

causa de no poder subsistir ambos con la contrariedad de dexarla toda á cada uno, ni por consiguiente verificarse ser integramente heredero de ella. Sin embargo de que despues de hecho el codicilo nazca hijo, ó hija al Testador, no se romperá total, ni parcialmente por esta causa; pero el testamento sí por la pretericion, ó supernascencia de alguno (1), excepto que la institucion se ordene en la forma prevenida en el §. VIII.

230 El codicilo puede ser abierto, ó cerrado, y en su otorgamiento se requiere la solemnidad, y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo, como lo dice la ley 2. tit. 18. lib. 10. N. R. ibi :: *Y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento.* Se puede revocar el codicilo como el testamento, interviniendo en su revocacion la solemnidad que en su formacion, y lo propio milita en la donacion por causa de muerte, y en otras últimas voluntades (2). Pero se duda si esta legal disposicion debe entenderse solo para los codicilos abiertos, ó ampliarse á los cerrados, respecto no distinguir la ley, y tratar ésta de su solemnidad á continuacion de la que prefine para el testamento cerrado. Algunos dicen que bastan tres testigos vecinos, y el Escribano, y cinco si no son vecinos; y otros, que son precisos los cinco, y que firmen con éste como en el testamento escrito (3). Pero para quitar dudas, y escrupulos, haga el Escribano que presencién el otorgamiento los cinco, pudiendo ser habidos, y de esta suerte no se podrá alegar nulidad por defecto de solemnidad, pues por las leyes de Partida (4) se requieren los mismos cinco, los cuales deben firmar con el Escribano encima del quaderno como en el testamento cerrado; y no pudiendo encontrarlos lo expresará en el otorgamiento, para que conste.

(1) Leyes 20. tit. 1. y fin. tit. 12. P. 6. (2) Ley Si quis 22. ff. de Leg. 3. Leyes Quod si 4. y Translatio 6. ff. de Adimend. legat. Ferrar. Biblioth. verb. Testament. art. 5. n. 38. al 40. (3) Mat. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. R. glos. 9. n. 3. y sig. Gom. en la ley 3. de Toro, n. 76. versic. Quero tamen:: (4) Leyes 1. 2. y 3. tit. 12. P. 6.

§. XVI.

De la cláusula codicilar.

231 La cláusula *codicilar* es casi desconocida para muchos Escribanos; y otros la ponen solo por estilo, ignorando los efectos que produce. Diré lo muy necesario para instruccion de unos y otros, remitiéndome á los AA. que cito, que tratan de la materia con toda extension. Esta cláusula es de dos maneras: *expresa*, y *tácita*. La expresa se pone de esta suerte. *Si este testamento por falta de alguna solemnidad no pudiere valer como tal, valga como codicilo.* Y la *tácita* es aquella en que se dice: *si este testamento no vale como tal, valga del mejor modo que pueda valer, ó que por derecho haya lugar.* Se entiende puesta en tres casos aunque se omita: el primero, quando el testamento contiene la *tácita* referida (1). El segundo quando se liga con juramento, ya sea jurando el Testador *que quiere se observe todo quanto en él ordena, ó mandando á su heredero que jure cumplirlo, y pagarlo* (2). Y el tercero, quando testa entre hijos, y descendientes legítimos (3). Esta cláusula suple tambien muchos defectos en los testamentos, pues quando que por derecho sean nulos, valdrán si la contienen, en quanto codicilos (4); en los cuales conviene ponerla, y la *de que el testamento hecho antes, valga en todo lo que no fuere contrario á lo dispuesto en el codicilo.* De esta suerte serán firmes uno y otro en lo que no se opongan, como advierte *Parlad. different. 14. n. 15.* y lo practican los inteligentes.

232 Seis son los efectos de esta cláusula. El primero es, que si el testamento escrito carece de la solemnidad prescrita por nuestro derecho Real, y no de la de los codicilos, ni

(1) Ley Codicillis 88. §. Lucius Titius, ff. de Legat. 2. & ibi. D. D.

(2) Ley Cum pater, §. Filius matrem, ff. Eod. tit. & ibi Bart. Bald. & D. D. (3) Glos. in leg. Cohæredi, §. Cum filia, ff. de Vulgar. & pupillari substit. Gom. en la ley 3. de Toro n. 62. y 74. Gom. Arias en ella n. 71. y 72. (4) Leyes Sæpissime 1. ff. de Jure codicilor. Ex ea scriptura 29. ff. Qui testam. facere pos. Si jure 11. Cod. de Testamentar. manumis. y fin. §. 1. Cod. de Codicil.

de la cláusula referida, valdrán todos los legados que contengan, y los herederos *ab intestato* estarán obligados á darlos á los respectivos legatarios, pero no si no la contiene.

