

especial para el hecho solo de mejorar á alguno de sus descendientes en cantidad determinada, creen varios autores que puede hacerlo¹.

8. Tampoco puede revocar lo mas mínimo en el testamento que hizo el poderdante, *si no le hubiere dado poder especial para ello; *ni el que en su nombre otorgó el mismo comisario, aunque se reservase expresamente en él la facultad de revocarlo; ni ménos hacer despues algun codicilo, añadir, quitar ni declarar el testamento otorgado: todo lo cual han prohibido las leyes con el fin de evitar fraudes².

9. Cuando habiendo instituido heredero el testador en su testamento, da poder á otro para que lo concluya, no puede este disponer mas que del quinto de los bienes despues de satisfechas las cargas; y si lo hiciere no valdrá, á ménos que en el poder conste semejante licencia³. Esta disposicion legal convence de que un testamento puede empezarse en vida del testador y concluirse despues de su muerte⁴.

10. El comisario debe despachar su comision en cuatro meses perentorios desde la muerte del testador, si reside en el mismo pueblo; seis si está fuera de él, pero dentro de la república; y un año si se encuentra en pais extrangero. Pasado este término sin haber otorgado el testamento, y practicado lo demas para que se le confirió el poder, no podrá ya usarle ni pedir término, aunque alegue que no habia llegado á su noticia la disposicion del testador, el cual se entenderá haber muerto intestado. Pero si este nombró heredero, ó dispuso específicamente otras cosas en el poder, está obligado el comisario á evacuarlo todo, y si no lo hiciere, se tendrá por hecho; y será válido: de modo que pasado el término, solo puede llevar á efecto las disposiciones específicas del poder; pero no las genéricas, como en el caso de hacerlo dentro de los límites referidos.

11. Como la ley de Toro fue establecida en beneficio del testador, y no prohíbe á este la prorogacion del término, puede hacerla en el poder, tanto para que ejecute sus disposiciones como albacea, cuanto para que disponga y declare lo que le tiene comunicado: otorgando su testamento, á cuyo fin renuncia todo lo que ceda en su privativo beneficio⁵. De este modo podrá evitar los perjuicios que la negligencia, ocupaciones ó enfermedad del comisario irrogarian al heredero y demas interesados si dejase

1 Tello, Castillo y Gomez en la ley 19 de Toro.
2 L.L. 8 y 9. tit. 4. lib. 5. R., ó 4 y 5. tit. 19. lib. 10. N. Matienzo en ella gl. 3 y 4.
3 L. 11. tit. 4. lib. 5. R., ó 6. tit. 19. lib. 10. N.

4 Cast. lib. 4. Controv. cap. 40. n. 40.
5 L. 33. de Toro, que es la 7. tit. 4. lib. 5. R., ó 3. tit. 19. lib. 10. N.
6 Gom. en la misma, n. 2.

pasar el término establecido. Así no deberá detenerse el escribano en ordenar el testamento, siempre que contenga el poder cláusula prorogatoria del plazo legal, aunque esté pasado; pero si carece de ella no debe autorizarlo sino para las gestiones arriba dichas.

12. Si el testador nombra dos ó mas comisarios, y no se conforman en el modo de cumplir su voluntad, se observará lo que determine la mayor parte; y en caso de morir, no querer ó no poder alguno evacuar su comision, se refunde su derecho en los que quedan. Si la discordia es de igual número por cada opinion, deberán elegir por tercero al juez letrado del pueblo, y en su defecto al alcalde constitucional; decidiendo la suerte cuál haya de ser en caso de que hubiere dos ó mas, *y no convinieren en cual sea: *y unidos los comisarios con el juez, decidirán á pluralidad de votos lo que deba hacerse¹.

13. En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, número y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo²; se ha de insertar y relacionar el poder en el testamento que en su virtud ordene para documentarlo; y el comisario declarará no estarle revocado ni dimitido; y que el testador falleció sin hacer ninguna disposicion. Véase al fin la plantilla de este instrumento.

1 L. 38. de Toro, que es la 12. tit. 4. lib. 5. R., ó 7. tit. 19. lib. 10. N.
2 L. 39. de Toro, que es la 13. tit. 4. lib. 5. R., ó 8. tit. 19. lib. 10. N.

