

CAPITULO VIGESIMOTERCERO.

De la cláusula codicilar.

- §. 1. ¿Que es cláusula codicilar?
Puede ser tácita ó expresa.
2. Primer efecto de esta cláusula, dar valor á los legados hechos en testamento escrito que no se otorgó con las solemnidades de la ley.
3. Segundo, dar validez á la institucion del heredero extraño hecha en testamento escrito y falto de solemnidades, y en qué términos.
4. Tercero, convertir en fideicomisaria la institucion de un extraño hecha en perjuicio del heredero legítimo.
5. Cuarto, convertir en mejora la preferencia de los herederos universales instituidos indebidamente por prefericion ó menoscabo de sus coherederos.
6. Quinto, asegurar al heredero nombrado directamente en codicilo la parte de que hubiera podido disponer el testador en favor suyo, salvo el derecho de los herederos abintestato.
7. Dar firmeza á la sustitucion pupilar hecha en codicilo, salvo el derecho de los consanguíneos.

1. **L**a cláusula *codicilar* es casi desconocida para muchos escribanos, y otros la ponen solo por estilo ignorando los efectos que produce. Diré lo muy necesario para instruccion de unos y otros, remitiéndome á los autores que cito y tratan de la materia con toda extension. Esta cláusula es de dos maneras *expresa* y *tácita*. La expresa se pone de esta suerte: *si este testamento por falta de alguna solemnidad no pudiere valer como tal, valga como codicilo*. Y la tácita es aquella en que se dice: *si este testamento no vale como tal, valga del mejor modo que pueda valer ó que por derecho haya lugar*. Se entiende pues en tres casos, aunque se omita: el primero, cuando el testamento contiene la tácita referida; el segundo, cuando se liga con juramento, ya sea jurando el testador *que quiere se observe todo cuanto en él ordena*, ó mandando á su heredero *que jure cumplirlo y pagarlo* (1); y el tercero, cuando testa entre hijos y descendientes legítimos. Esta cláusula suple tambien muchos defectos en los testamentos, pues que cuando por derecho sean nulos,

1 Gom. en la ley 3 de Toro, num. 62 y 74. Gom. Arias en ella, num. 71 y 72.

valdrán, si la contienen, en cuanto codicilos; en los cuales conviene ponerla, y la *de que el testamento hecho antes, valga en todo lo que no fuere contrario á lo dispuesto en el codicilo.* De esta suerte serán firmes uno y otro en lo que no se opongan, como advierte *Parlad. different. 14. num. 15.*, y lo practican los inteligentes.

2. Seis son los efectos de esta cláusula. El primero es que si el testamento escrito carece de la solemnidad prescripta por el derecho Real, y no de la de los codicilos ni de la cláusula referida, valdrán todos los legados que contenga, y los herederos abintestato estarán obligados á darlos á los respectivos legatarios; pero no si no la contiene.

3. El segundo es que si el testador por no tener herederos forzosos instituye á un extraño en testamento cerrado, y este no consta de la solemnidad de testigos que requiere, pero sí de la de los codicilos y de la cláusula codicilar, se convertirá la institucion directa en fideicomiso universal, que quiere decir, que los sucesores abintestato del testador se apoderarán de la herencia, deberán restituirla al extraño instituido, como si á ellos los hubiese gravado expresamente por fideicomiso, y rendrán para sí la cuarta trebeliánica: porque mediante la cláusula codicilar es visto que el testador grava tácitamente á sus herederos abintestato á restituir por via de fideicomiso todo lo que dispuso por palabras directas en testamento menos solemne. Se previene que estos dos efectos solo pueden verificarse hoy en el testamento escrito, porque segun la ley 3 de Toro, el nuncupativo y el codicilo requieren igual solemnidad de testigos.

4. El tercero es que si el padre ú otro ascendiente no instituyó con cierta ciencia, ó injustamente deshereda á algun descendiente legitimo, é instituye por heredero á un extraño, razon por la cual se irrita y se anula despues su testamento, se convierte la institucion del extraño en fideicomiso; de suerte que el descendiente no instituido, ó sin causa legitima desheredado; está obligado á restituir al extraño el remanente del quinto, que es de lo que segun la ley 28 de Toro pudo su padre disponer, y no mas; y si el no instituido ó desheredado fue ascendiente, le restituirá el tercio que en virtud de la 6 de Toro tuvo facultad de dejarle.

5. El cuarto es que si el padre testa entre hijos ú otros descendientes legitimos, y nombra á uno de ellos ó á mas por sus universales herederos, no instituyendo ó injustamente desheredando á los restantes, ó instituyendo á todos por tales, pe-

ro dejando á algunos menor parte de herencia que la que por su legítima debe tocarles, aquel hijo ó hijos instituidos por universales herederos no solo percibirán su legítima sino que se reputarán y tendrán por mejorados en el tercio y remanente del quinto, que es en lo que la ley 18 de Toro permite á su ascendiente mejorarlos; y los preteridos, ya sean los que viven entonces ó los que viviendo su padre nacen despues de la institucion, ó los injustamente desheredados ó perjudicados en su legítima, solo percibirán esta íntegra, porque su padre no tuvo potestad de desfalcársela ni gravársela; pero si los preteridos nacen despues de la muerte del testador, habrá sus dificultades en cuanto á ser gravados en el tercio, porque si hubieran nacido antes y vivieran, podria ser que no los dejase de instituir ni los gravase, y para evitarlas conviene ordenar la institucion en los términos que dejo dicho en el párrafo 2 del capítulo 9.

6. El quinto es que si consta que alguno quiso hacer codicilo, y le hizo efectivamente con la solemnidad competente y con institucion directa de heredero, no dejará de ser válido, conteniendo la cláusula codicilar: y asi los herederos abintestato, siendo descendientes, percibirán toda la herencia menos el quinto; si son ascendientes, las dos terceras partes de ella; y siendo parientes, la restituirán al nombrado en el codicilo reteniendo la cuarta trebeliánica, porque se reputa por fideicomiso: lo que no sucederá si el codicilo carece de la citada cláusula, pues el heredero nombrado en él nada llevará.

7. Y el sexto efecto es en cuanto á la sustitución pupilar, pues si el padre sustituye pupilarmente á su hijo ó hija en codicilo, mediante ser de solemnidad y forma de esta sustitucion que se haga en testamento y no en codicilo, pasará la herencia del pupilo á los parientes que deben heredarle abintestato; pero tendrán que restituirla al sustituto, reteniendo para sí la cuarta trebeliánica, y entonces se tendrá el sustituto por heredero fideicomisario del pupilo, y estimará como si hubiera sido instituido por este siendo adulto. Los referidos seis efectos se reducen á dos, el uno acerca de la solemnidad, y el otro acerca de la voluntad. El que quisiere mayor instruccion sobre esta cláusula vea los autores citados (1); pues para la del escribano me parece suficiente lo expuesto.

1 Gom. en la 3 de Toro, num. 75. al 88. Ant. *Thesaur.* decis. 141. Ferrar. *Biblioth.* verb. *Testam.* art. 4, num. 20, y sig.

Mat. en la ley 2 tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 9. Parlad. *different.* 243. num. 7. y sig.