233 El segundo es, que si el Testador por no tener herederos forzosos, instituye á un extraño en testamento cerrado, y éste no consta de la solemnidad de testigos que requiere, pero sí de la de los codicilos, y de la cláusula codicilar, se convertirá la institucion directa en fideicomiso universal, que quiere decir: que los sucesores *ab intestato* del Testador se apoderarán de la herencia, deberán restituirla al extraño instituido, como si á ello los hubiese gravado expresamente por fideicomiso, y retendrán para sí la quarta *Trebelianica*, porque mediante la cláusula codicilar es visto que el Testador grava tácitamente á sus herederos *ab intestato* á restituir por via de fideicomiso todo lo que dispuso por palabras directas en testamento menos solemne. Se previene que estos dos efectos solo pueden verificarse hoy en el testamento escrito, porque segun la ley 3. de Toro, el nuncupativo, y el codicilo requieren igual solemnidad de testigos.

234 El tercero es, que si el padre, ú otro ascendiente no instituyó con cierta ciencia, ó injustamente deshereda á algun descendiente legítimo, é instituye por heredero á un extraño, razon por la qual se irrita, y anula despues su testamento, se convierte la institucion del extraño en fideicomiso; de suerte que el descendiente no instituido ó sin causa legítima desheredado, está obligado á restituir al extraño el remanente del quinto, que es de lo que segun la ley 28. de Toro pudo su padre disponer, y no mas; y si el no instituido ó desheredado fué ascendiente, le restituirá el tercio que en virtud de la sexta de Toro tuvo facultad de dexarle.

235 El quarto es, que si el padre testa entre hijos, ú otros descendientes legítimos, y nombra á uno de ellos, ó á mas por sus universales herederos, no instituyendo ó injustamente desheredando á los restantes, ó instituyendo á todos por tales, pero dexando á algunos mejor parte de herencia, que la que por su legítima debe tocarles; aquel hijo, ó hijos instituidos por universales herederos no solo percibirán su legítima, sino que se reputarán, y tendrán por mejorados en el tercio, y remanente del quinto, que es en

lo que la ley 18. de Toro permite á su ascendiente mejorarlos; y los preteridos ya sean los que viven entonces, ó los que viviendo su padre, nacen despues de la institucion, ó los injustamente desheredados, ó perjudicados en su legítima, solo percibirán ésta íntegra, porque su padre no tuvo potestad de desfalcársela, ni gravársela; pero si los preteridos nacen despues de la muerte del Testador, habrá sus dificultades en quanto á ser gravados en el tercio, porque si hubieran nacido antes, y vivieran, puede ser que no los dexase de instituir, ni los gravase, y para evitarlas, conviene ordenar la institucion en los términos que dexo dicho en el §. VIII.

236 El quinto es, que si consta que alguno quiso hacer codicilo, y le hizo efectivamente con la solemnidad competente, y con institucion directa de heredero, no dexará de ser válido, conteniendo la cláusula codicilar, y así los herederos *ab intestato* siendo descendientes, percibirán toda la herencia menos el quinto: si son ascendientes, las dos terceras partes de ella, y siendo parientes, la restituirán al nombrado en el codicilo, reteniendo la quarta *Trebelianica*, porque se reputa por fideicomiso; lo que no sucederá, si el codicilo carece de la citada cláusula, pues el heredero nombrado en él nada llevará.

237 Y el sexto efecto es en quanto á la substitucion pupilar, pues si el padre substituye pupilarmente á su hijo, ó hija en codicilo, mediante ser de solemnidad, y forma de esta substitucion que se haga en testamento, y no en codicilo, pasará la herencia del pupilo á los parientes que deben heredarle *ab intestato*; pero tendrán que restituirla al substituto reteniendo para sí la quarta *Trebelianica*, y entonces se tendrá el substituto por heredero fideicomisario del pupilo, y estimará como si hubiera sido instituido por éste, siendo adulto. Los referidos seis efectos se reducen á dos, el uno acerca de la solemnidad, y el otro acerca de la voluntad. El que quisiere mayor instruccion de esta cláusula, vea los AA. que cito (1), pues para la del Escribano me parece suficiente lo expuesto.

