

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 practicar lo 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. & commissar. 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.

gado su encargo (1). En quanto á las cosas en que conviene el oficio del testamentario con el del Juez; vease al Doctor Francisco Carpio en el prefacio del tratado selecto que escribió de *Executorib. & commissar. testamentar.* y por lo tocante á si por incertidumbre se vicia el nombramiento de testamentarios, vease el lib. 1. cap. 16. donde hace varias distinciones.

249 No puede ser albacea (regularmente hablando), el que tiene prohibicion de testar, por lo que están privados de serlo el loco, el sordo mudo por naturaleza, ó por accidente, el ciego, el alevoso, el herege, y traydor declarados, 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 demas albaceas, pues esto no les está prohibido (2). Tampoco pueden serlo la muger, ni el menor (3); pero sin embargo la muger lo es por costumbre inconcusa, y generalmente observada, y por derecho Canónico no se la prohíbe (4). Igualmente puede serlo el mayor de 17 años, porque de esta edad le permite el derecho (5) ser Procurador en qualquier negocio extrajudicial, y asi en cumpliendolos 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 primera de Toro, vease á Carpio en dicho lib. 1. y cap. 7. y 8. que lo trata juntamente 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

(1) Bart. in leg. A filio 15. n. 3. ff. de Alim. & cibar. legat. Anchat. en dicho cap. 21. quæst. 7. Begnudel. Biblioth. verb. Testam. n. 146. (2) Ley 8. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, cap. Religiosus Executor. 2. de Testam. in 6. Clem. Religiosis. de Testam. Clemente Exivi, §. Verum etiam: de Verbor. signific. y §. Verum tamen: al fin. Carpio ibi cap. 5. y 14. (3) Ley 8. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, & ibi glos. (4) Mat. en la ley 5. tit. 4. lib. 5. R. glos. 8. n. 5. Ferrar. ibi n. 51. Carpio lib. 1. cap. 6. (5) Ley 19. al fin. tit. 5. P. 3. cap. Qui generaliter §. §. fin. de Procuratorib. in 6. Mat. en la ley 14. tit. 4. lib. 5. R. glos. 1. n. 6. Ferrar. Biblioth. verb. Testamentum, art. 3. n. 52. y otros que cita.

que dar estrecha cuenta de su encargo; y asi 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 (1), y se tendrá por no escrito, excepto en algunos casos.

250 Los executores de ultimas voluntades son de tres clases, (como los tutores de huerfanos) á saber: *legitimos, testamentarios, y dativos*. Los legitimos son aquellos, á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del Testador. Los testamentarios son los que éste 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 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, vease á Carpio de *Executorib. lib. 3. cap. 9. per tot.* Los particulares son los que éste nombra para cumplir únicamente lo concerniente á su alma, legados, ú otra cosa particular, todos los quales no deben ser compelidos á evaquar su encargo (regularmente hablando), á menos que lo acepten expresa ó tácitamente, ni á su admision, porque ésta es libre y voluntaria en ellos; pero una vez aceptado, están obligados á evacuarlo (2): ni tampoco pueden conmutar lo que se dexa á causas pias, en otros usos, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad del Testador se puede cumplir justa y cómodamente (3), á menos que intervenga autoridad del Papa, ó del respectivo Supremo Príncipe por causa justa y necesaria (4).

(1) Carpio, lib. 1. cap. 10. per tot. (2) §. Mandatum Instit. Mandat. ley in commodato 17. §. Sicut, y ley Si mandavero 22. §. Julianus, ff. Commodati. Carpio de *Executorib. & commissar. testament.* lib. 1. cap. 17. n. 2. al 11. Cap. 19. de Testam. Cobarr. en él, n. 3. Ferr. Biblioth. verb. y artic. cit. n. 46 y 62. (3) Cap. Nos quidem 3. de Test. cap. Ultima volunt. 4. causa 13. quæst. 2. Clement. Quia contingit 2. de Relig. domib. Ferrar. ibi. n. 69. (4) Cap. Conquæstus 16. de Foro comp. Conc. Trid. Sess. 22. c. 6. de Reformat. Begnud. Biblioth. verb. Testam. n. 140.

