

teramente de ella, quiero se reparta entre los demás de su clase, y que mis testamentarios, ó el que de ellos intervenga, cumpla con hacer dicha descripción, y manifestar á mis herederos relación jurada de los gastos ocurridos, y que estos esten obligados á darle el resguardo correspondiente á su seguridad, sin tener acción para decir de agravio de dichos gastos, y división, ni pretender otra cosa, que tomar la parte que mis testamentarios digan les toca, porque todo lo fio á su conciencia, y ha de ser visto que en la propia forma se lo doy, y lo reciben de mi mano, pues así es mi deliberada voluntad, la que encargo al Señor Juez, ante quien se agraviaren haga se observe literalmente como sueña, para evitar de esta suerte pleytos, gastos y desazones á mis testamentarios, y herederos; y que estos paguen las costas que causaren á aquellos, y además queden privados de la herencia; si contiene esta cláusula podrán hacerlo todo como testamentarios universales, no perjudicándolos en la quarta Falcidia, á menos que el Testador prohiba que se saque, y mande que se contenten 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 gravarselos, 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. P. 3. al fin, para evitar todo fraude y sospecha contra ellos.

252 Están obligados los testamentarios universales, y no los particulares á hacer inventario, ó descripción 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 (1); sobre lo qual he visto varias executorias

(1) Auth. Licet. Cod. de Episcop. & Cler. Su glos. Nov. 131. Clement. Religiosis, de Testament. Reinf. lib. 3. tit. 26 §. 23. n. fin. Ferr. Biblioth. verb. Testamentum, art. 3. n. 60. Carpio de Executorib. lib. 3. cap. 10. y otros que cita.

del Consejo, y por eso lo puse en la inserta cláusula. El Obispo de su Diócesi puede compelerlos, siendo negligentes, al cumplimiento de las disposiciones piadosas que contenga el testamento, sin embargo de que se lo prohiba el Testador (1), porque la persona privada no tiene facultad para impedir lo que es de derecho público, civil ó Eclesiástico (2); y si se resisten, cumplirlo por sí, ó elegir otros; y lo mismo procede quando el Testador no los nombró, si su heredero no lo cumple, pues éste lo es, y qualquiera del Pueblo tiene acción para darle cuenta (3).

253 Tienen de término para cumplir su encargo el que prefine el Testador, ya sea mayor, ó mejor 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 día de su muerte; y si son muchos y todos no pueden, ó no quieren intervenir en él, vale lo que uno ú dos executen (4); y para precaver este inconveniente se conferirá á cada uno *in solidum* la facultad de cumplirlo, con la qual el que primero empiece á usar de ella, puede proseguir hasta su conclusion, sin que tenga precision de avisar á los demas, ni éstos que mezclarse en cosa alguna.

254 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 (5). Si lega algunas cosas para redimir cautivos, y no elige albaceas, ha de percibir las el Obispo, é invertirlas en dicho destino; y aunque segun nuestro derecho Real (6) debe entregárselas por inventario el Juez secular, y el Obispo dar cuenta á éste (pasado el año) de haberlas empleado en la redencion, no se observa esta legal disposicion, pues el Obispo no da tal cuenta,

(1) Ley 7. tit. 10. P. 6. Cap. Nos quidam 3. Si hæres 6. y Tua nobis 17. de Testam. y su glos. versic. Interdici. (2) Ley 32. tit. 9. P. 6. y Nemo potest 55. ff. de Leg. 1. (3) Ley 7. tit. 10. P. 6. Covar. de Testam. n. 8. Mantica de Conject. lib. 3. tit. 1. (4) Ley 6. tit. 10. P. 6.

(5) Ley Unic. Cod. de Caduc. tollend. §. Ubi autem legatar. 11.

(6) Ley 5. tit. 10. P. 6. Greg. Lop. en ella, glos. 5. y 6. Gutierr. de Tutel. part. 8. c. 45. n. 20.

antes bien si el heredero no cumple, elige albaceas, ó le compele al cumplimiento.

255 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 (1). 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 día de su fallecimiento; pero si nada les legó, deben pagar al interesado el daño que se le irrogue, y dos mil mrs. á la Real Cámara (2); y si compran algo de los bienes del difunto, á mas de ser nula la venta, incurren en la pena del quatro tanto, aplicado al Fisco; y lo mismo sucede á los tutores (3).

256 En quanto á si se deberá ó no dar salario á los testamentarios por su trabajo, están discordes los AA. Unos afirman que sí. Otros dicen que no se debe al nudo, ó mero executor, que ha de expedir brevemente su comision, pero que si ésta tiene tracto sucesivo con cargo 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 fé, por lo que se puede celebrar entre presentes, y ausentes, y se induce de las palabras: *ruego, quiero, ó mando*, del mismo Testador (4). Lo segundo, porque el oficio de Testamentario es privado, por cuya razon no puede ser compelido á su aceptacion el mandatario; bien que ésta es libre y voluntaria en él, pero una vez que lo aceptó, está obligado á cumplir el mandato (5), pues lo que al principio es gracioso, se constituye despues coactivo. Y lo tercero, porque el contrato de mandato, como que trae su origen

(1) Ley 8. tit. 10. P. 6. Aut. Hoc amplius, Cod. de Fideicomis. Matienz., en la ley 7. tit. 4. lib. 5. R. glos. 5. n. 6. (2) Ley 5. tit. 18. lib. 10. N. R. (3) Ley 1. tit. 12. lib. 10. N. R. (4) Ley 1. ff. de Mandati, y ley 24. tit. 12. P. 5. & ibid. glos. 1. á la 4. (5) Ley In commodato 17. §. Sicut: y ley Si mandavero 22. §. Julianus, ff. Commodati, y §. Mandatum, Inst. mandat.

