. Efectivamente, esa venta sólo es un medio para llegar á la ejecución del testamento; pero si los herederos le ejecutaron ya pagando los legados, ó si proporciona al ejecutor las cantidades necesarias para hacer los pagos, tal ejecución no tiene razón de ser. (2) Se resolvió ya que uno de los herederos no necesita la concurrencia de sus coherederos para ejercer el derecho que le concede el artículo 1,027; y si quiere adelantar las cantidades que se necesiten para pagar los legados, indudablemente no tienen derecho para negarse á recibirlas ni los legatarios ni el ejecutor testamentario: no los primeros, porque reciben lo que se les debe, y el acreedor está obligado á aceptar lo que se le ofrece en pago; no el ejecutor, porque su mandato es una carga, no un derecho; y cuando se cumplió con la carga, cesó el mandato. (3)

346. La aplicación de los principios que acabamos de exponer dió lugar á una dificultad que se llevó ante la sala de casación de Bélgica. Durante el año de la ocupación, el ejecutor, que recibió mandato para el efecto, procede á la venta de los bienes, por el ministerio de un notario, y al espirar el año, el notario entrega el precio al ejecutor.

1 Bruselas, 4 de Agosto de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 26).

2 Bruselas, 16 de Marzo de 1811 (*Dalloz*, núm. 4,077).

3 Bruselas, 15 de Marzo de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 347).

Los herederos sostienen que ese pago es nulo, por haber sido hecho á una persona que no tenía carácter para recibirle, y piden que se condene al notario á pagarles lo que indebidamente pagó al ejecutor. Desecháronse, como tenía que suceder, esas pretensiones, por estar en pugna con los principios del mandato. El ejecutor da al notario mandato para vender; lo que el notario recibe de los compradores, recíbelo por el mandante, y por consiguiente, éste es el que se reputa haber recibido el precio de la venta en el momento de habérsela entregado al mandatario. ¿Qué importa que el notario no haya entregado inmediatamente al ejecutor el precio que recibió? No por eso le es menos deudor de ese precio. Nada debe á los herederos, porque nada trató con ellos; estando obligado á pagar al ejecutor que le encargó hiciera la venta, naturalmente se libra con pagar á su mandante. ¿Se dirá que éste no tiene derecho de obrar después de haber cesado la ocupación? Es cierto que él no podría hacer ya ninguna venta, pero puede percibir el precio de lo que válidamente hubiere vendido; habría podido recibir los valores en el momento de la venta, y por lo mismo, puede aun recibirlos después de la ocupación. (1)

III. Efectos de la ocupación.

347. Pothier dice que el ejecutor puede ponerse por sí mismo en posesión de los bienes de que le ha puesto en posesión la costumbre; (2) en nuestro derecho moderno, el menester decir del mobiliario cuya ocupación le concedió el testador. Esto no ofrece dificultad cuando el testamento es auténtico. Mas, ¿qué deberemos decir cuando el testamento es ológrafo ó cerrado? El legatario universal, cuyos derechos son mucho más amplios que los del ejecutor testamentario, está obligado á pedir la posesión al presidente

1 Denegada, 5 de Marzo de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 341).

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 218.

del tribunal si es ológrafo ó cerrado el testamento (artículo 1,008). Es imposible admitir que pueda el ejecutor, sin intervención de los tribunales, posesionarse del mobiliario en virtud de un documento privado. No determinando la ley ninguna formalidad en lo que mira al ejecutor, hay que resolver que debe dirigirse al juez si los herederos se niegan á entregarle el mobiliario cuya ocupación tiene él.

