

CAPÍTULO III

DEL TESTAMENTO POR COMISARIO

Artículo 897.—El testador puede disponer su última voluntad por sí mismo ó por medio de apoderado.

ORÍGENES

Ley 7.^a, tit. V, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

El testamento, según dice la ley, es un acto que se puede verificar directamente por el testador ó por medio de apoderado especial. «Si alguno no quisiere ó no pudiere ordenar por sí la manda que fiziere de sus cosas e diere su poder a otro que el que la ordene, e dé, e la dé en aquellos lugares onde el tuviere por bien, puelo facer: e lo que él ordenare o diere, vala, assi como si lo ordenase aquel que dió el poder». Mas al mismo tiempo que la ley del Fuero sienta la doctrina que hemos trascrito, la de Partida consignaba que: *declarar deue, e nombrar el fazedor del testamento por sí mismo, el nome de aquel que estableciesse por erederero. Ca si él otorgasse poder a otro que lo estableciesse en su lugar, non valdria maguer dijese assi: aquel sea mi erederero que Fulano quisiere o estableciere por mio que lo sea. Esto es porque el establecimiento del erederero, e de las mandas, non debe ser puesto en albedrio de otro.*

Aunque la ley de Partida no logró derogar la española y prevaleció la teoría de comisarios, nacieron dudas y dificultades, para cortar las cuales se dictaron algunas de las leyes de Toro.

De ellas resulta, que el precepto de la ley del Fuero ha sufrido tan profunda modificación, que si bien hoy se puede testar por medio de apoderado, lo cierto es que, si nos fijamos en la esencia de lo que hoy está vigente en esta materia, no es posible dejar á otro la disposición de la última voluntad, porque ó se fijan con minuciosidad en el poder la institución y legados que han de trascribirse al testamento, ó la ley ordena de qué manera se ha de disponer éste.

En Roma, *testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non eu ex alieno arbitrio pendere*, según decía la ley 32, tit. V, libro XXVIII, Digesto. En efecto, la voluntad es inalienable, y, por tanto, la manifestación de ésta hecha en testamento ha de constituir un acto personalísimo.

Por otra parte, hoy en que el comisario ha de atenerse á la letra de las facultades que le confiere el testador y en su defecto á las disposiciones de la ley, pensamos que no hay institución más inútil que esta de que nos ocupamos. Aplaudimos por lo mismo lo dispuesto en el Proyecto de Código, al decir que la formación del testamento no puede dejarse en todo ó en parte al arbitrio de un tercero.

De tal manera resulta inútil el comisario que, según tendremos ocasión de ver más tarde, si éste no hiciera uso del poder que se le confirió, se tendrá por testamento válido la escritura en que se hizo el nombramiento de comisario, por instituída la persona que allí se designó y por hechas todas las mandas y demas disposiciones que contenga.

Artículo 898.—El poder en que se den facultades al comisario para otorgar testamento, debe estar revestido de las solemnidades de escribano y testigos en la forma que las leyes previenen para los testamentos.

ORÍGENES

Ley 8.^a, tit. XIX, lib. X, Nov. Rec. (39 Toro).

JURISPRUDENCIA

El nombramiento de comisario, para testar, hecho en testamento solemne, equivale al poder de que habla la ley 8.^a, tit. XIX, lib. X, Novísima Rec., y reúne las solemnidades exigidas por ella (Sent. 6 Diciembre 1860).

COMENTARIO

Llámase comisario la persona que recibe el

encargo de otorgar testamento á nombre de otro, en virtud de poder otorgado á su favor.

Respecto á la forma de este poder, dice la ley 39 de Toro: «En el poder que se diere al comisario para hacer todo lo susodicho ó parte de ello intervenga la solemnidad del escribano y testigos que según leyes de nuestros reinos ha de intervenir en los testamentos; y de otra manera no valan ni hagan fee los dichos poderes».

A este propósito dice Llamas, núm. 2, ley 39: «Cualesquiera que sean las causas que motivaran el número de testigos en los testamentos de que no corresponde tratar en esta ley, las mismas militan en el otorgamiento de poderes para testar; pues aunque estos poderes en realidad no sean testamento ni última voluntad, sinó una disposición entre vivos, como observa Gomez, sin embargo, como los poderes son un antecedente necesario del testamento que despues se ha de otorgar, y de quien recibe éste toda la virtud y eficacia que ha de tener, era consiguiente que la misma solemnidad que intervenía en el efecto se mandase observar en la causa».

