

## CAPITULO XVII.

## DE LOS TESTAMENTARIOS.

¿Qué se entiende por testamentarios ó albaceas? — No pueden ser albaceas los que tienen prohibición de testar. — ¿De cuántas clases son los ejecutores de últimas voluntades? — Los testamentarios pueden demandar judicialmente los bienes del testador, ¿y en qué casos? — Los testamentarios universales están obligados á inventariar los bienes de la herencia. — Término en que deben evacuar su encargo. — Deben dividir entre sí el legado que les deje el testador. — Si no cumplen su encargo pierden la manda. — No deben los albaceas percibir salario alguno por su comision. — Nota sobre la declaracion de pobre.

1. TESTAMENTARIO, albacea, cabezalero ó ejecutor de últimas voluntades es aquel de quien el testador hace confianza, ó es instituido por derecho para cumplir lo que en su testamento ó en otra última disposicion deja ordenado. Puede hacerle este encargo estando presente ó ausente al tiempo que le nombra<sup>1</sup>, ya sea á uno ó á muchos, á su heredero ó extraño, clérigo ó lego<sup>2</sup>. Su oficio es piadoso y privado: por su muerte no pasa á su heredero; y así no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun concediéndosela, no valdrá en todos casos<sup>3</sup>, especialmente si con su mal proceder contrajo el testamentario algunas obligaciones, pues entonces queda obligado á su cumplimiento, aunque haya delegado su encargo<sup>4</sup>. En cuanto á las cosas en que conviene el oficio de testamentario con el de juez véase al Doctor Francisco Carpio en el prefacio del tratado que escribió de *exsecutor. et commissar. testam. et commissar. testam.*, y por lo tocante á si por incertidumbre se vicia el nombramiento de testamentarios véase el lib. 1, cap. 16, donde hace varias distinciones.

2. No puede ser albacea (regularmente hablando) el que tiene prohibición de testar: por lo que están privados de serlo el loco,

<sup>1</sup> Proem. y ley 1, tit. 10, Part. 6; Carp. lib. y cap. 1, de *exsecutorib. et commissar. testam.* num. 56. — <sup>2</sup> Ferrar. *Biblioth. verb. Testamentum*, art. 5, num. 50, y otros que cita; Carp. ibi, cap. 2. — <sup>3</sup> Cap. 2, § *Sane, de testam.* in 6; Carp. dicho lib. 1, cap. 19 y 20. — <sup>4</sup> Bart. in leg. *A filio*, 15, num. 5, ff. de *alim. et cibar. legat.*

el sordo mudo por naturaleza ó por accidente, el ciego, el aleoso, el herege y traidor declarado, el siervo y el condenado á muerte civil ó natural, el judío, el infiel, el religioso profeso sin licencia expresa de su prelado, y los de San Francisco aunque la tengan; bien que podrán ser nombrados para dar consejo á los temas albaceas, pues esto no les está prohibido<sup>1</sup>. Tampoco pueden serlo la muger, ni el menor<sup>2</sup>; pero sin embargo la muger lo es por costumbre inconcusa y generalmente observada, y por derecho canónico no se la prohíbe<sup>3</sup>. Igualmente puede serlo el mayor de diez y siete años, porque de esta edad le permite el derecho<sup>4</sup> ser procurador en cualquier negocio extrajudicial, y así en cumpliéndolos no se le excluye de este encargo, antes bien por costumbre se le tolera, como á la muger, no obstante la prohibición de la ley del Fuero Real que se cita, porque estas solo tienen fuerza de tales en donde son usadas y guardadas, como lo ordena la 1 de Toro. Véase á Carpio en dicho lib. 1, cap. 7 y 8, que lo trata latamente con distincion de casos. Asimismo puede serlo el escribano que autoriza el testamento; porque á mas de no estarle prohibido, no adquiere otra cosa que trabajo y responsabilidad en cumplir la voluntad del testador, y tener que dar estrecha cuenta de su encargo, y así no se le debe hacer cargo de crimen que no comete, como algunos visitadores de escribanos poco instruidos lo practican, por abultar cargos que no hay. Pero si le resulta comodidad, no podrá serlo<sup>5</sup>, y se tendrá por no escrito, excepto algunos casos.