348. Enseña Pothier, de acuerdo con Dumoulin, que otro efecto de la ocupación es el de que pueda el ejecutor vender los muebles á petición suya: pero debe hacer la venta de acuerdo con el heredero, y si éste no consiente en ella, debe emplazarle para hacer que decrete el juez la venta, á lo cual no se puede oponer aquel, como no sea ofreciendo al ejecutor las cantidades necesarias para la ejecución del testamento. El código reconoce esta doctrina en el artículo 1,031, al cual volveremos al tratar de las funciones del ejecutor testamentario. A él debe entregarse el producto de la venta, lo cual es consecuencia directa de la ocupación; el ejecutor tiene derecho de apoderarse de todo aquello de lo cual está en posesión. Por otra parte, siendo necesaria la venta para pagar los legados, debe el ejecutor recibir los recursos para el desempeño de su cometido, que consiste precisamente en ejecutar las disposiciones de última voluntad. (1)

349. Por igual razón, puede cobrar los capitales que se deban á la sucesión. Esos capitales se hallan comprendidos en el mobiliario de que está en posesión; á él, pues, deben pagar los deudores. ¿Sucederá lo mismo con las rentas? Es menester distinguir. En cuanto á las vencidas al fallecimiento del testador, están comprendidas en el mobiliario cuya posesión concedió el testador á su ejecutor, y éste será,

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 218; Toullier, tomo 3º, 1, pág. 323, núm. 585.

por lo mismo el que deba cobrarlas. ¿Puede también recibir las rentas que se venzan durante el año de la ocupación? Se ha discutido el punto y hay alguna duda. Puede decirse que el difunto dió al ejecutor la ocupación de todo el mobiliario, lo cual quiere decir de todo el mobiliario hereditario, y en él están comprendidas las rentas. Creemos que la opinión contraria es la más conforme con los principios. El testador no puede dar al ejecutor más que la posesión de los bienes que están en su patrimonio; mas las rentas que se venzan después de su fallecimiento nunca le pertenecieron, sino que pertenece á los herederos en virtud del derecho de propiedad que se les transmitió; y puede el testador conferir al ejecutor la posesión de lo que pertenece á sus herederos? Esto sería un verdadero atentado contra el derecho de propiedad. (1) Nuestra opinión está conforme con la tradición. (2)

350. Es también consecuencia de la ocupación de los muebles, dice Pothier, que el ejecutor testamentario pueda compeler al pago á los deudores de la herencia y recibir lo que ellos deban; por consiguiente, puede perseguirlos ante los tribunales. De aquí se concluía que el ejecutor debía gestionar lo necesario para conseguir el pago de las deudas; si descuidaba hacer gestiones y llegaban los deudores á estado de insolvencia, á él se le declaraba responsable, por no haber cumplido con su deber. (3) La misma doctrina enseñan los autores modernos. (4)

Hay un fallo de Bruselas en sentido contrario. El tribunal parte del principio que hemos establecido (núme-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 137 y nota 31; Demolombe, t. 22, página 49, núm. 53 y los autores que citan. En sentido contrario, Duranton, t. 9º, pág. 393, núm. 412. Troplong, t. 2º, pág. 193, número 2,001.

2 Furgole, *De los testamentos*, cap. 10, sec. 4ª, núm. 40 (t. 4º, página 160).

3 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 220. Furgole, cap. 10, sec. 4ª, núm. 34.

4 Demolombe, t. 22, pág. 50, núm. 56. Dalloz, núm. 4,002.

ro 332); á saber: que las facultades y, por consiguiente, las obligaciones de los ejecutores testamentarios se derivan únicamente de la ley, puesto que entrañan la facultad de nombrarlos, la de conferir un mandato que se tiene que ejecutar muerto el mandante, es emanación del derecho civil. Síguese de ahí que el testador no puede hacer extensivo á otros objetos el mandato del ejecutor á quien él nombra, por deber quedar ese mandato dentro de los límites de la ley que le dió el ser. Ahora bien, el código civil no da al ejecutor facultad para ejercitar judicialmente las acciones que pertenezcan á la herencia, sino solamente el derecho de provocar la venta del mobiliario. El silencio de la ley resuelve la dificultad. (1) Si el ejecutor no tiene carácter para ejercitar judicialmente las acciones correspondientes á la testamentaria, la consecuencia será que no puede quedar obligado á los daños y perjuicios con los herederos por causa de la insolvencia de los deudores.