CAPITULO XVII.

De los testamentarios.

- | | |
|--|--|
| 1. ¿Qué se entiende por testamentarios ó albaceas? | 7* Siendo muchos los albaceas, cada uno está obligado <i>in solidum</i> , aunque no todos hayan ejercido la administracion.* |
| 2. No pueden ser albaceas los que tienen prohibicion de testar. | 8. Término en que deben evacuar su encargo. |
| 3. De cuántas clases son los ejecutores de últimas voluntades? | 9. Deben dividir entre sí el legado que les deje el testador. |
| 4. ¿Qué debe hacer el nombrado albacea para comenzar á ejercer su encargo? | 10. Si no cumplen su encargo pierden la manda. |
| 5. Los testamentarios pueden demandar judicialmente los bienes del testador, y en qué casos? | 11. No deben los albaceas percibir salario alguno por su comision. |
| 6. Los testamentarios universales están obligados á inventariar los bienes de la herencia. | 12* Resumen de lo que comprende el oficio de albacea.* |
- Nota sobre la declaracion de pobre.

Testamentario, albacea, cabezalero, mansessor 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 nombra¹, ya sea á uno ó á muchos, á su heredero ó extraño, clérigo ó lego². Su oficio es piadoso³ y privado: por su muerte no pasa á su heredero, *porque se entiende elegida su industria y amistad*⁴; y así no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun concediéndosele, no valdrá en todos casos⁵, especialmente si con su mal proceder contrajo el testamentario algunas obligaciones, pues entonces queda obligado á su cumplimiento, aunque haya delegado su encargo.⁶ 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 executor. et commissar. testamentar.*, 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 prohibicion de testar: por lo que estan privados de serlo el loco, el sordo-mudo por naturaleza ó por accidente, el ciego, el alevoso, 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 (a), y los de San Francisco aunque la tengan; bien que podrán ser nombrados para dar consejo á los demas albaceas, pues esto no les está prohibido⁷. *Asimismo puede cometérselos por el testador la facultad de nombrarle albacea, y la de asignar los pobres ó causas piadosas entre quienes hayan de distribuirse los legados ó herencia que se dejen para tales objetos*⁸. Tampoco pueden serlo la muger, ni el menor⁹; pero sin embargo la muger lo es por costumbre inconcusa y generalmente observada, y por derecho canónico no se la prohíbe¹⁰. Igualmente pue-

1 Proem. y ley 1. tit. 10. part. 6. Carp. lib. y cap. 10. *De executorib. et commissar. testament.* n. 36.

2 Ferrar. *Biblioth. verb. Testamentum.* art. 3. n. 50. y otros que cita. Carp. ibi cap. 2.

3 Cédula de 20 de septiembre de 1786 recopilada por Beleña ult. fol. n. 23.

4 Gl. in cap. 2. § *Sanè de testam.* in 6.

5 Carp. dicho lib. 1. caps. 19 y 20.

6 Bart. in leg. *A filio.* 15. n. 3. ff *De alim. et cibari. legat.*

(a) Si el religioso acepta el cargo de albacea sin licencia de su prelado, procederá ilícitamente como que obra contra la prohibicion de los cánones; pero será válido cuanto ejecute, pues no se encuentra texto alguno que lo irrite, y la licencia del prelado no se exige por via de forma ó condicion para el valor de lo ejecu-

tado. Murillo *Cursus jur. canon.* lib. 3. n. 253 Ferraris, lug. precit. n. 55. Siendo de advertir con este autor en el n. 54, que por prelado se entiende el superior local del convento, monasterio ó casa religiosa; si no disponen de otra manera las constituciones particulares de cada orden.—E.

7 L. 8. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, y arg. de la 2. tit. 10. part. 6. cap. *Religiosus executor.* 2. *De testam.* in 6. Clem. *Religiosis de testam.* Clem. *Exivi.* § *Verum etiam.* *De verbor. signific. y § Verumtamen,* al fin. Carp. ibi caps. 5 y 14.

