

Desde que está á discusión el interés de éstos, el ejecutor tiene personalidad para obrar. Todos están de acuerdo en este punto; solo que unos dicen que debe limitarse á avisar á los legatarios, (1) y otros son de parecer que puede intervenir. (2) Esta última opinión nos parece más conforme con el texto y el espíritu de la ley. El artículo 1,031 confiere al ejecutor la facultad de intervenir en los pleitos que se originen acerca de la ejecución del testamento, y al mismo tiempo, el cargo de cuidar que se ejecute éste: luego el ejecutor tiene personalidad desde que se trata de asegurar la ejecución de la última voluntad del testador, y la ley indica el camino que debe seguir para obrar cuando alguna contestación interesa á los legatarios: esa es la intervención.

362. El ejecutor testamentario que tiene la ocupación puede perseguir á los deudores de la herencia (núm. 350). Se pregunta si los fallos dictados con respecto á él producen efecto en cuanto á los herederos. La negativa es indudable, y resulta de los principios relativos á la cosa juzgada y de la misión del ejecutor. Conforme al artículo 1,351, las sentencias no producen efecto más que entre las partes, y no lo es en un litigio sino el que figura en él personalmente ó representado conforme á la ley, y los herederos no están representados por el ejecutor testamentario, lo cual resuelve la dificultad. (3)

II. Venta de los bienes.

363. Dice el artículo 1,031, que los ejecutores testamentarios "provocarán la venta del mobiliario á falta de dinero suficiente para pagar los legados." Pothier nos dirá lo que se debe entender por las palabras *provocar la venta*. El eje-

1 Toullier, t. 3º, 1; pág. 325, núm. 591; Duranton, t. 9º, pág. 395, núm. 415.

2 Demolombe, t. 23, pág. 71, núm. 79.

3 Bayle-Mouillard comentando á Grenier, t. 3º, pág. 15, nota c.

cutor, dice, puede vender á su solicitud los muebles, pero debe hacer la venta de acuerdo con los herederos. En efecto, estos son propietarios, y sólo el propietario puede vender, sea voluntariamente, sea por autorización judicial. Si los herederos no consienten en la venta, debe el ejecutor emplazarlos judicialmente para que se proceda á ella. Los herederos no tienen más que un medio para impedir la, y es el de ofrecer al ejecutor las cantidades necesarias para la ejecución del testamento. Si le ofrecen la cantidad que baste para el efecto, no tendrá razón de ser la venta, porque no tiene lugar conforme al artículo 1,031, sino á falta de recursos; mas cuando los herederos suministran los necesarios, no se puede decir que no los hay. Véase que el derecho consuetudinario, lo mismo que el código, buscaba la manera de conciliar los intereses del heredero con los de los legatarios; los herederos pueden estar obligados á conservar unos muebles que para ellos tengan precio de afección, y algún sentimiento de delicadeza puede obligar los á adelantar las cantidades necesarias para el pago de los legados, más bien que dejar se venda públicamente el mobiliario del difunto. (1)

364. Si no hay recursos suficientes, ni basta la venta del mobiliario para pagar á los legatarios, ¿podrá el ejecutor provocar la venta de los inmuebles? El silencio de la ley resuelve el caso. Si el ejecutor estuviese facultado para provocar la venta de los inmuebles, como lo está para la de los muebles, habría dicho la ley que puede vender los bienes del difunto, pero al decir que puede vender el mobiliario, excluye los inmuebles. Esto, en verdad, es argumentar con el silencio de la ley, por esa argumentación, en materias excepcionales, es decisiva; el espíritu de la ley está de acuerdo con su letra. Antiguamente, los inmuebles se

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 218. Troplong, t. 2º, pág. 2,011, núm. 2,024).

consideraban como la parte más preciosa de la fortuna de los individuos y el legislador desplegaba toda su solicitud para conservarlos en las familias. Ahora bien, la ejecución testamentaria no exige, en general, que los inmuebles sean vendidos; aun cuando no bastara el precio, producto de la venta, para pagar á los legatarios, podrían los herederos preferir pedir prestado á dejar que se vendiera la heredad de la familia. Después de todo, los legatarios tienen un medio enérgico para asegurar sus derechos relativos á los inmuebles hereditarios, cual es el de registrar esos mismos bienes y pedir la separación de patrimonios. Lo que nos parece decisivo es que, en el derecho antiguo, no se permitía al ejecutor que vendiera los inmuebles, ni que sujetara al heredero á consentir en esa venta, ni siquiera en las costumbres que le concedían la posesión. (1)

