

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.

erigidos en Eclesiásticos, aceptados, y poseidos como tales por personas Eclesiásticas, y sujetos á esta jurisdiccion, no tiene derecho para desposeerlos de la nueva aunque accidental naturaleza que adquirieron. Y lo tercero, porque de executarse la referida voluntad, á mas de ser impicatoria, y opuesta á sí misma por el hecho de erigir Capellanía colativa, y prohibir su cuidado al Juez privativo á quien compete, seria abrir la puerta á muchos fraudes, quedarian ilusorias, é ineficaces las últimas disposiciones; los administradores de bienes destinados á obras pías consumirían su producto, mayormente estando asegurados de que no habian de dar cuenta de su administracion, é inversion, y los interesados en ellos carecerian del alivio que les suministró por este medio el Testador. Nada obsta la revocacion que incluye la cláusula inserta, porque fundada la Capellanía, inmediatamente la hace colativa al Juez Eclesiástico, ó por mejor decir la aprueba, y confirma lo que el Testador dispuso, con cuyo acto quedan sujetas sus fincas á su jurisdiccion, el Capellan electo toma luego posesion de ella, y despues se visita; de modo que quando se intrumete á zelar sobre su cumplimiento, y administracion de sus bienes, ya nada es del Testador ni de sus herederos, y así no se observará su voluntad.

261. Tampoco debe cumplirse la de los ascendientes en quanto: *prohiben que á los tutores de las personas; y bienes de sus hijos se pida cuenta de su administracion, y distribucion de su producto;* pues por el dolo que pueden cometer, deben darla.

262. Si el Testador manda: *Que no valga la costumbre, y fuero que hay en el lugar de su domicilio, lo de el en que tiene bienes en quanto á lo que en su testamento dexa ordenado, y dispuesto, y que se observe solamente el contexto de su testamento, y no la costumbre, ni fuero,* no se observará su voluntad; y la razon es, porque ninguno puede derogar el derecho público, y costumbre inconcusamente observada, que tiene fuerza de ley (1): y solo podrá hacerlo quando es personalísimo á él mismo; por lo que en este caso será lo me-

(1) Inst. de Jure natur. gent. leyes Testandi causa 13. Cod. de Tes-

por que vincule los bienes á título de mayorazgo, pues se entra á su obtencion y goce por derecho de sucesion, con arreglo al llamamiento, y no por derecho hereditario como en los libres, que segun el fuero de la tierra deben volver al tronco, y la raíz á la raíz.

263. Se estimará por irrita y nula, si dexando á alguno por heredero usufructuario de sus bienes, y á otro por propietario, manda que éste no pueda compeler á aquel á inventariarlos, ni dar fianzas de restituírselos, y usar de ellos como es obligado; porque el que adquiere derecho á su propiedad en el instante que el Testador fallece, es el propietario, el qual queda por legitimo y verdadero dueño de ellos, y por esta razon puede pedir, y se le debe dar la posesion de su dominio directo desde entonces, y la del útil para desde el dia siguiente á el en que el usufructo espire, pues mientras dura, está suspenso; pero finalizada se consolida con la propiedad, y no necesita el propietario tomar nueva posesion para gozarlo, por lo que puede compeler al usufructuario á la formacion del inventario, ó descripcion de ellos, con asistencia suya, y á que dé fianzas saneadas de restituírselos, y no disiparlos, y le entregue los ritulos de su pertenencia, si los tiene, pues de no darlas, si los consume, ó dexa en tan deplorable estado, que el propietario no halle que heredan, no tendrá contra quien repetir, y ademas se le da ocasion á delinquir, por lo que no bastará su caucion juratoria (1).

264. Pero si el Testador le confiere amplia facultad para vender los raices, y muebles preciosos que necesite, sin pedir licencia al propietario, ni á la justicia, en cuyo caso le instituye por heredero de los que venda con necesidad, sobre lo que le encarga la conciencia, y manda, que el propietario no pueda compelerle á dar cuenta de su consumo, ni deterioro, ni fianzas, y que se contente con los que dexa en el estado en que se hallen, y si no se contentare, que se estime por su universal heredero el usufructuario, en este caso me parece que no podrá apremiar-

tam. y Ita autem citada, §. Ex non scripto, y todo el tit. Cod. Quæ sit longa consuetudo.

(1) Cast. de Usufruct. cap. 15. y 26. Gutier. de Inventar. lib. 4. cap. 2. ex n. 1. al 24.

le el propietario á darlas, y que debe contentarse con los bienes que se encuentren por su muerte, porque el Testador es árbitro de su voluntad, y como dueño de ellos puede hacer lo que quisiere, y legalmente esté permitido.