de oficio, confianza, amistad ó piedad, es gratuito por su naturaleza; pues de lo contrario degeneraria, y se convertiria en locacion (1); por lo que siendo gratuito, y aceptándolo el comisario ó executor, es visto por su aceptacion que se obliga á evaquarlo graciosamente; y por consiguiente ya sea, ó no oficial que viva de su trabajo, y la execucion 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 éste 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 qualidad 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. Véase á *Carpio de Executorib. & commissar. testamentar. lib. 3. cap. 11. per tot.* que con presencia de quanto escribieron *Baeza, Parladorio, Espino, Acebedo, Escobar*, y otros, lo resuelve en la forma expuesta, y es lo que conciba se debe seguir, y siempre he visto practicar. Es de advertir, que aunque el testamento se rompa por pretericion, ó desheredacion, ó el Testador no haya instituido heredero; ó éste 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 (2). 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 transcurso del tiempo, ó término asignado para evacuar su comision; por complemen-

(1) Dicha ley 1. §. 2. ff. Mandati, y §. fin. Institut. eod. tit.

(2) Ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. *Carpio de Execut. lib. 1. cap. 25. n. 39. y 40.*

to y execucion de ella; y por haber cesado la causa porque fué constituido. El que apetezca radical instruccion de esta materia, vea á Carpio en su célebre citada obra de *Executorib. & commissar. testamentar.* que en los 66. capítulos de los quatro libros que escribió acerca de ella, la explicó mejor que ningun otro, como que la trató de intento.

§. XIX.

De la declaracion de pobre.

257 La declaracion, ó testamento de pobre es una última disposicion que hace el que no tiene bienes. Debe contener para su validacion los quatro requisitos explicados en el §. I. núm. 35. é intervenir en su otorgamiento la misma solemnidad de testigos que en el del testamento nuncupativo, porque realmente lo es, y solo se diferencia de el del rico en que no contiene legados, fundaciones, ni mejoras, porque el pobre no tiene de que hacerlas, y por eso pide al Párroco en cuya Parroquia fallezca, ó á otro sugeto, que lo mande enterrar de limosna, y haga el bien que pueda por su alma.

258 Dudan algunos Escribanos si por esta disposicion podrá el Testador capáz de testar hacer mejoras, substituciones, legados, fundaciones, y todo lo demas que por el testamento; y se responde que por lo respectivo al estado en que se halla, no; porque carece de bienes, pero de los que pueda adquirir en lo sucesivo, sí; porque á ninguno está prohibido prevenirse quando está bueno, y disponer de los bienes que adquiriera en adelante, lo que tal vez no podrá entonces, por hallarse enfermo, ó incapáz; y si para que sea válida su disposicion, nombra heredero de ellos, que es lo mas, mejor podrá hacer todo lo referido, que es lo menos; por cuya razon no se detenga el Escribano en autorizarla con todo lo que quiera el Testador disponer legalmente, hablando siempre de bienes futuros, pues no incurra por ello en pena alguna (1).

(1) Gom. en la ley 3. de Tero n. 16. Mat. en la 3. t. 4. l. 5. R. glos. 7.

§. XX.

Prevencciones útiles al Escribano para el acierto en las materias de este capítulo.

259 Aunque el Testador puede disponer de sus bienes como mejor le parezca, y su voluntad es una ley que debe observarse, suele acontecer que por ignorancia ó por motivos de gratitud y de amor no se conforma en la institucion de heredero, ó en los legados y mandas que hace á lo que por derecho está prevenido. El Escribano en estas circunstancias debe instruirle de las leyes, para que arregle á ellas su disposicion, previniéndole que aunque las renuncie expresamente no tiene lugar la renuncia. He aquí algunos casos en que no se cumplirá la voluntad del Testador.

260 Está reprobada por derecho la siguiente cláusula: *Prohibo á los Arzobispos, Obispos y sus Vicarios que zelen sobre el cumplimiento de las cargas, y administracion de bienes de la Capellania colativa, ó Memoria de Misas que dexo fundada, y mando que si se intrometieren en su conocimiento, se convertirán en otros fines los bienes afectos á ella; y en este caso la revoco, y anulo en todas sus partes.* Esta cláusula es injusta; lo primero, porque dichos Príncipes Eclesiásticos por sus Dignidades, y empleos son cumplidores de últimas voluntades pías (1), y ningun Testador puede quitarles la accion y conocimiento que el derecho canónico les tiene concedido, y por el propio hecho de la fundacion les confiere el mismo Testador, porque en ellos renunció el suyo; bien que el Juez secular no está excluido de serlo, y así puede hacer que se cumpla lo ordenado por el Testador, ya sea, ó no piadoso, con tal que no sea espiritual, porque esto le está prohibido, por ser de fuero mixto, acerca de lo qual véase á Carpio de *Executorib. testam. cap. 21. per tot. lib. 1.* Lo segundo, porque ínterin tuvo éste los bienes en su poder, pudo hacer de ellos lo que quiso como dueño, pero una vez

(1) Concil. Trident. Ses. 22. cap. 9. de Reformat. Salg. de Regia protect. part. 2. cap. 11. Gutier. repet. leg. Nemo potest. n. 449. al 451.