

suncion. No hay más que dos medios para llegar á ser heredero, *ex voluntate hominis* y *ex dispositione legis*; es así que en el caso de que habla la ley el heredero no lo es *ex voluntate testatoris*, como queda manifestado hasta la evidencia; luego es preciso que lo sea *ex dispositione legis*, como lo son todos los que suceden abintestato.

¿Cuál es el precepto que la ley contiene en su segunda y tercera parte? Nosotros alteramos el orden, porque á nuestro entender da esto más claridad. Así, pues, lo que el testador mandó señalada y determinadamente señalando la persona del heredero ó señalando cierta cosa que había de hacer el comisario, *mandamos que el tal comisario sea obligado á lo hacer*. Es decir, que si el testador ordenó en el poder la sustitucion de heredero designando persona cierta, la manda de cierta cosa á persona también determinada, y las demas disposiciones que hiciere sin dejar nada al arbitrio del comisario se tendrán por válidas, y deberán ser cumplidas fielmente, aunque el comisario no lo hubiese convertido en testamento. Despues de todo, queda probado con evidencia que aquélla es la voluntad última del finado, y como tal debe ser respetada, puesto que la manifestó con las mismas solemnidades que el testamento requiere.

Quando el testador hizo la institucion de esta manera, la ejecución de su voluntad no se presenta difícil. Pero esto no sucede siempre, pues á veces el testador ordena parte, y parte deja al arbitrio del comisario. Si el testador mandó desheredar ó mejorar, sin designar persona, cuya eleccion dejaba al comisario, ¿quién se tendrá por desheredado ó mejorado?

Tello, haciéndose cargo del caso en que se estableciese una mejora, dice: que si el poder dado al comisario fué para que mejorase alguno de los hijos del testador y el comisario no otorgase el testamento, ninguno de los hijos sería mejorado por ser la mejora título de comparacion: del mismo modo resuelve la duda cuando sólo hubiere nietos. Si el testador hubiere dejado hijos, nietos ó biznietos y dió facultad al comisario para que mejorase á uno de los nietos ó biznietos, y el comisario no hubiere hecho la eleccion, dice que todos deben tenerse por mejorados en perjuicio de los hijos, porque,—añade,—para el testador ya estaba hecha la mejora en favor de los nietos, y sólo se esperaba en quién recaía la eleccion, y por lo tanto, si no elegía el comisario, debían ser admitidos todos los del mismo grado. Si la facultad

de eleccion no se hubiere limitado á los nietos ó biznietos, sino que fuese extensiva á todos los descendientes, bien fuera hijo, nieto ó biznieto, resuelve que deben entenderse mejorados todos los hijos de primer grado, no respecto de ellos entre sí, lo cual no es posible, sino respecto de los descendientes de grados posteriores.

Llamas se ocupa de los casos propuestos por Tello, y contradice los dos últimos. En el caso en que el testador hubiere dispuesto que el mejorado fuese un nieto, la solucion dada por Tello es opuesta á la voluntad del testador, que quiso que uno solo de sus nietos fuese el mejorado. De nada aprovecha que de parte del testador estuviese ya hecha la mejora, si dejaba á la voluntad del comisario elegir el que la había de obtener, pues no eligiendo éste, debía reputarse por no hecha, á causa de que faltaba la eleccion que se había cometido al comisario. La ley, pues, no se ha referido á estos casos.

Del mismo modo, y por las mismas razones, rechaza Llamas la solucion dada por Tello al caso en que se estableciese la mejora dejando al comisario la eleccion entre todos los descendientes, porque la mejora que ordenó el testador no debe tener mayor extension cuando el comisario no otorgó el testamento, que cuando usó de la facultad que le había conferido el poder: y si la ley dispone que el comisario sólo pueda hacer aquello que señaladamente le ordenó el testador, claro es que no puede mejorar á varios, si sólo para hacerlo con uno recibió poder.

