

Troplong, que estando en posesión del activo, tiene que vigilar que no queden las deudas insolutas. Esto es menos que claro; tiene el ejecutor la posesión del mobiliario para pagar los legados, mas no para pagar las deudas. Sin duda, el acreedor que tiene un título ejecutivo puede apoderarse de los objetos muebles cuya detentación tiene el ejecutor; pero de esto á decir que el ejecutor está encargado de pagar las deudas, hay gran diferencia. Parece que es de uso que el ejecutor pague las deudas privilegiadas, tales como los gastos del funeral, los del aseguramiento de bienes, del inventario y de la venta. En cuanto á estos últimos gastos, es muy natural que los pague el ejecutor, puesto que es quien los ocasiona, á salvo el cargarlos en cuenta. Pero no sucede lo mismo con los gastos del funeral. Puede ser contrario el uso, mas el uso no puede dar al ejecutor testamentario un derecho que la ley le niega. (1)

373. ¿Pueden los acreedores entablar su demanda contra el ejecutor testamentario? En el derecho antiguo se les permitía que procedieran contra el ejecutor; lo cual era consecuencia lógica del principio reconocido por las costumbres, las cuales hacían una obligación en los ejecutores de pagar las deudas. (2) El código no les impone tal obligación; ningún carácter tienen, pues, para contestar á las demandas de los acreedores. Inútil es invocar la posesión; ésta no les da más que la detentación del mobiliario; mas la acción de los acreedores es personal, y debe ejercitarse contra los herederos, á salvo citar para el juicio al ejecutor para que le obligue la resolución, lo cual facilitará la ejecución de la misma. (3)

1 Troplong, t. 2º, pág. 194, núm. 2,004. Compárese á Bayle-Mouillard comentando á Grenier, t. 3º, pág. 14, nota b.

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 224.

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 138, nota 33. Compárese á Troplong, núm. 2,005.

374. ¿Puede el testador comisionar al ejecutor para que pague las deudas? Conforme á la opinión que permite al testador confiar al ejecutor la liquidación de la herencia, debería, con mayor razón, permitírsele que encargara al ejecutor el pago de las deudas muebles. Troplong es, pues, consecuente al reconocer ese derecho al ejecutor; por mejor decir, no hay punto discutible de derecho allí donde hay una facultad absoluta para disponer. Por el contrario, no comprendemos cómo M. Demolombe le niega al testador lo menos después de concederle lo más. Conforme á la opinión que sostenemos, no cabe duda; la única misión del ejecutor está en vigilar por el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, y las deudas son ajenas á esas mismas disposiciones, no teniendo nada que ver con la ejecución del testamento. Cierto es que Pothier dice que el pago de deudas muebles forma parte de la ejecución testamentaria, pero si lo dice es porque la costumbre de Orleans tenía sobre esto una disposición expresa. Pothier añade que eso proviene de que en otro tiempo era cláusula ordinaria de los testamentos que "el testador mandara que se pagaran sus deudas;" y por consiguiente, se sobreentendía la dicha cláusula. Esto supone una ley, que ahora no tenemos, y los testadores ya no insertan en su testamento ninguna cláusula relativa al pago de deudas. Y aun cuando la insertaran, no podrían dar facultad al ejecutor para pagarlas, por ser esta carga absolutamente ajena á los motivos por los cuales el legislador estableció la ejecución testamentaria. (1) Hay un fallo de Bruselas que apoya la opinión contraria, pero carece de autoridad doctrinal, por no estar motivado. (2)

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núms. 224 y 225. Troplong, t. 2º, pág. 194, núm. 2,005. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 6º, pág. 138, pfo. 711; Demolombe, t. 22, pág. 79, núm. 88.

