

con fraude, y dolo verdadero, ó presunto, tienen los herederos expedito el remedio del juramento *in litem* contra aquellos, y sus sucesores (1), aun quando el testador les hubiese relevado de la confeccion del inventario (2).

22 Si el testador, no dexando heredero, encarga, ó recomienda á otro con aquel nombre, ó sin él su alma, dexando á su arbitrio los sufragios, ó confiándole sus bienes, para que disponga de ellos segun le parezca, se juzga el comisario entonces como heredero nudo en solo el nombre para disponer, y distribuir todos los bienes en obras pias á beneficio del alma del testador (3).

23 Se llamará *heredero fiduciario* á aquel, que se titule así en la institucion hereditaria con palabras indicativas de fiducia, y mediante causa para ella, poniendo por heredero á uno, que lo sea en la apariencia, siendolo otro en la realidad (4).

24 Este heredero fiduciario no debe univocarse con el grabado no fiduciario, por ser el primero un solo custodio, y desnudo Ministro; pero de ningun modo dueño, á quien se transfiriesen el dominio, y posesion de la herencia, á que pueda lucrarse en cosa alguna de esta, reteniendola en utilidad propia, ó disponiendo á su voluntad de los bienes, que reservó el testador para aquella persona, lugar, causa, ó fin, que comunicó á su heredero fiduciario, quien debe restituir el patrimonio con los frutos, sin detraction de quarta falcidia, y trebelianica, ni otra cosa

(1) Ploto, *de in litem jurando*, §. 48. n. 21. Escob. loco citato n. 28.

(2) Cardio, loco cit. n. 20.

(3) Ventrigl *Prax for. Ecles. tom. 2. annot. 28. Mantica. de conject. lib. 6. tit. 3.*

(4) Luca, *de Testament. discours. 79.*

sa alguna por razon de la herencia (1).

25 En algunas disposiciones usan los testadores de la cláusula de *heredero universal fideicomisario*, cuya virtud, y efectos no siempre son adoptables á la disposicion, sobre la qual ha de fixarse la consideracion, en lo que se sigue al mismo periodo, y oracion para extenderla, ó limitarla en tanto grado; que la haga perder su naturaleza, y tomar la del adjunto siguiente: como por exemplo, si á la cláusula de heredero fideicomisario añadió el testador: *Para que disponga de todos ellos en la forma que le tengo comunicada, ó en descargo de mi conciencia, &c.* cuya expresion induce una verdadera herencia confidencial por titulo de honor, y no mas; quedando en la realidad, por un solo simple órgano del testador, custodio, y distribuidor de sus bienes (2).

26 De las leyes que acaban de referirse, señaladamente la 33 de Toro, se deduce, que pasados sus términos nada pueden hacer los comisarios, los quales, en pena de su desidia, pierden quanto podrian esperar, y haber por el juicio del testador (3).

27 Algunos Escritores quisieron se entendiese el tiempo de los comisarios desde su monicion para executar la voluntad; pero esta opinion es enteramente opuesta al espíritu de la ley, conforme al qual basta la omision culpable, induciendo aquella la interpelacion (4).

28 Acaece frecuentemente por la desidia de los hombres, á quienes se comete la voluntad de otros

(1) Carol à Luca, *loc. cit.* Tonducto, *tom. 1. Quest. civil. cap. 77.*

(2) Caponio, *controv. 2. n. 23.*

(3) Carpío, *lib. 1. cap. 22. ex n. 21.*

(4) D. Castillo, *de Aliment. cap. 7. Carpío, lib. 3. cap. 1. n. 5. & 10.*



para disponer de sus bienes en los fines de conciencia, que les dexaron indefinidamente comunicados se dispute ¿quáles sean éstos, con peligro de exponerse por falta de noticia cierta á defraudar, ó alterar la voluntad del testador? En cuyo caso debe consultarse para su decision á dos reglas: una á lo que aquel dixo, hizo, omitió, ó le aconteció fuera del testamento; y otra á lo que de éste pueda colegirse más regular, verosímil, y prudente que es lo que el Derecho executa, y declara por el hombre, supliendo sus veces con el arbitrio prudencial en el modo más conveniente, y fructuoso al alma, y voluntad del testador (1).

