

jurisprudencia francesa. Vamos á asistir á una ejecución testamentaria de que ni ejemplo hay en el código, más aún, que reprueban el código y los principios. La jurisprudencia la creó y los autores han pasado por ella. Un testador que no deja herederos reservatarios instituye legatarios universales, confiriendo á un executor facultad para vender todos sus inmuebles y emplear el precio en el pago de legados particulares y distribuir después el remanente entre los legatarios por él instituidos. Ese es el mandato para liquidar la herencia; ¿es válido? Sí, dice el tribunal de Donai. La ley permite al que no deja herederos reservatarios que disponga de sus bienes como le parezca; y al darle esa facultad, la ley le deja en la más completa libertad en cuanto al modo de distribuir sus bienes; bajo este concepto, sus disposiciones deben ejecutarse por completo desde el momento en que no se oponen á la ley, al orden público ni á las buenas costumbres. Tal es el principio que se establece, á saber: el de la omnipotencia del testador, y fúndale en los artículos 893, 895 y 913 del código civil. ¿Qué dicen esos artículos? Que cualquiera puede disponer de sus bienes por testamento, con tal que respete la reserva. *Disponer de sus bienes*: ¿qué quiere decir esto? El artículo 711 nos contesta: "La propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por donación testamentaria." Por tanto, disponer de sus bienes por testamento, es transmitir su propiedad á los legatarios. Tal es el efecto de los legados, conforme al artículo 1,014: "Todo legado puro y simple da al legatario, desde el día que muere el testador, derecho á la cosa legada." Todo legado puro y simple, dice la ley; el legado puede ser condicional, y en ese caso, se aplican los principios relativos á las condiciones. En suma, la libertad de testar, invocada por el tribunal de Donai, consiste en la facultad de transmitir á los legatarios la propiedad de los bienes; el testador los puede dis-

tribuir como le plazca, esto no es dudoso, pero es menester también entender esta facultad en el sentido de que puede dar á quien quiera la propiedad de los bienes que deje á su fallecimiento.

No es así como el tribunal comprende la facultad ilimitada que reclama para el testador. Ninguna disposición legal, dice, obliga al testador á transmitir sus bienes en especie á aquellos á quienes juzgue á propósito gratificar con ellos. Desde ese momento, nada obsta para que, instituyendo legatarios particulares y legatarios universales, ordene el testador que se vendan todos sus bienes muebles é inmuebles después de su fallecimiento, en la forma indicada por él, para que se emplee el precio, primero, en pagar las deudas y legados particulares, y después, el resto, entre los legatarios universales. El tribunal dice que ninguna ley se opone á una disposición como esa. ¿Qué cosa es, entonces, toda la sección relativa á los executores testamentarios? Si los artículos 893, 895 y 913 dan al testador facultad para disponer, después de su muerte, de sus bienes como si todavía viviera, ¿á qué venían, pues, los artículos 1,025 y siguientes que le dan, no un poder ilimitado de proveer á la ejecución de su última voluntad, sino un poder muy ilimitado? El tribunal confundió dos cosas muy distintas: la transmisión de los bienes y la ejecución de las disposiciones que los transmiten. El artículo 895 que él cita, da al testador derecho para disponer de sus bienes para un tiempo en que ya no viva, es decir, para el momento de morir; pero una vez hecha esa transmisión, cesa el derecho de testar que tienen. Al morir, transmite á sus legatarios la propiedad de sus bienes; pero cesa su derecho en el momento mismo de morir para abrirse el de sus legatarios. Estos son propietarios en virtud de la ley (art. 1,014), y á ellos toca, después de aquel momento, proceder á la liquidación de la herencia. ¿Puede