265 Para que el Escribano sepa qué es usufruto, cómo debe el usufrutuário dar la fianza, y otras cosas, trataré de ellas de paso, porque no es materia correspondiente á este capítulo. El usufruto es un derecho de usar, y gozar el fruto de las cosas ajenas, sin deteriorarlas ni disminuirlas (1). Es de quatro maneras: *natural*, *industrial*, *legal*, y *convencional*. El natural es aquel para cuya producción no es necesaria la industria humana, por bastar la naturaleza. El industrial es el que la necesita. El legal es el que no es producido por la naturaleza, ni por industria, sino únicamente por ministerio, y concesion de las leyes. Y el convencional es el que proviene de la voluntad del hombre por contrato, ó última voluntad. Otras divisiones hacen los AA., pero el que quisiere saberlas, y cuánto tiempo dura el usufruto, cómo debe gozarlo el usufrutuário, qué obligaciones tiene, por qué se gana, y pierde, qué diferencia hay entre uso, y usufruto, usuario, y usufrutuário, y sus facultades, y otras especies concernientes á esta materia, vea las leyes, y AA. que se citan (2).

266 En quanto á la fianza, digo que si los bienes que ha de usufrutuar son raíces, v. gr. tierras, viñas, olivares, huertas, montes, dehesas, ó ganados productivos, en quienes se verifica propriamente usufruto, porque producen, y su producto es distinto, y se separa de la propiedad; ó casas, que aunque por su naturaleza no producen, se verifica en ellas no solo usufruto, sino uso y habitación, ó comodidad, ha de dar la de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, conservando su propiedad de tal suerte que por su culpa ó omision no se destruyan, ni deterioren, para volverlos y restituirlos á sus herederos del mismo modo que los re-

(1) Inst. de Usufructu, leyes 1. ff. eod. tit. y 20. 22. y 27. tit. 31. P. 3. (2) Leyes 20. hasta la final tit. 31. P. 3. Cast. de Usufructu, Covar. lib. 2. Var. cap. 2. García de Expensis, cap. 10. y 11. Gom. lib. 2. Variar. cap. 15. Morquecho, lib. 4. cap. 11. n. 44. y sig. Ferrar. Biblioth. verb. Usufructus, y otros que estos citan.

cibió; y el modo de usarlos á arbitrio de buen varon es labrar las tierras, viñas y olivares como buen labrador, y si algunas cepas, olivos, ó arboles se secan, ó arrancan, plantar otros, dar de comer, y tratar bien á los ganados, y si algunos fallecen, reemplazarlos con los hijos que procreen, y hacer en las casas y edificios para su subsistencia y conservacion los reparos menores que necesiten, v. gr. retejos, blanqueos, compostura de puertas y ventanas, y otros semejantes, que cada uno no exceda de ciento y cincuenta reales; pues los mayores; v. gr. si se hunde la casa, ó parte de ella por caso fortuito, ó amenaza ruina alguna pared, y todos los que exceden de dicha cantidad, segun la comun práctica, y estimacion de esta Corte son de cuenta del propietario, el qual como dueño debe executarlos del mismo modo que si la usufrutuára, porque estos reparos no solo miran á que la casa no se deteriore, sino á que no perezca. Todo lo qual se entiende, á menós que la ruina provenga de culpa ó omision del usufrutuário, que entonces puede ser compelido á repararla á sus expensas, ó del inquilino, pues estará obligado á lo mismo, porque debe saber y mirar á quien la alquila, y cómo la usa; sobre lo qual véase á *Castillo de Usufructo c. 15. y sig.*

267 Si son muebles ó cosas de las que se cuentan, miden, ó pesan, y se consumen enteramente con el uso, en el qual consiste su usufruto, y guardandolos no pueden conservarse regularmente mas de tres años, v. gr. vino, trigo, aceyte, miel, y otros semejantes, (por lo que su usufruto se llama *quasi usufruto*) y el Testador los dexa en su casa, trox, ó bodega, podrá el usufrutuário dar la fianza alternativa, que es de restituir la cosa reservada: quiero decir que si estos bienes se valúan, y aprecian, como debe hacerse, al tiempo que se entregan al usufrutuário, la dará de restituir el mismo valor, y estimacion, ó otros tantos del propio género, calidad, y bondad; si no se valúan, de volver otros iguales en especie, número, peso, medida y valor; y si es dinero, la cantidad número idéntica que recibe; y la razon es, porque de estos bienes se le transfere el dominio, y puede hacer lo que quisiere (1), lo que no sucede con los expresados en el número