Despues de cumplido todo lo que determina y señaladamente hubiere dispuesto el poderdante, ó en defecto de estas disposiciones, serán llamados á la herencia aquellos parientes á quienes corresponda este derecho con arreglo á las leyes, los cuales deberán cumplir con las deudas del finado, dedicarán el quinto de los bienes en favor del alma de aquél y quedarán dueños del resto, salvo, repetimos, la parte que á los extraños corresponda en virtud de lo dispuesto en el poder y salvo también que si los llamados por ministerio de la ley fueren descendientes ó ascendientes del finado no tendrán la obligacion de emplear el quinto en sufragios.

Pero ¿y si no hubiere parientes colaterales? En este caso, entendemos que se habrán de observar las reglas generales que estudiaremos en otro lugar respecto al orden de suceder sin testamento. El fisco, en último caso, recogerá la herencia. Debe tenerse presente,—añade

Llamas,—que la mujer ó el fisco en su caso, estarán obligados igualmente á invertir el quinto de la herencia en beneficio del alma del testador, por no deberse reputar de mejor condicion y derecho que los herederos colaterales.

Artículo 902.—Los parientes colaterales que sean llamados á la herencia con arreglo al último párrafo del artículo anterior, deberán cumplir con la obligacion que en el mismo se les impone, dentro del año siguiente al fallecimiento del testador. Si no cumplieren con esta obligacion podrán ser compelidos á ello de oficio ó á instancia de cualquiera del pueblo.

## ORÍGENES

Ley 18, tit. XX, lib. X, Nov. Rec. (36 de Toro).

Ley 14, tit. XX, lib. X, Nov. Rec. (Prag. 2 Febrero 1766).

## COMENTARIO

En el caso del párr. 2.º del artículo anterior, si los llamados son ascendientes ó descendientes, reciben la herencia íntegra sin que por razon de sufragio ni otras obras por el alma del finado, tengan que descontar el quinto ni ninguna otra cantidad.

Mas si los llamados fueren cualesquiera otros parientes, tendrán que emplear en dichas obras hasta el quinto de la herencia.

Esta obligacion deberá cumplirse en el término de un año contado desde el fallecimiento del testador, pudiendo ser compelidos á ello si dejasen trascurrir dicho plazo sin cumplir lo preceptuado en la ley.

La pragmática de 1766 no ha hecho más que confirmar en todas sus partes el precepto de la ley de Toro, sin introducir variacion de ninguna especie.

Las aclaraciones que hace no son hijas de aquella ley, sino de los abusos que en la práctica se cometían prescindiendo del texto expreso de la misma. Por eso añadió: «y en el caso sólo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision y para el efecto referido se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes: todo lo cual se guarde y cumpla sin embargo de cualesquiera estilos, usos...»

Usamos de la palabra *testador* en el artículo

porque es la misma que emplea la ley, sin que pretendamos prejuzgar la cuestion de si muere testado ó no.

Artículo 903.—No podrá el comisario, á ménos que tenga poder especial para ello, revocar el testamento otorgado con anterioridad por el mismo poderdante.

## ORÍGENES

Ley 4.ª, tit. XIX, lib. X, Nov. Rec. (34 de Toro).

## COMENTARIO

El otorgamiento de un poder, cuando se tiene hecho con anterioridad testamento solemne, no supone en el testador voluntad de revocar el primero. Así lo dispone la ley.

«El comisario por virtud del poder que tuviere para hacer testamento, no pueda revocar el testamento que el testador habia fecho en todo, ni en parte, salvo si el testador especialmente le dió poder para ello».

Antonio Gomez, tratando de explicar la razon de esta ley, dice: que así como el comisario necesita especial poder para testar por otro, por igual razon debe tener expresa facultad para poder revocar el testamento que ya tenia hecho el que le dió el poder.

Tello Fernandez pretende que la verdadera razon que ha tenido el legislador para decidirse por esta doctrina, consiste en que el testamento se confirma por la muerte del que lo hizo, y como la virtud ó efecto de la comision para testar empieza á tener lugar despues de la muerte del que dió el poder, era consiguiente que el testamento que ya estaba perfectamente concluido y confirmado por la muerte del testador, no se pueda revocar sin poder especial para ello.