Los de la opinión contraria invocan el artículo 1,031, que encarga al ejecutor vigile por la ejecución del testamento. (2) Puede contestarse que el argumento prueba demasiado. Si bastara confiar al ejecutor la misión de vigilar la ejecución del testamento, para investirle de la facultad de hacer todo lo que puede facilitar esa ejecución, habría debido contentarse el legislador con una sólo disposición, la que se cita; ¿á qué viene decir que el ejecutor puede provocar la venta del mobiliario, si puede provocar la de todos los bienes en virtud de su mandato? Hemos dicho ya por qué el legislador define y limita las facultades del ejecutor; es porque se trata de un mandato conferido por el difunto y cuyo efecto es restringir el derecho de propiedad de los herederos. Es menester no considerar únicamente los intereses de los legatarios, sino

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 219. Bayle-Mouillard comentando á Grenier, t. 3º, pág. 17; Aubry y Rau, t. 6º, página 134, nota 16, pfo. 711.

2 Demolombe, t. 22, pág. 66, núm. 74. Troplong, t. 2º, pág. 201, núm. 2,024.

también tener presente el derecho de los herederos. Ellos tienen también obligaciones, se dirá; ellos deben pagar los legados, y si no lo hacen voluntariamente, debe haber derecho para obligarlos á ello. Sin duda; pero ¿á quién corresponderá ese derecho? A los legatarios; que en cuanto al ejecutor, no está llamado á concurrir á la ejecución de la última voluntad del difunto, sino dentro de los límites de la ley.

365. ¿Puede dar el testador al ejecutor testamentario derecho de vender sus inmuebles. Ya hemos respondido á esta pregunta. Tenemos á la vista dos principios contrarios, que son: la interpretación restrictiva y la extensiva. Nuestro principio es el de la restrictiva (núms. 332-334), y ya hemos dado nuestras razones. Los autores y la jurisprudencia se declaran por una interpretación más y más extensiva; pero siguiendo por este camino, van á llegar hasta á formar un nuevo código civil. En materia de ejecución testamentaria, esto nos parece evidente de todo punto.

Confiesa Troplong que, dada su misión legal, el ejecutor no tiene otro cargo que el de pagar los legados y cuidar de que se cumpla con el testamento. Esto resuelve la cuestión contra el sistema que prevalece entre los autores y la jurisprudencia. El mandato del ejecutor testamentario es una creación de la ley; los derechos del testador acaban á su muerte; si su voluntad ejerce á un dominio mas allá del sepulcro, no es por virtud de los principios generales de derecho, puesto que, según ellos, el mandato del ejecutor es una verdadera ficción, por formarse en un momento en que el concurso de voluntades, necesario para todo contrato, es imposible por la muerte del pretendido mandante. Sin embargo, escrito está que nada impide al testador para prolongar ese mandato legal. (1) ¡Nada impide! Más exacto

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

sería decir que todo impide que se prolongue: la naturaleza de las cosas que no permite á los muertos el ejercicio de la voluntad; los derechos de los herederos que, haciéndose propietarios y poseedores de la herencia, ven cómo se ponen trabas á sus derechos, y ven alterados éstos por el poder sin límites que se reivindica en favor del testador y del ejecutor testamentario.

La jurisprudencia sienta como principio que la facultad de confiar á un tercero el cuidado de ejecutar las disposiciones del testador es consecuencia natural del derecho de disponer concedido á éste último. (1) ¡Cómo es natural que el hombre tenga derecho de mandar alguna cosa cuando ya murió! Si alguna cosa hay contraria á la naturaleza, es querer, cuando ya no se vive. ¿Se dirá que la ley reconoce ese derecho al hombre al darle la facultad de testar? En cierto sentido, sí. Y véase por qué se dice que la facultad de testar es de derecho civil; quiere decir que la ley ha debido confirmarla para que exista. Es menester, pues, dejar á la *naturaleza* á un lado, para atenerse á la ficción de la ley, pues, ficción es lo que hay. Sea el legislador ó el testador quien llame á la herencia del difunto á un sucesor cualquiera, siempre tendremos que por una ficción es por lo que el muerto pone en posesión al vivo; porque el testador sigue siendo poseedor y propietario hasta el momento en que muere, y en ese momento, ya no puede tener voluntad. La ley es, pues, la que da efecto á su voluntad. ¿En qué límites? Puesto que ella crea el derecho, ella debe determinar los límites en que se ejerza. Podría no permitir al testador que nombrara ejecutor testamentario; pero pues lo permite, sólo á ella le debe tal facultad el testador. Esa facultad no es natural sino esencialmente.

