

## CAPITULO DECIMOSEPTIMO,

*De los testamentarios.*

- §. 1. ¿Que se entiende por testamentarios ó albaceas?
2. No pueden ser albaceas los que tienen prohibicion de testar.
3. ¿De cuantas clases son los ejecutores de últimas voluntades?
4. Los testamentarios pueden demandar judicialmente los bienes del testador, ¿y en que casos?
5. Los testamentarios universales estan obligados á inventariar los bienes de la herencia.
6. Término en que deben evacuar su encargo.
7. Deben dividir entre sí el legado que les deje el testador.
8. Si no cumplen su encargo pierden la manda.
9. No deben los albaceas percibir salario alguno por su comision.
- Nota sobre la declaracion de pobre.

**T**estamentario, 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 deja ordenado. Puede hacerle este encargo estando presente ó ausente al tiempo que le nombra (1), ya sea á uno ó á muchos, á su heredero ó extremeño, clérigo ó lego (2). Su oficio es piadoso y privado: por su muerte no pasa á su heredero: y asi no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun concediéndosela, no valdrá en todos casos (3), especialmente si con su mal proceder contrajo el testamentario algunas obligaciones, pues entonces queda obligado á su cumplimiento, aunque haya delegado su encargo (4). En cuanto á las cosas en que conviene el oficio de testamentario con el de juez véase al Doctor Francisco Carpio en el prefacio del tratado que escribió *de executor. et commissar. testamentar.*, y por lo tocante á si por incertidumbre se vicia el nombramiento de testamentarios véase el lib. 1. cap. 16., donde hace varias distinciones,

1 Proem. y ley 1. tit. 10. Part. 6. Carp. lib. y cap. 10. de *executorib. et commissar. testament.* num. 36.

2 Ferrar. *Biblioth.* verb. *Testamentum.* art. 3. num. 50. y otros que cita. Carp. ibi.

cap. 2.

3 Cap. 2. §. *Sæne de testam.* in 6. Carp. dicho lib. 1. cap. 19 y 20.

4 Bart. in leg. *A filio* 15. num. 3. ff. de *alim. et. cibar. legat.*

2. No puede ser albacea (regularmente hablando) el que tiene prohibicion de testar: por lo que estan privados de serlo el loco, el sordo-mudo por naturaleza ó por accidente, el ciego, el alevo-so, el herege y traidor declarado, el siervo y el condenado á muerte civil ó natural, el judio, 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 esta prohibido (1). Tampoco pueden serlo la muger, ni el menor (2); pero sin embargo la muger lo es por costumbre inconcusa y generalmente observa-da, y por derecho canónico no se la prohíbe (3). Igualmente puede serlo el mayor de diez y siete años, porque de esta edad le permite el derecho (4) ser procurador en cualquier negocio ex-trajudicial, y asi en cumpliéndolos no se le excluye de este eu-cargo; 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 1 de Toro. Véase á Carpio en dicho lib. 1. cap. 7 y 8. que lo trata latamente con distincion de casos. Asimismo puede serlo el escribano que autoriza el tes-tamento; porque á mas de no estarle prohibido, no adquiere otra cosa que trabajo y responsabilidad en cumplir la voluntad del testador, y tener que dar estrecha cuenta de su encargo, y asi no se le debe hacer cargo de crimen que no comete, como algu-nos visitadores de escribanos poco instruidos lo practican, por abultar cargos que no hay. Pero si le resulta comodidad, no po-drá serlo (5), y se tendrá por no escrito, excepto algunos casos.

3. Los ejecutores de últimas voluntades son de tres clases (como los tutores de huérfanos), á saber *legítimos*, *testamenta-rios* y *dativos*. Los legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador. Los testamentarios son los que este 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 dati-

1 Ley 8. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, cap. *Religiosus exsecutor*. 2. *de testam* in 6. Clem. *Religiosis de testam*. Clem. *Exivi*. 3. *Verum etiam*. *De verbor. signific.* y 4. *Verum tamen*, al fin, Carp. ibi cap. 5. y 14.

2 Ley. 8. tit. 5. lib. 3 del Fuero Real, et ibi glos.

3 Matienz. en la ley 5. tit. 4, lib. 5. Rec.

glos. 6. num. 5. Ferrar. ibi, num. 51. Carp. lib. 1. cap. 6.