(1) Leyes 1. y 2. ff. de Usu, & usufructu rerum quæ usu consu-

precedente. Pero si quando el Testador fallece, no están cogidos, ni separados del suelo, sino pendientes, y mostrados en el campo, ó arboles que los producen, nada de ellos debe restituir el heredero usufrutuario, ni por consiguiente dar fianza, porque por el mismo hecho de haber sido instituido por heredero, los hace suyos, y como tales se contemplan parte del fondo, y no cosa distinta; además que el derecho no concede usufruto de usufruto, ni servidumbre de servidumbre. Pero si las tierras están sembradas, ó beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores, y semillas, y de su importe constituir la fianza alternativa mencionada. Lo qual procede, ya sean propias del Testador, ó ajenas las fincas que los producen, pues siendo locadas, cumple con satisfacer su arrendamiento del fruto como hipotecado tácitamente por ministerio legal á su solución, al modo que lo pagaria el Testador; y asimismo debe pagar las demas cargas de las alhajas, aunque hayan sobrevenido al usufruto (1), y á ello puede ser compelido, porque quien se lleva el provecho, debe sufrir el gravamen (2).

268 Si el usufruto es de animales no productivos, v. gr. machos, bueyes, &c. en los quales se verifica mero uso, debe dar la fianza de usarlos á arbitrio de buen varon, sin estar obligado á responder de su estimacion, perdida, muerte ni deterioro, á menos que provenga de culpa suya. Lo mismo ha de practicar con los muebles que no se consumen, ó aniquilan, sino que se envejecen, y deterioran con el uso, v. gr. trastos de casas, vestidos, y otros semejantes, porque en ellos se verifica solamente uso; y debe obrar la propia disposicion legal; por lo que si con el continuado uso se mueren, ó consumen algunos, ó ponen en estado tan deplorable que quedan inútiles, cumple con restituirlos de la suerte en que se hallen, y no está obligado á responder de los que perecieron sin su culpa (3); pues de lo contrario se verificaria que el Tes-

tant. §. Constituitur. Instit. de Usufructu, y cap. Cum constet. 8. de Pignor.

(1) Leyes. Si pendentes 27. §§. 3. y 4. ff. de Usu, & usufructu, y 22. tit. 31. P. 3. (2) Ley Secundum naturam 10. ff. de Reg. jur. y 29. tit. 34. P. 7. y cap. Qui sentit 55. de Reg. jur. in 6. (3) Ley Quid ergo, 7. §. 3. ff. de Usufructu. Cast. de Usufructu cap. 17. 18. y 77. Ayora de Partit. part. 2. quest. 24.

rador no le dexa mas que trabajo en custodiarlos, y conservarlos, y que lejos de beneficiarle, le perjudica. Y aunque algunos afirman que debe dar la propia fianza que de los que se consumen con el uso, porque se le transfiere igualmente su dominio, no me conformo con su dictamen por las razones expuestas. Se previene al Escribano que el heredero usufrutuario de todos los bienes del Testador, ya sea su muger, ú otro, debe pagar de ellos, y no de los suyos, ni del usufruto las deudas, y legados que dexó, porque su solución toca al propietario, y el usufruto se entiende del residuo que quede libre, bajado lo ageno (1); y asimismo debe hacerle sus exequias conforme á su calidad, haberes, y estilo del país, á menos que mande, ó de su voluntad se congeture lo contrario. Tambien toca al propietario quando legó el usufruto de la mitad, ó tercera parte de ellos, bien que entonces no se baxarán las deudas, sino que las pagará el heredero de los demás, como obligado á su solución, y no el legatario (2), lo que tendrá presente el Escribano, por si como Contador se le ofrece hacer alguna particion de esta naturaleza. De esta materia trato con mas extension en el cap. 7. lib. 1. de mi segunda parte, y acerca de ella véase á Guereir. de Inventar. lib. 4. cap. 2. ex n. 25. hasta el fin, que explica las opiniones que hay, las que omito por no ser de importancia.

269 El derecho de usufrutuar no puede ser vendido, ni enagenado, porque es personal, y no transmisivo; y si el usufrutuario lo enagena, lo pierde, y tambien el que lo compra, ó recibe, y pasa al propietario para siempre, porque segun derecho se consolida con la propiedad, y asi no ha lugar al retracto, como en su lugar diré; pero puede arrendar los frutos que produzcan los bienes dados en usufruto, y cederlos y enagenarlos por toda su vida, ó por tiempo determinado, pues por esto no enagena el derecho formal del usufruto.