intervenir el testador en esa liquidación y hacerla para sus legatarios? Este es otro orden de ideas: se trata de saber si todavía puede el testador ordenar después de muerto; puesto que él es quien obra por medio del ejecutor testamentario. La ley se lo permite; es una nueva extensión del derecho de testar, porque no se trata de disponer de bienes, puesto que ya produjeron su efecto las disposiciones testamentarias, y los legatarios han llegado á ser propietarios. ¿Puede restringirse esa propiedad por la voluntad del testador? ¿puede ordenar éste que se vendan los bienes cuando los legatarios preferirían dividírselos en especie? A estas preguntas contesta la sección 7.<sup>a</sup>, *De los Ejecutores testamentarios*. Esa sección permite al testador que nombre un ejecutor que vigile la ejecución de las últimas disposiciones; pero no permite que le dé facultades ilimitadas. Aun en lo que concierne á la ejecución de los legados, son muy limitadas las facultades que la ley permite que se den al ejecutor. El artículo 1,026, al dar derecho al testador para conceder á su ejecutor la ocupación del mobiliario, le niega implícitamente la facultad de invertirle de esa misma ocupación con relación á los inmuebles; y aun la de los muebles no puede durar más que un año. El artículo 1,031 encarga á los ejecutores que procuren la venta del mobiliario, lo cual importa negarles implícitamente la facultad de vender los inmuebles, aun tratándose de hacer que se ejecute la última voluntad del testador. Pero, en el caso, no se trata de esa ejecución tal como la organiza el código, sino de disposiciones muy distintas que la jurisprudencia consagra, pero que el código no conoce.

¿Con qué fin encarga el testador al ejecutor testamentario que venda todos sus bienes? ¿Para asegurar la ejecución de su última voluntad? Tal es el objeto de la ejecución testamentaria organizada por el código; mas no el objeto de la disposición en que el testador manda que se vendan

todos sus bienes y se distribuya el precio entre los legatarios universales que instituyó. El tribunal de Donai dice que esa disposición tiene un fin muy legítimo, cual es el deseo de ahorrar dificultades á los legatarios, así como las dilaciones y gastos de la partición, la licitación, las cuentas y otras formalidades judiciales. ¿Qué es, pues, el mandato de vender que confiere el testador al ejecutor testamentario? El testador es quien hace por sí mismo la partición, á su manera, entre sus legatarios; y esto nada tiene que ver con la ejecución testamentaria del código. Poco importa, se dirá, si por lo demás es válida la disposición.

Tal modo de disponer de los bienes, dice el tribunal de Donai, debe acogerse con el justo favor que en cualquier circunstancia muestra la ley para las voluntades y actos del padre de familia. Esta consideración va dirigida al legislador, que ha organizado una ejecución testamentaria, y podría organizar otra. Pero no se trata de saber lo que podría hacer, sino si lo ha hecho. Pues bien, basta leer la sección VII para convencerse de que el legislador no ha permitido al testador que por sí mismo liquide la herencia, vendiendo todos los bienes por medio de un ejecutor testamentario. Al dar facultades tan limitadas al ejecutor, la ley se preocupa con los derechos de los herederos y de los legatarios universales. Véase por qué no permite que se dé al ejecutor la ocupación de los inmuebles; véase por qué no quiere que la ocupación del mobiliario dilate más de un año; véase por qué no le encarga que procure la venta de los inmuebles. ¡Y se quiere que después de limitar con tan escrupulosa solicitud las facultades del testador y de su ejecutor, dé la ley plena libertad al testador para despojar á los legatarios del ejercicio de la propiedad que reciben de la ley! Dícese que el que puede lo más puede lo menos, pero no hay quien diga que el que no puede lo menos pueda lo más.

Ese mandato, dice el tribunal de Donai, no ofende ni al orden público ni á á las buenas costumbres. Dejemos á éstas á un lado, que no se trata de ellos. El orden público, en materia de derecho privado, quiere decir que no es lícito á los particulares derogar lo que es de interés general. En nuestro caso, hay ese interés, cual es el derecho de propiedad. La ley declara absoluto ese derecho: ¿corresponde al testador restringirle y ponerle trabas para un momento en que él ya no vive? El testador, dice el tribunal, lo hace en favor de los legatarios; pero respondemos que lo que el testador quiere puede no convenir á los legatarios. Si éstos hallan su interés en dividirse los bienes en especie, ¿por qué el testador les habla de imponer la obligación de recibir el precio en lugar de los bienes? Dejad á los hombres la libertad de cuidar por sí mismos de sus intereses; la libertad vale más que las cadenas. Después de todo, comete error el intérprete preocupándose con los intereses, que es asunto del legislador; el juez sólo tiene puntos de derecho que examinar: ¿tiene el testador facultad para hacer que se vendan sus bienes por un ejecutor cuando ya aquel no es propietario? Tal es, en dos palabras, la cuestión, y parécenos que basta precisar la dificultad para resolverla.