8 Ferraris lug. cit. n. 59 y otros muchos que cita.

9 L. 8. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, et ibi gl.

10 Matienzo en la ley 5. tit. 4. lib. 5. R. gl. 8. n. 5. Ferrar. ibi n. 51. Carp. lib. 1. cap. 6.

de serlo el mayor de diez y siete años, porque de esta edad le permite el derecho¹ 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 prohibicion 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 serlo², y se tendrá por no escrito, excepto en algunos casos. *Por último, no pueden serlo los ministros de la Suprema Corte de justicia, audiencias y otros tribunales superiores, pues les está prohibido por las leyes aceptar ni ingerirse en encargos de esta naturaleza³.*

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; tales son los herederos instituidos por él⁴. 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 son los electos para evacuar íntegramente 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 executorib.* 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), (a) á mé-

1 L. 19. al fin. tit. 5. part. 3. cap. *Qui generaliter.* 5. § fin. *De procuratorib.* in 6. Matienzo en la ley 14. tit. 4. lib. 5. R. gl. 1. n. 6. Ferrar. *Biblioth. verb. Testamentum.* art. 3. n. 52. y otros que cita.

2 Carp. lib. 1. cap. 10. per tot.

3 L. 30. tit. 4. lib. 2. R. ó 10. tit. 2. lib.

4 N. Céd. cit. de 20 de septiembre, arts. 16. cap. 1. dec. de 9. de octubre de 1812, y

46 y 47 de la ley de 14 de febrero de 1826.

4 Cap. 3. *De testamentis.*

(a) Con mucho acierto ha usado el autor de esa frase; pues muchos autores, haciendo argumento de la ley 17. tit. 4. part. 3. juzgan que podrá cualquier juez obligar por alguna causa racional al que sea de su jurisdiccion á aceptar el cargo de albacea. Sin embargo como los albaceas se equiparan á

nos 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 evacuarlo¹: 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 cómodamente², á ménos que intervenga autoridad del Papa ó del respectivo soberano por causa justa y necesaria³.

4. *El que ha sido nombrado albacea debe presentarse al juez luego que tenga noticia de su nombramiento, para que se le discierna el cargo, prestando ántes juramento de que usará de él bien y fielmente, y dando caucion suficiente de la seguridad de los bienes cuya administracion se le confia: así lo dice Murillo⁴ citando á Monterroso y Rivera. Sin embargo la ley⁵ solo exige la caucion cuando haya justa causa para sospechar del albacea y expresamente la remite por no haberla á los religiosos. Fundados en su espíritu creemos que nunca deberá exigirse á los testamentarios, si no es cuando se ofrezcan voluntariamente, como sucede con los tutores.*

5. 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 es 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 dispuesto⁶; bien que los legatarios pueden demandar sus legados al que los tuviere⁷. 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

los tutores, pues en cierto modo lo son de los bienes del difunto, pueden, dice Comes, (*Arte de notoria* n. 1320), excusarse por las mismas causas que aquellos.—E.
 1 *Carp. De executorib. et commissar. testam.* lib. 1. cap. 17. n. 2. al 11. cap. 19. *De testam.* Covar. en el n. 3. Ferrar. *Biblioth.* verb. y art. cit. n. 46 y 62.
 2 *Cap. Nos. quidem.* 3. *De testam.* cap. Ulti.

ma volunt. 4. caus. 13. q. 2. Clem. *Quia contingit* 2. *De relig. domib.* Ferrar. ibi n. 69.
 3 *Cap. Conquestus*, 16. *De foro comp.* Conc. Trid. sess. 22. cap. 6. *De reformat.* Begnud *Biblioth.* verb. *Testam.* n. 140.
 4 *Curs. jur. canon.* lib. 3. n. 253.
 5 L. 2. tit. 10. part. 6.
 6 L. 4. tit. 10. part. 6.
 7 Dicha ley 4. al fin.

verdadero testamentario, como dice el señor Covarrubias, y contra él debe proceder de oficio el juez eclesiástico por lo concerniente á lo pio, y el secular 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 título de testamentario de los bienes de herederos legítimos 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 título 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 ménos que el testador prohíba que se saque, y mande que se contente con lo sobrante, aunque les toque ménos 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.

