

darse el régimen legal de esta institución, tenía que ser uno de estos dos: ó el amplio de la absoluta confianza del comitente en el comisario, una vez otorgado el poder en que aquél facultaba á éste para testar en su nombre, á fin de que lo hiciera libremente, sin traba alguna y como si lo hubiera hecho el poderdante ó testador por sí el testamento, es decir, con una completa sustitución de persona del uno por el otro; ó el restringido, que, inspirado en un sentido de recelosa cautela, limitara en más ó en menos las facultades del comisario, negando eficacia á sus disposiciones cuando salieran de aquella órbita y no fueran el resultado del simple ejercicio de autorizaciones más ó menos especiales y concretas, consignadas expresamente en el poder por el comitente al comisario, de tal manera que éste se hubiera de reducir á transcribirlas. El primero de ellos, ó de amplia libertad, fué el adoptado por el Fuero Real (1), que es el Código que introdujo esta institución en el Derecho de Castilla. El segundo, el de las leyes de Toro (2), que en fuerza de establecer restricciones y garantías, para que la voluntad del comitente no fuera mal interpretada ó infielmente servida por el comisario, vinieron á dejar ineficaz ó poco útil esta forma excepcional de testar.

El comisario, según dichas leyes, á quien se faculta para otorgar testamento en nombre de otro, podía ser nombrado con poder general ó con poder especial. Cierto es que, en realidad, el poder para testar es especial por razón de su objeto y fines; pero dentro de esa condición cabía que estuviera redactado con un sentido amplio, en el que se facultara sola y generalmente para testar ó que, á partir de esta autorización, se determinaran y concretaran en el poder todas, la mayor parte ó algunas de las disposiciones que habían de adoptarse en el testamento por comisario; y se observa que siendo en el fondo una aplicación especial del mandato á la facultad de testar, en los casos del mandato común para actos *inter vivos*, el mandato general autoriza al mandatario para todo lo que expresamente en las leyes no se exige poder especial, por ejemplo, para vender, hipotecar, y, en general, enajenar inmuebles, casos todos en los que necesita estar especialmente autorizado el mandatario, mientras que el sistema de las leyes de Toro en el testamento por comisario es muy otro, toda vez que si el poder es *general*, no significa esto que el comisario pueda generalmente testar, sino que es la ley (3) la que determina lo que debía hacerse en tal supuesto, estableciendo que se limitaría á pagar las deudas y levantar las cargas de conciencia del poderdante, aplicar la quinta parte de los bienes en beneficio del alma del poderdante y distribuir el remanente entre los parientes que tuvieran

(1) L. 7.^a, tít. 5.^o, lib. III.

(2) LL. 31 á 39 (1.^a á 8.^a, títs. 19 y 13, tít. 20, lib. X, Nov. Rec.).

(3) L. 32.^a de Toro (2.^a, tít. 19, lib. X, Nov. Rec.)

derecho á sucederle *ab intestato*, y si no tuviere parientes, satisfecho que fuera lo que perteneciera á la mujer del comitente, según las leyes, todos los demás bienes habrían de ser invertidos en causas pías y provechosas al alma del poderdante, «é no en otra cosa alguna». Si el poder era *especial*, no bastaba que le autorizara para instituir heredero, ordenar legados, etc., sino que era preciso que en el poder, y al lado de esa autorización, se designara por el mismo comitente la persona y la cantidad en favor de la cual se instituía la herencia ó se ordenaba el legado.

Al comisario le estaba prohibido (1) nombrar heredero, mejorar, desheredar, sustituir vulgar, pupilar ni ejemplarmente, ni en otra forma cualquiera, ni nombrar tutor, á no ser sujetándose estrictamente á lo que sobre cada una de estas cosas se dispusiera en el poder, ó sea limitándose á reproducir en el testamento que otorgara el comisario lo que el comitente consignó en aquél. Este criterio de las leyes de Toro respondió al propósito de evitar los fraudes ó excesos de los comisarios, que las mismas se propusieron corregir; pero hizo completamente inútil esta forma excepcional de testar, porque si el poder era general testaba la ley, y si era especial testaba el mismo poderdante. Caducaban las facultades del comisario á los cuatro ó á los seis meses de la fecha del poder, según que estuviese ó no el mismo en el lugar del otorgamiento de aquél (2); no podía revocar en todo ni en parte el testamento que hubiera hecho el poderdante, á no ser que se le hubiera autorizado expresamente para ello (3), ni revocar tampoco el comisario el testamento que él hubiere hecho, ni otorgar codicilo posterior aunque fuera para causas piadosas (4). En suma, las demás leyes citadas, relativas al testamento por comisario, se inspiraron en análogo criterio de restricción para diferentes supuestos é hipótesis complementarias.