De todos maneras, el precepto era necesario, porque de no existir tan claro y terminante, los autores y los tribunales hubieran aceptado seguramente la interpretacion de que, cuando el testador otorgaba poder para testar teniendo ya hecho su testamento, no quería hacer un acto inútil, como resulta despues de la ley de Toro que comentamos, si es que especialmente no dió facultad el comisario para revocar el testamento anterior. Sin la declaracion expresa de la ley, ni las razones alegadas por Gomez, ni las que aduce Tello y los demas comentaristas, hubieran hecho triunfar esta doctrina. No se



comprende la necesidad de que un testador nombre comisario, como no quiera prescindir de su testamento; por eso, en defecto de la ley, se presumiría era voluntad la revocación del testamento anterior, sobre todo si las facultades que en el poder confería al comisario no podían armonizarse con el testamento.

Si el testador da poder para instituir heredero, designando por su nombre la persona del que ha de serlo, ¿se supondrá revocada la institución hecha en otro testamento? ¿Se tendrá igualmente por revocada la manda de cosa cierta hecha en testamento, si en el poder se autoriza al comisario para que legue aquella cosa misma á otra persona? ¿Será en estos casos preciso que el testador consigne expresa y determinadamente que le confiere poder para revocar la institución ó el legado? ¿No es lícito presumir que la voluntad manifestada por el testador en el poder es derogatoria de la anterior? ¿Estarán más seguros los tribunales de cumplir la verdadera voluntad del testador, observando lo dispuesto en el testamento y haciendo caso omiso de lo que en el poder consignó?

La ley es terminante y no es accesible á interpretaciones; por eso señalamos casos en que su aplicación puede resultar inconveniente.

Ya que no revocar el testamento, ¿podrá el comisario poner condición al instituido?

Artículo 904.—Tampoco podrá el comisario revocar el testamento que hubiere otorgado en cumplimiento de su poder, ni otorgar codicilo ni declaración alguna posterior á aquél.

## ORÍGENES

Ley 5.ª, tit. XIX, lib. X, Nov. Rec. (35 de Toro).

## JURISPRUDENCIA

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 sostener como legado lo que ordenare con diferente carácter que el de comisario (Sent. 6 Marzo 1861).

## COMENTARIO

Desde el momento en que el comisario otorgó

el testamento para el cual se le confirió poder especial, ha cesado en su mandato, y no puede ni revocarlo ni alterarlo.

«El comisario no pueda revocar el testamento que obiere por virtud de su poder una vez fecho, ni pueda despues de fecho hacer codicilo, aunque sea ad pias causas, aunque reserve en si el poder para lo revocar o para añadir o menguar o para hacer codicilo o declaración alguna.»

¿Cuál ha sido el motivo de esta ley?

Antonio Gomez opina que como el comisario obra por delegación y en utilidad ajena, desde el momento que termina su comisión y concluye el testamento, cesan y acaban sus facultades, á la manera que aquel á quien se comisiona para elegir una cosa que, una vez hecha la elección, no tiene facultad para variarla, ó como el juez que una vez que ha dictado la sentencia, carece de facultad para corregirla ó mudarla.

Tello Fernandez, apartándose completamente de la doctrina de Gomez, expone que el único fundamento de la resolución de la ley, es que siendo el testamento hecho por el comisario real y verdaderamente del mismo testador, muerto éste no tiene el comisario términos hábiles para alterarlo, así como si lo hubiera hecho por sí mismo el difunto quedaba firme y permanente despues de su muerte, sin que por nadie pueda ser revocado.

Gutierrez expresa, que como el testamento de un comisario es el eco postrero de la palabra de un moribundo, parece justo que se recoja y selle de una vez para no alterarla ni cambiarla más.

Llamas añade, que la facultad de revocar el testamento llevaría consigo un absurdo, porque entónces era convertir el poder que recibió para hacer testamento en poder para destruirlo, y que muriese sin testar el que había dado el poder con el fin de morir testado.

