

## LEY TRIGÉSIMAPRIMERA.

---

(L. 1.<sup>a</sup>, TÍT. 19.<sup>o</sup>, LIB. X, NOV. REC.)

El comisario, para testar, no puede hacer heredero ni lo demas que se expresa, sin poder especial.

Porque muchas veces acaece que algunos porque no pueden, ó porque no quieren facer sus testamentos, dan poder á otros que los fagan por ellos; é los tales comisarios facen muchos fraudes y engaños con los tales poderes, extendiéndose á más de la voluntad de aquellos que se lo dan: por ende para evitar los dichos daños, ordenamos é mandamos que de aqui adelante el tal comisario no pueda por virtud de tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoría del tercio ni de quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos, ó descendientes del testador, ni les pueda substituir vulgar ni pupilar ni ejemplarmente, ni hacerles substitucion alguna de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, salvo si el que le dió el tal poder para hacer testamento, especialmente le dió el poder para hacer alguna cosa de las susodichas: en esta manera el poder para facer heredero nombrando al que da el poder por su nombre á quien manda que el comisario faga heredero, y en cuanto á las otras cosas, señalando para qué le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló ó mandó, y no más.

### COMENTARIO.

1. Los Romanistas no encuentran vestigio alguno de esta delegacion en el derecho de la Ciudad Eterna. Al contrario, en

las leyes 32.<sup>a</sup> y 70.<sup>a</sup>, ff. de *heredibus instituendis*, se prohíbe de un modo formal y absoluto que uno haga testamento por otro. Era un acto solemne de ciudadanía, y no se podía encomendar á tercera persona. A su semejanza la ley 11.<sup>a</sup>, tít. 3.º, Partida VI, se ocupa de la misma materia y declara nulo y de ningún valor el nombramiento de heredero que hiciese otro en virtud de poder.

2. ¿De dónde procede entónces esta ley de Toro, y cuáles fueron las dudas que vino á resolver? Este es uno de los casos en que el derecho de los pueblos conquistadores luchó con el que habian importado los Romanos. En el Fuero Juzgo se encuentra algun vestigio parecido al comisariato, pero donde verdaderamente se crea esta institucion es en el Fuero Real, diciéndose en la ley 6.<sup>a</sup>, tít. 5.º, lib. III, que lo que haya dispuesto el que recibió el poder para hacer testamento sea válido y subsistente, como lo sería si lo hubiese ordenado aquel que le dió el poder, y supone tambien dicha ley que la causa de dar poder á otro para hacer testamento nace de que el que da el poder ó no quiere ó no puede hacer por sí el testamento.

3. Esta ley del reino, que tenía, ó por lo ménos debía tener, más fuerza que la de Partida, porque este no es más que un código supletorio, no dejaba de ofrecer dificultades sobre las atribuciones del comisario; si podia ó no podia nombrar heredero, distribuir la herencia de esta ó de la otra manera, y si era ó no indispensable justificar si el poderdante podia ó no podia hacer testamento.

4. Estos y otros muchos casos fueron los que vino á resolver la ley 31.<sup>a</sup> de Toro marcando específica y determinadamente quiénes podian nombrar comisario y cuántas y cuáles eran las atribuciones de éste en conformidad á los preceptos contenidos en el mismo poder. En realidad el comisario no es más que el fideicomisario romano, que tambien se conoce en el derecho civil moderno, y no se nos alcanzan los motivos que pueda tener el que otorga un poder para testar para no hacer desde luégo testamento. En uno y otro acto se piensa en la muerte y se designa quién ha de suceder en los bienes, porque si el otorgante no lo dice, y no se dan esas atribuciones, el comisario no puede nombrar heredero.

5. Mas entrando en el fondo de la ley, lo primero que ocurre preguntar es: ¿quién puede nombrar comisario? La contestacion es sencilla, el que puede hacer testamento; y como no tiene este derecho el menor de 14 años, ni el mentecato, ni el fa-

tuo, ni el pródigo, ni ninguno que tenga incapacidad legal de otorgar instrumentos públicos, éstos son los que no pueden elegir comisario. La ley quiere que este encargado sea en rigor un apoderado que no pueda estralimitarse de las facultades que le dé el poderdante; y para ello, si se limita á hacer el simple nombramiento de tal comisario, sus atribuciones son tan cortas como cuando simplemente se dice: nombro por mi comisario á N.... Entónces dicho sujeto, no puede ni elegir heredero, ni nombrar tutor, ni hacer mejora de tercio y quinto, ni en fin, desempeñar otra mision que la de simple albacea, porque segun nuestra doctrina ni áun legados podria distribuir, aunque cupiesen en el quinto.

