

la muerte (1). En realidad, sólo se conocen los cerrados, porque los abiertos no se diferencian en nada de los testamentos nuncupativos, y han cesado, por consiguiente, las restricciones que respecto de ellos habian establecido las leyes de Partida (2). Las mismas solemnidades que en éstos, deben tambien concurrir en los codicilos escritos (3); y aunque la ley no lo expresa, se dedu-

de 17 de Diciembre de 1860.) La de 11 de Octubre de 1869 ha confirmado y ampliado esta doctrina, declarando que ni la falta de institucion directa y en primer grado de los hijos del testador, ni la de no señalarles la porcion hereditaria en que los institua, ni el haber instituido á una persona extraña, son causas bastantes para quitar á este testamento la cualidad de *inter liberos*.

Tambien tiene declarado el Supremo Tribunal (en un recurso sobre validez del testamento otorgado por un vecino de Barcelona), que si bien en el testamento *inter liberos*, como privilegiado, quedan relajadas las solemnidades que se exigen en los demás, no así lo que constituye la esencia del testamento; esto es, la prueba de la voluntad del testador, expresada con palabras claras y precisas que no dejen lugar á dudas; y esta voluntad se ha de manifestar en presencia de testigos, los cuales juren sobre el altar de San Félix, que así lo vieron ú oyeron escribir ó decir. (Sentencia de 26 de Junio de 1877.)

En los testamentos hechos en tiempo de peste, no hay necesidad para su validez de que los testigos suscriban en un mismo acto, y basta que lo hagan en horas y aún en dias diferentes.

(1) Ley 1.^a, tit. XII, Part. VI.

(2) Ley 2.^a, tit. XVIII, libro X de la Novísima Recopilacion. Si en los codicilos abiertos han de intervenir las mismas solemnidades que en los testamentos nuncupativos, es indudable que entre unos y otros no existe diferencia. Y no sirve decir que se entenderá codicilo la declaracion de nuestra última voluntad cuando no haya institucion de heredero, y testamento nuncupativo cuando la haya, porque ya hemos manifestado, que para la validez de un testamento es indiferente á los ojos de la ley que exista ó no la institucion. Esta opinion, que ya emitimos en las primeras ediciones de esta obra, ha sido confirmada posteriormente por la respetable autoridad del Tribunal Supremo, en sentencias de 27 de Junio de 1864 y de 21 de Junio de 1867.

(3) Gregorio Lopez, Antonio Gomez, Matienzo, y Sala, sostienen que en los codicilos escritos deben intervenir necesariamente *cinco testigos*, cuyas firmas han de aparecer tambien: nosotros creemos más acertada la opinion que seguimos en el texto, respecto al número de testigos, conforme á la del Sr. Llamas y Molina, pues juzgamos con este escritor, que en el he-

ce de su espíritu que el otorgante y los testigos han de firmar en la cubierta, y en ella se ha de poner tambien el signo del notario si se hacen con su asistencia. Como la voluntad del testador es desconocida en ellos, así como en el testamento escrito, estas formalidades constituyen una garantía de que no quedará sin cumplirse. Pero como los requisitos para los codicilos cerrados no son tantos como los que se exigen en los testamentos de igual naturaleza, resultará, como una consecuencia necesaria, que las prohibiciones que ántes comprendian á los codicilos abiertos y cerrados, deberán considerarse circunscritas á los últimos. Así, pues, en ellos no se podrá instituir heredero directamente, pero sí por via de fideicomiso; ni poner condicion á la institucion hecha en el testamento; ni desheredar al instituido en él; ni nombrarle sustituto: todo lo cual creemos permitido en los codicilos abiertos (1). Nada decimos de la cláusula codicilar, que reputamos inútil, pues de ella no hacen mencion tampoco nuestras leyes (2).

12. *Memorias testamentarias*.—Las leyes guardan silencio sobre las memorias testamentarias, que, sin embargo, se hallan autorizadas por una larga y antigua práctica. La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y despues la de 1881 han venido tambien á confirmar su validez, al establecer en algunos de sus artículos el modo de asegurarse de su autenticidad, y de verificar su pro-

cho de usar la ley de Toro del número plural al mencionar los codicilos despues de hablar en singular del testamento nuncupativo, del cerrado y de el del ciego, quiso comprender en sus disposiciones, tanto á los cerrados como á los abiertos. Sin embargo, atendida la diferencia de opiniones entre jurisconsultos tan autorizados, conceptuamos como el medio más seguro y eficaz de evitar litigios, el procurar la intervencion de *cinco* testigos en el codicilo cerrado, que firmen en la cubierta.