La manifiesta inutilidad, por último, del testamento por comisario, se revela en disponer la ley (5) que en los poderes para testar habían de intervenir las mismas solemnidades de escribano y testigos prevenidas para los testamentos.

Hizo, pues, muy bien el Código civil (6) al derogarle, estableciendo que «el testamento es un acto personalísimo y no podía dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario».

6.^o *Testamento hecho de palabra*.—En realidad, es una de las for-

(1) L. 31 de Toro (1.^o, tít. 19, lib. X, Nov. Rec.).

(2) L. 33 de Toro (3.^a, tít. 19, lib. X, Nov. Rec.).

(3) L. 34 de Toro (4.^a, tít. 19, lib. X, Nov. Rec.).

(4) L. 35 de Toro (5.^a, tít. 19, lib. X, Nov. Rec.).

(5) L. 29 de Toro (8.^a, tít. 19, lib. X, Nov. Rec.).

(6) Art. 670.

mas de los testamentos comunes, después que la ley del Ordenamiento de Alcalá (1) y la tercera de Toro (2) establecieron las de que el testamento nuncupativo ó abierto se pudiera otorgar con ó sin Escribano, ó sólo con determinado número de testigos, menor si eran vecinos que si no lo eran.

La concurrencia de ellos satisfacía á los fines de la solemnidad, pero no era bastante para los de la prueba, y á cumplir éstos proveyó la ley de Enjuiciamiento civil en su último texto vigente (arts. 1.943 á 1.955), cuyos preceptos, además de las reglas procesales del enjuiciamiento, contienen alguna otra prescripción más sustantiva, tales, como las de los arts. 1.944, respecto de quién se entiende por parte legítima para pedir la elevación á escritura pública del testamento hecho de palabra; la del art. 1.952, que se hace cargo de la hipótesis de que el testamento no sea hecho de viva voz, sino que se haya consignado la voluntad del testador en alguna cédula ó papel privado, con firmas ó sin ellas de los testigos; y la más fundamental del 1.953, según el cual, para que el Juez declare testamento al que aparece de las declaraciones de los testigos, es preciso que de éstas resulte *clara y terminantemente*: 1.º, que el testador tuvo el propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición; 2.º, que los testigos y «el notario en su caso», añade la ley,—que es un supuesto extraño en el del testamento hecho de palabra, que es de lo que aquí se trata,—han oído *simultáneamente* de boca del testador con cuyo adverbio se ha sustituido la frase «y en un solo acto», que empleó la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad, bien la manifestase de palabra, bien leyendo ó dando á leer alguna nota ó memoria en que se contuviese.

Eso significa que por testamento (3) *hecho de palabra* se entendía todo aquel en que faltaba la fe notarial, fuera hecho de palabra ó por escrito, que se leyera á los testigos, pero sin formalizar instrumento público; y 3.º, que los testigos fueran en el número que exige la ley, según las circunstancias de lugar y tiempo en que se otorgó y que reunieran las cualidades que se requieren para ser testigo en los testamentos. Mediante estos requisitos, el juez declaraba testamento lo que de dichas declaraciones resultase, con la cualidad de «sin perjuicio», ordenando protocolizar el expediente en los Registros (4) del notario

(1) Ley única, tít. 19.

(2) L. 2.ª, tít. 18, lib. X, Nov. Rec.

(3) El epígrafe del tít. 6.º, lib. III de la ley de Enjuiciamiento civil, dice: «Del modo de elevar á escritura pública el testamento ó *codicilo* hecho de palabra», olvidando, sin duda, la influencia derogatoria que en los *codicilos* tuvo la ley 3.ª de las de Toro.

(4) Quiso decir la ley *protocolo*.

de la cabeza del partido, y si hubiere más de uno, en el que designase el juez.

7.º *Testamento instituyendo fideicomiso, con instrucciones reservadas al fiduciario, sobre la aplicación y distribución de bienes de la herencia.*—Lo anotamos aquí para dejar registrada esta modalidad testamentaria del Derecho anterior al Código civil, aunque en realidad no se distingua por razón de las diferentes solemnidades del testamento en que se contenga respecto de los demás comunes, según la clase á que pertenezca de *abierto ó cerrado*.