2 Bruselas, 4 de Junio de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 170).

*Núm. 5. De la responsabilidad del ejecutor.*

375. ¿Es responsable el ejecutor testamentario? Todos los autores enseñan que sí lo es, (1) y se fundan en el texto mismo de la ley. El artículo 1,028 quiere que el ejecutor tenga capacidad para obligarse: ¿por qué? Porque contrae obligaciones al ejercer las funciones que le confía el testador. Esto implica que es responsable; si no lo fuese, nadie tendría acción contra él; y no se ve por qué, en este supuesto, la ley había de exigir de él capacidad para obligarse. Sin embargo, se ha declarado que el ejecutor sólo era responsable en los casos expresamente mencionados en la ley, y que, fuera de esos casos, no tenía más que una obligación de conciencia. En apoyo de tan extraña doctrina, se citaban leyes romanas. Al ver el abuso que se hace del derecho romano, se vería uno tentado de suprimirle por medio de una excepción como derecho ya abrogado; excepción que, por lo demás, es muy legítima. Nuestra ejecución testamentaria no es de origen romano, sino institución consuetudinaria. Por tanto, á las costumbres hay que recurrir para interpretar el código. Ahora bien, no hay más que leer á Pothier para convencerse á cada paso de que el ejecutor es responsable de su administración; y lo es con respecto á todos aquellos á quienes perjudica con su falta, á los herederos y á los legatarios. Así se resolvió en casación anulando un fallo del tribunal de la reunión que había declarado no ser responsable el ejecutor en el siguiente caso. Cierta testadora, en dos testamentos que hizo sucesivamente en 1813 y en 1821, concedió la libertad á una de sus esclavas, nombrando un ejecutor testamentario á quien dió la ocupación de todos sus bienes; se procedió al inventario, se incluyó en él á la joven esclava dándole el valor de 800 francos, sin reserva alguna en su favor. El

1 Demolombe, t. 22, pág. 93, núm. 109 y pág. 94, núm. 111 y todos los autores.

ejecutor rindió la cuenta de su administración, comprendiéndose á la esclava entre los bienes restituidos, siendo así que hasta 1848 fué cuando se concedió la libertad á la esclava, á instancia del ministerio público. La liberta reclamó daños y perjuicios contra el ejecutor por haber prolongado culpablemente su esclavitud por espacio de veintiséis años. Admitida en primera instancia, la demanda fué desechada en apelación; y recurrido el fallo, recayó otro de de casación. (1)

376. La sala de casación citaba los artículos 1,991 y 1,992 entre los que había violado el fallo que se recurrió. Conforme al artículo 1,991, el mandatario está obligado á desempeñar el mandato mientras dure en él y responde por los daños y perjuicios que puedan resultar de su in-ejecución; el artículo 1,992 añade que responde no solamente por su dolo, sino también por las *omisiones* que cometa durante su ejecución. ¿Cuál es la omisión por la cual queda obligado? Todo deudor está obligado á cumplir con sus compromisos con el cuidado de un buen padre de familia (art. 1,137); quiere decir que el mandatario está obligado por la culpa leve, para servirnos de la terminología aceptada en las escuelas. Pero el artículo 1,992 admite una restricción á la regla: "Sin embargo, la responsabilidad relativa á las omisiones se aplica con menos rigor á aquel cuyo mandato es gratuito, que al que recibe un honorario." ¿Se aplican estas disposiciones á la ejecución testamentaria? La jurisprudencia y los autores admiten la afirmativa como punto fuera de discusión, pero hay una razón para dudar. La ejecución testamentaria no es verdadero mandato (núm. 323). El ejecutor puede, pues, decir que no está sujeto á la responsabilidad que resulta de las obligaciones convencionales; pero en ese caso habría que sujetarle á la responsabilidad, más grave, que provie-

1 Casación, 27 de Agosto de 1855 (Daloz, 1855, 1, 371).

ne de los delitos y de los cuasi delitos. De suerte que los legatarios y los herederos más bien se interesarían por invocar los artículos 1,382 y 1,383. Creemos que no son aplicables esos artículos, porque si la ejecución testamentaria no es un mandato ordinario, es cuando menos un hecho jurídico análogo al mandato. Al aceptar el encargo que le confía el testador, se obliga el ejecutor; por lo mismo se le pueden aplicar por analogía los artículos 1,991 y 1,992.

Esta aplicación da lugar á una nueva cuestión: ¿cuál es la culpa precisa á que está obligado el mandatario y, por consiguiente, el ejecutor cuando no recibe ni sueldo ni recompensa? Esta es cuestión de hecho más bien que de derecho. En efecto, el artículo 1,992 dice que *se aplicará* con menos rigor la responsabilidad en cuanto á las omisiones; y así, el grado de rigor ó de indulgencia depende de las circunstancias, siendo imposible decidir *à priori*, como se hace, que el ejecutor no ha de ser responsable, al litigar, sino cuando obra por espíritu de vejación, ó con una ligereza reprehensible. (1) Dejemos estas cuestiones al arbitrio judicial, que en los varios casos las resolverá mejor que pudiera hacerlo el más sutil intérprete. (2)