Dedúcese, pues, de la ley, que el poder en que se nombre comisario, se ha de otorgar nuncupativamente ó *in scriptis*.

Gomez, haciéndose cargo de esta ley, dice que si el poder se otorgó nuncupativamente, el comisario deberá formalizar el testamento en la misma forma y del mismo modo si el poder se hizo bajo la forma del testamento cerrado, en la propia forma se otorgará por el comisario; en una palabra, que la solemnidad que se observó en los poderes es la que regula la del testamento otorgado por el comisario.

Matenzo contradice esta opinión, y Gutierrez, de acuerdo con él, dice: «Un defecto fué del legislador no haberse explicado en términos más concretos; pero su intencion no es dudosa: el comisario debe recibir una autorización como corresponde que la tenga para representar á otro, para expresar la voluntad de otro; en obteniéndola con los requisitos de la ley que ella dispuso que fueran análogos á los del testamento, ¿qué más da que use de su autorización en una ú otra forma? El testamento porque se haga de una ú otra manera ¿deja de ser testamento?»

¿Cómo otorgará el comisario el testamento cuando su poderdante fuere ciego? Llamas dice: «que siendo indispensable que intervengan cinco testigos para que el ciego pueda hacer testamento nuncupativo, es consiguiente por lo

establecido en esta ley, que con cinco testigos habrá de otorgarse el poder, y que de igual manera necesitará el comisario de cinco testigos, sin que basten tres y escribano, porque cinco son los expresamente pedidos por la ley.

No suscribimos á esta opinión, porque en realidad, en el testamento del comisario falta la razón por la cual en el del ciego se exige la concurrencia de los cinco testigos, sin que sea atendible la consideración de Llamas de que el testamento otorgado por el comisario en este caso es, y se llama, testamento del que le dió el poder, es decir, testamento de ciego.

Artículo 899.—El comisario no podrá instituir heredero más que á la persona que en tal concepto se designare por su nombre en el poder, y en cuanto á las demas cosas que pueden ser objeto del testamento, deberá atemperarse á lo que especialmente señaló y mandó el poderdante.

ORÍGENES

Ley 11, tit. III, Partida 6.^a

Ley 1.^a, tit. XIX, lib. X, Nov. Rec. (31 Toro).

JURISPRUDENCIA

Cuando el poder para testar no se da para instituir heredero de la manera que pueda darse según la ley recopilada, sinó que se hace una institución directa que excluye hasta la posibilidad de semejante poder, es un verdadero testamento, aunque se refiera á una memoria testamentaria en cuanto al nombre de la persona instituída (Sent. 30 Enero 1856).

No necesita otro poder especial el comisario que se limita únicamente á hacer lo que se le encargó en el testamento (Sent. 6 Diciembre 1860).

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 ordenase con diferente carácter que el de comisario (Sent. 6 Marzo 1861).

La facultad concedida á la mujer por su marido en el testamento para que disponga á su muerte en favor de alguno de sus hijos de la propiedad plena, no es un poder para testar ni está por lo tanto subordinado á las leyes que reglan las facultades de los comisarios (Sent. 6 Marzo 1861).

La sentencia que da el valor y eficacia de un

testamento á una escritura en que se concede facultad para elegir heredero sin designarle explícitamente, es contraria á la ley 31 de Toro (Sent. 30 Setiembre 1862).

Aunque la ley 1.^a del referido título y libro exige poder especial para que el comisario pueda hacer determinadas cosas, basta que el testador señale para qué le confiere el poder, excepto en cuanto á la institucion de heredero, pues ha de nombrar ademas quien haya de serlo (Sent. 19 Setiembre 1863).

El comisario que obra conforme á las facultades que el testador le confirió, lo hace dentro de las condiciones impuestas por la ley, y son válidos y firmes todos sus actos (Sent. 26 Enero 1866).