Admitimos el principio que sirve de punto de partida al tribunal; pero no hace el fallo una aplicación muy estricta de él? Furgole dice muy bien que la aceptación se le dió al ejecutor testamentario para pagar los legados y cumplir con las demás disposiciones del testador; y ¿de qué le serviría la posesión de créditos si no había de poder perseguir á los deudores? Puede consistir todo el activo mobiliario en créditos; mas si no puede hacerlos efectivos el ejecutor, ¿cómo ejecutará su mandato? La ocupación implica, pues, el derecho de perseguir á los deudores. (2) Pero es distinta la cuestión de si, por no perseguirlos, ha de ser responsable el ejecutor de la insolvencia de los deudores. Creemos, con el tribunal de Bruselas, que no lo es con relación á los herederos; y la razón está en que teniendo éstos la

1 Bruselas, 3 de Enero de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 5).

2 En este sentido hay un fallo reciente del tribunal de Bruselas de 18 de Mayo de 1873 (*Pasicrisia*, 1874, 2, 244).

ocupación, tienen también derecho de perseguir á los deudores. A ellos, pues, toca obrar, y no se pueden quejar de que no proceda el ejecutor, puesto que no es representante de ellos ni tiene la misión de velar por sus intereses; él está encargado de procurar que se ejecute el testamento; si, pues, incurre en responsabilidad, no puede ser sino con respecto á los legatarios. En esto nos parece que está el verdadero punto de la dificultad.

El ejecutor puede perseguir á los deudores en virtud de la ocupación que tiene del mobiliario; pero no debe hacerlo sino cuando lo exija la ejecución del testamento. Si hay recursos suficientes para pagar á los legatarios, ¿por qué había de perseguir á los deudores? No obraría entonces como ejecutor del testamento, sino como representante de los herederos, y no es esa su misión. Mas si es necesaria la recaudación de créditos para pagar los legados y si, por negligencia del ejecutor, se hacen insolventes los deudores, podrá declarársele responsable de las consecuencias de su negligencia. (1) Decimos que podrá serlo, porque la responsabilidad es cuestión de falta, y al juez corresponde apreciar su gravedad. En este sentido se ha formado la jurisprudencia; habiéndose declarado que no podía el ejecutor responder de la insolvencia de los deudores cuando se tratara de créditos antiguos que el testador mismo no había podido hacer efectivos, á pesar de los fallos favorables que había obtenido; que el ejecutor no estaba obligado á proceder cuando fueran á durar los litigios más tiempo que el de sus funciones, y que lo único que se le podía exigir era que suspendiera la prescripción practicando actos de conservación. El tribunal de Burdeos agrega una consideración muy equitativa, y es la de que el mandato del ejecutor debe apreciarse por el estado y carácter de la persona á quien se le confirió. En el caso ocurrido, tratábase

1 Dalloz, "Disposiciones," núm. 4,093.

de un capitán de buque; no se podía suponer que el testador hubiese tenido el ánimo de imponerle cargas incompatibles con sus obligaciones de capitán: ¿podía descuidar él los intereses de los armadores para sostener los litigios contra los deudores de la testamentaria? (1)

351. ¿Puede el ejecutor contestar las demandas de los acreedores y legatarios? Volveremos á este punto cuando tratemos de las funciones del ejecutor testamentario. Por de pronto nos concretamos á asentar que la ley no le da carácter para representar á los herederos, pues no es su mandatario, ni está encargado de sus intereses. En este punto, hay que estarse á la ley; el mandato del ejecutor es, como muy bien lo dice el tribunal de Bruselas en el fallo que acabamos de citar, absolutamente excepcional, y, como tal, de estricta interpretación.

Núm. 3. De las medidas de conservación.