(1) Leyes 8.^a, tit. III, y 2.^a, tit. XII, Part. VI. El codicilo no puede dar fuerza á un testamento declarado nulo. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de Noviembre de 1865.)

(2) *Aragon*.—En Aragon no se diferencian los codicilos de los testamentos, excepto en que los posteriores no invalidan los anteriores, á no ser que así lo disponga expresamente el testador, segun Portoles y Sessé.

Cataluña.—Las leyes catalanas hablan de los codicilos además de los testamentos.

Navarra.—Las leyes de Navarra no hacen mencion de los codicilos, pero los hay siguiendo al derecho romano, que es el supletorio.

tolizacion (1); y varias sentencias del Tribunal Supremo, en recursos de nulidad y de casacion, las han reconocido igualmente (2). Las memorias testamentarias consisten en un papel, sin distincion de sellado ó no, en que el testador consigna varias de sus disposiciones, y aún expresa el nombre del heredero instituido en el testamento; pero es preciso que en éste se haga referencia á la memoria; requisito tan esencial, que su omision produciria la nulidad de aquélla. Es tambien absolutamente indispensable que conste la autenticidad de la memoria ó cédula, para cuyo efecto habrá de reunir todas las señales y circunstancias designadas en su testamento por el testador (3). Este modo de disponer de sus cosas, opuesto abiertamente al espíritu y letra de nuestra legislacion antigua, es bastante arriesgado y está muy sujeto á fraudes, por lo cual veríamos con gusto establecida su derogacion.

13. *Testigos* (4).—Siendo la doctrina acerca de testigos, co-

(1) Artículos 1969 al 1979 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1881.

(2) Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1850, de 7 de Octubre de 1854, de 30 de Enero de 1856, de 17 de Mayo de 1858, de 28 de Enero de 1862, de 18 de Noviembre de 1865, de 27 de Setiembre de 1867, de 13 de Octubre de 1873, y por último, la de 14 de Julio de 1879.

(3) Sentencias de 7 de Octubre de 1854 y 30 de Junio de 1876. Aunque el testador hable en su testamento *de una sola* memoria y se halle mayor número, se podrán todas considerar como una misma y continuacion de la primera, cuando así aparezca de su contexto, haya entre ellas conexión y enlace de los sucesos ocurridos, resulten necesarias las posteriores, y sea una misma la forma de su redaccion. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de Enero de 1862 y 13 de Junio de 1877.) Confesamos que nos parece bastante arriesgada esta doctrina, y que no la aplicaríamos sin grandes precauciones.

Aragon.—Este modo de expresar su última voluntad, se halla establecido por el fuero de 1678.

(4) Es conveniente advertir en este lugar, que los tribunales no pueden, en cuanto á la existencia legal de un testamento, formar su convicción por los amplios y racionales medios que para los hechos comunes establece el art. 317 (659 de la vigente) de la *Ley de Enjuiciamiento civil*, sino que deben necesariamente ajustar su criterio judicial á las reglas especiales que para la comprobacion de tales actos establece el derecho, así en cuanto al número y capacidad de los testigos presenciales, como á las demás solemnidades que han de concurrir en el otorgamiento. (Sentencias del Tribunal

mun á testamentos y á codicilos, creemos propio de este lugar el tratar de ellos. Enumerando las personas cuyo testimonio no se admite, sabremos quiénes son las que pueden atestiguar. Hay algunas que tienen prohibicion absoluta, y otras que la tienen respectiva.

14. Tienen prohibicion absoluta:

1.º Los menores de catorce años.

2.º Las mujeres (1).

3.º Los física ó moralmente impedidos, como los locos, los sordos que no oyen nada, los mudos y los pródigos (2).