6. 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 (a), y sean regulares¹; sobre lo cual he visto varias ejecutorias del consejo, y por eso lo puse en la cláusula que copio al fin. *Por ella juzgan los autores² que solo se entiende remitida la averiguacion nimia y escrupulosa en cuanto á la culpa, pero no en cuanto al dolo. Si el testador encargó á su albacea ó á su confesor por cláusula en el testamento ó probada por testigos, que dispusiese de alguna cantidad con arreglo á algún comunicado secreto, no tendrá obligacion de dar cuenta ni de declarar las personas á quienes se le mandó entregar, si no es que se

(a) Véase sobre este punto un caso práctico en el primer tomo del *Apendice á los Juzgados militares* de Colon, pag. 161.—E.
 1 *Auth. Licet.* Cod. *De episcop. et cler.* su gl. Nov. 131. Clem. *Religiosis.* *De testam.*

Reinf. lib. 3. tit. 26. § 23. n. fin. Ferrar. *Biblioth.* verb. *Testamentum.* art. 3. n. 60. *Cap. De executorib.* lib. 3. cap. 10 y otros que cita. L. 5. tit. 10. part. 7.
 2 *Carpio* lib. 4. cap. 2. n. 10. y les que cita.

pruebe dolo por hallarlas en su poder¹; mas para evitar fraudes y pleitos aconseja Murillo² ser lo mas seguro en este caso, que el testador disponga que el confesor ó albacea den cuenta en secreto de su ejecucion al juez, añadiendo que en las cosas de poco momento se acostumbra estar al juramento de los albaceas.* 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 testador³; porque la persona privada no tiene facultad para impedir lo que es de derecho público, civil ó eclesiástico⁴; 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 cuenta⁵.

7. *Cuando sean muchos los albaceas cada uno está obligado *in solidum* por la administracion, aunque no todos la hayan ejercido. Así lo decidió la Rota, como atestiguan los adicionadores de Ferraris⁶, fundándose en que en el caso propuesto, la administracion no se divide ni por la ley, ni por el juez, ni por el testador; y que por tanto siendo aquella individua, debe serlo tambien la obligacion; cuyo principio generalmente cierto, lo es mas cuando se trata de administradores voluntarios, como son los albaceas.*

8. Tienen de término para cumplir su encargo el que define 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 ejecuten⁷; 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.

9. Si el testador lega alguna cosa ó cantidad para todos los testamentarios, deben dividirla con igualdad; y en caso de fallecer 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 invertirlas en dicho des-

1 Sanchez lib. 4. *Consil.* cap. 1. dub. 4. *Diana Concord.* tom. 6. trat. 8. resol. 104.
2 *Curs. jur. canon.* lib. 3. n. 254.
3 L. 7. tit. 10. part. 6. cap. *Nos quidem.* 3. *Si haeres.* 9. y *Tua nobis.* 17. *De testam.* y su gl. vers. *Interdiciis.*

4 L. 32. tit. 9. part. 6. y *Nemo potest.* 55. ff. *De leg.* 1.
5 L. 7. tit. 10. part. 6. Covar. *De testam.* n. 8. Mantio. *De conject.* lib. 3. tit. 1.
6 Lug. cit. § *Novae additiones ex aliena manu.*
7 L. 6. tit. 10. part. 6.

tino; y aunque segun nuestro derecho¹ 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, ántes bien si el heredero no cumple, elige albaceas, ó le compele al cumplimiento.* Cuando el testador legare á ciertas personas determinada cosa ó cantidad de sus bienes, y mandare que lo demas se aplique á los pobres, no podra el albacea dar algo á aquellas aunque lo sean²; pero si él lo fuere, bien podra aplicarse alguna parte, y no todo la suma, pues de otro modo contravendria á la voluntad del testador, quien no habló en singular sino en plural, y por lo mismo quiso beneficiar cuando ménos á dos pobres³.*

10. 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 pena⁴. 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 irrogue, y dos mil maravedis á la real cámara⁵; y si compran algo de los bienes del difunto, á mas de ser nula la venta, incurren en la pena del cuatro tanto aplicado al fisco: y lo mismo sucede en los tutores⁶.

11. 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 ejecutor que ha de expedir brevemente su comision; pero que si 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 ejecutor 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 testador⁷. 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 gra-

1 L. 5. tit. 10. part. 6. Greg. Lep. en ella 5 y 6. Gutier. *De tutel.* part. 8. cap. 45. n. 20.
2 L. 3. tit. 10. part. 6.
3 Barbosa, *De potest. episcop.* alleg. 83. n. 21. Sanchez *Decalog.* lib. 6. cap. 11. n. 54. y 55. cap. 40. *De reg. jur.* in 6.