29 El heredero fiduciario, comisario, ó executor, no puede delegar sus veces en otro, no dando le el testador especial facultad para ello en el testamento, donde solo confía de aquel para declarar, y disponer á su nombre, y en descargo de su conciencia (2).

30 En algunos testamentos se crean herederos fiduciarios, apoderados, ó comisarios, con las cláusulas más amplias, de que, ni pueda pedirseles en juicio, ni se introduzca Justicia alguna Secular, ó Eclesiástica al conocimiento, y distribución de los bienes, aun entre menores; cuyos casos hemos visto frecuentemente en esta Chancillería. Pero como el espíritu, y objeto de los testadores terminan, á que el executor cumpla, como debe, sus piadosas disposiciones, no obligan estos preceptos, á otros semejantes, siempre que aquel no sea útil, y conveniente, y si perjudicial al difunto, ó al interesado en

(1) Pretis, de *Interpr. ultim. volunt. lib. 1. solut. 5. n. 23.*

(2) D. Olea, de *Cess. tit. 3. quest. 1. á n. 49. & in miscellan. n. 18.*

en sus bienes, y herencia, ó que resulta algun particular motivo para separarse de aquellas disposiciones (1).

31 Aceptado una vez el encargo de comisario, heredero fiduciario, ó executor, no pueden éstos apropiarse en utilidad, y beneficio suyo cosa alguna, ó por la aparente institucion, ó á pretexto de ocupacion, ó de salario por su trabajo (2).

32 Entre los executores testamentarios hay unos, á quien se dexa la libre eleccion, para la distribución de lo dispuesto por el testador, y otros, á los quales se comete el arbitrio de executar, ó bien baxo de ciertas reglas, ó libre, y absolutamente: cuyas cláusulas son causa en el foro de frecuentes, y ruidosas disputas, para graduar las facultades de estos comisarios, ó sus excesos en las operaciones de los mismos, sobre que difusamente tratan nuestros Autores regnicolas (3).

33 Entre las personas prohibidas de ser executores testamentarios, son los *Regulares*, sin licencia de sus Superiores legitimos (4); como que aquellas facultades terminan derechamente á comparecer en juicio, administrar caudales, y hacer otras gestiones, que repugnan á los institutos regulares.

34 Pero esta prohibicion no se extiende acerca de aquellos hechos, que públicamente executados conspiran á solos los actos laudables de caridad, sin sospecha de fraude, ó mixtura de uso, y administracion de bienes, negocio, ó dinero (5).

La-

(1) Rubeo, de *Testam. cap. 89.* Luca, de *Testam. discurs. 45.*

(2) Pretis, de *Interpr. lib. 5. dubit. 2. Ley 5. tit. 10. Part. 6.*

(3) Carpio, de *Executor. lib. 2. 3. & 19.* D. Molina, *lib. 2. de Primog. cap. 5. per tot.*

(4) *Cap. 2. de Testam. Carpio, lib. 1. cap. 5. per totum.*

(5) Luca, de *Testam. discurs. 57. per totum.*



35 La execucion de las pías voluntades de los testadores es uno de aquellos cuidados sobre que deben velar los Reverendos Obispos (1), para que á su tiempo se paguen, y cumplan, segun la voluntad de los difuntos.

36 La ley 36 de Toro, hablando de los comisarios, expresamente prescribe, que las Justicias Reales les compelan á cumplir la voluntad de los testadores.

37 De aquí es muy freqüente la disputa entre las dos jurisdicciones espiritual, y temporal, acerca del conocimiento, y compulsion sobre la execucion de las voluntades pías de los hombres; en cuyo punto son notables de los Concilios Provinciales II. Cameracense, Audomarense, y Namurcense, que dán á los Jueces Eclesiásticos la libre facultad de apremiar á los executores testamentarios legos á cumplir los legados, y fundaciones pías, procediendo en esto con prudencia, y circunspeccion; de modo que no se hagan sospechosos de avaricia, ú otro respeto menos licito, y decoroso (2).

38 Con este motivo creemos necesario exponer aquí, que los Tribunales eclesiásticos no pueden, ni deben tomar conocimiento de los pleytos de nulidades de testamentos, inventario, seqüestro, y administracion de bienes en los juicios Reales, donde todos son actores, aunque se hubiesen otorgado por personas Eclesiásticas, y algunos de los herederos, ó legatarios fuesen Comunidad, ó Eclesiásticos, ú obras pías; pues todos, como verdaderos actores al todo, ó parte de la herencia, que siempre se compone de bie-

(1) Ley 5. tit. 10. Part. 6.