El comisario para testar, segun la ley 1.^a, título XIX, lib. X, Nov. Rec., no puede hacer sino lo que especialmente señaló y mandó el que dió el poder, y por lo tanto son nulas sus disposiciones en cuanto se opongan á las facultades que sobre cualquier particular le hubiese dado el poderdante (Sent. 14 Abril 1866).

Cuando el comisario se ajusta por completo á la voluntad del poderdante, no se infringe la ley 1.^a, tít. XIX, lib. X, Nov. Rec., que prohíbe que el comisario pueda hacer otra cosa que lo señalado expresamente en el poder (Sent. 15 Marzo 1864).

La ley de Partida, en la que el testador debe nombrar por sí mismo á aquel que estableciese por heredero e non ponerlo en albedrio de otro, no es aplicable al caso en que tres otorgan testamento de mancomun instituyéndose reciprocamente únicos y universales herederos y disponiendo que el último superviviente elija, dentro de un término dado, heredero entre los parientes de dichos testadores (Sent. 5 Abril 1869).

COMENTARIO

En esta ley comienzan á establecerse las limitaciones de la facultad del comisario.

La ley de Partida había prohibido que la designacion de heredero pudiese dejarse á la voluntad de otro. La observancia puntual de esta ley hubiera destruido el testamento por comisario: para resolver, pues, la duda que esto originaba se dió la ley 31 de Toro, que dice: «Porque muchas veces acaece que algunos porque no pueden, ó porque no quieren hacer sus testamentos dan poder á otros que los fagan por ellos: e los tales commissarios facen muchas fraudes y engaños con los tales poderes, estendien-

dose a mas de la voluntad de aquellos que se lo dan: por ende por evitar los dichos daños, ordenamos e mandamos que de aqui adelante el tal commissario no pueda por virtud de tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoría del tercio ni de quinto, ni desheredar a ninguno de los hijos o descendientes del testador, ni les pueda sustituir vulgar ni pupilar ni ejemplarmente, ni hacerles substitucion alguna de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor a ninguno de los hijos o descendientes del testador; salvo si el que le dio el tal poder para hacer testamento especialmente le dio el poder para facer alguna cosa de las susodichas: en esta manera el poder para facer heredero nombrando el que da el poder por su nombre a quien manda que el commissario faga heredero, y en cuanto a las otras cosas señalando para que le da el poder y en tal caso pueda facer lo que especialmente el que le dio el poder señalo e mando, y no mas». Es decir, que tratándose de institucion de heredero, será indispensable que el poderdante designe por su nombre á la persona instituida; y cuando el poder se refiera á las demas cosas que pueden ser objeto del testamento, bastará que exprese y señale las facultades que le confiere, sin que sea preciso que haga designacion de personas.

De aquí ha nacido la siguiente duda: ¿podrá el comisario hacer mejora de tercio si el testador no designó persona que hubiese de ser mejorada?

Al hablar de las mejoras exponemos la doctrina de los autores sobre este punto. Esto mismo es lo que hemos visto observar en la práctica.

¿Puede la mujer recibir el cargo de comisario? Covarrubias en el cap. XVII de *testamentis*, número 3.^o, Gomez al núm. 6.^o, Carpio en el lib. I, cap. VII, núm. 14, y otros muchos, optan por la afirmativa, toda vez que la ley no hace distincion alguna ni hay en qué fundarla. Esto mismo es lo que hemos visto que se observa en la práctica.

Cuando el comisario haya de hacer legados por estar especialmente facultado para ello, ¿podrá elegir la cosa legada si el testador designó la persona del legatario? ¿podrá nombrar la persona si solamente designó la cosa? ¿podrá elegir cosa y persona si el testador le autorizó para dejar uno ó más legados?

Artículo 900.—Si el poderdante no hubiese designado heredero y nada hubiere dis-

puesto señaladamente respecto de las demas cosas que pueden ser objeto del testamento, deberá el comisario disponer que sean pagadas las deudas y cargas de conciencia del finado, distribuyendo el resto entre los parientes á quienes corresponda por la ley suceder abintestato, salvo el quinto de que podrá disponer por su alma.

A falta de parientes dispondrá de los bienes para obras pías provechosas al alma del poderdante.