(1) Leyes fin. ff. de Usufructu legat. y Usufructu, ff. Ad Leg. Falcid. y subsignatum, §. Bona ff. de Verb. signif. Balb. in Consil. 178. lib. 2. Paul. del Cast. in leg. ult. §. Sin autem Cod. de Bonis, quæ liberi; & in Consil. 294. lib. 2. Covar. lib. 2. Variar. cap. 2. n. 4. Morquecho de Divis. bo. nec. cap. 11. n. 98. y 99. lib. 4. (2) Covar. ubi sup. n. 2. Ayora de Partit. part. 2. quest. 21. n. 67. per tot.

tó, ó de usufructuar, sino su utilidad, y comodidad (1). Se previene que quando uno de los conyuges queda por usufructuario de los bienes del otro, debe hacer inventario, ó descripción, particion, y separacion de todos con asistencia del propietario, ó de quien su poder tenga, para que se sepa lo que entra á usufructuar, y sus herederos han de restituir, pues de no hacerlo así, servirá de confusion, y pleitos, y con dificultad se podrá averiguar el caudal de ambos; y asimismo que si los bienes, ó parte de ellos consisten en tierras que están barbechadas ó sembradas, y no se vé el fruto, se han de dividir por mitad como gananciales las labores, y semillas echadas en ellas, lo que no deberá hacerse estando los frutos pendientes, y mostrados, de lo qual se instruirá mejor el Escribano en el cap. 5. lib. 1. de mi segunda parte á donde le remito.

270 Es reprobada por derecho la voluntad del Testador en quanto manda: *Que aunque su muger se case segunda vez, no pierda, ni se la quite la tutela, y administracion de los bienes de sus hijos* (2), porque suele amar tanto al nuevo marido que olvida enteramente el cuidado de ellos, y aun muchas veces maquina su daño (3). Lo mismo sucede respecto de la abuela, y así no solo se quitará á las dos la tutela, sino que se sacarán los hijos y nietos de su poder, quedando sus bienes, y los del nuevo marido tácitamente obligados á la responsabilidad del deterioro que hayan padecido los de sus hijos, durante la tutela. Si estos quedan huérfanos de padre en la edad pupilar sin tutor, y su madre no pide al Juez que se le nombre, pierde el derecho de heredarlos, en caso que mueran intestados; y lo mismo sucede á los parientes que deben heredarlos *ab intestato* (4).

271 El extranjero, no domiciliado en el Reyno donde vive á la sazón que hace su testamento, debe tener presente que si la ley, estatuto, ó costumbre de él habla simple é indistintamente, se amplía y estiende á todos los que lo habi-

(1) Ley 24. tit. 31. P. 3. ley Si usufructus, versic. Et si extraneo, ff. de Jure dot. y §. Finitur, institut. de Usufruct. Gom. en la ley 74 de Toro, n. 33. (2) L. 5. tit. 16. P. 6. (3) Ley 4. tit. 16. P. 6. (4) Leyes 5. y 12. tit. 16. P. 6. Greg. Lop. en dicha ley 12. glos. 3. y 4. Gutierrez de Tutel. part. 1. cap. 5. y 19.

tan, aunque no sean regnícolas, por cuya razon han de observar la solemnidad establecida; pero si habla con cierto número de personas, no está obligado á observarla, y solo deberán ceñirse á ella aquellas con quienes habla determinada-mente, porque en las cosas que miran á la solemnidad del juicio, se atiende únicamente al lugar en donde se celebra el acto; mas en las que conciernen á la substancia y decision de la causa, al lugar y fuero de la persona actora, pues la ley no puede legitimar la del que no es súbdito suyo (1). Si está domiciliado, y tiene bienes en el Reyno y en su patria, ha de disponer de aquellos conforme á las leyes de él, y de estos segun las de su patria, y no de todos de un modo, porque la ley ó estatuto no puede estender sus efectos fuera de los limites á que se estiende la potestad del Legislador, ni por consiguiente comprende á los bienes situados fuera de ellos, ni á persona que no es en aquella parte súbdita suya. Lo mismo procede para con el hijo de familia que fallece en otro Reyno (2), en quanto á poder ó no testar como he sentado en el num. 9. Lo propio deberá observar por identica razon, aunque no sea extranjero, si posee bienes en Provincia que se gobierna por algun fuero especial ó municipal, como en Navarra, Vizcaya, Aragon y Cataluña, pues con arreglo á éste, y á las leyes del pueblo en que testa, se han de partir los bienes que en cada parte tenga. Si está conaturalizado, el rescripto de conaturalizacion servirá de regla para lo que se debe practicar, pues el Príncipe como Legislador, y viva ley, puede dispensarle que teste de ambos modos de los bienes situados en sus dominios, y no fuera de ellos.

272 Si el Testador nombra heredero en su testamento, ó en poder para testar en esta forma: *Quiero que sea mi heredero el sugeto, ó persona, cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un papel, ó memoria que está en tal gaveta, ó en poder de fulano; (nombrándolo) ó el que Pedro tiene instituido en su testamento, y concurre á su otorgamiento el competente número de testigos que oigan esta expresion, no se detenga el Escribano en autorizarlos; pues siendo arreglados, ve-*

(1) Gom. en la ley 3. de Toro n. 20. (2) Aceb. en la ley 4. tit. 4. lib. 5. R. n. 15. Gom. en la ley 5. de Toro n. fin.