(2) Wanespen, in Jus Ecclesiast. univers. part. 3. tit. 2. cap. 2. per totum.

bienes temporales, y profanos, deben ocurrir ante las Justicias Reales ordinarias, siendo la testamentificacion acto civil, sujeto á las leyes Reales, sin diferencia de testadores, y un instrumento público, que tiene en las leyes prescripta la forma de su otorgamiento: defendiendo los Fiscales del Rey la Real jurisdiccion con zelo, y dando cuenta al Consejo de los casos, en que se vea perjudicada (1).

39 Esto mismo, que debe practicarse en España, principiò á restituirse á la jurisdiccion Real por el siglo pasado en otras muchas Potencias (2), donde ya el conocimiento de aquellas disputas es privativo de la potestad temporal por la autoridad de ésta sobre los testamentos, su solemnidad, validacion, é inventarios (3).

40 Xolviendo al contêsto de las dos leyes 32, y 36 de Toro, se vé, que sus disposiciones no hablan de los que mueren *absolutamente interesados*; en cuyo caso no están obligados los herederos, sean descendientes, ó transversales, á expender el quinto por el alma del difunto, y sí solo á hacer el entierro, y gastos del funeral segun la calidad de la persona, y facultades del patrimonio (4).

41 Muchos Escritores regnícolas quisieron sostener, que en el caso de no distribuir los herederos el quinto por el alma del difunto, dispongan de él las Justicias á su arbitrio. Pero se convence todo lo contrario de dos leyes del Reyno muy dignas de la mayor atencion en la materia (5), en las cuales abolie-

(1) Real Cédula expedida en San Lorenzo á 15. de Noviembre de 1781.

(2) Roselio, lib. 4. de Historie jurisdict. Pontific. cap. 5. à n. 20.

(3) Wanespen. loco citato.

(4) Angülo, de Memorial leg. 13. glos. 4. n. 1. 2. 3. & 4.

(5) Ley 3. tit. 9. Ley 5. tit. 12. lib. 1. de la Recop.



ron por la primera los Señores Reyes Católicos en el año de 1501 los privilegios, y posesion, en que se hallaban las Religiones de la Trinidad, y la Merced de exír el quinto de los bienes de los que morian *ab intestato*; mandando, que si éstos dexasen hijos, ó parientes dentro del quarto grado; que de derecho debiesen heredar sus bienes, no se les pida cosa alguna por haber muerto así.

42 Y por la segunda se ordenó, que quando algun peregrino muriese sin hacer testamento, reciban sus bienes los Alcaldes del Lugar; donde fallezca, y cumplan de ellos lo que fuere necesario para su enterramiento, guardando lo que sobrarse, y haciéndolo saber al Rey, para que mande proveer sobre ello lo que se deba hacer.

43 Los Autores Eclesiásticos extrangeros, adictos por su estado, y dignidad á la jurisdiccion Eclesiástica, reprueban la costumbre en algunos países del testamento *pro anima*, que otorgan los Obispos á nombre de los que mueren intestados (1), cuya oposicion se funda en los excesos, é indiscretas distribuciones, que con el pretexto de sufragios, y obras de piedad se hacen de los bienes de los difuntos, en términos, que las Sagradas Congregaciones han dado diferentes providencias en casos iguales ocurrentes, para no causar perjuicio á los herederos *ab intestato*, y moderar al arbitrio de los Ordinarios á una prudente regulacion (2).

44 En nuestra España son admirables las Sinodales de Pamplona, celebradas en el año de 1591, por el Reverendo Obispo Don Bernardo de Roxas y Sandoval, en las quales prescribió (3), que quando algu-

(1) Luca, in *Miscellan. disc. 1. n. 121.*

(2) Monaceli, *Formul. legal. Pract. tit. 15. formul. 17.*

(3) *Lib. 3. de Succession. ab intestat. cap. 1.*

guna persona muere intestada, y los herederos no quieran expender aquello, á que son obligados por el descargo del alma, se gaste lo que por una persona de su estado, y calidad suele hacerse conforme á la tierra.