De cualquier modo, la ley sienta el principio de que el comisario puede revocar el testamento que hizo, ni áun reservándose la facultad de hacerlo. La ley no necesita aclaración de ninguna especie, y la jurisprudencia ha confirmado con sus decisiones el precepto de aquélla.

Esto no obstante, si el testamento primeramente otorgado por el comisario adoleciera de algun defecto de nulidad, puede otorgar otro ó subsanar la falta cometida en el primero, sin que por eso pueda decirse que aquél se revoca, puesto que lo nulo no puede decirse con ver-

dad que se deroga, toda vez que jamas tuvo valor.

Es de advertir que la segunda disposición testamentaria que otorgue el comisario por el motivo ántes expresado, ha de formalizarse dentro del término que en el art. 901 hemos señalado.

Art. 905.—Si el testador, despues de haber hecho la institución de heredero, otorgase poder para que otro terminase el testamento, este comisario podrá solamente disponer del quinto de los bienes que quedaren despues de satisfechas las deudas.

## ORÍGENES

Ley 6.ª, tit. XIX, lib. X, Nov. Rec. (37 de Toro).

## COMENTARIO

Deseoso el legislador de prever todos los casos que pudieran presentarse, supone que el testador despues de haber instituido heredero, confiere poder para que otro termine el testamento. «Cuando el testador nombrada ó señaladamente hizo heredero e fecho dio poder a otro que acabase por el su testamento, el tal comisario no pueda mandar despues de mandadas las deudas y cargos de servicios del testador, mas de la quinta parte de sus bienes del testador, y si mas mandare, que no vala, salvo si el testador especialmente le dió poder para mas».

El legislador, á nuestro entender, ha pecado de redundante en este punto. Sin necesidad de escribir esta ley, se hubiera observado su doctrina deducida de las leyes anteriores. Combinando la 32 con la 34, hubiérase deducido necesariamente el precepto que comentamos. Si cuando el testador no da poder especial para sustituir ni para mejorar, sinó para otorgar testamento sin especificar las disposiciones que ha de contener, solamente podrá mandar que se paguen las deudas y cargos de conciencia del testador; si, por otra parte, el comisario no puede revocar, á ménos de tener poder especial para ello, el testamento que había otorgado el poderdante, es evidente que si llega el caso de que éste teste en parte y en parte delegue la facultad de testar, el comisario deberá respetar lo hecho por aquél, limitándose á cumplir las deudas y destinar la quinta parte en favor de su alma, salvo el caso de que hubiese recibido poder para más.

Solamente en cuanto á la disposición del quinto hubiera sido posible la disparidad de opiniones. Si el comisario no concluyó el testamento, ¿deberá el heredero instituido invertir el quinto de los bienes en beneficio del alma del testador? Entienden algunos, que siendo el heredero colateral ó extraño, puesto que la ley 36 manda que cuando los parientes colaterales hereden los bienes del finado por no haber otorgado el testamento el comisario, estén aquéllos obligados á disponer de la quinta parte de los bienes por el alma del testador.

Afirman otros que la ley 36 se refiere únicamente al caso en que el testador, ó mejor dicho, el poderdante, murió por completo intestado, porque ni él ni el comisario otorgaron el testamento, caso distinto al que es objeto de la ley que comentamos, y no debe aplicarse la disposición dada para el que murió completamente intestado al en que ha habido institución de heredero.

Sin embargo, desde el momento en que el testador otorga el poder sin hacer en él disposiciones especiales, es evidente que se conforma con las disposiciones de esta ley, que su voluntad es que se practique lo que en esta ley se dispone; por consiguiente, bien por considerarse que en este punto murió intestado, como quiere Llamas, bien á título de interpretación recta de la voluntad del testador, es preciso que el quinto se emplee en favor de su alma.

Artículo 906.—Cuando fueren varios los comisarios nombrados, si alguno de ellos renuncia, el poder queda íntegro en los demás. La discordia entre los comisarios se decidirá por mayoría de votos, y si hubiere empate lo resolverá el juez del lugar si fuere uno solo, y en otro caso, el que eligieren los comisarios ó el que designe la suerte si no hubiere acuerdo sobre este punto.

