

nio de la cosa por donacion ú otro título lucrativo; mas no si la adquiere por compra, cambio, ú otro oneroso, pues entonces puede pedir al heredero su estimacion (1). Esto se funda en el axioma de que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona acerca de una misma cosa* (2), reputándose título lucrativo el que nada cuesta, como la donacion, y oneroso el que cuesta algo, como la compra; por esta razon: si dos testadores, cada uno en su testamento, legasen una misma cosa á Pedro, y este en virtud de uno de ellos consiguiera la posesion y propiedad de ella, nada podria pedir por el otro testamento; mas si primeramente lograra por uno de ellos la estimacion de la cosa, bien podria pedir despues en virtud del otro la cosa misma (3).

27. El título 11 de la Partida 6.^a adoptó la *cuarta falcidia* del derecho de los romanos, por la cual puede el heredero tomar para sí la cuarta parte de los legados, siempre que el testador ha distribui-

[1] L. 4.^a tit. 9 P. 6.

[2] §. 6 Inst. de legat.

[3] L. 44 tit. y P. cit.

do en ellos el todo de su caudal, de manera que nada quede á aquel por la adición de la herencia. Como el objeto que se propuso al establecerla el derecho romano, que fue que el testamento no resultara sin heredero, no tenga lugar entre nosotros por la ley 1.^a tantas veces citada del título 4.^o del libro 5.^o de la Recopilacion, ó sea 1.^a del título 18 del libro 10 de la Novísima, opina Antonio Gomez (1) con otros, que no tiene lugar entre nosotros; mas Pichardo (2), Matienzo (3), Molina (4), Castillo (5) y otros, defienden la contraria que nos parece mucho mas probable.

28. La falcidia no tiene lugar respecto del heredero forzoso (6), pues este deberá sacar su legítima entera, á la cual no pueden perjudicar los legados. Para sacarla debe considerarse el valor que tenían los bienes del testador al tiempo

(1) Gomez lib. 1. Var. cap. 12 n. 11.

(2) Pichard. in Inst. pr. de lege falcidia n. 33 et seqq.

(3) Matienzo in. d. l. 1 glos. 19. nn. 18 et. 19.

(4) Molina de Hisp. primog. lib. 1 cap. 17 nn. 10 et 11.

(5) Castillo de usufr. cap. 60.

(6) Gregor. Lop. glos. 3 de la l. 1 tit. 11 P. 6.

de su muerte; de manera que el aumento ó disminucion que despues hayan tenido, es en favor ó daño del heredero, que deberá pagar á los legatarios la misma porcion en cualquiera de los dos casos (1); mas antes de sacar la cuarta se deben bajar y pagar las deudas, los gastos funerarios, y los que se hicieren por razon del testamento, ó por otros escritos pertenecientes á los bienes del difunto (2), aunque con respecto á los gastos de entierro debe tenerse presente, que son carga del total de la herencia, cuando á ninguno se deja el quinto; pues dejándose á alguno, son carga de él (3). Si hechas estas deducciones nada quedare al heredero por la distribucion de la herencia en legados, tomará íntegra la cuarta parte; pero si le quedare algo, tomará-lo necesario para completar su cuarta.

29. No están sujetos á la deducion de la falcidia los legados piadosos, ni los que se dejan en testamento militar (4), ni

(1) L. 3 tit. 11 P. 6.

(2) L. 2 tit. y P. cit.

(3) L. 13 tit. 6 lib. 5 de la R. ó 3 tit. 6 lib. 10 de la N.

(4) L. 4 tit. 11 P. 6.

los de cosa cierta con prohibicion al legatario de enagenarla (1). Si el heredero pagó algunos legados sin sacar la cuarta, creyendo que bastaba la herencia para todos, deberá pagar los demas cumplidamente, si no es que despues de que comenzó á pagar se descubra alguna deuda grande del testador, que antes no se sabia; pues entonces podrá sacarla de los legados que estén sin pagar (2). No se puede sacar la falcidia cuando el testador lo prohíbe (3); y se pierde el derecho á ella, si el heredero no hizo inventario (4), ó canceló maliciosamente el testamento, ó los legados, ó hurtó, ú ocultó la cosa legada, siendo vencido en juicio.

30. Fideicomiso en general es *todo aquello que con palabras oblicuas dispuso el difunto que se diese á alguno; ó en otros términos, es una orden intimada al heredero por palabras de ruego para que dé alguna cosa á otro* (5). Para el fideicomiso, se necesitan tres personas: el que

[1] L. 6 tit. 11 P. 6.

[2] La misma.

[3] La misma.

[4] L. 7 del tit. y P. cit.