(1) Gom. en la ley 3. de Toro, n. 75. al 88. Ant. Thesaur. decis. Tomo I. X

§. XVII.

Del poder para testar.

238 El poder para testar es un acto y disposición, por el qual da comision el Testador á alguna persona para ordenar, y disponer su voluntad última, declararla, y distribuir á su arbitrio y elección sus bienes. Esta persona se llama apoderado, ó comisario, y se diferencia del testamento, porque á éste solo se comete la execucion de lo que el Testador dexa mandado (1), (a). El executor, y al mismo tiempo comisario, es el nombrado por el Testador en su testamento, ó en otra última disposición para executar y ordenar su voluntad (2); y así pueden concurrir en un sugeto ambas qualidades y facultades, ó la una solamente, á arbitrio del Testador. Confieren dicho poder los que no pueden, ó no quieren disponer determinadamente todas sus cosas, para no morir intestados; y el que tiene potestad de testar, puede darla al varon, ó hembra que no está privado de ser personero, ó apoderado, para que en su nombre ordene, y formalice su testamento, con arreglo á lo que en el poder mande, y le comunique, y execute lo que el mismo Testador haría por sí mismo (3), pues el poder no es testamento, ni por tal se estima (b); y si es recíproco, solo sirve para el que fallece primero, por lo que el que sobre-

141. Ferrar. Biblioth. verb. Testam., art. 4. n. 20. y sig. Mat. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. R. glós. 1. n. 9. Parlad. different. 248. n. 7. y siguiente.

(1) Carpio de Executorib. lib. 1. cap. 1. n. 37. y lib. 3. cap. 1. y 2. al principio.

(a) El comisario para testar es un verdadero testador en la hipótesis de la ley 32. de Toro; todas las funciones de que habla son de tal: lo puede ser tambien en otras muchas ocasiones semejantes segun sea la disposición, sin mas título ni carácter que el de comisario.

(2) Nulli Cod. de Episcop. & Cleric. Carpio dicho cap. 1. núm. 44.

(3) Ley 6. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real.

(b) Si el testador da poder para instituir heredero nombrándolo, el poder para testar es un verdadero testamento. Sino señala la persona que ha de ser instituida, el poder para testar será una voluntad última: así es que la ley 39. de Toro pide para él las mismas solemnidades que para el testamento.

vive tiene que hacer nueva disposición, si no quiere morir intestado. En quanto á si dexando hijos menores el Testador podrá nombrar personas de su confianza que extrajudicialmente hagan entre ellos inventario, y particion de sus bienes sin necesidad de que intervenga Juez en cosa alguna, véase el lib. 1. cap. 1. núm. 16. y la nota sexta puesta en el cap. 10. lib. 2. de mi segunda parte, en donde lo trato latamente.

239 El apoderado, ó comisario para testar debe ceñirse precisamente á las expresas facultades que el Testador le ha conferido, y así no puede hacer legados, fundaciones, mejoras, substituciones vulgar, pupilar, exemplar, ni otra alguna á sus hijos, y descendientes, desheredarlos, ni darles tutor, sin que para cada una de las cosas referidas le conceda facultad específica; previniendo que aunque se la dé genérica, é indistinta para instituir heredero á su arbitrio, tampoco puede elegirlo, ni nombrarlo, porque este acto es privativo, y personalísimo del Testador, y como tal debe hacerlo por sí propio en el poder, y no nombrándolo, no vale la institucion que el comisario haga (1), como queda expuesto en el §. II.

240 Pero no está obligado el Testador á nombrar directa, y determinadamente al mejorado, desheredado, substituido, ó tutor de sus hijos por su nombre, como al heredero, pues basta que conceda facultad genérica al comisario para mejorar, desheredar, substituir, ó dar tutor, eligiendo de personas ciertas qualquiera de ellas, v. gr. si tienen tres, ó quatro hijos, que mejore al que de ellos quisiere, ó que de Pedro, Juan, Diego y Francisco sus amigos pueda nombrar al que le parezca por tutor de sus hijos, (lo qual se llama nombrar persona incierta de ciertas) porque en este caso la substancia de la mejora, desheredacion, substitucion ó tutela, no se dexa á la voluntad de tercero, sino la eleccion de la persona, que es accesoria, como dicen los AA. (2); lo qual se prueba claramente de la ley 5. que abaxo se cita

(1) Ley 31. de Toro, que es la 1. tit. 19. lib. 10. N. R. (2) Matienz. en la ley 5. tit. 4. lib. 5. R. glós. 3. á la 8. Gom. en la 31. de Toro, n. 4. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 42.