Si el principio de donde parte la jurisprudencia es falso,

1 Donai, 26 de Agosto de 1847 (Daloz, 1847, 2, 209). Metz, 13 de Mayo de 1869 (Daloz, 1869, 2, 192).

deben serlo igualmente las consecuencias que deduce de él. Siempre es la *naturaleza de las cosas* la que invoca el tribunal de Donai para deducir que la extensión de las facultades que puede conferir el testador á su ejecutor debe ser correlativa de la de las disposiciones testamentarias mismas. Vese que el legislador desaparece, no quedando más que el testador que habla y ordena, cuando no tiene derecho de ordenar sino porque la ley le concede esa facultad. El tribunal de Donai invierte los papeles: no se concebiría que aquél que puede legalmente ordenar no pudiese encargar á su ejecutor testamentario la plena y completa ejecución de sus disposiciones. Menos aún se concibe, diremos, que el que no puede ordenar sino en virtud de la ley, pueda ordenar, sea lo que fuere, sin que se lo permita la misma ley. Esto es lo que hizo ella en el artículo 1,031. El tribunal de Donai explica esa disposición de manera muy singular; al entenderla, ella tiene por objeto arreglar las funciones generales y ordinarias de los ejecutores testamentarios; pero no se sigue que el legislador no pueda él mismo arreglar su misión y conferirles poderes especiales distintos y con mayor extensión que los enunciados en aquel artículo. ¿No se diría que la ejecución testamentaria es un contrato á manera de venta? ¿qué el legislador previe solamente aquello que las partes quisieron, pero que les permite querer otra cosa? Se olvida quién es el que figura en ese pretendido contrato; el testador es el único que habla en él, pero no habla sin permitírselo la ley, la cual le dice que puede ordenar; pero fuera de los límites que ella le traza, no puede hacer nada, porque es un muerto que habla. Esto quiere decir que sólo el legislador tiene la palabra en esta materia. El citado tribunal insiste diciendo que el artículo 1,031 no está concebido en términos prohibitivos ó limitativos y que no hay razón para que el legislador restrinja en este punto la libertad del testador.

¿Es menester enseñar á los jurisconsultos que hay leyes restrictivas por su naturaleza por ser excepcionales, y existe alguna más excepcional que la que da á un muerto el derecho de mandar? ¿Se preguntará por qué la ley no le da plena facultad para ordenar? Ya lo hemos dicho: es porque hay otro derecho delante del testador, que es el de los herederos, es decir, el derecho de propiedad. El tribunal de Donai no se preocupa más que con la *libertad del testador*. Convenimos en que la ley le permite que disponga de sus bienes como le parezca; pero hay un límite necesario á esa libertad. ¿Podrá el testador, so pretexto de libertad, encadenar eternamente los derechos de los herederos? Nadie se atrevería á decir que lo puede. Hay, pues, un límite para su libertad: la tiene mientras viva, pero no ya muerto. Desde este momento comienzan otros derechos, que la ley debe tener en consideración, puesto que en esa transmisión de las herencias descansa la sociedad civil.

El tribunal de Donai pretende que el legislador no restringe la libertad del testador en lo que concierne al derecho de venta que puede conceder á su ejecutor. Es cierto, como lo dice él, que esa restricción no resulta del artículo 1,026 que, por confesión del mismo tribunal, no permite al testador que conceda á su ejecutor la posesión de los inmuebles. Pero esta disposición prueba por lo menos un cosa: que la ley toma en consideración otro principio que no es la libertad del testador. La ley encadena esa libertad: ¿en favor de quién? Evidentemente, en el de los herederos; ella no quiere que los prive el testador de la donación de los inmuebles. En el mismo espíritu de restricción la ley autoriza al ejecutor para vender el mobiliario, en tanto que no le da facultad para provocar la venta de los inmuebles. La libre disposición de los bienes es un derecho para los herederos, que merece protección tanto como la libertad del testador.