377. ¿Es responsable el ejecutor testamentario cuando no tiene la posesión del mobiliario? En ese caso, hay una razón para dudar. El ejecutor que no tiene la ocupación no tiene la administración propiamente dicha; y el artículo 1,031 dice solamente que al concluir el año del fallecimiento del testador deben los ejecutores dar cuenta de su *administración*; lo cual implica que no tienen que rendir esa cuenta cuando no están en posesión del mobiliario. ¿No será menester decir lo mismo de la responsabilidad? No; porque ésta incumbe á los que tienen una obligación, aun

1 Demolombe, t. 22, pág. 94, núm. 110.

2 Agen, 18 de Abril de 1807 (Dalloz, núm. 4,094, 1°).

cuando no tengan cuenta que rendir. Pues bien, aun cuando no esté en posesión, no por eso debe cuidar menos el ejecutor de que se lleve adelante el testamento; y si no cuida, es responsable. Este principio fué aceptado por el tribunal de París en el siguiente caso. (1) Una testadora lega unas pensiones vitalicias con la cláusula de que, para asegurar su pago, se colocarían las cantidades necesarias en créditos contra el Estado y en hipoteca. Nombró como ejecutor testamentario á un notario, concediéndole una remuneración de 600 francos. El ejecutor se contentó con la obligación que de pagar la renta alcanzó de legatario universal. Llegó á ser insolvente éste, y entonces el legatario intentó una acción de responsabilidad contra el ejecutor testamentario. El tribunal de París resolvió que en su calidad de ejecutor, y, sobre todo, de ejecutor asalariado, debía cuidar de la ejecución del testamento en lo tocante á las pensiones vitalicias; pero, descuidando exigir que se impusieran las cantidades suficientes, había incurrido en una omisión que le hacía responsable de la insolvencia del deudor de la pensión.

378. Sucede á menudo que las facultades conferidas por el testador á su ejecutor exceden de las que la ley le permite conferirle. ¿Cuál será, en ese caso, la responsabilidad del ejecutor? Legalmente, no será eso más que ejecución testamentaria; pero si los herederos no la impugnan y el ejecutor acepta y administra á virtud de las disposiciones del testamento, debe responder de su administración á los terceros lo mismo que si fuera legal esa administración. El caso ocurrió en el tribunal de Bruselas. Un ejecutor, investido de la posesión, recibió facultades, las más amplias, para liquidar la herencia mediante sueldo, y se negó á una deuda durante el año de la posesión. Fene-

1 París, 7 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 46). Compárese con la denegada de 22 de Abril de 1808 (Dalloz, núm. 4,100, 3° y 4°).

cido el término, le demandó el acreedor pidiendo que por vía de daños y perjuicios se le condenara á pagar lo que aún se le debía del crédito. El ejecutor contestó desde luego que no había estado en posesión, y que, por lo mismo, no podían proceder en contra suya los acreedores. Es cierto que después del año y día no puede propiamente administrar el ejecutor y que no debe responder ya á las acciones de los acreedores y legatarios, pero queda obligado por los resultados de su administración; si por culpa suya ha incurrido en responsabilidad, indudablemente puede ser arrastrado á un juicio. El ejecutor pretendía en seguida que antes de perseguirle á él los acreedores debían dirigirse á los herederos y que sólo en caso de insolvencia de éstos quedaría él obligado. Esto era también desconocer el carácter de su administración y las consecuencias que se derivan de ella. El que acepta una liquidación mediante paga, debe pagar á los acreedores si hay dinero suficiente, y es responsable simplemente por no hacerlo. Ahora bien, en nuestro caso, había suficiente numerario; además de que el ejecutor se había manejado con los acreedores como liquidador general de la testamentaria, les había dado por escrito seguridades tales, que no podían pensar ellos en tomar medidas de conservación. En suma, había cometido una omisión grave, y era responsable de ella. El tribunal de primera instancia invocaba el artículo 1,382; limitándose á hacer constar la omisión y á hacer sacar la consecuencia de que habiendo podido pagar el ejecutor y no habiéndolo hecho, estaba obligado á indemnizar á los acreedores el perjuicio que les había causado, y que en tal virtud debía pagarles lo que les había quedado á deber, á salvo su derecho para repetir contra los herederos. (1)

379. Puede el testador nombrar varios ejecutores (ar-

1 Bruselas, 13 de Diciembre de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 268).

tículo 1,025). Para determinar cuál es la responsabilidad de éstos, necesario es ver desde luego si todos aceptan, y lo que sucede cuando no acepta alguno de ellos. El artículo 1,033 prevee el caso, diciendo: "Si hay varios ejecutores testamentarios *que hubieren aceptado*, uno solo podrá obrar en defecto de los demás." ¿Cuál es el sentido de estas palabras: *que hubieren aceptado*? Hase dicho que, en ese caso, el testador quiso organizar una administración colectiva, de suerte que si hay alguno que no acepte, quede sin efecto la ejecución testamentaria. Ciertamente que tal puede haber sido la mente del testador, pero hay que convenir en que no es probable, puesto que se expondría éste á que no hubiera ningún ejecutor, siendo así que él mismo conoció la necesidad de establecer una ejecución testamentaria.