Supremo, de 22 de Octubre de 1864 y 8 de Julio de 1876.) Por consiguiente, en semejantes casos, no son aplicables, ni el expresado art. 317, ni el 320 (ahora 660) de dicha ley, ni las 32 y 40, tít. XVI, Part. III, cuya doctrina es tambien extensiva á Cataluña. (Sentencia de 23 de Marzo de 1877.)

Y tambien debemos repetir aquí, que lo dispuesto en la ley para el arreglo del notariado, relativamente á la forma de los instrumentos, al número y calidades de los testigos y á la capacidad de adquirir lo dejado ó mandado por el testador, no es aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, en las cuales continuarán rigiendo la ley ó leyes especiales del caso. (Art. 29 de la ley de 28 de Mayo de 1862.)

(1) Ley 9.ª, tít. I, Part. VI. La exclusion de las mujeres se halla consignada en las leyes de Partida. El silencio que en las del Ordenamiento y de Toro se guarda sobre este punto, al establecer las calidades y número de los testigos, pudiera servir de argumento en favor de su admision. Mas como en la 1.ª del tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, al dar validez á los testamentos otorgados á presencia de siete testigos, aunque éstos no tengan la cualidad de vecinos ni aquéllos pasen ante escribano, se fija como precisa condicion que tengan las otras calidades que el *derecho requiere*, y entre ellas se cuenta la de que los testigos sean varones, se deduce que efectivamente no procede en estos casos la admision de las hembras. Pero la razon más poderosa y convincente que existe en favor de la exclusiva admision de los varones, es la jurisprudencia por tantos siglos observada sin contradiccion alguna.

Aragon.—En Aragon, las mujeres pueden ser testigos en los testamentos, segun la opinion más recibida. No obstante, algunos sostienen que el Fuero 1.º, *De tutoribus*, y la observancia 26, *De general. privilegiis*, limitan su intervencion al testamento nuncupativo hecho ante el párroco.

(2) Ley 9.ª, tít. I, Part. VI. No se entiende por sordo en el sentido de la ley el que oye, aunque sea necesario hablarle en tono más alto de lo or-

15. La tienen respectiva:

1.º Los descendientes en los testamentos de sus ascendientes y al contrario, excepto en los otorgados por personas que gozan del fuero militar (1).

2.º El heredero y sus parientes hasta el cuarto grado, en los

dinario, sino el que carece de la facultad de oír. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de Junio de 1864.)

A estas prohibiciones añade la citada ley de Partida, las de aquellos que son condenados por libelos infamatorios, por hurto, homicidio, violación y delitos graves; pero después de la publicación del Código penal, nos parece muy dudosa la existencia de tales incapacidades. Mas debemos confesar, á pesar de todo, que el Tribunal Supremo, no sólo parece reconocerlas en el hecho de declarar que para que tales tachas produzcan sus efectos es indispensable que consten por condena ejecutoria, sino que en otra sentencia posterior las considera subsistentes de un modo terminante. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de Febrero de 1860, y 13 de Mayo de 1873.)

La misma ley 9.ª declaraba incapaces de ser testigos á los que abandonaban la religión cristiana, haciéndose moros ó judíos, aunque después volvieran á convertirse á la fe; caso que apenas se concibe que hoy pueda tener lugar. Por otra parte, el espíritu que domina en la Constitución vigente y las disposiciones del Código penal, son suficientes motivos para que se suponga no existente en el día aquella incapacidad.

Respecto á los protestantes, se hallaba resuelto, aún años ántes de promulgarse la Constitución de 1869, que el serlo no era un obstáculo para testificar en actos testamentarios. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de Marzo de 1861.)

(1) Ley 14, tít. XVI, Part. III. Al señalar esta prohibición, nos limitamos á exponer lo manifestado por algunos escritores. Conviene, sin embargo, advertir que en nuestro concepto, la citada ley sólo prohíbe á los ascendientes y descendientes ser testigos en favor ó en contra los unos de los otros, es decir, sobre hechos que les pueden ser perjudiciales ó útiles. Al parecer, no se refiere á los testigos de los testamentos, cuyo número y capacidad se rigen por disposiciones especiales, según hemos visto en la nota 4.ª de la pág. 20; y disposiciones semejantes no pueden ser otras que las comprendidas en el tít. I de la Part. VI. No obstante, tenemos que reconocer que hay una fuerte objeción contra nuestros argumentos: la ley 14 dice, *que si alguno oviere fijo caballero (soldado), que bien podría el padre ser testigo del testamento que su fijo ficiese en huete ó en cavalgada*. De aquí se sacará la consecuencia de que, si no se hallase en este caso, no podría serlo.

testamentos en que se ha hecho la institución (1). Los legatarios y fideicomisarios singulares pueden ser testigos en los testamentos en que se les dejan las mandas (2).