4 L. 8. tit. 10. part. 6. Matienzo en la ley 7. tit. 4. lib. 5. R. gl. 5. n. 6.
5 L. 14. tit. 4. lib. 5. R., ó 5. tit. 12. lib. 10. N.
6 L. 23. tit. 11. lib. 5. R., ó 1. tit. 12. lib. 10. N.
7 L. 24. tit. 12. part. 5. et ibi gl. 1 á la 4.

cioso 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 convertiria en locacion: por lo que siendo gratuito y aceptándolo el comisario ó ejecutor, 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 subsecuente: *en atencion á todo lo cual, así está expresamente resuelto en la cédula de 20 de septiembre de 1786 arriba citada.* Esto se entiende, excepto que al principio se haya convenido lo contrario entre el testador y el ejecutor ó comisario, ó que este acostumbre locar su trabajo, y por conjeturas 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 pagar¹. Es de 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 testigos². 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 por que fué constituido. *Algunos³ quieren que acabe tambien respecto de la viuda que era albacea de su marido, si contrae nuevo matrimonio; pero lo niegan otros⁴.*

12. *Creemos conveniente concluir este capítulo con un resumen de las facultades de los albaceas, tomado de una obra⁵ recientemente traducida al castellano. El oficio de albacea comprende lo siguiente: 1.º recibir el encargo espontaneamente ó por mandato: 2.º ofre-

1 Véase á Carpio *De executorib. et commissar. testam. lib. 3. 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.

2 L. 1. tit. 4. lib. 5. R. 6. 1. tit. 18. lib. 10. N. Carp *De executorib. lib. 1. cap. 25. ns. 39 y 40*
 3 Espino *Specul. testam. gl. 28. n. 36.*
 4 Molina *De just. et jur. trat. 2. D. 247. n. 14*
 5 *Arte de notaria por Comes, n. 1321.*

cer cauciones para que pueda accionar y ser reconvenido con mas seguridad; lo que sin embargo no se observa en los albaceas testamentarios, admitiéndose estos sin caucion por costumbre: 3.º hacer que se describan todas las cosas en inventario, para que no parezca que quiere quedar sin responsabilidad: 4.º convocar á sus compañeros en el oficio ó comisarios si los hay, y tratar con ellos deliberadamente de lo que haya de hacerse: 5.º excitar á los deudores al pago y exigir de ellos las deudas: 6.º defender á los legatarios y á los demas: 7.º poner por orden en posesion á los herederos y legatarios: 8.º vender y conmutar los bienes del difunto: 9.º distribuirlos: 10.º últimamente, dar una razonable cuenta de su administracion. pueden empero los albaceas alterar la voluntad del testador, y ménos destruirla. Pueden sin embargo suplir lo que el testador haya omitido ó interpretar la voluntad del mismo, la que se presume haber sido tal, cual la observare el albacea. Cortiada² añade, que no pueden apartarse de dicha declaracion, ni les es permitido variar.*

Nota sobre la declaracion de pobre.

Llábase 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.º que se requieren para su validez los cuatro requisitos que quedan expresados en el capítulo del testamento párrafo 4: 2.º 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 núm. 16.)

1 Luca *De testam. disc. 68.*

2 Decis. 280.

CAPITULO XVIII.

De las mandas ó legados.

- 1. ¿Qué es manda, y quién la puede hacer?
- 2. Se dividen en fortosas y voluntarias; genéricas y específicas.
- 3. Las mandas ó legados pueden hacerse de varias maneras.
- 4. En el legado hecho puramente corresponsables responden tres acciones al legatario.
- 5. ¿Qué es legado á dia cierto?
- 6. ¿Cuál se dice á dia incierto?

- 7. Si el legatario muere antes de llegar el dia cierto, pasa el legado á sus herederos; *mas si el dia fuere incierto, sucede lo contrario (en la nota).*
- 8. Caso en que se transmiten los legados á dia incierto á los herederos del legatario.
- 9. Caso de un legado hecho á una hija natural que muere antes de tomar estado.