I. Del aseguramiento de bienes.

352. El artículo 1,031 dice: "Los ejecutores testamentarios harán que se proceda al aseguramiento de bienes si hay herederos menores, en interdicción ó ausentes." Se pregunta en favor de quién deben los ejecutores requerir para el embargo. En general, todas las obligaciones de los ejecutores se refieren á la ejecución del testamento, y se les han impuesto, no en favor de los herederos, sino más bien contra ellos; los embargos son un acto de conservación y á la vez de desconfianza. Es un preliminar del inventario, al cual deben proceder los ejecutores. En este sentido, la medida se comprendería perfectamente. Pero el texto legal no consiente atenderse á ese punto de vista, exclusivamente; el artículo 1,031 no obliga á los ejecutores á que se proceda á los embargos, sino cuando hay herederos meno-

1 Agen, 17 de Abril de 1807. Compárese con la denegada de de 27 Marzo de 1827 (Dalloz, núm. 4,094, 1° y 2°).

res, ausentes ó en interdicción, esto es, herederos incapaces de cuidar por sí mismos de sus intereses. Esto prueba que el legislador se preocupa con otros intereses que no son los de los legatarios. (1) Resulta de aquí falta de lógica y unidad, y hasta cierta incertidumbre en la aplicación de la ley.

353. El código de procedimientos no ordena que intervengan terceras personas para pedir el aseguramiento en provecho de los menores, sino cuando éstos no tienen tutor. Así, el artículo 910 dice que si los menores no tienen tutor, podrá pedirse el aseguramiento de bienes por alguno de sus parientes; y según el artículo 911, se procederá á ese aseguramiento á instancia del ministerio público, y aun de oficio, por el juez de paz, si el menor no tiene tutor ni se ha pedido el aseguramiento por algún pariente. Se pregunta si el ejecutor está obligado á pedir ese aseguramiento cuando los herederos menores tienen tutor. Nos parece que la obligación impuesta por el código civil al ejecutor testamentario, está modificada por el código de procedimientos civiles. ¿Se concibe que el ejecutor testamentario, á quien su misión no llama á vigilar los intereses de los herederos, debe pedir el aseguramiento cuando hay tutor, es decir, un representante legal de los menores, (2)

354. ¿Qué tendremos que decir cuando no haya herederos incapaces? Que en ese caso, no está obligado el ejecutor testamentario á pedir el aseguramiento, aun cuando tiene indudablemente derecho á ello. Al encargarle que cuide de que se ejecute el testamento, el artículo 1,031 le da derecho de hacer todo lo que sea necesario para esa ejecución y, principalmente, de provocar las medidas que

1 Demolombe, t. 22, pág. 56, núm. 61. Compárese á Troplong, t. 2º, pág. 190, núm. 2,020.

2 Véanse en sentido opuesto, los autores citados por Demolombe, t. 22, pág. 54, núm. 61.

tiendan á conservar el mobiliario de la testamentaria, que es la garantía de los legatarios. El artículo 935 del código de procedimientos supone que el ejecutor testamentario concurre con los herederos á pedir la formación de inventario; y el aseguramiento de bienes es un preliminar del inventario. Este no es verdaderamente garantía sino cuando el aseguramiento haya impedido toda mala inversión del mobiliario hereditario. (1)

355. ¿Los ejecutores testamentarios deben pedir el aseguramiento cuando no tienen la posesión? Si el aseguramiento no fuese prescripto más que en favor de los legatarios, habría que resolver que el ejecutor sin la posesión y ajeno por lo mismo á toda gestión, no está obligado á pedir el aseguramiento. Pero, como acabamos de verlo, la ley extiende aquí las atribuciones del ejecutor, diciendo de una manera absoluta que debe pedir el aseguramiento sin distinguir si tiene ó no la posesión. Conforme al sistema del código, el ejecutor puede no tenerla; si, pues, fuesen las obligaciones que le impone el artículo 1,031 con consecuencia de la posesión, lo habría dicho el legislador; pero comenzando por declarar que la posesión es facultativa y prescribiendo en seguida lo que debe hacer el ejecutor, la ley resuelve implícitamente que debe cumplir con tales obligaciones, tenga ó no la posesión. Esta es la opinión más generalmente seguida. (2)