3. Los ejecutores de últimas voluntades son de tres clases (como los tutores de huérfanos), á saber: *legítimos, testamentarios y dativos*. Los legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador. Los testamentarios son los que este elige en su testamento, ó en otra última disposicion. Los dativos son los que nombra de oficio el juez ó magistrado en caso que el electo en el testamento ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. Los testamentarios y dativos se dividen en *universales y particulares*. Los universales

<sup>1</sup> Ley 8, tit. 5, lib. 5, del Fuero Real, cap. *Religiosus exsecutor* 2, de *testam.* in 6; Clem. *Religiosis, de testam.*; Clem. *Exisi*, § *Verum etiam*, de *verbor. signific.* y § *Verum tamen*, al fin; Carp. ibi, cap. 5, y 14. — <sup>2</sup> Ley 8, tit. 5, lib. 5, del Fuero Real; et ibi glos. — <sup>3</sup> Matienz. en la ley 5, tit. 4, lib. 5, Rec. glos. 8, num. 5; Ferrar. ibi, num. 51; Carp. lib. 1, cap. 6. — <sup>4</sup> Ley 19 al fin, tit. 5, Part. 5, cap. *Qui generaliter* 5, § fin. de *procuratorib.* in 6; Matienz. en la ley 14, tit. 4, lib. 5, Rec. glos. 1, num. 6; Ferrar. *Biblioth. verb. Testamentum*, art. 5, num. 52, y otros que cita. — <sup>5</sup> Carp. lib. 1, cap. 10, per tot.

son los electos para evacuar integramente la voluntad del testador, y distribuir todos sus bienes á pobres, ó en otras obras pias ó profanas; y sobre si son ó no tenidos en lugar de herederos, y en qué casos, véase á Carpio *de exsecutorib.* lib. 3, cap. 9, per tot. Los particulares son los que este nombra para cumplir únicamente lo concerniente á su alma, legados ú otra cosa particular, todos los cuales no deben ser compelidos á evacuar su encargo (regularmente hablando) á menos que lo acepten expresa ó tácitamente, ni á su admision, porque esta es libre y voluntaria en ellos; pero una vez aceptado, estan obligados á evacuarlo<sup>1</sup>: ni tampoco pueden conmutar lo que se deja á causas pias en otros usos, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad del testador se puede cumplir justa y cómodamente<sup>2</sup>, á menos que intervenga autoridad del Papa ó del respectivo supremo Principe por causa justa y necesaria<sup>3</sup>.

4. Por tres causas pueden los testamentarios demandar judicialmente los bienes del testador á su heredero ó al que los tenga en su poder, aunque lo resista. La primera, cuando la manda para obras pias, ó para socorro de huérfanos ú otras personas. La segunda, cuando el testador lega alguna cosa á otro juntamente con ellos. Y la tercera, cuando les confiere poder amplio para pedir judicial y extrajudicialmente sus bienes, á fin de cumplir lo que deja dispuesto<sup>4</sup>; bien que los legatarios pueden demandar sus legados al que los tuviere<sup>5</sup>. Se previene que aunque en todos los testamentos aparece dada la facultad á los testamentarios *para apoderarse de los bienes del testador, venderlos en pública almoneda ó fuera de ella, y de su producto cumplir su voluntad*, no deben mezclarse los particulares en otra cosa que en lo respectivo á su alma, si los herederos son forzosos, porque esta cláusula se pone en los testamentos por estilo y no por precepto de los testadores; por lo que no debe tener mas vigor, que para lo referido, ni los escribanos ponerla sino con la limitada expresion de lo que el testador les encarga específicamente; fuera de que el heredero es el verdadero testamentario, como dice el señor Covarrubias, y contra él debe proceder de oficio.

<sup>1</sup> Carp. *de exsecutorib. et commissar. testament.* lib. 1, cap. 17, num. 2 al 11, cap. 19, *de testam.*; Covarr. en el num. 5; Ferrar. *Biblioth. verb.* y art. cit. num. 46 y 62. — <sup>2</sup> Cap. *Nos quidem 3, de test. cap. Ultima volunt. 4, caus. 15, quæst. 2*; Clem. *Quia contingit 2, de relig. domib.*; Ferrar. *ibi*, num. 69. — <sup>3</sup> Cap. *Conquestus 16, de foro comp.*; Conc. Trid. sess. 22, cap. 6, *de reformat.*; Begnud. *Biblioth. verb. Testam.* num. 140. — <sup>4</sup> Ley 4, tit. 10, Part. 6. — <sup>5</sup> Dicha ley 4 al fin.

