

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).

en ningún caso tienen los tribunales carácter para el efecto. Desde el momento en que cesa por cualquier causa la ejecución testamentaria, entran de nuevo los herederos en la plenitud de sus derechos, no tocando ya indudablemente al juez restringirles su propiedad. (1)

383. ¿Pueden los herederos pedir la revocación ó la destitución del ejecutor testamentario? Se declaró ya que los herederos podían pedir la nulidad de la ejecución testamentaria, si era ilegal. En el caso que se ofició, quería la testadora que sus herederos no pudiesen ni vender, ni hipotecar, ni aun administrar los bienes durante los cuarenta años que le sobrevivieran. Arreglaba la manera de administrarlos con todos sus detalles y nombraba un ejecutor testamentario á quien abonaba el 3 p^o sobre lo que recaudara. El tribunal de Lyon declaró que ciertamente la propietaria había estado en libertad para hacer de sus bienes todo lo que quisiera en vida, pero no para poner trabas, ó mejor dicho, paralizar el derecho de propiedad, que pertenecía á sus herederos. Menos aún puede el testador poner los bienes fuera del comercio, prohibiendo el venderlos ó hipotecarlos. En suma, la cláusula era nula como contraria al orden público en el sentido más lato de la palabra. (2)

Los herederos podían también pedir la revocación propiamente dicha si el ejecutor testamentario daba pruebas de incapacidad ó infidelidad en su manejo. Esto lo admiten los autores y los tribunales. (3) Sin embargo, hay un motivo para dudar. La revocación por incapacidad ó infidelidad es una destitución; ¿y puede haber destitución sin ley que la autorice? Nos parece muy dudoso. Se cita el artículo 444, que permite destituir á los tutores que de-

1 Caen, 13 de Enero de 1823, Dalloz, núm. 3,752). Grenier, t. 3^o, pág. 20, núm. 334 y todos los autores.

2 Lyon, 7 de Abril de 1835 (Dalloz, núm. 179, 1^o, pág. 80).

3 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 132 y nota 8, pfo. 711.

muestren por su manejo incapacidad ó infidelidad. Indudablemente, existe la misma razón legal; ¿pero basta una razón de analogía para extender los efectos de una disposición penal? Nos parece que el velo legal está indicado por el tenor literal del código: los herederos pagarán á los legatarios y demandarán por daños y perjuicios al ejecutor (art. 1,027).

Objeta el tribunal de Lieja que la ejecución testamentaria es un mandato y que, siendo revocable éste por su naturaleza, há lugar á la revocación del ejecutor testamentario, si median razones suficientes para hacer que cese la confianza que le demostró el testador. (1) ¿No es el caso de decir que el que prueba mucho nada prueba? El mandato es revocable, pero la revocación se efectúa por el que le confiere y sin necesidad de alegar algún motivo. Esto supuesto, ¿se puede assimilar con el mandato la ejecución testamentaria? Indudablemente no, porque el verdadero mandante murió ya al tiempo de comenzar la ejecución testamentaria. La asimilación conduciría á la consecuencia realmente absurda de que sería menester permitir á los herederos que revocaran la ejecución testamentaria. ¿De modo que aquellos contra quienes se estableció esa ejecución tendrían derecho para poner fin á la misma! Hay una diferencia capital entre la revocación del mandatario que se efectúa sólo por voluntad del mandante sin necesidad de juicio, y la revocación del ejecutor testamentario que no se puede hacer sin juicio. Y para que se declare en juicio una destitución, es necesaria una ley que determine las causas de esa destitución.

384. ¿Cesa la ejecución testamentaria por la insolvencia ó la falencia del ejecutor? Conforme al artículo 2,003, el mandato acaba por la insolvencia del mandatario: ¿se aplica

1 Lieja, 20 de Julio de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 467). Compárese con lo resuelto en Lieja á 11 de Febrero de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 38; y Dalloz, núm. 4,303).

esta disposición á la ejecución testamentaria? Así se admite en lo general, pero, á nuestro juicio, la cuestión tiene que resolverse en sentido opuesto. La ejecución testamentaria no es mandato (núm. 323); por lo mismo, sólo se puede argumentar de uno á otro caso por analogía y basta la analogía para hacer que cese la ejecución testamentaria en caso de insolvencia? Teóricamente, no cabe duda: y si el legislador hubiese previsto la dificultad, la habría resuelto en el sentido del artículo 2,003; por vía de argumento á *fortiori* el mandante puede revocar el mandato de un momento á otro y con todo la ley hace que cese éste cuando el mandatario llega á ser insolvente; con mayor razón debería el legislador poner fin á la ejecución testamentaria cuando se hace insolvente el ejecutor, porque el testador no vive ya entonces para revocar las facultades que le dió, ni pueden tampoco revocarlas los herederos. Pero no lo ha hecho así el legislador, sino que hay un vacío en la ley: ¿corresponde llenar ese vacío al intérprete? Contestamos con Coin-Delisle, que tal cosa es muy dudosa. (1)

Núm. 2. Cuenta del ejecutor.