El tribunal de Donai dice que la disposición de que se trata no es opuesta al artículo 1,006, que da la ocupación al legatario universal. Claro está; pero aun en esto, confunde el tribunal la facultad de disponer propia del testador, con la propiedad y la posesión que corresponde al legatario universal al momento de morir el testador. Este puede no dejar sus bienes á aquel á quien instituye legatario universal; pero si se los deja, no puede impedirle que sea propietario y poseedor. ¡Qué digo! El mismo, el muerto, da la posesión al vivo. Es cierto que no le puede quitar la ocupación que le da la ley, como tampoco

la propiedad, cosa que es absurda; ¿cómo le despojaría de un atributo de la propiedad en el momento mismo en que se la transmite? Es, pues, mutilar el derecho de propiedad permitir al ejecutor que venda contra la voluntad del propietario. Únicamente éste puede vender, y para que tal derecho pertenezca á otro que no sea el propietario, se necesita disposición expresa de la ley. ¿Dónde está esa disposición? En esto se palpa el error del tribunal, que dice que no hay disposición que prohíba al testador que ordene la venta de los inmuebles. Mal razonamiento es ese. Es menester decir: No hay disposición que autorice al testador para poner trabas al derecho de propiedad de los legatarios. Por consiguiente, no puede hacer que se vendan los bienes que, desde que se abrió la herencia, se han hecho propiedad de aquellos. (1)

368. La sala de casación confirmó el fallo del tribunal de Donai sin tomar en consideración los motivos graves que se hacían valer en la interposición del recurso y que acabamos de desarrollar; ni una palabra dice respecto de ellos. (2) Hay dos doctrinas contrarias entre sí. Una es la de la libertad absoluta del testador que puede imponer á sus legatarios cuantas restricciones quiera, sin atender para nada á sus derechos; no tienen ellos otros que los que les da el testador, y así nunca pueden quejarse de que éste se los desconozca, porque no reciben los bienes sino con las restricciones que el testador puso en sus disposiciones. Este es el sistema de la jurisprudencia francesa. Colocada desde ese punto de vista, la sala de casación parece no comprender la opinión contraria. Nosotros decimos que el testador queda sin facultad desde que deja de vivir, y por lo mismo no puede perpetuar su voluntad mas allá de

1 Donai, 26 de Agosto de 1847 (Daloz, 1847, 2, 209). Compárese con el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 671, núm. 457.

2 Denegada, 8 de Agosto de 1848 (Daloz, 1848, 1, 185).

su existencia. Muerto él, sus herederos ó legatarios universales entran en su lugar. Propietarios y poseedores de la herencia, es su derecho absoluto, ilimitado; y así el testador no le tiene para limitarle. Tiene solamente el de cuidar que se ejecute su voluntad nombrando un executor que ejerza los derechos muy restringidos que la ley le concede, ó permite que se le concedan. Por aquí se ve lo que separa á ambas opiniones. La jurisprudencia, sin tomar en consideración más que el pretendido poder absoluto del testador, le sacrifica el derecho de propiedad de los legatarios: derecho que sostenemos nosotros con las restricciones que la ley autoriza al testador para que le ponga, nombrando un executor testamentario.

M. Demolombe abrazó la opinión de la jurisprudencia; (1) y vamos á ver las consecuencias que deduce, las cuales no son nada á propósito para favorecer el principio. Puesto que el testador tiene derecho de mandar la venta de sus inmuebles, puede también arreglar las cláusulas y condiciones para realizar, y autorizar en consecuencia al executor para que venda, no sólo ante notario y con adjudicación, sino también amistosamente. Si se objeta el derecho de propiedad de los legatarios que, á su pesar, se ven de este modo privados de sus bienes, expropiados sin su consentimiento. M. Demolombe responde que no son propietarios sino con la condición expresada por el testador, y esa condición está en que no son propietarios de los bienes legados, sino que sólo tienen derecho al precio. ¿Se les ha entregado por lo menos ese precio? Absolutamente, pues el executor es el que vende y compra el precio. ¿Y cuál será la garantía de los legatarios? Ninguna tienen, si no es la responsabilidad del executor, responsabilidad que es irrisoria si resulta éste insolvente. Sin embargo, entre esos legatarios, hay menores ó establecimientos de beneficencia