45 En Indias son muy especiales el Concilio primero de Lima, celebrado en el año de 1582, y aprobado por la Santa Sede en los tiempos de Santo Toribio Alfonso Mogrovejo, y el Sinodo XI. en que se dió la disposicion de dexar al arbitrio de los herederos *ab intestato* la declaracion de voluntad del intestado, en quanto á sufragios, y bien, que quieran hacer por el alma de éste.

46 En algunos Sinodos de España se supone la costumbre de disponer las Justicias del quinto de los intestados; pero no se debe estar á aquellos por haberse celebrado sin preceder permiso, y Real Orden, cuya regalía indisputable se funda en obiar los inconvenientes, que pueden seguirse á los vasallos del establecimiento, y Constituciones de los Concilios Provinciales, y Diocesanos; á cuyo fin envia la Potestad temporal á sus Ministros llevándose al Consejo las Constituciones, antes de publicarse, para que las reconozcan los Señores Fiscales, y expongan, si contienen alguna cosa perjudicial al Estado, ó contraria á los Cánones, y disciplina de la Iglesia, á la jurisdiccion Real, y á las Leyes del Reyno; en cuyos casos, ó se ha negado la licencia para la edicion, ó se ha hecho ésta, reformando los decretos contrarios, ó no conformes á Derecho (1).

De

(1) D. Salced. de *Leg. politic. lib. 1. cap. 12. § único ex n. 32. & lib. 2. cap. 9. n. 44. Concilio II. de Toledo. Stephanus X. in Epist. ad Gervasium Archiepiscopum Rehemens. citatus à Ducenn. tom. 4. suorum oper. coctan.*



47 De aquí es, deber estarse en las materias mixtas de espiritual á lo que ordena la ley civil, quando no versa daño espiritual de las almas, y se introduce la potestad eclesiástica á disponer directamente de los bienes de los legos en casos prevenidos por la temporal, y política con perjuicio de los vasallos; de forma, que como la materia de entierros, exéquias, Misas, y otros sufragios, que han de decirse por los que mueren intestados, es en la principal parte temporal (1), y el objeto para la paga de estos derechos sean los Seculares, á quienes por los Sínodos se quiere sujetar á su cumplimiento, no puede obligárseles á ello sin expresa aprobacion Real, y con concurrencia á su celebracion del estado Secular; de cuyo principio procedió la petition XXI. de las Cortes de Valladolid en el año de 1598; la qual, aunque no se estableció por ley, se ha observado siempre la convocacion del estado Secular á los Sínodos, segun lo apoya, y sostiene el Señor D. Pedro Salcedo en la alegacion, que escribió siendo Fiscal del Consejo, y es digna de un particular elogio en la reimpression de su Obra (2).

48 Conocidos en España los abusos introducidos por las Justicias, así Seculares, como Eclesiásticas en expender á su arbitrio el quinto con perjuicio de los herederos, y resistencia de la voluntad verosímil de los intestados; se restableció la observancia de las Leyes del Reyno por la Real Cédula de 2 de Febrero de 766, de que se hace expresion literal en el Tomo II. de esta Obra (3).

49 En Madrid se exige de los herederos del difun-

(1) Signanter Fraso, de Reg. Patr. Ind. cap. 96. per totum.

(2) D. Salc. de Leg. polit. lib. 2. posth. cap. 9. §. 3.

(3) Fol. 198. n. 7.

funto un derecho en su Iglesia Parroquial, que se llama ofrenda, la qual no puede exceder, aun con los Grandes de España, de cien ducados de vellon, cuya suma se cobra, no solo de los títulos, mayorazgos, ministros y empleados de igual gerarquía, si tambien de los de inferior por un cómputo arbitrario, que se hace en las Iglesias, donde tampoco es uniforme la exacción, respecto de cada clase de personas, originándose de aquí muchos pleytos, sin que hasta ahora hubiese algun Escritor, que trate de materia tan importante.

50 Las ofrendas, de que hacen especial mencion el antiguo (1), y nuevo Testamento (2), consistían en diversas cosas, segun las costumbres de los pueblos, y las voluntades de los oferentes (3).