el juez eclesiástico por lo concerniente á lo pio, y el Real á pedimento de los interesados en legados y otras cosas; y no es justo que un extraño, ó aunque sea pariente, se apodere con el especioso titulo de testamentario de los bienes de herederos legitimos ó forzosos; pues estos deben percibirlos directamente del testador, y no por mano y restitucion de otro. Pero si son extraños los herederos, intervendrán los albaceas en aquello para lo que les autorice el testador, bien que suele ser bastante comun darles amplias facultades en todo lo relativo al cumplimiento de su voluntad, y es muy conveniente para evitar disputas. (Al fin de este titulo va inserta la planta ó modelo de las cláusulas que en tal caso suelen extenderse.) Sin embargo de ellas, y de que podrán en el caso referido hacerlo todo, como testamentarios universales, no tienen facultad para perjudicar á los herederos en la cuarta falcidia, á menos que el testador prohiba que se saque, y mande que se contente con el sobrante, aunque les toque menos que á los legatarios, y que en este caso unos y otros se estimen por sus herederos particulares; porque como es dueño absoluto de sus bienes, y ninguno de estos herederos tiene derecho á ellos, puede gravárselos é imponerles todas las posibles y honestas condiciones que quiera, las que deberán cumplir, y de lo contrario perderán la herencia. Pero aunque el testador confiera á los testamentarios universales la facultad de vender sus bienes para cumplir lo que dispone, no deberán venderlos sino en pública subasta ó almoneda, como lo manda la ley 62, tit. 18, Part. 3 al fin, para evitar todo fraude y sospecha contra ellos.

5. Estan obligados los testamentarios universales, y no los particulares, á hacer inventario ó descripcion formal ante escribano y testigos de los bienes del testador, y dar cuenta de lo recibido y gastado, aunque les releve de ello, y sean regulares<sup>1</sup>; sobre lo cual he visto varias ejecutorias del Consejo, y por eso lo puse en la cláusula que copio al fin. El obispo de su diócesis puede compelerlos, siendo negligentes, al cumplimiento de las disposiciones piadosas que contenga el testamento, sin embargo de que se lo prohiba el testador<sup>2</sup>; porque la persona privada no tiene facultad para impedir lo que es de derecho público, civil ó

<sup>1</sup> Auth. *Licet*, Cod. *de episcop. et cler.* su glos. Nov. 151; Clem. *Religiosis, de testam.*; Reinf. lib. 5, tit. 26, § 25, num. fin.; Ferrar. *Biblioth. verb. Testamentum*, art. 5, num. 60; Carp. *de exsecutorib.* lib. 5, cap. 10, y otros que cita. — <sup>2</sup> Ley 7, tit. 10, Part. 6, cap. *Nos quidem 3, Si hæres 6, y Tua nobis 17, de testam.* y su glos. vers. *Interdicis*.

eclesiástico<sup>1</sup>: y si se resisten, cumplirlo por sí, ó elegir otros: y lo mismo procede cuando el testador no los nombró, si su heredero no lo cumple, pues este lo es; y cualquiera del pueblo tiene accion para darle cuenta<sup>2</sup>.

6. Tienen de término para cumplir su encargo el que prefiere el testador, ya sea mayor ó menor que el legal, y si ninguno les señala, deben evacuarlo lo mas breve que puedan. Si no pueden concluirlo con tanta brevedad, les concede el derecho un año contado desde el dia de su muerte; y si son muchos, y todos no pueden ó no quieren intervenir en él, vale lo que uno ó dos ejecuten<sup>3</sup>; y para precaver este inconveniente se conferirá á cada uno *in solidum* la facultad de cumplirlo, con la cual el primero que empiece á usar de ella, puede proseguir hasta su conclusion, sin que tenga precision de avisar á los demas, ni estos que mezclarse en cosa alguna.

7. Si el testador lega alguna cosa ó cantidad para todos los testamentarios, deben dividirla con igualdad; y en caso de faltar alguno de ellos, ó no aceptar su encargo, se acrece á los otros en la misma forma. Si lega algunas cosas para redimir cautivos, y no elige albaceas, ha de percibir las el obispo, é invertir las en dicho destino; y aunque segun nuestro derecho Real<sup>4</sup> debe entregárselas por inventario el juez secular, y el obispo dar cuenta á este (pasado el año) de haberlas empleado en la redencion, no se observa esta legal disposicion, pues el obispo no da tal cuenta, antes bien si el heredero no cumple, elige albaceas, ó le compele al cumplimiento.