[5] L. 8 tit. 11. P. 6.

deja el fideicomiso que se llama *fideicomisante*: aquel á quien se manda que restituya la herencia á otro, y se llama *heredero fiduciario*, y aquel á quien se restituye, que se llama *heredero fideicomisario*. El fideicomiso puede ser universal, cuando es de toda la herencia, que se llama entonces *fideicomisaria*, ó singular, cuando es solo de una cosa. Puede hacerse tácita, ó expresamente. Será expreso cuando el testador con palabras claras y terminantes manda á su heredero que restituya á otro la herencia, ó parte de ella, y tácito cuando no se hace mencion de restitucion, pero se manda al heredero alguna cosa de donde se colige, como por ejemplo: *Pedro sea mi heredero, pero con la condicion de que no haga testamento*; pues equivale á: *ruego á Pedro que restituya mi herencia á sus parientes mas próximos*. Esta especie de fideicomisos es muy semejante á los mayorazgos, y está comprendido en las disposiciones novísimas sobre vinculaciones, de que hablaremos en el título siguiente.

31. El fideicomiso podia establecerse por todo el que podia hacer testamento (1):

(1) L. 14 tit. 5 P. 6.

podia ligarse con él á todo el que recibiese alguna parte de la herencia con título de heredero, con tal que no fuese en mas de lo que recibió y á favor de todo el que pudiese serlo, ya en testamento, ó ya en codicilo, puramente, ó bajo de condicion para ó hasta dia cierto; y los fideicomisarios tenian derecho á la cuarta trebelianica en los mismos términos que hemos explicado en el número 22 del título 5 de este libro, hablando de la sustitucion fideicomisaria.

32. Lo que hemos dicho en los dos números anteriores se entiende de los fideicomisos universales; y por lo que hace á los singulares, ya hemos dicho en el número 12 de este título, que no hay ninguna diferencia entre ellos, y los legados en cuanto á sus efectos, que son en todo iguales, sino únicamente en cuanto á su forma ó modo de establecer unos y otros.

33.* Albacea, al que llaman tambien testamentario, executor, cabezalero, y mansesor, es aquel á quien el testador encarga la ejecucion de su última voluntad. Este encargo puede hacerse al presente ó ausente, á uno, ó á muchos para

que se sucedan uno al otro, ó para que obren de mancomun; y aquel á quien se hace no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun teniéndola, no vale la delegacion en varios casos (1). Los albaceas pueden ser *testamentarios, legítimos ó dativos*. Testamentarios son los que elige el testador en su testamento: legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador, y dativos los que nombra de oficio el juez en caso de que el nombrado en el testamento, ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. El incapaz de testar lo es tambien de ser albacea, y pueden serlo las mugeres, aunque les estaba prohibido (2), la viuda del testador ó sus herederos, los clérigos y los religiosos con licencia expresa de su prelado, á excepcion de los que profesan la regla de S. Francisco, á quienes está absolutamente prohibido (3), y el menor de

- (1) Carpio de executorib. testamentar. lib. 1 cap. 19 y 20.
 (2) Por la ley 8 tit. 5 lib. 3 del Fuero Real se les prohibia; pero está derogada por costumbre contraria. Tapia lib. 2 tit. 2 cap. 17 n. 2.
 (3) Cap. *Religiosus executor* 2 de testam. in 6. y *Clement. de Religios executor.*

veinticinco años, si ha cumplido los diez y siete (1).*

34.* A nadie se puede obligar á que sea albacea (2); pero si el que fuere nombrado acepta tácita ó expresamente el encargo, se le puede obligar á que cumpla con él. Se entiende que lo acepta tácitamente, si paga algunas deudas, ó legados del difunto, ó de cualquiera otro modo se mezcla en sus bienes ó distribucion de ellos (3). Aceptando, puede por sí dar á los legatarios las mandas que les hayan sido hechas, y tomar para sí mismo el legado que le hubiere dejado el testador (4); mas perderá este, si renuncia el albaceazgo (5)*.

35.* La ley (6) previene que el albacea presente al juez el testamento en que fuere nombrado, dentro de un mes del fallecimiento del testador, para que se lea públicamente, y que no haciéndolo pierda lo que se le hubiere legado, y la misma

- [1] L. 19 tit. 5 P. 6.
 [2] Covarr. in cap. 19 de testament. n. 3.
 [3] Sanz. 1 Cons. c. 1 d. 42 n. 7.
 [4] L. 20 tit. 10 P. 6.
 [5] Sanz. cit.
 [6] L. 14 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 5. tit. 18 lib. 10 de la N.

obligacion se impone á todo el que tuviere el testamento de otro, aunque no sea su albacea, bajo la pena de pagar el daño al interesado, y una multa de dos mil maravedis. Algunos autores juzgan que la obligacion de presentar al juez el testamento por el albacea se entiende solo del abierto otorgado sin escribano, aunque Acevedo opina lo contrario, y añade que la pena solo tiene lugar en la ocultacion dolosa (1). Para comenzar á ejercer su encargo el albacea deberá presentarse ante el juez secular, aun cuando aquel sea eclesiástico, pues es el competente en el negocio, acreditando su encargo, y pidiendo se cite á quienes interese (2), y deberán ser citados aun los eclesiásticos, porque mas que citacion, es un aviso (3) para poder proceder al inventario, y demas diligencias concernientes al desempeño de su oficio. Los albaceas deben hacer inventario de los bienes del testador y dar cuenta de lo recibido y gastado, aun cuando les releve de

