

LEY TRIGÉSIMANOVENA.

(L. 8.^a, TÍT. 19.^o, LIB. X, NOV. REC.)

La solemnidad del poder para testar sea igual á la que se requiere en el testamento.

«En el poder que se diese al comisario para hacer todo lo susodicho ó parte de ello intervenga la solemnidad del escribano y testigos, que segun leyes de nuestros reinos ha de intervenir en los testamentos; y de otra manera no valan, ni hagan fee los dichos poderes.»

COMENTARIO.

1. El texto de la ley no necesita en realidad ninguna explicacion, porque su contenido es bien claro y explícito. El comisario no puede recibir ninguna mision como no se la otorgue el poder que tenga iguales solemnidades que los testamentos.

2. Todo esto quiere decir que el espíritu que domina en las leyes de Toro que hablan de comisariato, es restringir lo posible tales nombramientos, porque la verdad es que si la eleccion de un apoderado para testar descansaba principalmente en la desidia y abandono de no quererse ocupar de un asunto tan triste, en que necesariamente hay que pensar en la muerte, la ley vino á decir al otorgante: no basta que extiendas un poder sencillo, como si fuera para administrar una finca ó defender un pleito. Necesitas otorgar un instrumento público, igual, con las mismas solemnidades que el testamento.

3. El legislador ciertamente consiguió su objeto. Desde la promulgacion de las leyes de Toro la eleccion de los comisarios se fué disminuyendo mucho, y en el presente siglo son muy raros los otorgamientos de estos poderes.

4. Influyen para ello tres causas poderosas. Es la primera,

que á medida que se extiende la ilustracion y se generaliza la enseñanza de leer y escribir, no hay necesidad de acudir á un tercero cuando el individuo puede hacer por sí mismo las cosas que tanto le interesan. En los siglos medios era rarísima la persona que podia otorgar testamento escrito. Hoy son muchas estas últimas voluntades, y nuestra opinion se inclinaria á que se extendiera esta manera de trasmitir los bienes.

5. La segunda causa de la disminucion de los comisarios consiste, en que el fideicomisario es en realidad un apoderado con más ámplias facultades que el llamado comisario. Si á este pusieron cortapisas las leyes de Toro, de ninguna manera prohibieron se eligiera heredero fideicomisario al amigo íntimo, tal vez á la compañera de toda la vida, quizá á un pariente inmediato. El legislador no podia en esto limitar en nada la libre facultad de testar con encargos impuestos á ese heredero fideicomisario para que practicara lo que á su conciencia le encomendó el testador. Pero no ahondemos más esta materia, que podrá ser discutida ámpliamente en otro lugar. Sépase que la eleccion de herederos y comisarios ha influido no poco en la casi supresion total de los poderes que en lo antiguo se otorgaban á los comisarios.

6. Pero lo que realmente ha dado el golpe de gracia á la institucion que ahora nos ocupa, es la redaccion de *memorias testamentarias*. Desde el instante que el derecho no existe, que la costumbre ha introducido el medio, no sólo de dejar pingües y grandes legados en escritos simples firmados por el testador, sino hasta designar el heredero, siempre que de estos documentos se haga mérito en un testamento formado, y estando escritos, ó por lo ménos firmados por el testador, no hay necesidad de llamar á la puerta del vecino para que otorgue por nosotros testamento. La creacion de las memorias testamentarias, que es un equivalente á los testamentos ológrafos, evita que se tenga que acudir á terceras personas cuando el testador á sus solas puede escribir y disponer lo que le plazca con sólo otorgar un testamento sencillo, y el que se remita en todo á lo que aparezca escrito y dispuesto en un papel que se hallará en tal ó cual parte. Si esto ha sido un adelanto en nuestra legislacion, ó si se debe ó no regularizar por el poder público lo que la costumbre ha introducido en materia tan interesante, es punto que examinamos en otra parte, bastándonos aquí decir que hoy no habria ningun peligro en suprimir las comisarias para testar habiendo ya otros medios reconocidos por los tribu-

nales que reemplazan suficientemente ese antiguo método, que despues de todo no puede causar daño, porque si el poder para testar necesitaba por las leyes de Toro las mismas solemnidades que el testamento, y con cuyos requisitos se cortaron los males y abusos antiguos, hoy no habrá ningun notario medianamente ilustrado que no aconseje que ese poder para testar le convierta el otorgante en su verdadera y última voluntad, máxime cuando puede extender memorias testamentarias, y en último término elegir heredero fideicomisario, que es el último grado de la confianza.

7. No tiene, por lo tanto, objeto engolfarse en los casos prácticos que dieron lugar á disparidad de pareceres entre Antonio Gomez y Matienzo, haciéndose despues juez del palenque como siempre Sancho de Llamas. Decia Gomez: «Si el poderdante extendió ese poder nuncupativamente, el comisario estará obligado á extender un testamento nuncupativo. Si, por el contrario, el testador da esos poderes en un instrumento público y cerrado, el comisario tendrá que otorgar tambien un testamento escrito.»