El mismo tribunal se esfuerza en seguida en demostrar que la facultad de vender los inmuebles no menoscaba la posesión, sea del heredero, sea del legatario universal. Ciertamente que ambas posesiones coexisten sin destruirse entre sí, como lo hemos dicho (núm. 339); pero no es esa la cuestión. La ocupación es la posesión legal que, á pesar de la ocupación del ejecutor testamentario, sigue perteneciendo á los representantes del difunto. Estos son más que poseedores, son propietarios; y no dice el artículo 544 que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas *de la manera más absoluta*? Aquí surge el conflicto entre el derecho absoluto de propiedad y la libertad del testador, que se dice también absoluta. ¿Dominará la pretendida libertad del testador el derecho de propiedad de los herederos? No; el tribunal de Donai tiene que confesar que el testador no puede conceder al ejecutor la posesión de los inmuebles. Que se deje, pues, de hablar de la libertad del testador, la cual no consiste más que en la facultad de disponer de sus bienes; pero cesan al punto en que esa disposición produce efecto para dar lugar á otra libertad, la de los herederos.

Recurrido el fallo, se dió en casación otro denegatorio, y no tenemos embarazo para decirlo; son de una debilidad extrema los motivos en que descansa. La sala sienta como principio que "el testador que no tiene herederos en reserva es libre para imponer á los legatarios universales que hubiere escogido, *á los cuales era dueño de no dejarles nada*, la condición que le plazca, con tal que no se oponga á la ley, al orden público ni á las buenas costumbres. (1)" El principio es verdadero en lo que mira á las consideraciones con que el testador llama á los legatarios á su herencia; pero no, en lo que mira á los derechos que resultan de la revocación. Es el axioma vulgar el que puede lo

1 Denegada, 8 de Agosto de 1848 (Daloz, 1848, 1, 188).

más puede lo menos, el que cegó á la sala. Sin embargo, todo el mundo reconoce que ese axioma es falso cuando hay una razón de diferencia entre lo más y lo menos. Ciertamente, podía el testador no dejar nada á su legatario universal, y sin embargo, no puede privarle de la ocupación; no puede dar á su ejecutor más que la del mobiliario, y ni siquiera puede prolongarla á más del año y día. Por tanto, puede lo más y no lo menos; y así no es cierto que pueda imponerle á su legatario la condición que le plazca. La sala dice que no hay ley que prohíba al testador que ordene la venta de sus inmuebles autorizando al ejecutor para que la haga. Esto es plantear mal la cuestión; hay que preguntar si alguna ley permite al testador que ordene después de muerto. Esto, indudablemente, no puede tener lugar sino en virtud de la ley; si no la hay, pues, no hay derecho. El de vender los inmuebles, dice la sala, en nada excede á las facultades que es lícito al testador conferir al ejecutor testamentario. He aquí una afirmación; pero ¿dónde está la prueba? La sala se limita á repetir lo que había dicho el tribunal de Donai: que el derecho de vender los bienes no menoscaba la ocupación legal del heredero, ni cuando se trata de los inmuebles, ni tratándose de los muebles. Repetimos que la ocupación legal está fuera de la cuestión: la ley permite que se modifique el derecho de propiedad de los herederos en lo que concierne á los muebles; pero no en lo tocante á los inmuebles. Tal es el código civil; si encuentran que es muy restrictivo, procedan á formar otro. Pero esta facultad sólo es del legislador. (1)

366. La jurisprudencia de Bélgica ha variado, así en cuanto al principio, como en cuanto á sus aplicaciones; y esas variaciones no hablan en favor de la doctrina que ve-

1 Compárese con el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 671, número 457.

nimos impugnando. Importa hacerlas constar, para que no se nos objete con la jurisprudencia como con indiscutible autoridad.

En 1809, admitió como principio el tribunal de Bruselas, la validez del mandato, conferido al ejecutor testamentario, para que vendiera los inmuebles. El fallo que se dictó contra las conclusiones del ministerio público, no tiene importancia alguna doctrinal, porque ni un sólo motivo da para apoyar la opinión que adopta. Los legatarios que se oponían á la venta daban excelentes razones para apoyar su oposición; pero el tribunal no las tomó en cuenta, ni siquiera las discutió. (1)

En 1843, el mismo tribunal declaró igualmente válido el mandato conferido por el testador á su ejecutor; pero la necesidad de vender estaba reconocida por todos los interesados; y más bien se trataba de saber en nombre de quien se había de verificar la venta: punto que no era dudoso, por deber hacerse toda venta en nombre los propietarios. Habría aún otra dificultad concerniente á la designación del notario; y como estaban de por medio menores en el caso, la dificultad quedaba zanjada por la ley de 12 de Junio de 1816: el notario debía ser designado por el juez. Por lo demás, la cuestión de principio que examinamos no se agitó. (2)