16. Al terminar este párrafo, consideramos conveniente advertir, que si dos quisieren declarar su voluntad en un solo testamento, pueden hacerlo sin necesidad de duplicar las solemnidades exigidas para su formación. Pueden también instituirse recíprocamente en un mismo acto testamentario, siendo en este caso heredero el testador que sobreviva, no habiendo quedado herederos forzosos (3). Y es de notar que el testamento hecho manco-

(1) Ley 11, tít. I, Part. VI. En realidad, lo que prohíbe la ley es que el heredero, su padre, descendientes, hermanos y los demás parientes hasta el cuarto grado puedan ser testigos sobre la contienda (*pleito*) que el heredero hubiere con los parientes del difunto ó con otros, acerca del testamento en que se hizo la institución. Así, pues, parece que, según ella, si no se ha suscitado pleito, la intervención de los testigos no es ineficaz. Sin embargo, nosotros seguimos en el texto la opinión general de los autores, que es la adoptada en la práctica; así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establecida en las sentencias de 28 de Enero de 1861, y 10 de Julio de 1873. Respecto á la prohibición del heredero, está terminante la ley 9.ª, tít. V, lib. III del Fuero Real; y aún sin ella, los principios generales del derecho le impedirían ser testigo en causa propia y en que tiene tan gran interés.

La prohibición de la ley 11 citada no es aplicable á los testigos del testamento cerrado, por haberlo sido sólo de su otorgamiento, y no de la institución y demás disposiciones testamentarias, que ignoran, á diferencia del nuncupativo, de cuyas cláusulas son sabedores, porque precisamente al otorgarle se les tiene que dar conocimiento de ellas. Esta importante doctrina se estableció en aclaración de la ley por el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 20 de Abril de 1865.

(2) Ley 11 citada del mismo título y Partida. La falta de los testigos que en el documento autorizado por el escribano aparezcan haber intervenido con aquel carácter, y que resultaron inhábiles, no puede suplirse con otras personas de que no se hace mención en él, por más que se hubieren hallado presentes en aquel acto; pues según el considerando de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 26 de Setiembre de 1862, el número de testigos en los testamentos se exige por las leyes como *solemnidad*. Mas si á pesar de la disminución de algunos, quedare todavía suficiente número de los llamados para el otorgamiento, sin tacha legal, será válido el testamento. (Sentencia de 6 de Febrero de 1866.)

(3) Nada tienen que ver estos testamentos hechos de mancomun y en

munadamente, no impide al que suceda variar de voluntad y disponer de sus bienes despues de haber entrado en la posesion de la herencia y cuando ha muerto el otro testador (1); facultad que, en nuestro concepto, no alcanza á revocar la voluntad expresamente manifestada por el que primero falleció, á no hallarse dispuesto así en el mismo testamento. Consideramos sujeta á graves

que hay una institucion recíproca, con los pactos sucesorios que se hallan prohibidos por la ley 33, tít. XI, Part. V, que habla precisamente de los contratos, y no de los testamentos, que son por su naturaleza revocables. (Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, de 24 de Mayo de 1860 y de 26 de Marzo de 1861.)

(1) «No hay ley ni doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, que sancione el principio de la irrevocabilidad de los testamentos dichos de mancomun, que suelen otorgar los cónyuges, sobre todo cuando no contienen pacto ó convenio que la establezca.» (Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de Mayo de 1860.) En consonancia con esta sentencia, se halla la de 25 de Abril de 1876. En la institucion de herederos que recíprocamente se hacen marido y mujer con la facultad de libre disposicion y con la cláusula de que el cónyuge sobreviviente deberá dejar la herencia que pueda resultar á persona determinada, esta condicion no limita aquella facultad sino respecto á la herencia resultante al tiempo del fallecimiento del sobreviviente. El mismo resultado producirá la cláusula en que se exprese que sólo lo que se conserve á la muerte del último sobreviviente, así como las acciones, derechos y sucesiones futuras, haya de pasar á determinada persona. (Sentencias de 24 de Junio y de 31 de Diciembre de 1872.)