385. El artículo 1,031 dice de los ejecutores testamentarios: "Deberán, al espirar el año del testamento, presentar la cuenta de su administración." Resulta de esta disposición que los ejecutores no deben dar cuenta si no han tenido la posesión; y como ésta cesa al terminar el año del fallecimiento, deben, por lo mismo, los ejecutores dar cuenta de su manejo durante ese mismo año. Si no han tenido la posesión, no deben rendir la cuenta, puesto que tampoco habrán administrado; pero si la tuvieron, acabará su administración con la posesión, aun cuando no haya concluido la ejecución del testamento. Los autores conti-

1 Coin-Delisle, pág. 487, núm. 10. Compárese en sentido contrario á los autores citados por Dalloz (núm. 4,054) y por Demolombe (t. 22, pág. 26, núm. 33).

nuarán vigilando la ejecución del testamento, pero ya sin responsabilidad.

386. ¿Puede el ejecutor testamentario dispensarse de dar la cuenta? Ya hemos contestado á esta pregunta al examinar si puede el testador eximir á su ejecutor de la obligación de hacer inventario (núm. 356). A nuestro juicio, la dispensa sería nula. No es cosa fácil; y los autores que la admiten no están de acuerdo en cuanto á los efectos que haya de producir. Pothier dice que si el testador hubiere eximido de la cuenta al ejecutor, tal cosa no le dispensaría de producirla, y que el único efecto de ella sería no poder hacerle responsable de lo que hubiera podido no hacer por negligencia durante su ejecución. (1) ¿Por qué dice Pothier que á pesar de la dispensa debe el ejecutor producir su cuenta? Porque no se concibe administración sin cuenta. El ejecutor está en posesión de un mobiliario de 100,000 francos; y si paga legados por valor de 80,000, debe devolver los 20,000 francos que constituye lo restante de que es deudor, porque la dispensa de dar cuenta no contiene la donación del excedente. Estando obligado á restituir, es necesario que el ejecutor fije por una cuenta cualquiera lo que haya gastado y lo que le quede. ¿Podrá ser impugnada esa cuenta? Pothier no dice de una manera absoluta que no puede serlo, sino tan sólo que no puede serlo por negligencia; en otros términos, el ejecutor no responderá por las omisiones en que hubiere incurrido por su manejo, y sólo responderá de su dolo; porque la estipulación de que no responda de su dolo es opuesta á las buenas costumbres y, como tal, nula; y lo mismo sucedería con una disposición testamentaria (arts. 6 y 900). ¿No es necesario ir más allá y decir que la estipulación ó cláusula que exime al deudor de poner en la ejecución de sus

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 329. Compárese en sentido diverso, á Toullier, t. 3º, 1, pág. 429, núm. 605. Troplong, t. 2º, pág. 203, núm. 2,028, y Dalloz, núm. 4,110.

obligaciones todo empeño es también contraria á las buenas costumbres? ¿No es un estímulo para la negligencia? ¿Y no se opone á las buenas costumbres que quien causó con su negligencia algún perjuicio no quede obligado á la reparación? Tal es nuestra opinión (1)

Objétase que el testador habría podido dar todo su mobiliario al ejecutor testamentario, porque se supone que no deja herederos en reserva; y la exención de la cuenta es menor ventaja, dicen (2) Es esto el antiguo adagio: El que puede lo más puede lo menos. Ya hemos contestado más de una vez á la objeción. Indudablemente, puede dar el testador todos sus bienes al ejecutor y no dejarles nada á los que instituye por sus legatarios; ¿pero es eso lo que quiso y lo que hace al nombrar un ejecutor á quien exime de producir la cuenta? No, porque lega sus bienes, no al ejecutor sino á los legatarios en cuyo beneficio nombra el ejecutor de su última voluntad. ¿Y es obrar en provecho de los legatarios confiar al ejecutor una administración con dispensa de toda responsabilidad? No se puede, pues, hablar en esta materia, del más y del menos, por no haber nada de común entre el menos y el más. La ley toma aun en consideración el interés de los herederos, aunque no sean reservatarios. La prueba de ello es el artículo 1,028. "El que no pueda obligarse no podrá ser ejecutor testamentario." Por consiguiente, no es lícito al testador nombrar como ejecutores á los menores ni á las mujeres casadas; ¿y á qué vendrían esas garantías si el testador pudiese eximir al ejecutor de las obligaciones que contraiga?

Hay un fallo en favor de la opinión que combatimos, y el caso en que recayó prueba que hace bien el legislador

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 383; Demolombe, t. 22, página 99, núm. 119; Vazeille, t. 3º, pág. 101, núm. 14 del artículo 1,031; Marcadé, t. 4º, pág. 45, núm. 3 del artículo 1,031.