Puede haber tenido también el testador otra intención, y es la de nombrar varios ejecutores, con la seguridad de que por lo menos uno de ellos aceptaría. Si al nombrar varios, declara su intención el testador, no habrá la menor duda en ese caso y tendrá que obsequiarse su voluntad; pero si nada dijo, ¿será menester admitir que quiso una ejecución colectiva? ¿Ese es el sentido de las palabras: *que hubieren aceptado*? No, por la poderosa razón de que el legislador no entendió resolver esta cuestión; la cual es de intención, y por tanto, de hecho, que la ley deja al arbitrio judicial; el juez la resolverá conforme á las circunstancias del caso. Si el testador no dice que quiso establecer una administración colectiva, podrá renunciar uno de los ejecutores y aceptar los otros, porque tal es el derecho común, salvo el derecho de quienes pretendan sostener que el testador derogó el derecho común, para probar esto mismo. (1)

1 Denegada del tribunal de casación de Bélgica, 6 de Julio de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 1, 205). Demolombe, t. 22, pág. 29, núm. 37. En sentido contrario, Durantón, t. 9º, pág. 498, núm. 423; Mourlon, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 385.

Llegamos á la cuestión que salva el artículo 1,033. El testador nombró varios ejecutores y todos ellos aceptaron: ¿quién puede obrar en ese caso? Responde la ley que uno sólo podrá obrar en defecto de los demás. Esto supone que el testador no dividió sus atribuciones; porque si las dividió, cada uno de ellos tiene su misión aparte, y ninguno de ellos puede extralimitarse en sus atribuciones, puesto que fuera de esos límites carece de toda facultad. Si el testador no especificó las atribuciones de cada quien, el legislador supone que cada ejecutor está facultado para obrar en todo. Esta suposición se funda en la probable intención del testador. Lo que éste quiso fué que se ejecutaran sus últimas disposiciones, y como es difícil que se obtenga, por los diversos actos de administración, el concurso de varias personas, pensó el legislador que el testador nombró varios ejecutores con el fin de asegurarse de que alguno de ellos, por lo menos, aceptaría el encargo. (1)

380. Tocamos á la responsabilidad en la hipótesis prevista por el artículo 1,633. Cuando hay varios ejecutores testamentarios, ¿serán solidariamente responsables todos ellos? Se discute el punto, que á nosotros nos parece resuelto por la ley y por los principios. El artículo 1,033 dice: "Serán responsables solidariamente por la cuenta del mobiliario que se les hubiere confiado, salvo que el testador haya especificado sus atribuciones y que cada uno se haya limitado á ella." Para comprender la extensión de esta disposición, es preciso compararla con la del art. 1,995, que deroga ella en cierto modo. "Cuando haya varios apoderados ó mandatarios nombrados en un mismo instrumento, no habrá solidaridad entre ellos, si no se hubiere expresado." No hay solidaridad sino en virtud de la ley ó del contrato; y en nuestro caso, se supone que no hay con-

1 Demolombe, t. 22, pág. 28, núm. 36 y pág. 31, núm. 38.

venio, esto es, que el testador no impuso responsabilidad solidaria á los ejecutores que nombró. A falta de disposición testamentaria, ¿establece la ley la solidaridad? Establécela para la *cuenta del mobiliario* en el supuesto y con las condiciones que ella misma indica. Nombrados varios ejecutores, todos ellos aceptaron, habiéndoles dejado el testador la posesión del mobiliario sin especificar sus atribuciones: todos serán responsables solidariamente de la cuenta del mobiliario que se les confió. Esto es una derogación del derecho común; como cada uno de ellos puede obrar separadamente, quiere decir, pagar los legados, provocar la venta del mobiliario, no se ve bien claro por qué los que no obran habian de ser responsables de la cuenta del mobiliario. Acaso el legislador quiso comprometerlos así á interesarse en la administración. Siempre tendremos que los ejecutores no son solidariamente responsables por la administración propiamente dicha, sino por la cuenta del mobiliario; esto es, que deben dar cuenta del uso que hayan hecho del mobiliario y devolver el sobrante; y si por ese capítulo incurren en responsabilidad, será ésta solidaria.