y cerca del fin dice: Salvo si el que le dió el tal poder para hacer testamento, especialmente le dió el poder para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera: el poder para hacer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre á quien manda que el comisario haga heredero; y en quanto á las otras cosas, señalando para que le da el poder; y en tal casa el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder, señaló, y mandó, y no mas. En quanto á si podrá el comisario delegar, ó substituir de propia autoridad su comision en otro, ú otros para practicar lo que el Testador le ordenó, y no pudo, ó no quiso hacer por sí, digo que no, porque es acto de nudo ministerio para el qual eligió su persona. Pero si para delegar le confirió especial facultad, podrá hacerlo, con tal que sea á alguna, ó algunas personas inciertas de las ciertas que el mismo Testador haya nombrado, v. gr. de los Abogados de tal Colegio, al que quisiere, pues en otros términos tampoco puede substituir su comision, no obstante la facultad específica; y lo mismo procede para nombrar executores testamentarios. Si el Testador lo dispone, pasará por muerte del comisario su comision á su heredero; y lo mismo se entiende quando la comision se dió al que obtuviese cierta dignidad, pues no se extingue con la persona, antes bien pasa al sucesor en la misma dignidad, á quien elige y de quien confía (1); y así es diverso este caso de los dos primeros, lo que tendrá presente el Escribano para quando le ocurra.

241 Si el Testador dió solamente facultad genérica al comisario para ordenar su testamento, y no nombró heredero en el poder, no puede por virtud de éste hacer mas que descargar su conciencia pagando sus deudas, y repartiendo el remanente del quinto de su hacienda por su alma; pues el resto se ha de dividir entre los parientes que *ab intestato* deben heredarle, y no teniendo, debe el comisario disponer de él á beneficio de su alma, y no en otra cosa, dexando á su viuda si la tuviere, lo que por derecho la toque (2), y

(1) Tello Fern. en la ley 31. de Toro n. 4. Matienz. en la 5. tit. 4. lib. 5. R. glos. 8. n. 2. al 4. Carpio lib. 3. cap. 7. (2) Ley 32. de Toro, que es la 2. tit. 19. lib. 10. N. R.

aunque el Testador se la conceda para consignar la mejora, no debe hacer la consignacion, porque le está prohibido (1), como en el §. IV. queda sentado.

242 Tampoco puede revocar en todo ni en parte sin poder especial el testamento que el Testador hizo (2), ni el que el mismo comisario otorgó en virtud del poder: ni despues de hecho otorgar codicilo, aunque sea en favor de causas pías y reserve en sí la facultad de revocarlo, ni añadir, disminuir, ó hacer alguna declaracion (3), porque si esto se permitiera, se cometerian muchísimos fraudes; y así debe evaquarlo todo en el testamento que ordenó en uso del poder, si éste carece de dicha circunstancia.

243 Quando el Testador instituyó heredero en el testamento, y en este estado dió poder al comisario para que lo concluyese, no puede éste mandar despues de cumplidas todas las disposiciones de él, mas que el quinto de sus bienes, y si mas mandare, no valdrá, á menos que para ello le haya conferido especial facultad (4). De esta legal disposicion se prueba que el testamento puede principiarse en vida del Testador, y concluirse despues de muerto (5).

244 Para cumplir y executar todo lo expresado, y ordenar el testamento del Testador, no concede el derecho (6) al comisario mas término que el de quatro meses perentorios, contados desde el dia de su muerte, estando en el lugar al tiempo de ella: seis, si está ausente de él, y dentro del Reyno; y un año, si existe fuera de éste. Si el término referido espira sin haber otorgado su testamento, ni practicado lo demas para que le confirió el poder, no puede usar de él, ni hacer el testamento, ni aunque pida mas término alegando que estuvo ausente, y no llegó á su noticia, se le debe prorogar; y los bienes pasarán á los herederos *ab intestato*. Pero si el Testador nombró heredero, ó hizo legados, ó dis-

(1) Ley 19. de Toro, que es la 3. tit. 6. lib. 10. N. R. Matienz. y Gom. en ellas. (2) Ley 34. de Toro, que es la 4. tit. 19. lib. 10. N. R. (3) Ley 35. de Toro, que es la 5. tit. 19. lib. 10. N. R. Matienz. en ella, glos. 3. y 4. (4) Ley 37. de Toro, que es la 6. tit. 19. lib. 10. (5) Cast., lib. 4. Controv. cap. 49. n. 49. Matienz. en dicha ley 11. glos. 1. n. 2. (6) Ley 33. de Toro, que es la 3. tit. 19. lib. 10. N. R.