1 Demolombe, t. 22, pág. 81, núm. 91 y los autores que cita.

pública; los bienes que les pertenecen no pueden venderse privadamente, por deber hacerse la venta con las formalidades prescriptas por la ley; formalidades de orden público, que nadie puede quebrantar. M. Demolombe da siempre la misma respuesta. Los legatarios no son propietarios de los bienes, sólo tienen derecho al precio. (1) Con buen derecho califica el tribunal de Bruselas de *exorbitante* la facultad que se da al executor testamentario. (2) Dígase cuanto se quiera, el testador no puede legar sino lo que tiene, y lo que tiene al morir son bienes inmuebles; si de esos bienes le permite la ley disponer, inmuebles son, pues, los que llegan á hacer propiedad de los legatarios (art. 1,014). Véase por qué no puede el testador la ocupación de sus inmuebles á su executor testamentario (artículo 1,026); ¿tendría esa prohibición sentido si el testador pudiera concederle facultad para venderlos, quiere decir, para privar á los legatarios de la propiedad y de la posesión? Tal cosa importaría invertir toda la teoría de las donaciones testamentarias y sustituirlas con otra nueva. En espera de que haya otro código, nos ateamos al que hoy existe.

### III. Pago de los legados.

369. El executor testamentario debe pagar los legados, dice Pothier. Antiguamente, era eso una obligación absoluta, puesto que el executor tenía de pleno derecho la ocupación del mobiliario; conforme al código civil, puede no tener esa ocupación, y en tal caso, no podría estar obligado á pagar los legados, por no estar en posesión de nada; puede tan sólo cuidar de que se paguen los legados. Véase por qué el artículo 1,031 no dice terminantemente que el executor está encargado de pagar los legados y se contenta con esta vaga expresión: "Cuidará de que se ejecute

1 Demolombe, t. 22, pág. 82, núms. 92 y 93.

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

el testamento." Si tiene la ocupación, se vuelve á los antiguos principios: el ejecutor paga los legados con los recursos que encuentra en la herencia y con los que provengan de la venta del mobiliario; esto implica que los ejecutores solamente están encargados de pagar los legados muebles. Muy claro lo dice la ley: conforme al artículo 1,027, el heredero puede hacer que cese la ocupación ofreciendo entregar á los ejecutores testamentarios la *cantidad* suficiente para pagar los legados *muebles*, y el artículo 1,031 dice: Provocarán la venta del *mobiliario* á falta de recursos suficientes *para pagar los legados*. Esto se haya en armonía con el espíritu de la ley. Le ejecución testamentaria es una señal de desconfianza con respecto á los herederos y á otros deudores de los legados, y es también una derogación de los principios relativos á las facultades del testador. Ha sido menester, pues, restringir la misión del ejecutor dentro de los límites que exige la necesidad, y los legatarios de inmuebles no la tienen de garantía alguna; ellos adquieren la propiedad de los bienes que les son legados, y pueden en caso de necesidad reivindicarlos; mientras que los legatarios de bienes muebles no tienen más que acción personal contra los deudores del legado. (1)

Pothier añade que el ejecutor debe solicitar el consentimiento de los herederos para pagar los legados. En efecto, los herederos ú otros deudores de los legados, pueden oponerse al pago, impugnar la validez de los mismos, los cuales no se hacen definitivos sino por la concurrencia de aquellos. Si los herederos promueven oposición, debe el ejecutor intentar una acción contra ellos. Tal es la marcha regular, la única que cubre la responsabilidad del ejecutor testamentario; si éste paga sin el consentimiento de los

1 Grenier, t. 3º, pág. 14, núm. 331. En sentido contrario, Demolombe, t. 22, pág. 70, núm. 78.

herederos, pueden éstos pretender que el legado es nulo y negarse á pasar en su cuenta por lo que hubiere pagado. (1)

370. ¿Contra quién deben los legatarios entablar su demanda de entrega? ¿contra el ejecutor testamentario, ó contra los herederos del legado? Hay mucha incertidumbre en la doctrina sobre este punto. Los más de los autores dicen que los legatarios pueden proceder contra el ejecutor testamentario, pero admiten que también se puede intentar la acción contra los herederos; hay quienes digan que el ejecutor y los herederos deben ser los demandados. (2) Nos parece que el texto legal y los principios resuelven la dificultad. Los artículos 1,011 y 1,014 dicen que los legatarios están obligados á pedir la entrega á los herederos á quienes se reserva una cantidad de bienes por la ley; á falta de ellos, á los legatarios universales, y á falta de éstos, á los herederos llamados en el orden establecido en el título de las *Sucesiones*. Por consiguiente, y en lo general, debe entablarse la demanda contra los deudores del legado, lo cual no es más que aplicación de una regla muy elemental, según la cual el acreedor debe proceder contra su deudor. En materia de legados, esta regla tiene más importancia que tratándose de deudas; el heredero no se convierte en deudor sino cuando consintió en la entrega, pues hasta entonces puede impugnar la validez del legado. Esto resuelve el punto en lo relativo al ejecutor testamentario, que no es deudor del legado, ni tiene carácter para consentir en su entrega, pues su misión se reduce á sostener la validez del mismo y á procurar que se haga efectivo. En tal virtud, bajo ningún concepto debe

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 228. Toullier, t. 3º, 1, pág. 324, núm. 589 y todos los autores modernos. Bruselas, 2 pluvioso, año XIII (Daloz, núm. 4,078).