La especialidad consiste más bien en la ordenación del fideicomiso sobre tales bases de absoluta confianza para el fiduciario, reserva acerca del verdadero destino de los bienes y consiguiente sigilo en cuanto al nombre de las personas ó fines entre quienes se distribuía ó á que se aplicaba la herencia, ya por título universal, ya por título singular, en todo ó en parte, que dejan incierto quiénes sean en definitiva los perceptores de ella ó fideicomisarios.

Precisamente esta fórmula de testar la consagró la práctica más que las leyes, puesto que si bien es cierto, según tiene declarado la jurisprudencia (1), que la ley (2) no prohíbe que la designación de heredero fideicomisario sea confidencial, es lo cierto que no la establece explícitamente y sí tan sólo de modo nominal, tanto respecto del fiduciario como del fideicomisario; pero la jurisprudencia autorizó que esta designación se hiciera ora en cédulas ó papeles reservados, ora al mismo heredero fiduciario, resultando de ello que fué práctica frecuente y cosa admitida en los Tribunales el considerar la voluntad del testador autorizada ampliamente para obrar así, cuando se tratara de instituciones fideicomisarias, siendo muy corriente el uso de cláusulas en que se ordenara al heredero la distribución de la herencia con arreglo á las instrucciones que reservadamente se le habían dado, con encargo especial de sigilo, y prohibición á toda clase de personas y Tribunales de exigir cuentas al fiduciario acerca del empleo que hubiera dado á la herencia, bajo la sanción de que, en el caso contrario, se considerara extinguido el fideicomiso é instituido el fiduciario con el carácter de heredero simple ó absoluto, restableciendo de esta suerte el amplio sentido de los fideicomisos en Roma y su principal finalidad, en tales casos de reserva, de ocultar el nombre del fideicomisario ó el destino último que los bienes habrían de tener, según las instrucciones reservadas dadas al fiduciario por el fideicomitente ó testador, que consistía en hacer llegar la herencia á personas incapaces para suceder, y eludir de esta suerte las leyes relativas á la testamentación pasiva. Ya por lo que exaltaba este criterio la soberanía civil de

(1) Sent. 26 Junio 1862.

(2) 14, tít. 5.º, Part. VI.

la voluntad del testador, como suprema ley de la sucesión, ya por lo que se prestaba á que éste cumpliera compromisos de honor ó satisficiera sentimientos de afecto que no quisiera revelar, sobre todo en los casos de aplicación á prole ilegítima, ya también por el galardón de amplia confianza que representaba para el fiduciario, aunque con los humanos y naturales peligros del abuso y de la codicia por parte de éste, sustraído á toda censura justificada y reclamación posible, fué esta una forma de testar que adquirió en la práctica extraordinario desarrollo y fué de uso muy frecuente; pero ha sido derogada en el Código civil por el núm. 4.º del art. 785.

B. TESTAMENTOS ESPECIALES.—Por igual *razón de plan* se remite aquí la doctrina de las solemnidades de estas *formas especiales* de testar, según el Derecho anterior al Código civil, al lugar correspondiente, como inmediato precedente que haga más fácil la comparación con las variedades de *testamentos especiales* que el Código civil conserva, manteniendo así, hasta donde es posible para su mejor consideración, la unidad de la materia en ambas legislaciones (1).

§ 2.º

Jurisprudencia anterior al Código civil.

7. MEMORIAS TESTAMENTARIAS.—Son válidas las memorias testamentarias que contienen las circunstancias prevenidas por el testador, aunque no se hallen firmadas por éste, y forman parte integrante del testamento á que se refieren (2).

Es jurisprudencia inconcusa que las memorias testamentarias son válidas y deben cumplirse cuando se encuentran en la forma que resulta del testamento y no ofrece dudas su autenticidad (3).

Lo sancionado acerca de memorias testamentarias por la jurisprudencia es que la validez y eficacia de tales memorias depende esencialmente de que estén insinuadas en un testamento arreglado á las prescripciones del Derecho, del cual tomen su autoridad y fuerza, y aparezcan ó sean presentadas con las señales que en el mismo testamento se hubiesen consignado para darlas á conocer (4).

Cuando un testador deja en pliego cerrado la memoria testamentaria que ha de servir de complemento á su testamento, y ordena en la cubierta del mismo pliego ó en testamento ó codicilo abierto que aquél no se abra hasta una época determinada, el Juez ante quien se hubiese presentado después de practicar las diligencias necesarias para comprobar la identidad del pliego, debe mandar que

(1) Cap. 10.º de este tomo.