4 Ley 19. al fin. tit. 5. Part. 3. cap. *Qui generaliter*. 5. 4. fin. *de procuratorib.* in 6. Matienz. en la ley 14. tit. 4, lib. 5. Rec, glos. 1. num. 6. Ferrar. *Biblioth. verb. Tes-tamentum*, art. 3. num. 52. y otros que cita.

5 Carp. lib. 1. cap. 10. per tot.

vos se dividen en *universales y particulares*. Los universales son los electos para evacuar íntegramente 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, véase á *Carpio de exsecutorib.* lib. 3. cap. 9. per tot. Los particulares son los que este nombra para cumplir únicamente lo concerniente á su alma, legados ú otra cosa particular, todos los cuales no deben ser compelidos á evacuar su encargo (regularmente hablando) á menos que lo acepten expresa ó tácitamente, ni á su admision, porque esta es libre y voluntaria en ellos; pero una vez aceptado, esten obligados á evacuarlo (1): ni tampoco pueden conmutar lo que se deja á causas pias en otros usos, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad del testador se puede cumplir justa y cómodamente (2), á menos que intervenga autoridad del Papa ó del respectivo supremo Príncipe por causa justa y necesaria (3).

4. 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, cuando la manda es para obras pias, ó para socorro de huérfanos ú otras personas. La segunda, cuando el testador lega alguna cosa á otro juntamente con ellos. Y la tercera, cuando les confiere poder amplio para pedir judicial y extrajudicialmente sus bienes, á fin de cumplir lo que deja dispuesto (4); bien que los legatarios pueden demandar sus legados al que los tuviere (5). 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 pro-

1 *Carp. de exsecutorib. et commissar. testamen.* lib. 1. cap. 17. num. 2. al 11. cap. 19. *de testam.* Covarr. en el num. 3. Ferrar. *Biblioth. verb. y art. cit.* num. 46 y 62.

2 *Cap. Nos quidem.* 3. *de test.* cap. *Ultima volunt.* 4. *caus.* 13. *quest.* 2. *Clem.*

*Quia contingit.* 2. *de relig. domib.* Ferrar. *ibi,* num. 69.

3 *Cap. Conquestus.* 16 *de foro comp.* Conc. Trid. sess. 22. cap. 6. *de reformat.* *Begnud Biblioth.* *verb. Testam.* num. 140.

4 *Ley 4. tit. 10. Part. 6.*

5 *Dicha ley 4 al fin.*

ceder 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 especioso título de testamentario de los bienes de herederos legítimos ó forzosos: pues estos deben percibirlos directamente el testador, y no por mano y restitucion de otro. Pero si son extraños los herederos, intervendrán los albaceas en aquello para lo que les autorice el testador, bien que suele ser bastante comun darles amplias facultades en todo lo relativo al cumplimiento de su voluntad, y es muy conveniente para evitar disputas. (Al fin de este título va inserta la planta ó modelo de las cláusulas que en tal caso suelen extenderse.) Sin embargo de ellas, y de que podrán en el caso referido hacerlo todo, como testamentarios universales, no tienen facultad para perjudicar á los herederos en la cuarta falcidia, á menos que el testador prohiba que se saque, y mande que se contente 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 gravárselos 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. Part. 3. al fin, para evitar todo fraude y sospecha contra ellos.

5. Estan obligados los testamentarios universales, y no los particulares, á hacer inventario ó descripciou format 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 cual he visto varias ejecutorias del Consejo, y por eso lo puse en la cláusula que copio al fin. 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 (2); porque la persona privada no tiene facultad para impedir lo que es de derecho

1 Auth. Licet. Cod. de episcop. et cler. su glos. Nov. rñ. Clem. Religiosis, De testament. Reinf. lib. 3. tit. 26. § 23. num. fin. Ferrar. Biblioth. verb. Testamentum. art. 3. num. 60. Cap. de executorib. lib.

3. cap. 10. y otros que cita.

2. Ley 7. tit. 1. Part. 6. cap. Nos quidem. 3. Si heres. 9. y Tua nobis. 17. de testam. y su glos. vers. Interdictis.

público, civil ó eclesiástico (1): y si se resisten, cumplirlo por sí, ó elegir otros: y lo mismo procede cuando el testador no los nombró, si su heredero no lo cumple, pues este lo es; y cualquiera del pueblo tiene accion para darle cuenta (2).

6. Tienen de término para cumplir su encargo el que define el testador, ya sea mayor ó menor 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 dia de su muerte; y si son muchos, y todos no pueden ó no quieren intervenir en él, vale lo que uno ó dos ejecuten (3); y para precaver este inconveniente se conferirá á cada uno *in solidum* la facultad de cumplirlo, con la cual el primero que empiece á usar de ella, puede proseguir hasta su conclusion, sin que tenga precision de avisar á los demas, ni estos que mezclarse en cosa alguna.