## ORÍGENES

Ley 7.ª, tit. XIX, lib. X, Nov. Rec. (38 de Toro).

## COMENTARIO

Un último caso podía preverse por el legislador y ha sido objeto de su estudio. En sentir general de los autores, debiera haberse resuelto este caso de un modo diferente. A Tello le sorprende: *singulare est*, dice, que pueda someterse á varios la testamentación. Gutierrez afirma que si esto sucede es por equivocación.



Sin embargo, el precepto legal es tan claro y terminante que apenas hace posible alguna duda.

*Cuando el testador dejare dos ó mas comisarios, si alguno ó algunos de ellos requeridos no quisieren, ó no pudieren usar del dicho poder ó se murieren, el poder quede por entero al otro ú otros que quisieren e pudieren usar del dicho poder; y en caso que los tales comisarios discordaren, cumplase y ejecutese lo que mandare y declare la mayor parte de ellos; y en caso que no haya mayor parte, y fueren discordes, sean obligados a tomar por tercero al corregidor, ó asistente, ó gobernador, ó el alcalde mayor del lugar donde fuere el testador, y si no oviere corregidor, ni asistente, ni gobernador, ni alcalde mayor, que tomen al alcalde ordinario del dicho lugar por tercero, y si muchos alcaldes ordinarios oviere, y no se concertaren los dichos comisarios cual sea, en tal caso echen suertes, y el alcalde á quien cupiese la suerte se junte con ellos é lo que la mejor parte declarare ó mandare, que aquello se guarde y ejecute.*

Después de un texto tan minucioso y claro, solamente se nos ocurre preguntar: cuando hay varios comisarios, ¿qué término se les concede

para otorgar el testamento? ¿será aplicable á cada uno de ellos las diversas reglas que hemos visto en el art. 901 (ley 33 de Toro)? ¿habrá, por el contrario, un término común á todos ellos; así para los que residieran en el mismo lugar como para los que se hallaren en el extranjero?

En cuanto al tercero nombrado para dirimir las discordias que surjan entre los comisarios, es opinion de los autores que hoy competen esas facultades á los jueces de primera instancia de la localidad, y en su defecto, al alcalde ordinario, en sentir de algunos, ó el juez municipal, segun manifiestan otros.

La eleccion de estos funcionarios se hará por mayoría de votos en los casos en que fueren varios los jueces de la misma localidad donde murió el testador, y solamente cuando tambien resulte empate en la designacion de juez se procederá á la insaculacion para determinarlo.

Segun expresan Gomez, Acevedo, Llamas y otros, la decision por suerte solamente tendrá lugar en el caso mencionado, y sin que ninguna otra cuestion ni discordancia pueda solventarse por aquel procedimiento.

No creemos que la ley haga necesaria esta aclaracion.

## CAPÍTULO IV

### DE LA APERTURA, PUBLICACION Y PROTOCOLIZACION DE LOS TESTAMENTOS

#### SECCION PRIMERA

##### DEL TESTAMENTO ABIERTO

Artículo 907.—A instancia de parte legítima, podrá elevarse á escritura pública el testamento hecho de palabra.

##### ORÍGENES

Ley 4.ª, tit. II, Partida 6.ª  
Art. 1380 Ley Enjuic. civ.

##### JURISPRUDENCIA

Cuando el testamento nuncupativo ordenado

ante escribano no se redacta en escritura debidamente autorizada para que sea declarado testamento, deben preceder las mismas formalidades que para el hecho por cédula ante testigos exige este título (Sent. 11 Junio 1864).

Ni por este artículo ni por el 1383 de la ley de Enjuic. civ. se dispone que, aceptado un medio de prueba de la existencia de un testamento, no puede hacerse uso de los demas que reconoce el Derecho (Sent. 7 Diciembre 1866).