(2) Sent. 19 Octubre 1861.

(3) Sents. 13 Octubre 1873, 14 Julio 1879 y 25 Junio 1892.

(4) Sent. 30 Junio 1876.

éste se archive en el Juzgado, sin abrirlo hasta que llegue el plazo designado por el testador (1).

8. TESTAMENTO MANCOMUNADO.—No hay ley ni doctrina admitida por los Tribunales que sancione el principio de la irrevocabilidad de los testamentos dichos de mancomún que suelen otorgar los cónyuges, sobre todo cuando contienen pacto ó convenio que la establezca (2).

El testamento otorgado de mancomún y la institución recíproca de herederos que hagan los testadores á su favor, no es el pacto sucesorio, prohibido por la ley 33, tít. 11, Partida V (3).

El testamento hecho de mancomún no impide al testador sobreviviente y heredero del otro variar su disposición cuando le parezca oportuno (4).

Cuando dos cónyuges se instituyen herederos recíprocamente, estableciendo otros herederos para cuando muriese el último de los testadores y haciendo mención para entonces del todo de los bienes de ambos, es evidente que la institución á favor del cónyuge sobreviviente era sólo en usufructo (5).

Si en un testamento los esposos otorgantes se instituyen recíprocamente herederos con la facultad de libre disposición y á condición de que el cónyuge sobreviviente deje la herencia que pudiera resultar á su muerte á dos personas por mitad, esta última declaración no limita en manera alguna la facultad de disponer libremente de parte ó de todo el caudal que pudiera poseer el cónyuge sobreviviente (6).

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 condición tácita de que la voluntad de los otorgantes permanezca siendo una y la misma, por lo menos mientras los dos existan, para que la institución 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 (7).

La consignación de dos últimas voluntades en un mismo documento es un accidente que no constituye pacto recíproco ni las quita, por consiguiente, la cualidad esencial de ser variables hasta la muerte por cualquiera de los testadores en la parte que á cada uno interese establecer la variación (8).

9. TESTAMENTO CON CLÁUSULA DEROGATORIA «AD CAUTELAM».—No afecta á la esencia del testamento redactar en latín la cláusula derogatoria *ad cautelam*, ni por eso puede decirse que el documento deja de estar escrito en nuestro idioma (9).

(1) Sent. 13 Diciembre 1882.

(2) Sent. 21 Mayo 1860.

(3) Sent. 26 Marzo 1861.

(4) Sent. 26 Marzo 1865.

(5) Sent. 27 Febrero 1868.

(6) Sent. 21 Junio 1872.

(7) Sent. 22 Abril 1878.

(8) Sent. 24 Junio 1892.

(9) Sent. 26 Marzo 1861.

Una disposición testamentaria solemne con cláusula derogatoria ó *ad cautelam* queda invalidada por el testamento posterior, igualmente solemne, que la revoca, si en la memoria testamentaria que forma parte integrante del mismo se reproducen literalmente á este fin las palabras de la cláusula derogatoria (1).

El hombre puede variar su voluntad hasta la muerte, según el principio consignado en la ley 25, tít. 1.º, Partida VI. Cualquiera excepción de este principio debe interpretarse en sentido restrictivo, como todo lo que tienda á coartar el libre ejercicio en tan importante derecho. Aunque dicho principio se halle restringido por la excepción contenida en la ley 22, tít. 1.º, Partida VI, de que valga el primer testamento y no los posteriores cuando el testador expresa en aquél que quiere que prevalezca para siempre, puede, sin embargo, derogarlo, como la misma ley permite, cuando en otro posterior lo revoca *señaladamente* y dice que no estorben para el nuevo testamento *las palabras que dijera en el primero*, sin necesidad de copiar literalmente las que fueren, pues la ley no exige esta circunstancia que tanto restringiría la libre voluntad de testar.

La revocación de un testamento con cláusula derogatoria ó *ad cautelam* debe hacerse, para que sea válida y eficaz según lo prevenido en la ley 22 tít. 1.º de la Partida VI, diciendo el testador en su testamento posterior *señaladamente* que le revoca y que no dañen ni perjudiquen al último testamento las palabras que en el primero ha consignado (2).