7. 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. 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 (4) debe entregárselas por inventario el juez secular, y el obispo dar cuenta á este (pasado el año) de haberlas empleado en la redencion, no se observa esta legal disposicion, pues el obispo no da tal cuenta, antes bien si el heredero no cumple, elige albaceas, ó le compele al cumplimiento.

8. 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 (5). 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 dia de su fallecimiento; pero si nada les legó, deben pagar al interesado el daño que se le irroga, y dos mil maravedis á la Real Cámara (6); y si compran algo de los bienes del difunto, á mas de ser nula la venta, incurren en la pena del cua-

1 Ley 32. tit. 9. Part. 6. y *Nemo potest.* 55. ff. de leg. 1.

2 Ley 7. tit. 10. Part. 6. Covarr. e de testam. num. 8. Mantic. de conject. lib. 3. tit. 1.

3 Ley 6. tit. 10. Part. 6.

4 Ley 5. tit. 10. Part. 6. Greg. Lop. en ella. 5 y 6. Gutier. de tutel. part. 8. cap. 45. num. 20.

5 Ley 8. tit. 10. Part. 6. Matienz. en la ley 7. tit. 4. lib. 5. Rec glos. 5. num. 6.

6 Ley 5. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

tro tanto aplicado al fisco: y lo mismo sucede en los tutores (1)

9. En cuanto á si se deberá ó no dar salario á los testamentarios por su trabajo, estan discordes los autores. Unos afirman que sí: otros dicen que no se debe al nudo ó mero ejecutor que ha de expedir brevemente su comision; pero que si esta tiene tracto sucesivo con encargo de administracion, sí. Y otros lo niegan absolutamente: y esta opinion es la segura. Lo primero, porque entre el testador y el ejecutor 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 (2). Lo segundo, porque el oficio de testamentario es privado, por cuya razon no puede ser compelido á su aceptacion el mandatario; bien que esta es libre y voluntaria en él, pero una vez que lo aceptó, está obligado á cumplir el mandato, pues lo que al principio es gracioso se constituye despues coactivo. Y lo tercero, porque el contrato de mandato, como que trae su origen de oficio, confianza, amistad ó piedad, es gratuito por su naturaleza; pues de lo contrario degeneraria, y se convertiria en locacion: por lo que siendo gratuito, y aceptándolo el comisario ó ejecutor, es visto por su aceptacion que se obliga á evacuarlo graciosamente; y por consiguiente ya sea ó no oficial que viva de su trabajo, y la ejecucion 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 subsecuente. Esto se entiende, excepto que al principio se haya convenido lo contrario entre el testador y el ejecutor ó comisario, ó que este 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 cualidad del negocio, y la ocupacion ó trabajo; y no se graduará de mandato sino de locacion. Pero lo que expendia de su caudal en lo tocante á su comision se le debe pagar (3). Es de advertir que aunque el testamento se rompa por pretericion ó

1 Ley 1. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 24. tit. 12. Part. 5. et ibid. glos. 1 á la 4.

3 Véase á Carpio de *obsecutorib. et commissar. testametar.* lib. 3. cap. 11. per tot.,

que con presencia de quanto escribieron Baeza, Parladorio, Espino, Acevedo, Escobar y otros, lo resuelve en la forma expuesta, y es lo que concibo se debe seguir, y siempre he visto practicar.

desheredacion, ó el testador no haya instituido heredero, ó esto 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 (1). 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 trascurso del tiempo, ó término asignado para evacuar su comision; por complemento y ejecucion de ella; y por haber cesado la causa porque fue constituido.

*Nota sobre la declaracion de pobre.*

Llámase declaracion de pobre el testamento que otorga el que no tiene bienes; y está reducido á declararlo asi, y á rogar al cura párroco ó á otras personas, que le manden enterrar por caridad, y hagan por su alma el bien que pudieren. En este particular hay que advertir dos cosas: 1.<sup>a</sup> que se requieren para su validez los cuatro requisitos que quedan expresados en el capítulo del testamento, párrafo 34; 2.<sup>a</sup> que el pobre puede instituir heredero, ordenar mejoras y sustituciones, y hacer legados de los bienes que pueda adquirir en lo sucesivo. (Véase á Gomez en la ley 3 de Toro, num. 16.)