Tales son los límites y condiciones de la responsabilidad solidaria que establece la ley entre varios ejecutores testamentarios. De aquí que si el testador especificó sus atribuciones y cada uno de ellos se ciñó á las que se le designaron, no tienen responsabilidad mancomunada. Indudablemente supone el legislador, en ese caso, que también se especificó la posesión del mobiliario; y, eso supuesto, justo es que cada quien responda tan sólo del uso que hubiere hecho de la parte del mobiliario que se le confió. De ahí también que la ley no establezca la solidaridad para la administración propiamente dicha. Se ha querido sostener lo contrario; pero la ley resuelve la dificultad. No hay

mancomunidad sin ley; ¿y dónde está la ley que declare que los ejecutores son solidariamente responsables de su administración? Cuando son de tal manera evidentes los principios, es inútil insistir en este punto. (1)

#### § IV. FIN DE LA EJECUCIÓN TESTAMENTARIA.

##### Núm. 1. ¿Cuándo concluye?

381. La ejecución testamentaria concluye generalmente por la ejecución completa del testamento. Es menester no confundir la ocupación con la ejecución testamentaria, como se las confundía antiguamente, resolviéndose en consecuencia que la ejecución estaba limitada á un año. Así lo han querido las costumbres, dice Pothier, á fin de que los herederos no estén privados mucho tiempo del goce de los bienes de la herencia, so pretexto de que aun no se había ejecutado el testamento. (2) El código derogó el antiguo derecho, distinguiendo la ocupación de la ejecución testamentaria: la primera se limita á un año por el motivo que da Pothier; la segunda no está limitada ni podía estarlo, puesto que se puede prolongar por causa de los pleitos que detienen la ejecución de las últimas disposiciones del testador; y mientras no se hayan ejecutado éstas, el ejecutor tiene facultad y obligación de cuidar que lo sean. (3)

La aplicación de estos principios ha dado lugar á una dificultad que acabamos de mencionar, puesto que ella fué el objeto de un acalorado debate ante la sala de casación. Un inglés domiciliado en Francia instituye una legataria universal y nombra un ejecutor testamentario, por testamento ológrafo. La legataria pide la posesión, fundándose en que habían fenecido ya las facultades del ejecutor. Se

1 Compárese en sentido diverso, Aubry y Rau. t. 6º, pág. 139; Duranton, t. 9º, pág. 398, núm. 423; Demolombe, t. 22, pág. 31, números 38-40.

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 231.

3 Poitiers, 23 ventoso, año XIII (Daloz, núm. 4,132). Vazeille, t. 3º, pág. 102, núm. 13 y todos los autores.

resolvió que la testamentaria incoada en Francia se regía por la ley francesa respecto del mobiliario situado en Francia é Inglaterra; y en esa virtud, se puso á la legataria en posesión de la parte mueble. En cuanto á los inmuebles ubicados en Inglaterra, se declaró que debía aplicarse la ley inglesa. Competentes para resolver en cuanto á los muebles, lo eran por lo mismo los tribunales franceses para arreglar la ejecución testamentaria. Mas el ejecutor no estaba en posesión y la ejecución se había consumado respecto del mobiliario; no quedando pendientes más que algunos litigios relativos á los inmuebles, litigios á los cuales, por la naturaleza de sus funciones, era extraño el ejecutor. (1)

382. La ejecución testamentaria concluye con la muerte del ejecutor, cuyas facultades, conforme al artículo 1,032, no se transmiten á sus herederos. Esto es la aplicación á la ejecución testamentaria del principio que establece la ley para el mandato. Trátase de un oficio amistoso, y así de un poder conferido y aceptado por consideraciones esencialmente personales. Puesto que el código aplica por analogía el artículo 203, hay que aplicar por igual razón el artículo 2,010, que establece: "En caso de muerte del mandatario, sus herederos deben dar aviso al mandante y proveer, mientras tanto, á lo que exijan las circunstancias en favor de éste."

Se pregunta si los tribunales podrían nombrar un ejecutor testamentario en lugar del que falta, por muerte ó por cualquiera otra causa. Ni siquiera debería proponerse una cuestión como ésta, por implicar una herejía. Por vía de excepción del rigor de los principios, permite la ley al testador que nombre un ejecutor de su última voluntad, esto es, que confiera un mandato para después de muerto. Facultad como ésta sólo puede ejercerse por el testador; y

1 Denegada, 19 de Abril de 1859 (Daloz, 1859, 1, 277).