En otra sentencia del mismo Tribunal se declaró tambien, que «no es un precepto de derecho ni doctrina legal recibida por la jurisprudencia de los tribunales, que el testamento otorgado de hermandad por marido y mujer instituyéndose herederos ó mandándose algo mutuamente, encierra, por la naturaleza propia de este acto jurídico, la condicion tácita de que la voluntad de los otorgantes permaneciera siendo una, y la misma, por lo ménos, mientras los dos existan, para que la institucion hecha por cada uno de ellos conserve su fuerza y validez en la época en que ha de tener cumplimiento; cuya doctrina, por otra parte, pugna con los principios legales que regulan las solemnidades, eficacia, revocabilidad y subsistencia de los testamentos.» (Sentencia de 22 de Abril de 1878.)

Vizcaya.—El testamento hecho de comun acuerdo por marido y mujer, si uno de éstos falleciere dentro del término de año y dia de su otorgamiento, el que sobreviva no lo podrá revocar, ni disponer de los bienes

inconvenientes la facultad de otorgar esta clase de testamentos, y nos pareceria acertada su prohibicion legal (1).

§ II.

Personas capaces de testar.

17. Enumerando, del mismo modo que lo hicimos ántes al tratar de los testigos, las personas que no tienen facultad de testar, conoceremos cuáles son las que la tienen. No pueden hacer testamento:

1.º Los menores de catorce años, siendo varones, y de doce, siendo hembras.

2.º Los que padecen enajenacion mental, mientras se hallen en este estado; y así se presume hasta que se prueba lo contrario, si la demencia era el estado habitual del testador (2).

3.º Los pródigos, desde que en virtud de declaracion judicial se les ha prohibido enajenar sus bienes.

4.º Los sordo-mudos de nacimiento, á no ser que supieren escribir (3), ó que pudieren expresar su voluntad de tal modo que aleje la más remota duda.

contenidos en él, excepto de la mitad del usufructo por el tiempo de su vida; mas si ambos cónyuges vivieren más del año y dia, contados desde que se hizo el expresado testamento, cualquiera de ellos lo podrá revocar y disponer *otra cualquier última y postrimera* voluntad. (Ley 1.ª, tít. XXI del Fuero.)

(1) El artículo 557 del proyecto del Código civil establece esta prohibicion.

(2) Ley 13, tít. I, Part. VI. Gregorio Lopez, en la glosa 6.ª (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 11 de Febrero de 1860.)

Aragon.—Los mayores de catorce años, sean varones ó hembras, tienen facultad de hacer testamento. (*F. ut minor viginti annorum.*)

(3) Ley 13 del mismo título y Partida.

Añade la ley, que los que supieren leer y no escribir pueden testar con licencia del Rey; este permiso, ni es hoy necesario, ni puede darse, pues no está comprendido en las *gracias al sacar*. Parece, sin embargo, que no debe haber inconveniente en que teste el sordo-mudo si supiere leer aunque no escribir, extendiendo otro el testamento, leyéndole despues él, y aprobándolo con signos que no dejen duda alguna.

5.º Los religiosos profesos que viven en clausura. Los que sirven de capellanes en el ejército ó armada tienen facultad de testar (1).

6.º Los arzobispos y obispos, que ántes no podían testar de sus bienes profecticios, esto es, de los adquiridos en sus respectivos beneficios, pero sí de los adventicios y patrimoniales (2),

(1) Ley 17, tít. I, Part. VI, y 9.ª, tít. XXVII, lib. I de la Novísima Recopilación.