En 1818, el tribunal de Bruselas cambió de jurisprudencia. En un fallo que ya citamos (núm. 334), dice que el nombramiento y las facultades de los ejecutores testamentarios emanan puramente del derecho civil; lo cual, es decir, que el legislador ha creado ese mandato excepcional y que sólo puede fijar sus límites y extensión. En 1850 nuevo cambio de jurisprudencia. El fallo de ese año ve en la

1 Bruselas, 2 de Agosto de 1809 (Daloz, núm. 4,087. 1°).

2 Bruselas, 8 de Abril de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 235 y Daloz, núm. 1,108, 3°).

ejecución testamentaria una consecuencia del derecho que la ley reconoce al hombre para transmitir sus bienes, lo cual le da al testador el derecho de arreglar su ejercicio. Era la doctrina que acababa de admitir el tribunal de Do-
nai y la sala de casación de Francia. El tribunal de Bruselas dijo que el artículo 1,031 no limita las facultades del testador; aun va más lejos, y conforme á la opinión que impugnamos, es menester ir hasta allá: el testador puede conferir al ejecutor atribuciones más extensas y aun poderes de distinta naturaleza; el legislador, dice el tribunal, había atentado á la libertad que tienen los testadores para disponer de sus bienes, si les hubiese negado aquel derecho. En 1818, el tribunal raciocinaba de otro modo, y creemos que lo hacía mejor. Siendo el mandato puramente de derecho civil, toca al legislador arreglar su extensión, siguiéndose de aquí que lo que la ley no permite al testador se lo prohíbe. Partiendo de éste su nuevo principio, el tribunal de Bruselas hace que la ley diga lo contrario de lo que ella dice: invoca aquél el artículo 1,031 que encarga al ejecutor vigile por la ejecución del testamento, y de ahí concluye que puede el ejecutor vender los inmuebles si le confirió el testador esa facultad; mas ese mismo artículo expresa las del ejecutor en lo que mira á la venta de los bienes, dándole la ocupación del mobiliario y la facultad de procurar su venta; pero no le da ningún derecho respecto de los inmuebles. (1)

El tribunal no ha seguido fielmente su nueva jurisprudencia. En 1864, tenía que declarar acerca del efecto de una cláusula que daba al ejecutor facultades de tal manera extensas, que éste pretendió ser legatario á título universal de todos los inmuebles. Pidió que por lo menos se le permitiera vender los inmuebles hereditarios como lo

1 Bruselas, 17 de Abril de 1850 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 14). Compárese con lo resuelto en Gand á 1º de Agosto de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 416).

había prescripto la testadora y aplicar su precio de la manera indicada por ella misma. El tribunal halló que ese mandato era exorbitante. ¡Cómo! dijo, la ley no quiere, y sobre ellos todos están de acuerdo, que el testador de la posesión dé sus inmuebles á su ejecutor testamentario. ¿Y qué cosa es esa posesión? El único efecto sería retardar un año cuando más la posesión de los herederos. ¡Y se quiere que el testador, que no puede quitar á sus herederos la detentación de los inmuebles, pueda dar al ejecutor facultad para disponer de ellos y venderlos! Todo lo que admite el tribunal, es que el testador encargue á su ejecutor que procure la venta de los inmuebles en el caso de que no baste el mobiliario para pagar los legados. Esta facultad vuelve á quedar bajo el dominio del artículo 1,031, según el cual la misión del ejecutor consiste en cuidar de la ejecución del testamento. En efecto, la venta de los inmuebles puede ser el único medio de llegar á ese resultado. El tribunal invoca la tradición. Furgole y Ferrière dicen que el ejecutor puede pedir que se emplace al heredero para que se le ordene que ministre las cantidades que faltan para la ejecución del testamento, y que en caso de negativa, se vendan inmuebles hereditarios. (1) Reducida á estos términos, casi no ofrece interés práctico la cuestión. Indudablemente los legatarios tendrían aquél derecho. Poco importa que le ejerciten directamente ó por medio del ejecutor. Sólo queda una dificultad de teoría: ¿es el ejecutor representante de los legatarios y puede hacer todo lo que podrían hacer ellos? Esto, por lo menos, es dudoso. En un fallo reciente, el tribunal de Bruselas volvió á la verdadera doctrina que consagró en el que dictó en 1818. (2)

367. El mandato que pareció exorbitante al tribunal de Bruselas está considerado como natural y legítimo por la

1 Bruselas, 8 de Agosto de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 411).

2 Bruselas, 28 de Noviembre de 1872 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 96).