8. Los testamentarios que fueron amonestados para cumplir su encargo, si no lo hacen por descuido ó malicia, y por esta causa se les priva judicialmente de él, pierden por el mismo hecho lo que el testador les legó, excepto que sean hijos suyos, pues con ellos no se entiende esta pena<sup>5</sup>. No solo incurren en ella los testamentarios, sino el que tiene en su poder el testamento cerrado, y no lo manifiesta á la justicia dentro de un mes siguiente al dia de su fallecimiento; pero si nada les legó, deben pagar al interesado el daño que se le irroga, y dos mil maravedis á la Real Cámara<sup>6</sup>; y si compran algo de los bienes del difunto, á mas de

<sup>1</sup> Ley 52, tit. 9, Part. 6, y *Nemo potest*, 53, ff. de leg. 1. — <sup>2</sup> Ley 7, tit. 10, Part. 6; Covarr. de testam. num. 8; Mantic. de conject. lib. 5, tit. 1. — <sup>3</sup> Ley 6, tit. 10, Part. 6. — <sup>4</sup> Ley 5, tit. 10, Part. 6; Greg. Lop. en ella, glos. 5 y 6; Gutierr. de tutel. part. 3, cap. 43, num. 20. — <sup>5</sup> Ley 8, tit. 10, Part. 6; Matienz. en la ley 7, tit. 4, lib. 5 Rec., glos. 5, num. 6. — <sup>6</sup> Ley 5, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.

ser nula la venta, incurren en la pena del cuatro tanto, aplicado al fisco: y lo mismo sucede en los tutores<sup>1</sup>.

9. En cuanto á si se deberá ó no dar salario á los testamentarios por su trabajo, estan discordes los autores. Unos afirman que sí: otros dicen que no se debe al nudo ó mero executor que ha de despedir brevemente su comision; pero que sí esta tiene tracto sucesivo con encargo de administracion, sí. Y otros lo niegan absolutamente; y esta opinion es la segura. Lo primero, porque entre el testador y el executor de su última voluntad se celebra verdadero contrato de mandato, que consiste no en la cosa ó hecho sino en el consentimiento y buena fe; por lo que se puede celebrar entre presentes y ausentes, y se induce de las palabras: *ruego, quiero ó mando*, del mismo testador<sup>2</sup>. Lo segundo, porque el oficio de testamentario es privado, por cuya razon no puede ser compelido á su aceptacion el mandatario; bien que esta es libre y voluntaria en él, pero una vez que lo aceptó, está obligado á cumplir el mandato, pues lo que al principio es gracioso se constituye despues coactivo. Y lo tercero, porque el contrato de mandato, como que trae su origen de oficio, confianza, amistad ó piedad, es gratuito por su naturaleza; pues de lo contrario degeneraria, y se convertiría en locacion: por lo que siendo gratuito, y aceptándolo el comisario ó executor, es visto por su aceptacion que se obliga á evacuarlo graciosamente; y por consiguiente ya sea ó no oficial que viva de su trabajo, y la ejecucion de su encargo tenga ó no tracto sucesivo con cargo de administracion, no se le debe salario, porque lo resisten la naturaleza del contrato, el nombramiento hecho simplemente, y la aceptacion subsequente. Esto se entiende, excepto que al principio se haya convenido lo contrario entre el testador y el executor ó comisario, ó que este acostumbre locar su trabajo, y por conjetura se colija que de otra suerte no aceptaria la comision, ni el testador le encargaria el cumplimiento de su voluntad, pues en estos casos por tácita convencion entre los dos le señalará el juez á su prudente arbitrio el competente salario, atendidas la cantidad y cualidad del negocio, y la ocupacion ó trabajo; y no se graduará de mandato sino de locacion. Pero lo que expenda de su caudal en lo tocante á su comision se le debe pagar<sup>3</sup>. Es de

<sup>1</sup> Ley 1, tit. 12, lib. 10, Nov. Rec. — <sup>2</sup> Ley 24, tit. 12, Part. 5, et ibid. glos. 1 á la 4. — <sup>3</sup> Véase á Carpio de executorib. et commissar. testamentar. lib. 5, cap. 11, per tot., que con presencia de quanto escribieron Baeza, Parladorio, Espino, Acevedo, Escobar y otros, lo resuelve en la forma expuesta, y es lo que concibo se debe seguir; y siempre he visto practicar.

advertir que aunque el testamento se rompa por pretericion ó desheredacion, ó el testador no haya instituido heredero, ó este no haya querido aceptar la herencia, vale el nombramiento de testamentarios, y todo lo demas que el testamento contenga, si consta de la solemnidad legal de testigos<sup>4</sup>. Su oficio espira con su muerte; con la revocacion del testador; por enemistad que sobrevenga entre los dos; por impedimento, locura ó fatuidad del mismo testamentario; por remocion de su oficio por sospechoso; por el trascurso del tiempo, ó término asignado para evacuar su comision; por complemento y ejecucion de ella; y por haber cesado la causa porque fue constituido.

NOTA SOBRE LA DECLARACION DE POBRE.