A los secularizados y exclaustros se les concedió la facultad de hacer testamento, por decreto de 25 de Enero de 1837, restableciendo el de 29 de Junio de 1822, y por la ley de 29 de Julio del mismo año; á los primeros, desde la fecha de la secularización, y á los segundos, desde el día de la exclaustro. A las monjas que continuaban en los conventos que permanecieron abiertos desde el 8 de Marzo de 1836, se les permitió testar y ser herederas *ex testamento y abintestato*, por el art. 38 de la misma ley; pero habiendo sido derogada esta disposición por el Concordato celebrado con la Santa Sede, según se expresa en la Real orden de 19 de Setiembre de 1867, las religiosas quedaron incapacitadas de hacer testamento y de recibir herencias. Después, por Real decreto expedido con acuerdo del Nuncio de Su Santidad, con fecha de 25 de Julio de 1868, se declararon válidos y subsistentes todos los actos de dominio que las religiosas hubieran ejercido desde la publicación de la citada ley de 29 de Julio hasta la fecha de este decreto, y se dispuso que *no pudieran en adelante adquirir individualmente bienes de ninguna especie, en la inteligencia de que serían nulas y de ningún valor y efecto todas las adquisiciones que ilegalmente hicieren*. Pero al mismo tiempo se dejó *á salvo el derecho de las comunidades para adquirir y poseer según las leyes canónicas, y según los convenios celebrados con la Santa Sede*. Mas este decreto fué derogado en todas sus partes por otro del Gobierno provisional, de 15 de Octubre del mismo año, elevado á ley en 20 de Junio de 1869; se restableció, en su consecuencia, la prohibición impuesta por las leyes á las comunidades religiosas de adquirir y poseer bienes, y se volvió á dar fuerza y vigor al ya citado artículo de la ley que concede individualmente á las monjas profesas este derecho. De conformidad con estas disposiciones, el Tribunal Supremo tiene declarado que las religiosas se hallan en el pleno uso de sus derechos civiles para instituir heredero y disponer libremente de todos sus bienes, excepto de los de que anteriormente hubieren dispuesto sin condición ni reserva (en favor de su comunidad), y tienen igualmente capacidad legal de ser instituidas herederas. (Sentencia de 24 de Mayo de 1872.)

(2) Leyes 3.ª y 8.ª, tít. XXI, Part. I.

Antiguamente tenían también prohibición: 1.º Los hijos de familia, no

pueden hoy verificarlo libremente de todos ellos (1), del mismo modo que lo pueden hacer los demás clérigos, según la antigua costumbre de España (2).

§ III.

Testamento por comisario (3).

18. Una ley del Fuero Real concedía amplia facultad de testar por otro; las Partidas no la admitieron (4); las leyes de Toro la confirmaron con modificaciones, y dieron reglas sobre su uso. Los fraudes y perjuicios que esta autorización puede ocasionar, son mayores que sus ventajas.

19. El comisario recibe su autoridad por medio de un poder revestido de las mismas formalidades que un testamento, y re-

siendo en los peculios castrense y cuasi castrense. 2.º Los condenados á muerte natural ó civil. Pero las leyes 3.ª y 4.ª, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación, derogaron estas prohibiciones. Y aún creemos que, atendido su espíritu, ha cesado igualmente la que tenían los condenados por libelos infamatorios, á lo que se agrega que en el Código penal no se les impone semejante prohibición.

Cataluña.—Según opinión general de los autores, el hijo de familia no puede hacer testamento, como no sea del peculio castrense ó cuasi castrense. (Vives y Cebriá.)

(1) Real orden circulada á los subcolectores de espolios, en 30 de Abril de 1844. Esta disposición fué confirmada por el art. 131 del Concordato de 16 de Marzo de 1851, que concede á los obispos la libre facultad de testar según les dicte su conciencia, á excepción de los ornamentos y pontificales, que se consideran como una propiedad de la mitra y pasan á sus sucesores en ella.

(2) Ley 12, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilación.

(3) En el proyecto del Código civil, art. 358, se considera la testaméntifacción como un acto personalísimo que no se puede dejar en todo ni en parte al arbitrio de un tercero.

Aragón.—Sobre si se puede hacer testamento por comisario, no hay conformidad entre los autores: Sessé y Portoles sostienen la opinión afirmativa, y á ella se adhieren Franco y Guillén.

En Cataluña y Navarra no tiene lugar el testamento por comisario.

(4) No creemos que á esta afirmación se oponga la ley 11, tít. III, Partida VI.

vocable como toda última voluntad (1). Tiene derecho de conferirle el que puede testar, y de ser comisario todo el que puede ser legalmente apoderado de otro. Cuando la ley dice que algunos, porque no quieren ó no pueden hacer sus testamentos, dan poder á otros para que los hagan por ellos, no se refiere á la impotencia legal, sino á la física, nacida de las angustias é incomodidades de una enfermedad ó de otras causas. A veces en el poder se determinan señaladamente las cosas que han de ejecutarse, y á veces es conferido sin esta expresion especial.