8. Matienzo, por el contrario, sostiene en la glosa primera de esta ley, que el comisario puede adoptar el medio que le pareciere más oportuno, ya sea testando nuncupativamente, ya otorgando testamento escrito, porque si el testador puede revocar su última voluntad, aunque sea escrita, llamando á tres testigos y el escribano, lo propio puede hacer el comisario, que en rigor no hace con el otorgamiento del testamento escrito ó nuncupativo más que llevar á debida ejecucion lo que le preceptuó su poderdante.

9. De la misma especie es la duda que se le ocurre á Sancho de Llamas, sobre si el ciego que no puede otorgar testamento sino ante cinco testigos será necesario, no sólo que en los poderes para testar dados por el ciego intervengan cinco testigos, sino que ademas el testamento que hiciera el comisario debia ser con ese mismo número de testigos, y por el contrario, cuando el testador tenía vista y el comisario la pierde, no á la situacion de éste, sino á la que tenía aquél se debe atender para el cumplimiento de solemnidades.

10. Tenemos la desgracia de disentir completamente de estas opiniones, porque nuestro parecer ha sido siempre que las leyes se han de entender y explicar natural y sencillamente. Se comprende muy bien, que el testador verdadero prefiera la reserva y otorgue testamento cerrado y aun poder para testar

en este sentido. No se halla en el mismo caso el comisario, porque su testamento habia que abrirlo inmediatamente ó en el breve término que fija otra ley de Toro. ¿Para qué pues este aumento de solemnidades? Si el testamento nuncupativo es legal y hasta hay la ventaja en este caso de consultar al otorgante, ¿para qué hacer ese cierre y llamar á siete testigos y poner ese signo del escribano, lo cual no habia de producir más que mayores gastos y ninguna utilidad? Nos inclinamos por consiguiente á la opinion de Matienzo en este punto, contra lo que dice Antonio Gomez.

11. Y sobre el testamento del ciego tiene aplicacion la misma teoría. En buen hora que el ciego que quiera otorgar poder para testar, tenga necesidad de sujetarse á las reglas y preceptos establecidos para el testamento del mismo ciego; pero no se halla en este caso su comisario no padeciendo esa desgracia y puede muy bien cumplir con su cometido testando nuncupativamente. Por el contrario, si el poderdante no sufría esa enfermedad y si el comisario, éste debe someterse á las prescripciones que la ley impone á los ciegos. ¿Cuál es el objeto á que tienden todas esas disposiciones reglamentarias y solemnidades exteriores? Que no se falsee la voluntad del testador y que se otorgue un documento auténtico. Pues esto se consigue, dada la legitimidad del poder para testar, con que el comisario ajuste su conducta á las condiciones del poder; pero como si él mismo tratara de otorgar testamento, ya abierto; ya cerrado, lo cual podria realizar atendidas las circunstancias de su persona.

12. Y no se replique, que segun esta teoría, podria facultarse al comisario militar para que otorgase testamento de esta especie prescindiendo de todo género de solemnidades. Los términos de comparacion no son exactos. El apoderado no se puede identificar tanto con el poderdante que de dos personas se haga una sola, extendiendo en favor de uno los privilegios de otro, lo cual no ha concedido jamas la ley, tratándose especialmente de derechos personales, en cuyo número se encuentra la concesion hecha á los militares para testar sin ninguna solemnidad. Lo que sí permite la ley es, que un militar en campaña dé poder hasta de palabra á un compañero de armas ó por un simple escrito para que por él se otorgue testamento y que éste le extienda en los mismos términos, porque en semejante caso la carencia de las solemnidades descansa en el mutuo privilegio que gozan apoderado y poderdante.

13. En resúmen, el jurista debe tener presente, que si bien

el legislador quiere que no se prescindiera de las solemnidades, al transmitir á otro la facultad de hacer testamento para que conste de una manera cierta y positiva la última voluntad del poderdante, no pensó jamás en imponer mayores obligaciones al comisario que las que exige para el testamento comun y ordinario. Y mucho ménos pueden pedirse requisitos minuciosos estrechándose más y más las atribuciones del comisario cuando en la ley que se comenta y en las anteriores están mermaid las atribuciones del apoderado, porque real y positivamente la última voluntad no es lo que hace dicho comisario, sino poner en ejecucion lo que mandó y dispuso el mismo testador en el poder.

14. Si en algun tiempo pudo ser esta una cuestion interesante, porque eran muchos y de distinta índole los poderes para testar, hoy son pocos los casos que ocurren por las distintas mudanzas que ha sufrido la sociedad, ya en su modo de ser, ya en la facilidad de otorgar testamentos hasta las personas ménos peritas.