II. Del inventario.

356. El artículo 1,031 dice que "los ejecutores harán que se haga, en presencia del heredero presunto, ó del debidamente llamado, inventario de los bienes de la herencia." Aquí vuelve á ocurrir la dificultad de si los ejecuto-

1 Demolombe, t. 22, pág. 56, núm. 61.

2 Véanse en sentido opuesto, los autores citados por Dalloz, número 4,068).

res deben hacer inventario cuando no tienen la posesión. Parécenos que la ley resuelve la dificultad. Si fuese el inventario consecuencia de la ocupación, habría limitado la ley la obligación del executor al inventario del mobiliario cuya ocupación le dió el testador, siendo así que quiere que se inventaríen los *bienes de la herencia* á solicitud del executor; así no sólo todo el mobiliario, sin distinguir si el executor tiene ó no la ocupación, sino también todos los inmuebles de que no se la pudo dar el testador. Por tanto, no hay relación necesaria entre la ocupación y el inventario al cual debe proceder al executor. Esto es decisivo. (1)

Sin embargo, un motivo muy poderoso hay para dudar, y es la tradición. Pothier dice que el executor testamentario no tiene la ocupación de los bienes de la herencia sino haciendo inventario, y que no debe inmiscuirse en la ejecución del testamento antes de cubierta esa formalidad. Furgole hace notar que el executor estaba obligado á hacer inventario en los países regidos por la costumbre, en tanto que no lo estaba en los países de derecho escrito, y nos da la razón de esta diferencia. Esa razón dice que es la de que en los países consuetudinarios, el executor tenía la posesión de ciertos bienes del difunto y estaba encargado de una gestión de la cual debía dar cuenta; mientras que por el contrario, en los países de derecho escrito, el executor no tenía la ocupación, ni administraba; desde ese momento, venía á ser inútil el inventario, pues no es necesario sino para que aquellos que tienen la administración y están encargados de los bienes de otro, puedan dar cuenta exacta. (2) Esto, en lo general, es cierto; ¿pero no deroga estos principios el artículo 1,031? Este artículo obliga al ejecu-

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 323. Troplong, t. 2º, pág. 200, núm. 2,022. En sentido contrario, Demolombe, t. 22, pág. 57, núm. 62, pág. 89, núm. 102.

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 226. Furgole, capítulo 10, sec. 4ª, núms. 27 y 28 (t. 4º, pág. 156).

tor á hacer inventario de bienes de los cuales no debe indudablemente dar cuenta, puesto que no está en posesión de ellos. Luego es absoluta la obligación que le incumbe.

357. ¿A quién le toca elegir el funcionario público, que deba formar el inventario? Antiguamente, el executor testamentario escogía á los funcionarios que debían formar el inventario y el avalúo y hacer la venta. Si los herederos no aprobaban la elección, podían nombrar otro notario, ú otro avaluador para proceder en unión de los que hubiera nombrado el testador. Los más de los autores enseñan que, bajo la vigencia del código civil, el executor testamentario tiene igual derecho. (1) Vazeille hace notar que esos sabios profesores no han reparado en la disposición del artículo 935 del código de procedimientos civiles, que resuelve la cuestión. Dice ese artículo: "El cónyuge en comunidad de intereses, los herederos, el executor testamentario y los legatarios universal ó á título universal, podrán convenir en la designación de uno ó dos notarios y de uno ó dos peritos ó valuadores; si no llegan á convenirse, procederán á la operación uno ó dos notarios, peritos ó valuadores que nombrará de oficio el presidente del tribunal de primera instancia." (2)

Se pregunta si el testador puede dejar al executor testamentario la designación de notario. El tribunal de Gand lo declaró afirmativamente fundándose en los arts. 1,026 y 1,031. (3) El artículo 1,026 no habla de funcionarios públicos cuyo ministerio se requiera para el inventario y para la venta: sólo permite al testador que dé la ocupación al executor testamentario, y si ella le da á éste facultad para nombrar funcionario, igual facultad debe tener

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 322, núm. 584, Duranton, t. 9º, pág. 38, núm. 405; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 134 y notas 14 y 15.