ORÍGENES

Ley 2.^a, tít. XIX, lib. X, Nov. Rec. (72 de Toro).

COMENTARIO

La ley prevé el caso de que el testador otorgara un poder simple, sin hacer institucion de heredero ni señalamiento de las otras cosas que pueden ser objeto de su última voluntad. En prevision de los abusos á que podría dar lugar la falta de estos requisitos, la ley ha dispuesto que: *Cuando el testador no hizo heredero, ni menos dio poder al comisario que lo ficiere por el, ni le dio poder para hacer alguna cosa de las dichas en la ley proxima, sino solamente le dio poder para que por el pueda hacer testamento, el tal comisario, mandamos que pueda descargar los cargos de conciencia del testador que le dio el poder, pagando sus deudas e cargos de servicio e otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el ánima del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare, e el remanente se parta entre los parientes que vinieren a heredar aquellos bienes abintestato: e si parientes tales no tuviere el testador, mandamos que el dicho comisario dejandole a la mujer del que le dio el poder lo que segun leyes de nuestros reinos le puede pertenecer, sea obligado a disponer de todos los bienes del testador por causas pías e provechosas a la anima del que le dio el poder e no en otra cosa alguna.*

La facultad que por esta ley se da al comisario, no es, segun expresa Llamas, para que disponga, sino para que pueda disponer de la quinta parte de los bienes, de lo cual se debe inferir que no se le obliga á invertir toda la quinta parte, y de consiguiente, se sostendrá su disposicion aunque sea de menor cantidad que la quinta parte.

Al decir esta ley «parientes que vinieren á

heredar abintestato» ¿se refiere tambien á los descendientes y ascendientes en los casos en que los hubiere? ¿podrá el comisario disponer del quinto en favor del alma del testador, cuando éste hubiere dejado descendientes ó ascendientes?

En concepto de Gomez, Matienzo y Llamas, la ley no hace distincion alguna, y, por consiguiente deben comprenderse dentro de ella los hijos y los padres como uno de tantos parientes que heredan abintestato; porque una de dos: ó los descendientes y ascendientes del finado son parientes que vienen á heredar sus bienes abintestato, ó no; si se dice lo primero, es forzoso confesar que están comprendidos en la expresion de la ley, porque las palabras de que usa en su natural y propio significado lo comprende: si lo segundo, se contraviene á lo dispuesto expresamente en las leyes 3.^a y 4.^a, tít. XIII, Partida 6.^a, 7.^a y 12 de las leyes de Toro.

Preténdese por algunos, tales como Tello y Gutierrez (1), que de interpretar en ese sentido la ley resultará en contradiccion con la 36 de Toro, que dispone vayan á los parientes los bienes del finado, si ni éste ni el comisario otorgaron testamento, cuyos parientes, en caso de no ser ni descendientes ni ascendientes legítimos, estarán obligados á disponer de la quinta parte de los bienes en favor del alma del finado.

La contradiccion realmente no existe, porque cada una de estas leyes hace referencia á casos distintos. La primera tiene por objeto limitar las facultades del comisario, á fin de que no pueda en ningun caso disponer de más del quinto; la segunda está dedicada á prevenir la falta de testamento que debiera haber otorgado el comisario.

Mas aparte de esto, una y otra ley llama á todos los parientes que con arreglo al derecho comun tengan derecho á la sucesion intestada; mas, como expresa Llamas, la razon que tuvo la ley 36 para mandar que se entreguen íntegramente los bienes á los descendientes ó ascendientes, sin obligacion de emplear la quinta parte de ellos en obras pías, consiste en que en el caso de que habla aquella ley, ni el que dió el poder ni el comisario dispuso de la quinta parte de los bienes, y en el caso de la que comentamos, el comisario, en uso de las facultades

(1) Tello, Ley 32, núm. 10 y 36, núm. 4.—Gutierrez, lib. II, cuest. 44, civ.

tades que le concedió el finado y se le declaran por la ley, dispuso del quinto de los bienes, y no hay la menor apariencia de contradicción en que en diversidad de casos varíen las disposiciones de la ley.

Tales son los argumentos en que apoyan ambas opiniones.