Cuando un español, con simple domicilio en un país extranjero, otorga en éste válidamente su testamento en cuanto á las formalidades externas, arreglándose al estatuto formal, ó lo que es lo mismo, á las solemnidades exigidas en el país en que testó, los tribunales de éste son competentes para todas las actuaciones de apertura del testamento, y para dictar las oportunas providencias respecto á su registro y á la conservacion y seguridad de los bienes (Sent. 6 Noviembre 1869).

##### COMENTARIO

El precepto contenido en este artículo no necesita explicacion.

Una duda solamente creemos que pueda estudiarse en este lugar. No señalándose en este artículo término dentro del cual el testamento hecho de palabra haya de formalizarse ante el juez competente, ¿estará en vigor la ley 11, tit. V, lib. II del Fuero Juzgo, que limita este término á seis meses bajo pena de nulidad?

No hemos visto propuesta esta duda por ningun comentarista. En nuestro sentir, después de la ley 63 de Toro, quedó unificada la materia de prescripcion de acciones, y por consiguiente, derogada la ley del Fuero que resultaba en contradiccion con aquélla.

El silencio de los autores nos hace creer que participan de esta opinion. En su consecuencia, la accion que la ley confiere á todos los que sean parte legítima para que se eleve á escritura pública el testamento hecho de palabra, estará sujeta en cuanto á la prescripcion á lo dispuesto en la ley de Toro citada.

Artículo 908.—Se entiende ser parte legítima para los efectos del artículo anterior:

Primero. El que tuviere interes en el testamento.

Segundo. El que hubiere recibido en él cualquier encargo del testador.

Tercero. El que, con arreglo á las leyes, pueda representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los casos que se expresan en los párrafos anteriores.

##### ORÍGENES

Art. 1381 Ley Enjuic. civ.

##### COMENTARIO

«Ante testigos,—decía la ley de Partida,—paladinamente seyendo fecho el testamento, o

*sin escritura si alguno de aquellos a quien fué algo mandado en él pidiese al juez que fiziesse venir ante si los testigos, e rescibiesse los dichos dellos en escrito en la manera que el testamento fuera ordenado ante ellos, deve el juez fazerlo assi.»* Mas este precepto ha sido considerablemente ampliado por la ley de Enjuiciamiento civil que comentamos.

En su virtud podrán pedir que el testamento hecho de palabra se eleve á escritura pública todos los que enumera el artículo.

En sentir de algunos, el juez que interviniera en las operaciones preliminares para la seguridad y custodia de los bienes, papeles y efectos pertenecientes á uno que se cree muerto sin testamento, deberá proceder de oficio á examinar los testigos que, segun su noticia, hayan asistido á la manifestacion de la última voluntad del testador, y si de sus declaraciones resultare la concurrencia de los requisitos que veremos más tarde, mandará, tambien de oficio, que se protocolicen, á fin de hacer constar de un modo fehaciente que existe disposicion testamentaria, y por lo tanto, que no puede continuar los autos del abintestato.

Entendemos, de acuerdo con el parecer de notables comentaristas, que la ley no consiente que el juez pueda elevar de oficio á escritura pública el testamento que resultare hecho de palabra: deberá limitarse á admitir la demanda que con aquel fin se hiciere por parte legítima, repeliéndola en otro caso.

En el primer número del artículo que comentamos deben comprenderse no sólo los que directa é inmediatamente han de recibir del testamento manda, legado, ó comision, sinó otras personas encargadas de representar determinados intereses, como el promotor fiscal por el Estado, el alcalde por el pueblo ó municipio, el diputado provincial, designado por la Diputacion, por ésta, etc.

¿Puede el acreedor pedir la protocolizacion del testamento otorgado de palabra? Manresa resuelve que los acreedores *reconocidos* en el testamento serán parte legítima para pedir que se eleve á escritura pública; pero no los *no reconocidos*, porque aquéllos tienen interes en que sea válido el testamento por la declaracion que contiene favorable al derecho de los mismos, y los segundos no se encuentran en este caso; su derecho no nace del testamento ni se justifica con él, sinó del convenio con el difunto, y pueden ejercitarlo contra la herencia, ya sea testada ó intestada, concediéndoles la ley en