Llámase declaracion de pobre el testamento que otorga el que no tiene bienes; y está reducido á declararlo así, y á rogar al cura párroco ó á otras personas, que le manden enterrar por caridad, y hagan por su alma el bien que pudieren. En este particular hay que advertir dos cosas: 1<sup>a</sup> que se requieren para su validez los cuatro requisitos que quedan expresados en el capítulo del testamento, párrafo 34; 2<sup>a</sup> que el pobre puede instituir heredero, ordenar mejoras y sustituciones, y hacer legados de los bienes que pueda adquirir en lo sucesivo. (Véase á Gomez en la ley 3 de Toro, num. 16.)

CAPITULO XVIII.

DE LAS MANDAS Ó LEGADOS.

¿Qué es manda, y quién la puede hacer? — Se dividen en *forzosas y voluntarias; genéricas y específicas*. — Las mandas ó legados pueden hacerse de varias maneras. — En el legado hecho *puramente* corresponden tres acciones al legatario. — ¿Qué es legado á *dia cierto*? — ¿Cuál se dice á *dia incierto*? — Si el legatario muere antes de llegar el dia, pasa el legado á sus herederos. — Caso en que se transmiten los legados á *dia incierto* á los herederos del legatario. — Caso de un legado hecho á una hija natural que muere antes de tomar estado. — Resolucion del caso antecedente. — Del legado condicional. — La condicion es expresa ó tácita. — Diferencia entre la condicion de hecho y de

<sup>4</sup> Ley 1, tit. 48, lib. 40, Nov. Rec.; Carp. de *exsecutorib.* lib. 1, cap. 25, num. 39 y 40.

derecho. — De los legados modales. — Cumplido el precepto del testador adquiere dominio irrevocable el legatario. — Legados hechos por demostracion. — Legados causales. — El legado causal vale, aunque ignore el testador la falsedad de la causa. — De los legados alternativos. — Las condiciones copulativas deben cumplirse todas. — Las condiciones copulativas, que miran á un mismo fin no es preciso que se cumplan todas. — La condicion puesta á muchos basta que la cumpla uno de ellos. — La condicion se debe cumplir en forma específica. — Cuando hay duda sobre si la condicion impuesta al legatario se entiende tambien con el sustituto, debe estarse á la negativa. — En las condiciones potestativas pasa la obligacion al sustituto. — En todo legado se ha de entregar la cosa legada con todas sus pertenencias. — Al legatario toca sufrir igualmente el menoscabo que hubiere. — Caso en que no tiene lugar el legado de una casa. — El testador puede legar los bienes de su heredero. — Excepcion de la doctrina antecedente. — Pueden tambien legarse las cosas ajenas. — Igualmente puede legarse la alhaja que está empeñada. — Al dueño de una alhaja empeñada por deudas en poder del testador, puede este legar la alhaja referida. — El testador puede legar á su acreedor la deuda pendiente. — Pueden legarse las cosas que no estan nacidas. — El heredero debe buscar á su costa la cosa legada. — Las cosas incorpóreas pueden tambien legarse. — El que lega una cosa en que no tiene pleno derecho, no lega otra cosa que la accion que en ella compete al legante. — Consecuencias de la antecedente doctrina. — En el legado de dos cosas de una misma especie en favor de dos individuos elegirá el primer legatario. — Cuando se hace un legado á un hijo futuro, y nacen dos, ¿qué se debe hacer? — Otro caso semejante. — Caso en que un legatario tiene derecho al valor del legado, y al legado mismo. — En el caso anterior se ha de pedir el precio antes que la cosa. — En el legado de varias cosas con sus accesorios, ¿qué regla debe seguirse? — ¿Cómo se ha de entender el legado de lana y lino? — Cuando de dos cosas legadas á diversos individuos no se encontrase una, partirán entre sí el valor de la otra. — La cosa legada dos veces no debe entregarse mas que una. — Si un testador lega en codicilo á un sugeto igual cantidad á la que habia legado al mismo en el testamento, llevará una y otra. — El legado de ropas y otros efectos se entiende de los que tiene el testador cuando hace el tal legado. — Qué diferencia hay entre legar á los hijos ó á las hijas de otro. — Lo aumentado sin conocimiento del testador á la cantidad legada no se comprende en el legado. — Los efectos que se agreguen á otros que han sido legados por estar en sitio determinado, no serán del legatario. — En el legado del trigo que tiene el testador en su pannería, se entenderá el que aparezca al tiempo de su muerte. — El legado de valor igual á la herencia se cumplirá partiéndola el heredero y el legatario. — ¿Cuándo estarán los herederos obligados á pagar el legado *in solidum*? — Cuándo estarán obligados á pagarle á *prorata*? — Otro