puso específica y señaladamente otras cosas en el poder, está obligado el comisario á evaquarlo todo, y si no lo hiciere, será habido por hecho (1), y valdrá, constando el poder de la solemnidad legal, y no de otra suerte; de modo que pasado el respectivo término referido, bieu podrá el comisado hacer el testamento cifiéndose á lo literal, y expreso del poder; mas no exceder de lo que éste contenga específica y expresamente, como quando lo ordena dentro del término.

245 Para evitar el perjuicio que se puede causar al heredero, y demás interesados por la negligencia, malicia, ó imposibilidad del comisario, conviene que el Testador le prorogue el término, no solo para cumplir lo que dexa expresado, y ordenado en el poder como si fuera testamentario ó albacea, sino para hacer su testamento, disponer, y declarar en éste en virtud del poder lo que le tiene comunicado, y comunicará, y evaquarlo todo; pues como la ley de Toro no le prohíbe prorogárselo, antes bien fué establecida en su favor, para que su voluntad se cumpla pronta, y exáctamente, puede hacer la prorogacion para uno, y otro, y renunciar todo lo que cede en su privativo beneficio (2); por lo que conteniendo la proroga el poder, no se detendrá el Escribano en ordenar en su virtud el testamento con todo lo que diga el comisario le comunicó el Testador, y mandó declarar, y executar, aunque esté pasado el término legal; pero si carece de ella, no lo autorice, á menos que sea únicamente para evaquar lo que expresa, y señaladamente se disponga en el poder, porque con el término legal espira su potestad para lo demas.

246 Si el Testador nombra dos ó mas comisarios, y no se conforman en el modo de cumplir su voluntad, ni siendo requeridos, quieren, ó no pueden todos usar del poder, ó muere alguno de ellos, por el mismo hecho pasa el poder á los demás, y estando discordes, se ha de observar lo que resuelva la mayor parte; pero si en igual número discordan, deben elegir por tercero al Gobernador, Corregidor, ó Al-

(1) Ley 33. de Toro citada, véase á Carp. lib. 3. cap. 1. per tot.
(2) Leyes Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact. y Ipsis rerum 1. Cod. Ut in possess. legat Gom. en la 33. de Toro, n. 2. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 45.

calde mayor del pueblo, y en su defecto al Alcalde Ordinario, y si hay dos Ordinarios, ó mas; y los comisarios no concuerdan en qual ha de ser, deben echar suertes, juntarse con aquel á quien toque, y executar lo que la mayor parte determine (1). Para precaver este inconveniente, es bueno que el Testador confiera á cada uno *in solidum* la facultad de practicarlo todo, y de esta suerte podrá usar exclusivamente del poder el que haya empezado, y asi se practica.

247 En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, número, y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo (2): insertarse, y relacionarse el poder en el testamento que en su virtud se ordene, para documentarlo, y el comisario declarará que no le está revocado, suspenso, ni limitado, y que el Testador falleció baxo de él, como por el testamento que extenderé se instruirá el Escribano.

§. XVIII.

De los testamentarios.

248 Testamentario, albacea, cabezalero, ó executor 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 dexa ordenado. Puede hacerle este encargo estando presente, ó ausente al tiempo que le nombra (3), ya sea á uno, ó á muchos, á su heredero, ó extraño, Clérigo, ó lego (4). Su oficio es pio y privado: por su muerte no pasa á su heredero, y asi no puede delegarlo sin expresa facultad del Testador, y aun concediendosela, no valdrá en todos casos (5), especialmente si con su mal proceder contraxo el testamentario algunas obligaciones, pues entonces queda obligado á su cumplimiento, aunque haya dele-

(1) Ley 38. de Toro, que es la 7. tit. 19. lib. 10. N. R. (2) Ley 39. de Toro, que es la 8. tit. 19. lib. 10. N. R. (3) Præm. y ley 1. tit. 10. P. 6. Carp. lib. y cap. 1. de Executorib. & commissari. Testam. n. 36.
(4) Ferr. Biblioth. verb. Testamentum, art. 3. n. 50. y otros que cita. Carp. ibi cap. 2. (5) Cap. 2. §. Sane, de Testament. in 6. Carpio dicho lib. 1. c. 19. y 20.