

LIBRO CUARTO.—De los juicios sumarios

Parte séptima.—De la herencia y de los herederos  
de los legados y legatarios, y de los albaceas

De los albaceas . . . . .	411
De los comunicados secretos . . . . .	415

*mortis* es cierta especie de manda, (como la llama la ley 7, tít. 10, lib. 5 Rec., que es la 1, tít. 7, lib. 10 de la Nov.) ó legado, con el cual conviene en que se puede revocar libremente, y en que está sujeta á la detraccion de la falcidia, pero no es lo mismo que él. Para su valor bastan tres testigos y el escribano, y se puede revocar si el donatario muere ántes que el donador; si éste sale de la enfermedad en que la hizo, y él mismo se arrepiente de haberla hecho. [L. últ., tít. 4, P. 5.]

### *De los albaceas.*

El albacea, á quien llaman tambien testamentario, ejecutor, 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 solo 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 espresa facultad del testador, y aun teniéndola, no vale la delegacion en varios casos. [Cárprio, lib. 7 de executor, testamentar. cap. 19 y 20.]

El incapaz de testar lo es tambien para ser albacea, y pueden serlo las mugeres [aunque se les prohíbe por a ley 8, tít. 5, lib. 2 del Fuero Real, está derogada por costumbre contraria. Febr., part. 1, cap. 1, § 18, núm. 250], la viuda del testador ó sus herederos, los clérigos y los religiosos con licencia espresa de su prelado, á escepcion de los que profesan la regla de San Francisco, á quienes está absolutamente prohibido [Cap. *Religiosus executur*. 2 De testam. in 6 y Clement. *Religiosis de testament.*]; y el menor de veinticinco años, si ha cumplido los diez y siete. [L. 19 al fin, tít. 5, P. 3.] Por la ley de 10 de Agosto de 1857 [art. 19], no pueden ser albaceas ni el sacerdote que confiese, ni el médico que asista al testador en su última enfermedad.

Los ejecutores de las últimas voluntades son como los tutores, *testamentarios*, *legítimos* ó *dativos*. Testamentarios son los que elige el testador en su testamento: le-

gítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador; y dativos los que nombra de oficio el juez en caso que el nombrado en el testamento ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto.

A nadie se puede obligar á que sea albacea [Covar. in cap. 19 De testament. n. 3]; pero si el que fuere nombrado acepta tácita ó espresamente 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. [Sanz. ley 4 Const. c. 1, d. 42, n. 7.] En el caso de que el testamentario acepte, puede por sí dar á los legatarios las mandas que le fueren hechas, y tomar para sí el legado que le hubiere dejado el testador [L. 20, tít. 10, P. 6]; mas perderá éste si renunciare el albaceazgo. [Sanz. cit.]

Si el testador designa por albacea á alguna persona con el nombre de su dignidad ú oficio, como el gobernador ú obispo, pasa el cargo á su sucesor [Cap. 2, De testam. in 6]; pero si solo se pone el nombre, ó de las circunstancias se colige que no tanto se atendió al empleo ó dignidad, quanto á la persona, por ser pariente, amigo ó paisano, no pasa al sucesor. [Barb. in c. 2 De testam. in 6.]

La ley 14 del tít. 4 del lib. 5º de la Recopilacion, 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 no haciéndolo, pierda lo que se le hubiere legado; y la misma obligacion se impone á todo el que tuviere el testamento de otro, aunque no sea su albacea, bajo la pena de perder el legado, y no haciéndosele, bajo la pena de pagar el daño al interesado, y una multa de dos mil maravedís. Algunos autores juzgan que la obligacion de presentar al juez el testamento por el albacea, se entiene solo del

abierto otorgado sin escribano, aunque Acevedo opina lo contrario, y añade que la pena solo tiene lugar en la ocultacion dolosa. [Acev. sobre la ley 14, tít. 4, lib. 5 R. contra Montalvo y Matienzo.]

Para comenzar á ejercer su encargo el albacea, deberá presentarse ante el juez secular, aun cuando aquel sea clérigo, pues es el competente de la causa, acreditando su encargo y pidiendo se cite á quienes interese [L. 15, tít. 4, lib. 5 Rec.]; y deberán ser citados aun los clérigos, pues mas que citacion es un aviso [Solórz. Polític. 5 c. 7], para poder proceder al inventario de los bienes y demas concerniente al desempeño de su oficio.

Los albaceas deben hacer inventario de los bienes del testador, cuyo inventario puede ser solemne ó por simples memorias, como referirémos en el juicio de inventarios; y dar cuenta de lo recibido y gastado, aun cuando les releve de ello (L. 15, tít. 10, P. 5, y sobre ella Greg. Lóp.); pues esta 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 en caso de negligencia para el cumplimiento de las disposiciones piadosas, sin que obste la prohibicion del testador. (L. 7 del mismo tít. y P.) Mas si éste encargó á su albacea por cláusula en el testamento ó probada por testigos, que dispusiese 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 (Clement. de Testament.), y lo mismo es si la entrega se mandó hacer al confesor (Sanz. ley 4 Cons., c. 1, d. 49), aunque para evitar litigios, lo mejor es poner al albacea en la cláusula del testamento la obligacion de dar cuenta bajo de secreto al juez. Deben enagenar los bienes en pública almoneda (L. 62, tít. 18, P. 3 al fin), y les está prohibido comprar para si ninguno de ellos, bajo la pena de ser nula la venta, y de pagar el cuádruplo.

quieran, aunque sea la ménos preciosa [Sal. tr. 14, c. 5, n. 177;] pero si las palabras se dirigen al legatario, á éste toca la eleccion en los términos que hemos dicho.