2 Vazeille, t. 3º, pág. 98, núm. 3 del artículo 1,031, seguido por Coin-Delisle y Bayle-Mouillard.

3 Gand, 3 de Febrero de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 27 y Dalloz, número 429).

el heredero, puesto que también él tiene la posesión y es, además, propietario. Nos hallamos, pues, en presencia de dos derechos iguales, por no decir que es superior el del heredero, siendo por tanto aplicable el artículo 935 del código de procedimientos. ¿Se dirá que puede el testador privar á su heredero del derecho que tiene á la posesión para dársela al ejecutor testamentario? Ya hemos contestado á esta objeción. Si es exacto el principio tal como le hemos formulado, él zanja la dificultad; el testador no puede investir á su ejecutor de facultades que despojen á los herederos de un derecho inherente á su calidad de propietarios y poseedores, á salvo los límites que señala la ley.

358. ¿Puede el testador dispensar al ejecutor de que haga inventario? Creemos con Pothier que no. (1) Dispensar al ejecutor de que haga inventario, es dispensarle implícitamente de dar cuenta de su manejo, puesto que el inventario es la base de esa misma cuenta. Sin embargo, ordinariamente dispensan de las dos cosas los testadores al ejecutor; pero si no hay ni inventario ni cuenta, ninguna garantía tienen los herederos contra la negligencia ó la mala fe del ejecutor. ¿Y se concibe que el testador exima al ejecutor de las obligaciones que impone la buena fe? Una cláusula que permite á un administrador ser impunemente descuidado ó infiel, ¿no es contraria á las buenas costumbres y, en tal virtud, no se debe tener por no escrita? Objétase que nada obsta para que los herederos puedan usar del derecho que la ley les da y hacer ellos mismos inventario; pero tal objeción no destruye el argumento de la moralidad. Para apreciar la validez de una cláusula, debe apreciarse en sí misma, y no tomando en consideración lo que ha de hacer ó no un tercero. Si la

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 227; y *Práctica de Orleans*, art. 291, nota 3.

cláusula que examinamos es inmoral, queda siéndolo, aun cuando los herederos adopten ciertas medidas para asegurarse contra el dolo ó la negligencia del ejecutor. (1) De modo que hasta los más lógicos partidarios de la opinión que combatimos dicen que el testador podría prohibir el inventario. (2) Aquí es flagrante la inmoralidad. El inventario es una garantía contra la mal versación del mobiliario: prohibir el inventario es tanto como decir que impunemente puede malversarle el ejecutor que está en posesión del mismo; y una cláusula que facilita, que favorece la malversación, no está viciada ni es esencialmente nula? Se opone contra esto el axioma: El que puede lo más puede lo menos, pero respondemos que no, cuando lo menos consiste en una cláusula inmoral. Libre es el testador para disponer de sus bienes como le parezca; puede no dejar nada á sus herederos, pero si les deja su patrimonio, no puede agregar una cláusula en que se permita que los roben impunemente. (3)

Núm. 3. De las medidas de ejecución.

I. Principio.

359. Dice el artículo 1,031 que "los ejecutores testamentarios cuidarán de que se ejecute el testamento, y podrán, en el caso de que se cuestione sobre su ejecución, intervenir para sostener su validez."

La primera parte del artículo establece un principio general aplicable á todo caso en que se dispute acerca de la ejecución de la última voluntad del testador. De las circunstancias depende lo que puede hacer el ejecutor. Así,

1 Compárese á Demolombe, t. 22, pág. 57, núm. 63 y á los autores en sentido diverso, citados por Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 134, nota 15, pfo. 711.