251 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, quando la manda es para obras pias, ó para socorro de huérfanos, ú otras personas. La segunda, quando el Testador lega alguna cosa, á otro juntamente con ellos. Y la tercera, quando les confiere poder amplio para pedir judicial y extrajudicialmente sus bienes, á fin de cumplir lo que dexa dispuesto (1); bien que los legatarios pueden demandar sus legados al que los tuviere (2). 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 el Juez Eclesiástico por lo concerniente á lo pío, 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 espacioso título de testamentario de los bienes de herederos legítimos, ó forzosos; pues éstos deben percibirlos directamente del Testador, y no por mano y restitucion de otro. Pero si son extraños, y el testamento contiene la cláusula siguiente: *Nombro por mis testamentarios á Pedro y Juan, y á cada uno in solidum, y les confiero amplio poder, y absoluta facultad para que luego que fallezca, sin intervencion, ciencia, ni concurrencia de mis herederos, ni de la Justicia recojan las llaves de mi casa, entren, y se apoderen de mis bienes, hagan ante Escribano descripción, ó inventario extrajudicial de ellos, y los tasen, á cuyo fin elijan peritos, paguen lo que estoy debiendo, y con motivo de mi fallecimiento se adeude en mi entierro, Misas, y demás cosas que ocurran, y pa-*

(1) Ley 4. tit. 10. P. 6. (2) Dicha ley 4. al fin.

ra ello vendan en almoneda, ó fuera de ella los suficientes, pidan judicial ó extrajudicialmente, y den, tomen y ajusten cuentas, nombrando contadores, y personas prácticas, y tercero en discordia, ó pidiendo se nombre de oficio en rebeldía, aprobándolas, si están arregladas, y en su defecto exponiendo, y aclarando los agravios que incluyan; transijan y comprometan todos los créditos y deudas que tengo á mi favor, y contra mí, y los pleytos que actualmente están pendientes, y en adelante se susciten; cobren judicial y extrajudicialmente lo que por cualquier motivo se me está debiendo, y debiere, y formalicen los competentes resguardos á favor de los pagadores, y lastos á los que pagaren por otros como sus fiadores, ó mancomunados; entreguen á los legatarios sus legados; dividan y apliquen á mis herederos el residuo de mis bienes con arreglo á la institucion, deduciendo primero todos los gastos que se ofrezcan, y recogiendo de unos, y otros las respectivas cartas de pago para su seguridad; y practiquen finalmente en todas, y cada una de las cosas explicadas, y sus incidentes quanto yo practicaria si por mí mismo lo hiciera, hasta que se concluya mi testamentaria; consultando en lo que hubiere duda, con dos letrados de conocida ciencia y experiencia, y executando lo que unánimes resuelvan por escrito, á fin de justificar su conciencia y conducta, con sus pareceres; pues para todo lo referido, y lo incidente, y para substituir este poder, ó en su virtud darlo á otras personas si les fuere preciso; se lo confiero, y á cada uno in solidum en amplia forma, con libre, franca, y general administracion: los constituyo dueños, y los subrogo en mi propio derecho y lugar; les prorrogo el término legal por el que necesiten sin limitacion; y prohibo á todo Juez Eclesiástico y Secular se mezcle en cosa alguna con apariencia de zelo, ni impida á mis apoderados el uso de las amplias facultades que les dexo concedidas, y si lo intentáre, mando se quejen de él al Superior, para que le inhiba enteramente. Y asimismo mando que si alguno de mis herederos, ó legatarios reclamáre, ó se opusiere total, ó parcialmente á lo que executen, (ó el que primero tome conocimiento en mis bienes), ó se mezcláre sin su beneplacito en ello, ó intentáre judicial ó extrajudicialmente interpretar, limitar ó tergiversar las facultades que les dexo, se entienda por el mismo hecho excluido, y no llamado al goce de su parte, pues por el presente le excluyo y privo en-