2 Toullier, t. 3º, 1, pág. 328, núm. 604, Durantón, t. 9º, pág. 387, núm. 406.

con no sancionar con su autoridad la ciega confianza que los testadores demuestran á personas que casi no merecen esa prueba de amistad. Una testadora declara su deseo de que se venda todo su mobiliario sin intervención de sus herederos, sino sólo por gestiones de sus ejecutores, para distribuir el precio que se obtenga de la venta á los pobres á quienes éstos lo estimen conveniente, sin quedar obligados á dar á nadie cuenta de sus operaciones, pues expresamente los exime de esa obligación. La testadora pone, además, á disposición de sus ejecutores, todo el numerario que dejara al morir, así como todos los arrendamientos vencidos, igualmente sin obligación de cuenta. Nombra como ejecutores testamentarios á dos labradores y declara de nuevo dispensarlos de dar cuenta, pues descansa en su probidad. Eran los ejecutores, alcalde el uno, y adjunto del Ayuntamiento el otro, cuando murió la testadora, en 1816. ¿Que hicieron aquellas buenas gentes? Hasta 1830, año en que cesaron sus funciones, nada hicieron para conseguir la aceptación del legado que se había dejado á los pobres. Pasado aquel año, el nuevo alcalde, presidente del establecimiento de beneficencia, pidió y obtuvo por fin en 1840 una orden real que autorizaba la aceptación del legado; y entonces se promovió un juicio contra los ejecutores testamentarios para que presentaran al Fondo de beneficencia un estado de los valores que hubieren recibido. Los defensores hacen valer la cláusula testamentaria que los exime de dar cuenta á nadie. El tribunal de Donai admitió la validez de la dispensa, pero interpretándola en el sentido que enseña Pothier. Dice el fallo que la tal dispensa no podía producir el efecto de libertar á los ejecutores testamentarios de haber llevado una cuenta por parte de los que habían sido llamados á aprovecharse del legado; que los pobres ó sus representantes legítimos te-

nían el derecho indisputable de cerciorarse de cuál era el monto de las cantidades que se habían cobrado á favor de ellos y asegurarse de que se les había dado el empleo que les correspondía. Parece que los ejecutores todo lo habían distribuido ya. ¿Pero dónde estaba la garantía? El legislador evita el poner á los hombres entre su interés y su obligación; con mayor razón no debe alentarlos para que falten á sus obligaciones.

387. La cuenta del ejecutor abraza, como cualquiera otra, los ingresos y los egresos. En cuanto á estos últimos, dice el artículo 1,034: "Los gastos hechos por el ejecutor testamentario para el aseguramiento de bienes, el inventario, la cuenta y los demás relativos á sus funciones, serán con cargo á la herencia." Esto es de derecho común; el que gratuitamente administra debe, por lo menos, ser indemnizado de los gastos que haga. Debe aplicarse por analogía al ejecutor testamentario lo que diremos del mandato. El ejecutor no puede incluir en la cuenta sus honorarios, aun cuando desempeñe una función que tenga señalada paga. Pothier dice que el cargo de ejecutor testamentario es amistoso, y los amigos no exigen paga, salvo que el testador haya concedido una recompensa al ejecutor ó le haya dejado algún recuerdo. (1)

La ley dice que los gastos son carga de la herencia, y esto supone que la herencia debe soportar los legados. Así sucede cuando no hay herederos en reserva; cuando el difunto deja un reservatario y un legatario universal, éste es el obligado por las deudas y cargas; no quedando, en tal caso, gravada la reserva con ninguna carga, y debiendo, por lo mismo, soportarse los legados y los gastos á que dan lugar por la parte de la herencia que no está reservada, pues la reserva debe quedar intacta. (2)

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 230.

2 Marcadé, t. 4º, pág. 120, artículo 1,034. Demolombe, t. 22, página 96, núm. 216.

Puede suceder también que los gastos queden por cuenta del ejecutor, como los que se ocasionaran con los litigios que indebidamente sostuviera. Los tribunales son muy indulgentes para con los ejecutores que litigan en provecho de los legatarios. Se ha resuelto que no deben ser condenados á los gastos sino cuando promuevan algún litigio evidentemente mal fundado. (1) Comprendemos esa indulgencia, pero no debe ser excesiva; la ley no da misión al ejecutor ni siquiera para intentar pleitos que interesen á los legatarios, pues sólo puede intervenir en ellos, como lo dice el artículo 1,031. A los legatarios es á quienes toca defender sus derechos.

388. Se pregunta ante qué tribunal se debe presentar la cuenta. Toda acción personal se promueve ante el tribunal del domicilio del defensor. Pero el código de procedimientos deroga este principio en materia de sucesión, diciendo (art. 59) que el tribunal del lugar donde se abre la herencia conoce de las demandas relativas á la ejecución de las disposiciones por causa de muerte hasta la sentencia definitiva. La cuestión está en saber si la acción para pedir la presentación de la cuenta concierne á la ejecución del testamento. Parécenos que la cuenta no es relativa á esa ejecución; por el contrario, ella supone que concluyó la administración mientras el ejecutor estuvo encargado de ella. Por tanto, el derecho común es el aplicable, y no la disposición excepcional del artículo 59. (2)

1 Burges, 28 floreal, año XIII (Dalloz, núm. 4,116).

2 Durantón, t. 9º, pág. 397, núm. 422. En sentido contrario, Toullier, Vazeille, Poujol y Coin-Delisle (Dalloz, núm. 4,123).