2 Dalloz, "Disposiciones," núm. 4,076.

3 Duranton, t. 9^o, pág. 387 y siguientes, núm. 406; Troplong, tomo 2^o, pág. 200, núm. 2,013; Marcadé, t. 4^o, pág. 114, núm. 3 del artículo 1,031.

admítasele que pueda registrar los inmuebles de la testamentaria en nombre de los legatarios, para conservarles el beneficio de separación de patrimonios. (1) No obstante, hay una razón para dudar, y es la de que la ley da ese derecho á los legatarios, quienes por lo mismo pueden velar por sus intereses; ¿y no es esto decir que carece de carácter el ejecutor? La objeción prueba mucho; todo lo que la ley permite al ejecutor que haga, lo permite así mismo á los legatarios; y de que éstos puedan registrar, no se debe, pues, inferir que no lo puede el ejecutor. Basta que el registro asegure la ejecución del testamento para que el ejecutor tenga derecho de solicitarle.

360. El derecho de intervención que el artículo 1,031 concede al ejecutor es consecuencia del principio establecido por la ley. Es una extensión del derecho común. Conforme al artículo 466 del código de procedimientos, no se admite ninguna intervención, si no es de parte de los que tendrían derecho para oponerse en tercería. El ejecutor puede intervenir en virtud de la misión que le dió el testador para procurar la ejecución del testamento. Es menester no tomar el artículo 1,031 al pie de la letra para inferir de él que el ejecutor no tiene derecho de intervenir sino cuando se objeta la validez del testamento; se ha resuelto ya que tiene derecho de oponerse á todas las observaciones que tocan al sostenimiento de la última voluntad del difunto, y que, en consecuencia, puede intervenir cuantas veces fuere menester para el mejor desempeño de su mandato. Pero es menester que ello sea necesario ó cuando menos útil. El mismo fallo resolvió que si el ejecutor no hace más que reproducir los medios que hacen valer los legatarios, es inútil su presencia en el litigio, y por consiguiente ilusoria, lo cual autoriza al juez para obligarle á pagar los gastos.

1 Durantou, t. 9º, pág. 395, núm. 417; Aubry y Rau, t. 6º, página 135.

Síguese de ahí que los ejecutores testamentarios no deben intervenir; el artículo 1,031 dice que podrían; y á ellos toca juzgar si es útil su intervención. Si se promueve en contra suya, pueden pedir que se declare su incapacidad para contestar. Desde el momento en que los legatarios defienden por sí mismos sus intereses y no puede el ejecutor traer al debate ninguna ley, no hay razón para que continúe en el pleito. (1)

361. La ley no da al ejecutor testamentario facultad para ejercitar las acciones de la herencia; al contrario, se le niega implícitamente, permitiéndole, nada más que intervenga en las cuestiones que afecten á la ejecución del testamento. Esto resulta, por otra parte, de la naturaleza misma de su encargo. No es el representante de los herederos; éstos pueden y deben vigilar por sí mismos sus intereses; aquél está encargado de asegurar la ejecución de la última voluntad del difunto; su mandato es, pues, limitado, y, fuera de esos límites, no tiene derecho de obrar. (2)

Se ha resuelto que el ejecutor testamentario no tenía derecho de intentar la acción pauliana para demandar la nulidad de los actos ejecutados por el difunto en fraude de sus acreedores. El ejecutor no es representante de éstos, no está encargado de pagar deudas, y en nuestro concepto, como lo diremos más adelante, ni siquiera le puede conceder esa facultad el testador. Por tanto, las acciones correspondientes á los acreedores están fuera de los límites del mandato. (3) Es distinta la cuestión de si puede el ejecutor intervenir en las disputas que se ofrezcan entre el heredero y un deudor de la testamentaria ó un detentador de bienes hereditarios cuando el heredero, unido á un tercero, trata de defraudar los derechos de los legatarios.

1 Lieja, 11 de Junio de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 311).

2 Metz, 3 de Julio de 1865 (*Dalloz*, 1865, 2, 126). Demolombe, tomo 22, pág. 71, núm. 79.

3 Lieja, 25 de Julio de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 215).