En la ley de Toro que comentamos, se dice que faltando los parientes, el comisario deberá dar á la mujer del que le dió el poder lo que le pertenezca con arreglo á las leyes. Hemos omitido en el artículo esta aclaración, porque la juzgamos evidentemente ociosa é innecesaria; primero, porque no es posible afirmar con verdad que no hay parientes cuando existe la mujer del finado, y segundo porque con la aclaración de la ley y sin ella la mujer tendrá derecho á los parafernales, dotales, arras, mitad de los gananciales, etc., en la forma y manera que previenen las leyes, y además independientemente de dichos bienes tendrá los derechos que la ley 6.^a, tit. XIII, Partida 6.^a, y la de 16 de Mayo de 1835 la confieren.

Por consiguiente, la omisión que cometemos en nuestro artículo no altera en nada el precepto legal, ni deja de ser fiel expresión de la doctrina vigente.

Algunos autores hacen la siguiente pregunta: pudiendo el comisario disponer de todos los bienes cuando faltan parientes, ¿podrá disponer del mismo modo, si habiéndolos, el testador le autorizó para ello?

En nuestro concepto no hay fundamento bastante para que esto pueda proporcionar motivo de discusión. No existiendo ley ni principio alguno que altere las facultades del testador y le impida disponer libremente de todos sus bienes, con tal que no tenga herederos forzosos, ya lo verifique otorgando testamento directamente ó por medio de comisario, excusado es decir en qué sentido resolvemos la pregunta.

Artículo 901.—El testamento deberá formalizarse por el comisario dentro de cuatro meses si al tiempo del otorgamiento del poder se hallaba en el mismo lugar, de seis meses si residía en cualquier otro punto de la monarquía, ó de un año si se hallaba en el extranjero.

Trascurridos que sean estos términos no podrá el comisario hacer uso del poder áun cuando alegue no haber tenido noticia del mismo, y se cumplirá lo que el poderdante

hubiere ordenado en él señaladamente y en su defecto se adjudicará la herencia á los herederos abintestato, que deberán disponer dentro de un año del quinto en favor del alma del finado, si no fueren ascendientes ni descendientes del mismo.

ORÍGENES

Ley 3.^a, tit. XIX, lib. X, Nov. Rec. (33 de Toro).

Ley 13, tit. XX, lib. X, Nov. Rec. (36 de Toro).

JURISPRUDENCIA

Los términos respectivamente señalados en la ley 3.^a, tit. XIX, Nov. Rec., ó sea la 33 de Toro, al comisario para hacer testamento y declarar lo que haya de hacerse de los bienes del que le dió el poder, fueron establecidas en beneficio de éste, y pueden ser renunciados por él y prorogarlos por el tiempo que juzgue conveniente al objeto que se propone (Sent. 19 Septiembre 1863).

COMENTARIO

El legislador, poco afecto sin duda al testamento otorgado por medio de comisario, ha sido escrupuloso en señalar minuciosamente las obligaciones del mismo, procurando que en ningún caso sea posible el abuso. Con este objeto, después de haber determinado qué cosas le son permitidas en virtud del poder para testar, le limita el tiempo en que puede hacer uso de él, y en previsión de que el descuido ó la mala fe del comisario fueran causa de que el testamento no llegara á otorgarse, prescribe que lo dispuesto en el repetido poder sea tenido por testamento, si es que en él escribió señaladamente las cosas que había de hacer el comisario, y en otro caso que sucedan los parientes abintestato con ciertas condiciones.

La ley 33, objeto de este comentario, dice: «El comisario para hacer testamento o mandas o para declarar por virtud del poder que tiene lo que ha de hacer de los bienes del testador, no tenga mas termino de cuatro meses, si estaba al tiempo que se le dió el poder en la ciudad, o villa, o lugar donde se le dió el poder y si al dicho tiempo estaba ausente, pero dentro de estos nuestros reinos, no tenga ni dure su poder mas de seis meses, e si estuviere fuera de los dichos reinos al dicho tiempo tenga termino de un año e no mas. E pasados los dichos

terminos no pueda mas hacer, que si el poder no le fuere dado, e vengan los dichos bienes a los que los habian de haber muriendo el testador abintestato: los cuales terminos mandamos que corran al tal comisario, aunque diga e alegue que nunca vino a su noticia que el tal poder le habia sido dado. Pero lo que el testador le mando señalada e determinadamente señalando la persona del heredero o señalando cierta cosa que habia de hacer el tal comisario, mandamos que en tal caso el comisario sea obligado a lo facer: y si pasado el dicho termino no lo ficiere, que sea habido como si el tal comisario lo ficiere o declarase.»