51 De estas ofrendas hay unas voluntarias, y otras necesarias, como sucede á las que se cobran por los entierros en Madrid, donde son tan cortos los diezmos, y primicias, que no alcanzan á la cóngrua, y decente sustentacion de los Ministros de la Iglesia (4); para cuya alimonía en su lugar se introduxeron las ofrendas, las quales no cobran los Párrocos, como hemos visto muchas veces, de aquellos feligreses, que les pagan diezmos, y primicias.

52 Pero para calificar la justicia de esta exacción debe concurrir entre otros requisitos, sea cierto determinado, y uniforme aquello, que deba ofrecerse, sin proceder los Párrocos á cobrarlo por subtraccion

(1) Exod. cap. 23.

(2) Divus Paulus ad Hebr. cap. 5. vers. 1.

(3) Conc. Gangrense, Canon 7. & 8.

(4) D. Covarr. lib. 1. Variar. cap. 17. num. 3. Cutierr. lib. 2. Canonizarum, cap. 21.



cion de los bienes espirituales (1).

53 En la antigua disciplina de la Iglesia fue tal la moderacion, que se observaba en las ofrendas, que no se admitia aun aquello, que los restadores ofrecian voluntariamente á las Iglesias por su sepultura, si no quedaban en la herencia bienes con que poder sustentarse sobradamente las familias (2).

54 En el Sinodo Diocesano de Toledo, celebrado por los dias 22, 23, y 24 de Abril del año de 1682, durante el Pontificado del muy Reverendo Arzobispo Cardenal D. Luis Manuel Portocarrero, se prescribieron (3) los derechos, que los Curas, y Beneficiados, Capellanes, y otros Clérigos pueden llevar de los enterramientos, prohibiendo todo género de concertos sobre estos derechos, pena de excomunion mayor, y de quatro mil maravedis, mandando, que en los entierros, donde se paga estipendio por la asistencia personal, no se dé mas de uno á una persona, como ni al Teniente, quando vá por el Cura; el qual si no fuere no gana estipendio: siendo á eleccion, y voluntad de los herederos el número de Clérigos, que acompañen el cadáver.

55 En las mismas Sinodales (4) se estableció no se lleven derechos de entierro á los verdaderos pobres, que son los que se hubieren curado de limosnas en las enfermedades, de que murieron, ó no dexaron bienes.

56 De aquí es, que si bien los Curas Párrocos de

(1) D. Covarr. & Gutierrez *locis citat.* Wanesp. *in tract. de Jure Parochor. ad decim. & oblat. cap. 2. per tot.* Berardi *in Jus. Eccles. tom. 1. dissert. 6. cap. 5. per tot.*

(2) Signanter Thomas. *in Vetus, & nova part. 3. lib. 1. c. 20. num. 7.*

(3) *Constitut. 7. tit. 7. lib. 3.*

(4) *Constitut. 4.*

de Madrid, y demás interesados en la ofrenda, de que hablan las Sinodales Toletanas (1), tienen fundada su accion á exigir la ofrenda de sus parroquianos por la administracion de Sacramentos, no es en arbitrio de aquellos, sus Tenientes, ó Colectores alzar, ó baxar el quanto de la ofrenda, ajustando ésta con los herederos, como freqüentemente se dice, y sí percibiendo con una discreta economia lo que corresponda á cada clase de personas, segun los bienes que dexen, su graduacion, y gerarquia.

57 En los diezmos, cuyo lugar ocupan las ofrendas de Madrid, pueden los Párrocos poner un Custodio, ó Ministro para la descripcion de frutos, de que se pague la verdadera, cierta, y debida quota, estándose precisamente por su defecto á las notas, ó listas del deudor (2).

58 Y de este principio se deduce, que como cada Párroco de Madrid no puede poner un Ministro, ó Custodio al patrimonio de cada parroquiano, que fallece, del qual ha de pagarse la ofrenda, no pueden aquellos Ministros ser árbitros de ella, y ajustarla á su voluntad: y sí deben estar, y pasar por el cómputo prudencial, que hagan los herederos sobre su conciencia, siendo de una clase, y conducta, en quienes no pueda presumirse fraude.

*Pedimento solicitando la nulidad de un testamento, en que el heredero escribió la institucion.*

F. en nombre de N. vecino de &c. de quien presento Poder en forma, ante V. como mas haya lugar digo: Que R. hermana legitima de mi Parte, como

(1) *Constitucion 7.*

(2) Luca, *de Regal. discurs. 66. signanter. n. 6.*