2 Aubry Rau, t. 6º, pág. 138, nota 32 y los autores que citan. Grenier, t. 3º, pág. 29, núm. 338.

ser el que contradiga los legados. No se podría intentar contra él la demanda de entrega mientras terminantemente la ley no le diera personalidad para consentir en la entrega; mas la ley se ha cuidado mucho de derogar el principio establecido por los artículos 1,011 y 1,014. Esa derogación es imposible, como lo acabamos de ver. Lo único que la ley permite al ejecutor, es que intervenga en los pleitos que tienen por objeto la validez de los legados.

371. Igual incertidumbre reina en otra cuestión que no es más que corolaria de la que acabamos de examinar. Pothier pregunta si corren los intereses en favor del legatario desde el día en que se intenta la acción contra el ejecutor testamentario, ó desde aquél en que se le denunció la acción al heredero. La cuestión, tal como la formula Pothier, importa que los legatarios deben ó pueden por lo menos proceder contra el ejecutor. En nuestro concepto, deben proceder contra los herederos ú otros deudores del legado, y está por demás decir que su demanda hace que corran los intereses; los cuales, no comprendemos cómo podrían correr á consecuencia de una demanda entablada contra el ejecutor que no es deudor. Se deben los intereses, en caso de mora, y el deudor no se constituye en mora sino á virtud de una demanda judicial, cuando se trata de una deuda de dinero (art. 1,154), demanda que naturalmente debe instaurarse contra el deudor. ¿Es tal el ejecutor testamentario? Está encargado de pagar, pero no es él quien debe. ¿Es representante de los herederos ó de aquellos que deben el legado? Absolutamente. Por tanto, ningún carácter tiene para que se le demande, ni hay motivo para que por la demanda que se instaure en su contra constituya en mora á los deudores. Tan evidente nos parece esto, que creemos inútil insistir en las diversas opiniones emitidas por los autores. (1)

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 225. Demolombe,

#### IV. Pago de las deudas.

372. Antiguamente, el ejecutor testamentario tenía el encargo de pagar las deudas muebles lo mismo que los legados. Pothier no encuentra ninguna diferencia entre los legados y las deudas, pues pone unos y otros en la misma línea. (1) Se pregunta si sucede otro tanto conforme al código civil. Según la opinión que sustentamos respecto á la naturaleza de la ejecución testamentaria, la negativa es indudable. El ejecutor no tiene más facultades que las que le da la ley ó permite que se le den; y no hay una palabra en la sección VII acerca del pago de las deudas. La misión esencial del ejecutor consiste en vigilar que se ejecute el testamento, ¿y qué cosa es el testamento? El acto por medio del cual dispone de sus bienes el testador. En cuanto á las deudas, son una carga de los bienes. ¿Era menester encargar al ejecutor el pago de las deudas, como puede ser necesario ó por lo menos útil confiarle la ejecución de las últimas disposiciones del difunto? No; los acreedores podrán muy bien ejercitar sus derechos. Luego la ejecución testamentaria es ajena al pago de las deudas. Tal es también la opinión generalmente enseñada bajo el imperio del código civil. (2)

La opinión contraria la profesa Troplong, pero su propia confesión se vuelve contra él. Confiesa que el pago de deudas no es oficio necesario del ejecutor testamentario, puesto que las deudas son independientes del testamento y el ejecutor testamentario no fué comisionado más que para ejecutar la última voluntad del testador. Esto es decisivo. Se pretende que el ejecutor debe pagar las deudas cuando tiene la ocupación del mobiliario: claro está, dice

t. 22, pág. 63, núm. 70 y los autores en sentido diverso, que cita. Compárese con lo resuelto en Bruselas á 2 de Agosto de 1809 (Daloz, núm. 4 087, 1°).

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 228.

2 Toullier, t. 3°, 1, pág. 325, núm. 591; Aubry y Rau, t. 6°, página 138; Demolombe, t. 22, pág. 68, núm. 75.