Y en la ley 36, también de Toro, se añade: «Cuando el comisario no fizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, o porque no quiso, o porque se murió sin hacerlo, los tales bienes vengán derechamente a los parientes del que le dió el poder, que oviesen de heredar sus bienes abintestato; los cuales en caso que no sean fijos ni descendientes o ascendientes legitimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su anima del testador: lo cual si dentro del año, contado desde la muerte del testador, no lo cumplieren; mandamos que nuestras justicias les compelan a ello, ante las cuales lo puedan demandar, y sea parte para ello cualquier del pueblo.»

El primer precepto de la ley queda reducido á fijar un término dentro del cual cumpla el comisario su mandato, término que varía según la distancia que separe al comisario del lugar en que se otorgó el poder, á la época de dicho otorgamiento.

¿Puede el testador prorogar al comisario el tiempo que la ley le marca?

Palacios Rubios, en el núm. 3.^o de esta ley, Gomez en el núm. 2.^o, Llamas en el 5.^o y otros, aceptan la afirmativa, fundándose para ello en que el término fijado por el legislador para que el comisario ordene el testamento, es en beneficio del testador, para que cuanto ántes se cumpla su voluntad, y no puede privarse á éste del derecho de renunciar en parte lo que se ha establecido á su favor.

El Sr. Gutierrez, ocupándose de esta duda, dice: «opinamos que el testador debería sujetarse precisamente á los mismos plazos. Es, sin duda, una officiosidad suponer que se ha establecido en un beneficio y no en el de sus herederos, especiales interesados en que se eviten odiosas incertidumbres, y que de una vez se

fijen y sean conocidos sus derechos. Pero los autores sostienen distinta opinión, y nos cuesta poco sacrificarles la nuestra».

La jurisprudencia se ha encargado de poner término á esta dificultad, declarando que establecido el término en favor del poderdante puede renunciarlo y prorogarlo según lo tenga á bien, puesto que la ley no se lo prohíbe.

Trascurrido el término que el testador señaló y en su defecto el marcado por la ley, no podrá ya el comisario hacer uso del poder sin que pueda ejercitar la restitución contra el lapso de tiempo, ni alegando ignorancia ni menor edad, según expresan Matienzo, Gomez, Palacios y otros.

En la segunda parte de la ley se prevé el caso de que el comisario, por cualesquiera causa, no otorgue el testamento dentro de oportuno término.

Lo primero que se ocurre preguntar, es si en este caso muere el poderdante, testado ó intestado.

Matienzo, en la glosa 4.^a de esta ley, entiende que el poderdante murió testado, áun cuando el comisario no otorgase el testamento, puesto que se presume instituido aquel que había de suceder si el testador hubiera muerto intestado, lo cual demuestra que no murió de este modo.

Llamas, en el número 7.^o de la misma ley, dice, que hablando la ley del caso en que el testador ha otorgado su testamento y hecho algunas mandas sin haber nombrado heredero alguno, dispone que herede aquel que, según derecho y costumbre de la tierra, había de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, con lo que claramente manifiesta que cuando el testador no hace testamento, han de suceder en sus bienes los herederos abintestato: es así que la ley de Toro habla expresa y determinadamente del caso en que el testador murió sin testamento por no haberlo hecho por sí ni el comisario por él; luego los parientes han de heredar abintestato.

Además,—añade,—es dogma en la jurisprudencia, que el que no hace testamento por sí ni por medio de otro, muere intestado y le heredan las personas que la ley llama para este caso, sin que pueda afirmarse, como lo hace Matienzo, que se presume instituido aquel que hubiera de suceder no habiendo testamento, porque siendo indispensable con arreglo á la ley de Partidas nombrar clara y expresamente el heredero, no es posible admitir aquella pre-