- (1) Acevedo sobre la l. 14 tit. 4 lib. 5 de la R. contra Montalvo y Matienzo.
 (2) L. 15 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 6 tit. 18 lib. 10 de la N.
 (3) Solorzano Política indiana 5 c. 7.

ello (1); pues esa cláusula solo remite la averiguacion nimia y escrupulosa en cuanto á la culpa, mas no en cuanto al dolo, sobre lo cual cita Febrero varias ejecutorias, pudiendo ser apremiados por el obispo para el cumplimiento de las disposiciones piadosas, sin que obste la prohibicion del testador (2). Mas si este encargó á su albacea por cláusula en el testamento, ó probada por testigos, que dispudiese de alguna cantidad con arreglo á algun *comunicado secreto*, no tendrá obligacion de dar cuenta ni de declarar las personas á quienes se le mandó entregar, si no es que se pruebe dolo por hallarlas en su poder (3), y lo mismo es si la entrega se mandó hacer al confesor (4). Deben enagenar los bienes en pública almoneda (5), y les está prohibido comprar para sí ninguno de ellos bajo la pena de ser nula la venta, y de pagar el cuádruplo que se aplica al fisco (6). *

- (1) L. 5 tit. 10 P. 5 y sobre ella Gregor. Lop.
 (2) L. 7 del mismo tit. y P.
 (3) Clement. de Testam.
 (4) Sanz. l. 4 Cons. c. 1 d. 49.
 (5) L. 62 tit. 18 P. 3.
 (6) L. 14 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 5 tit. 18 lib. 10 de la N.

36.* Para la ejecucion del testamento deben arreglarse al término que señaló el testador, sea mayor ó menor que el legal, y si ninguno les señaló deberán ejecutarlo lo mas breve que les sea posible conforme á lo que previene la ley de Partida que dice: *lo mas ayna que pudieren sin alongamiento, ó sin escatima ninguna* (1); no pudiendo ni debiendo en conciencia esperar el año que concede el derecho para pagar las mandas y legados, si antes de él pudieren hacerlo, y lo mismo las deudas del difunto. Mas mientras durare la formacion del inventario no pueden los acreedores y legatarios molestar al albacea ó heredero, para que cumpla el testamento (2); aunque si manifestare no querer hacer el inventario, ni gozar del tiempo que para él concede el derecho, podrá ser convenido despues de los nueve dias de la muerte del testador (3). Si son muchos los albaceas, y no pueden ó no quieren intervenir todos, vale lo que uno ó dos ejecu-

[1] L. 6 tit. 10 P. 6.

[2] L. 7 tit. 6 P. 6.

[3] L. 13 tit. 9 P. 7.

ten (1); y para precaver este embarazo suele conferirse á cada uno *in solidum* la facultad de cumplir el testamento, y el que primero empieza á usar de ella, proseguirá hasta su conclusion sin necesidad de avisar á los otros, ni de que estos se mezclen en cosa alguna. Deben pagar primero las deudas del difunto, y despues las mandas (2); y si se dejare al arbitrio de ellos la distribucion de alguna limosna entre pobres, siéndolo alguno de los albaceas, podrá aplicarse alguna parte (3). Si se les manda por el testador que den á otro alguna cosa con disyuntiva ó en general, cumplen con dar la que quieran, aunque sea la menos preciosa (4); pero si las palabras se dirigen al legatario, á él corresponde la eleccion, como hemos dicho en el n. 16 de este título.*

37.* El oficio del albacea acaba por su muerte; por la revocacion del testador; por enemistad que sobrevenga entre ambos; por impedimento, locura ó fatuidad del testamentario; por el transcur-

(1) L. 6 tit. 10 P. 6.

(2) L. 7 tit. 6 P. 6.

(3) Sanz. l. 4 Cons. c. 1 d. 58.

(4) Sanz. tr. 14 c. 5 n. 177.

so del tiempo ó término asignado para evacuar su comision; por complemento y ejecucion de ella, y por haber cesado la causa por que fue constituido. Algunos (1) quieren que acabe tambien respecto de la viuda que era albacea del marido, si pasa á otro matrimonio; pero lo niegan otros (2). En retribucion del trabajo del albacea le era permitido cobrar cierto premio de los bienes del testador, cuya cantidad se graduaba segun la práctica y costumbre que habia en el lugar. Los autores disputan sobre si tenia ó no derecho para cobrarlo, fuera del caso en que lo hubieran convenido asi el testador y su testamentario; mas esta disputa parece terminada del todo por la disposicion de la cédula de 20 de setiembre de 1786, que previene que los albaceas no puedan pretender pago alguno ni remuneracion por el trabajo que tengan como tales, en atencion á ser este un encargo piadoso, y de consiguiente gratuito.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

(1) Espin. glos. 28 n. 36.

(2) Molin. tr. 2 d. 247 n. 14.



CHINESE