El oficio de albacea acaba por su muerte, por la revocacion del testador, ó por enemistad que sobrevenga entre los dos, por impedimento, locura ó fatuidad del testamentario, por el trascurso del tiempo ó término asignado para evacuar su comision, por cumplimiento y ejecucion de ella, y por haber cesado la causa porque fué constituido. Algunos quieren [Espin. gl. 28, n. 36], que acabe tambien respecto de la viuda que era albacea del marido, si pasa a otro matrimonio, pero la niegan otros [Molin. tract. 2, d. 247, n. 14.]

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 tenian ó no derecho para cobrarla, fuera del caso en que lo hubieran convenido así el testador y su testamentario; mas esto 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, mediante ser éste un cargo piadoso, y de consiguiente gratuito. Mas el albacea dativo podrá cobrar, segun la práctica, como administrador ó apoderado.

*De los comunicados secretos.*—A veces sucede que el testador, ya sea porque quiere hacer alguna restitucion, ó porque desea ausiliar despues de su muerte la sucesion que tuvo envuelta en profundo mistero y que quiere siga así, para no levantar un velo que debe estar corrido, ni despertar la guerra doméstica que pudiera encenderse entre los herederos legitimos y los parientes naturales del mismo testador; á veces sucede, repito, que este último encomienda en rigoroso secreto á su confesor el reparto de cierta suma de dinero que le entregará el albacea; ó encomienda el reparto al mismo albacea, de-

jándole instrucciones de palabra ó por escrito, á las que comunmente se llama *comunicados secretos*.

Hay disputa en el foro sobre si estos comunicados secretos deban manifestarse al juez que conoce de los inventarios, para que éste vea que se ha cumplido tambien en esta parte con lo prevenido por el testador, ó si ni al juez se le deben confiar, sino que se entierren, digamos así, en el seno de la persona á quien el testador los confió en tan solemne momento como es el de la muerte. Mientras no exista una disposición terminante sobre este punto, la equidad y aun la justicia exigen lo segundo, por varias razones:

1<sup>a</sup> Porque el dinero que deja el testador para los comunicados secretos no puede sino salir del quinto de sus bienes cuando tiene herederos forzosos, descendientes, ó del tercio si solo tiene ascendientes, y en este caso bien puede disponer hasta de esta suma aun en favor de extraños, no habiendo por lo mismo inconveniente en que de cantidades que puede emplear con libertad el testador, tome una parte ó las entregue íntegras al albacea ó confesor, para los encargos especiales y reservados que les haga.

2<sup>a</sup> Porque aun cuando la comision de los comunicados secretos esté espuesta á abusos por parte de los albaceas encargados de cumplirla, que no están en obligacion de rendir cuentas de ella, basta que el testador haya dádoles toda su confianza; y quiere decir que si no corresponden á ella, tendrán una responsabilidad moral de gran peso.

3<sup>a</sup> Porque aun cuando la ley previene que el confesor en la última enfermedad del testador no pueda heredar á éste, la entrega del dinero que se hace á un confesor encargado de ciertos comunicados secretos, no es ciertamente por vía de herencia, sino para hacer restituciones ó pagos cuyo secreto resguarda la honra y el buen nombre del testador.

4<sup>a</sup> Porque, en general, la costumbre de los comuni-

cados secretos es un recurso que favorece la tranquilidad de conciencia de los testadores, sin ponerlos en el compromiso ó de revelar al público secretos que pueden ser terribles para las familias, ó de callarlos por no suministrar á sus hijos en un caos de pesares, ó amargarles el recuerdo de su padre con alguna falta que le rebajara en su concepto y reputacion. De manera que el uso de los comunicados secretos favorece la moral del hombre lejos de perjudicarla.

Y 5.<sup>o</sup> Porque los inconvenientes que pudieran sobrevenir de los abusos en los comunicados secretos, son de mucha menor trascendencia que el peligro en que se pondria la conciencia y moralidad de los testadores si no tuvieran ese recurso para ocultar sus descarríos ó errores.

La ley de 10 de Agosto de 1857, dice [art. 20] sobre comunicados secretos lo siguiente:

“En todo caso en que se dejen comunicados secretos, sea de palabra ó por escrito, tendrán los albaceas obligacion de darlos á conocer al juez de la testamentaria y al defensor fiscal, en el Distrito, ó á los promotores fiscales, ó los que hagan sus veces, en los Estados, con la reserva debida y ántes de que se aprueben los inventarios; para que así pueda saberse si dichos comunicados son ó no contrarios á las leyes. En el primer caso impedirán dichos funcionarios su cumplimiento, y en el segundo cuidarán de que lo tengan, haciendo que esto se les acredite suficientemente. El albacea que no cumpla con estas prevenciones, pagará de su propio peculio, una multa igual al 25 p<sup>o</sup> del monto de los comunicados secretos.”

Habiendo ya hablado de todo lo relativo á la teórica y parte de la práctica de testamentos, pasemos ahora á tratar de los juicios que se ofrecen en las testamentarias.