20. Para instituir heredero, para desheredar, hacer mejoras, sustituciones y nombramiento de tutores, es necesario que en el poder se concedan especialmente estas facultades, y en el primer caso, que se designe la persona que ha de ser instituida. Si nada se hubiere dicho, las facultades del comisario se limitan á cumplir los cargos de conciencia del testador, pagando sus deudas, y á distribuir el quinto por su alma, dando lo demás á sus parientes ó personas que tuvieren derecho de heredar abintestato, y si no existieren estas personas, deberá disponer de los bienes en favor del alma del testador. Tampoco se puede disponer más que del quinto, cuando el testador hubiere nombrado heredero y dado facultad al comisario para concluir su testamento. El testamento que hubiere sido otorgado por el poderdante no podrá ser revocado en todo ni en parte, si no hubiere dado expresamente facultades para ello; ni podrá serlo tampoco, aunque quisiera reservarse esta facultad, el que hubiere hecho el mismo comisario en cumplimiento de su poder (2).

(1) Ley 6.^a (edición de la Academia), tít. V, lib. III del Fuero Real, y ley 8.^a, tít. XIX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Leyes 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a y 6.^a, tít. XIX, lib. X de la Novísima Recopilacion. En las leyes comprendidas en este título, se fundó el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de Marzo de 1877, para declarar válidos los legados hechos por comisario en uso de su poder.

Aragon.—En Aragon se puede encargar á otro la institucion de heredero, segun la opinion de los que sostienen la existencia de la facultad de testar por comisario.

Vizcaya.—Al comisario, para hacer la eleccion, institucion y nombramiento de heredero, cuando los hijos, descendientes, profincos y tronqueros del testador estuvieren al tiempo del fallecimiento de éste en edad de casarse, se le concede el término de año y dia; más si aquéllos no hubie-

21. Pueden ser nombrados, no tan sólo uno, sino dos ó más comisarios. Si alguno renuncia, el poder se refunde en los demás; si hay discordia entre ellos, se está á lo que disponga la mayor parte, y si hubiere empate, lo decidirá el juez del lugar del poderdante (1).

22. Se conceden cuatro meses al comisario para cumplir su cargo, si estaba en el pueblo en que se le dió el poder al tiempo de conferirsele; seis estando fuera, pero dentro del reino; y un año no hallándose en España: contra estos plazos no puede alegar ignorancia (2). La ley no expresa desde cuándo se han de empezar á contar estos términos; la opinion más comun es que ha de ser desde el dia de la muerte del otorgante, y así lo tiene adoptado la práctica.

23. Pasados estos términos, ya no podrá el comisario usar del poder, y sucederán en los bienes los herederos abintestato; mas si el testador hubiere nombrado la persona á quien se habia de instituir heredero, ó expresado una cosa cierta que habia de hacer el comisario, la institucion se considerará como hecha, é igualmente lo demás de que el poderdante hubiere hecho un señalamiento especial (3).

24. Finalmente, cuando el comisario no hiciere testamento por una causa cualquiera, irán los bienes del poderdante á sus herederos abintestato, que tendrán obligacion, no siendo hijos ó descendientes suyos, de emplear el quinto en favor de su alma; y si no lo cumplieren, podrán ser compelidos por los tribunales, ante quienes tendrá accion para reconvenirles cualquiera del pueblo (4).

ren salido de la edad pupilar, el término se extiende durante el tiempo de la menor edad y un año despues. La institucion hecha por el comisario es válida, aunque el testador no haya señalado cuál ha de ser el hijo, descendiente ó sucesor á quien aquél haya de elegir. (Ley 3.^a, título XXI del Fuero.)

(1) Ley 7.^a, tít. XIX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 3.^a Estos términos que la ley ha establecido en beneficio del poderdante, pueden ser renunciados por él, y prorogados por el tiempo que juzgue conveniente, segun sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de Setiembre de 1863.

(3) La misma ley 3.^a

(4) Leyes 3.^a, tít. XIX, y 13, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

§ IV.