Si aparece que en un testamento el testador manifestó que revocaba lo que anteriormente hubiese hecho, esta revocación formulada en términos generales no es la que especifica y *señaladamente* la ley requiere para que por ella quedase quebrantado y anulado el que con cláusula derogatoria ó *ad cautelam* otorgó el mismo testador diez años antes; y, por consiguiente, al estimar la Sala sentenciadora revocado éste por aquél, infringe la ley 22, tít. 1.º, Partida VI, y la doctrina en su conformidad establecida por el Tribunal Supremo (3).

Si bien es cierto que, según el principio consignado en la ley 25, tít. 1.º, Partida VI, la voluntad del hombre es variable hasta la muerte, y que el Supremo Tribunal tiene declarado que cualquiera excepción de dicho principio debe interpretarse en sentido restrictivo, hay que admitir, sin embargo, lo que determina la ley 22 del mismo título y Partida, al establecer precepto terminante, no susceptible de interpretación, según el cual, para que el segundo testamento anule al primero hecho con cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, es necesario que el testador diga en el postrimero *señaladamente* que revoca el otro é que non tuviere daño á aquel que agora fazia las palabras que dixera en el primero (4).

10. TESTAMENTO POR COMISARIO.—El comisario, en virtud del poder para testar, sólo puede disponer de las cosas en él señaladas y no más, sin que una vez otorgado el testamento pueda hacer declaración alguna ni sostenerse como legado lo que ordenare con diferente carácter que el de comisario (5).

(1) Sent. 19 Octubre 1861.

(2) Sents. 18 Junio 1866, 22 Febrero 1868, 4 y 27 Noviembre 1872 y 30 Octubre 1877.

(3) Sent. 30 Octubre 1877.

(4) Sent. 4 Julio 1881.

(5) Sent. 6 Marzo 1861.

Las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 19, lib. X de la Novísima recopilación, que tratan sólo de las facultades del comisario nombrado para otorgar testamento á nombre de otro, son inaplicables al pleito que ha versado respecto al nombramiento de un heredero de confianza instituido clara y terminantemente por el testador para distribuir la herencia en los términos que se expresan en el testamento (1).

11. TESTAMENTO HECHO DE PALABRA.—Con arreglo á la ley 1.ª, tít. 18, lib. X de la de Novísima Recopilación, es válido el testamento otorgado de palabra ante cinco testigos, vecinos del lugar (2).

Siendo hábiles los testigos ante quienes se otorgó una disposición testamentaria, es legalmente tan acabada como si hubiese tenido lugar ante escribano, sin que la sentencia que la da valor legal infrinja la ley 21, tít. 1.º, Partida VI, y la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, que declara que para que un testamento anterior sea derogado por otro posterior, es necesario, que este último esté hecho cumplidamente (3).

12. TESTAMENTO INSTITUYENDO FIDEICOMISO CON INSTRUCCIONES RESERVADAS.—Al autorizar el testador á personas de su confianza para distribuir sus bienes con arreglo á sus instrucciones, no hace una verdadera institución de heredero, y de consiguiente, no son aplicables á este caso las leyes que declaran cómo debe hacerse el establecimiento de heredero (4).

Segregados de la masa común de la herencia los bienes de la dotación de un fideicomiso de confianza, y entregados al heredero fiduciario, éste queda desde el momento autorizado para disponer de ellos de la manera que mejor le pareciese para llenar su cometido, sin que sea dado á los albaceas ni á nadie residenciar sus operaciones (5).

El heredero fiduciario puede autorizar á sus albaceas para que vendan los bienes procedentes del fideicomiso de confianza, é inviertan su producto en el pago de cantidades tomadas para cumplir el mismo fideicomiso (6).

Nombrada una persona heredero fiduciario de otra con el encargo especial de formar un vínculo con los bienes que dejó, á fin de que, con sus rentas, se socorriesen los parientes del mismo llamados á la sucesión, y cumplido tal encargo por el fiduciario, con arreglo á las instrucciones que para ello había recibido, estableciendo, al efecto, el orden de suceder con todo lo demás que, así respecto de las personas como en cuanto á los bienes debía observarse, quedó constituida una verdadera fundación vincular (7).

(1) Sent. 30 Septiembre 1879.

(2) Sents. 10 Noviembre 1863, 9 Febrero 1880 y 12 Octubre 1881.

(3) Sent. 14 Abril 1882.

(4) Sent. 11 Enero 1860.

(5) Sent. 27 Septiembre 1861.

(6) Sent. 27 Septiembre 1861.

(7) Sent. 3 Octubre 1866.