Apertura de testamentos cerrados: reduccion á escritura pública de los abiertos hechos de palabra; y protocolizacion de memorias testamentarias.

25. Las diligencias que han de practicarse para abrir y protocolizar un testamento cerrado; para elevar á escritura pública el testamento y codicilos hechos de palabra, y para protocolizar una memoria testamentaria, en que se ocupan diferentes artículos de la ley de Enjuiciamiento civil, son en realidad más propias que de éste, de un tratado de procedimientos; pero atendida su importancia y considerándolas como complemento de lo que dejamos expuesto en el párrafo I de esta misma seccion, hemos creido que no podíamos excusarnos de hacer aquí un resumen de las más esenciales é interesantes.

26. *Testamento cerrado.*—El que tenga en su poder algun testamento cerrado, deberá presentarlo al juez competente, tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante, así como también podrá pedir la presentacion de él, cualquiera que tuviere conocimiento de haber sido otorgado y de que obra en poder de tercero. Si el reclamante es persona extraña á la familia, deberá jurar que no procede de malicia, sino por creer que puede tener interés en el testamento (1). El actuario, despues de examinar el pliego que le contenga, extenderá diligencia expresiva de su estado, firmándola también la persona que haya hecho la presentacion, y acto continuo dará cuenta al juez (2).

27. El juez dispondrá desde luego, que para el dia siguiente ó ántes si es posible, se cite al notario autorizante y á los testigos instrumentales. Comparecidos los testigos, se les pondrá de manifiesto el pliego cerrado para que lo examinen, y declaren bajo juramento si reconocen como legítimas las firmas que con su nombre aparecen en la cubierta, declarando al mismo tiempo si el pliego se halla en el mismo estado que cuando pusieron la firma. Si por no saber firmar alguno de los testigos, otro hubiere

(1) Artículos 1956 y 1957 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Artículos 1958 y 1959.

firmado por él, serán examinados los dos, reconociendo su firma el que la hubiere puesto. Aunque alguno de los testigos negare que era suya la firma, esta circunstancia no impedirá la apertura (1).

28. Si alguno ó algunos de los testigos hubiesen fallecido ó se hallaren ausentes, se preguntará á los restantes si los vieron poner su firma y rúbrica; y serán, además, examinadas otras dos personas que conozcan la firma y rúbrica del fallecido ó ausente, acerca de su semejanza con las estampadas en el pliego. Si esto último no pudiere tener lugar, será abonado el testigo en la forma ordinaria (2).

29. En el caso de haber fallecido el notario que hubiese autorizado el otorgamiento, el juez, con dos peritos de su exclusivo nombramiento, cotejará el signo, firma y rúbrica del pliego ó carpeta con las estampadas en la copia que debe existir en el registro especial de los testamentos cerrados: en los testamentos otorgados ántes de la ley del notariado, el cotejo se hará con otras firmas y signos indubitados del mismo notario. Puede también suceder que hayan fallecido el notario y todos los testigos: en semejante caso, será preciso abrir informacion acerca de esta circunstancia, de la época de la defuncion, concepto público que merecieran el notario y los testigos, y de si se hallaban en el pueblo cuando se otorgó el testamento (3).

30. Practicadas las expresadas diligencias, se procederá á la apertura del pliego, á no ser que el testador, en la misma carpeta ó en un codicilo abierto, hubiese dispuesto que se suspendiera hasta una fecha determinada, pues en este caso su voluntad deberá ser cumplida. Verificada la apertura por el juez, á presencia del notario que hubiese autorizado el testamento y de los testigos, y aún de los parientes que en ello puedan tener interés, á quienes no se permitirá oponerse á esta diligencia, el juez le leerá desde luego para sí y le entregará despues al actuario para que éste le

(1) Artículos 1959 y 1960. Ley 3.ª, tit. II, Part. VI.

(2) Artículo 1962. El abono procede sólo de los testigos que lo fueron en el testamento cerrado; y en los nuncupativos, respecto de los que ya han prestado sus declaraciones y no pueden ratificarse en ellas por haber muerto. (Sentencia de 27 de Mayo de 1872.)

(3) Artículos 1963 y 1964 de la Ley de Enjuiciamiento civil.