6. Y tenemos estas opiniones, porque la ley nos autoriza á reducir las facultades de tales funcionarios. Dice y con razon que estos encargos dan lugar á muchos fraudes y engaños, y que para evitarlos se adoptan estas y las otras medidas. Luego cuando se dude si tiene derecho dicho comisario para hacer alguna cosa, la interpretacion debe ser estricta y decidirse por la limitacion en vez de ensanchar las facultades. El testador que quiere encomendar á un su amigo que se coloque en su lugar, y que distribuya sus bienes como él tiene encomendado, hace un fideicomiso, le nombra tal heredero fideicomisario; y éste, bajo su conciencia, dispone de la herencia y la entrega al que en la intimidad se le designó. Claro es, que esto no puede tener eficaz resultado más que cuando no existen herederos forzosos, ó por lo ménos esos nombramientos no pueden tener eficaz resultado más que en la parte de que pudo disponer el testador. Generalmente ni el fideicomisario ni el comisario se eligen sino por los célibes, por aquellos que pueden dejar su patrimonio al primero que pase por la calle. Más de una vez sucede que, siendo mezquinos, no queriendo pensar en la muerte, sus herencias van á parar á personas en quienes no pensaron, porque confian en quienes los adulan y de éstos es de quienes trata el legislador y con harta razon dice que suelen cometer muchos fraudes y engaños.

7. Si la ley del fuero permitia que genéricamente se podia facultar para nombrar heredero, sin nombrar la persona, los Reyes Católicos mandaron que el heredero fuese designado por su nombre, porque en otro caso la eleccion sería nula. Las palabras del legislador son categóricas y no se pueden tergiversar por las razones ántes expuestas. Sin embargo, están divergentes los autores, si no en cuanto al nombramiento de herede-

ro, sí respecto á la dacion de mejoras y al nombramiento de tutores. Cuando el testador ha dicho: el comisario designará al hijo que quiere mejorar, el que haya de ser el tutor, entónces no es necesario que lo designe con su nombre. Pero si en vez de este lenguaje usa de otro, en que aparezca que el comisario es quien lo elige, como si dijera que concede esta facultad al expresado sujeto, tal determinacion no valdrá, porque no es entónces el padre, sino el comisario quien favorece quizá á la persona que ménos lo merezca.

8. Nosotros somos rígidos y severos en la interpretacion de la ley. Diciendo como dice esta, que dichos nombramientos no los puede hacer el comisario, *salvo* si el que le dió el tal poder para hacer testamento, *especialmente le dió el poder para hacer alguna cosa de las susodichas: en esta manera el poder para hacer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre, á quien manda que el comisario haga heredero*, no parece que se puede sutilizar buscando fórmulas más ó ménos expresivas, para sustituir el lenguaje que ha de usar el que otorga el poder. Reconociendo el legislador que la institucion de los comisarios se presta á los engaños y falsedades y á que se cometan muchos fraudes y engaños, todas las restricciones son pocas y no hay que andar con distinciones, de si las palabras del poder hablan de la persona ó de la sustancia de la disposicion. Siempre consultamos con gusto á Covarrubias y Castillo, què disertan largamente sobre este punto, el primero en el capítulo de *Testamentis*, número 14, y el segundo en el libro II, *Controversarium*, capítulo 6, número 51; pero las observaciones de estos excelentes tratadistas no nos convencen, y queremos, siguiendo la letra de la ley, que el poderdante cumpla con lo que en ella se manda de nombrar por su nombre al heredero y mejorado que luégo ha de designar el comisario. Esto cuesta bien poco y se evitan esos fraudes y engaños. No estamos solos defendiendo este parecer. Antonio Gomez, en el número 4 del comentario á esta ley, y otros, se encuentran en armonía con nuestra opinion.

9. Y no se diga que en lo demas, en la eleccion de heredero se puede aplicar la ley con todo rigor, pero no en las otras atribuciones, como las de designar las mejoras, elegir tutores y hasta hacer legado, lo cual no se prohíbe en las últimas frases, siempre que para ello recibiese especialmente el poder. Cabalmente en las mismas nos fundamos, para coartar todo lo posible esas peligrosas atribuciones. Dos cosas se exigen en ellas.

Primera, que el poder sea *especial*, y segunda, que el comisario no se extienda más allá. *Y no más*, son las últimas palabras preceptivas del legislador; y cuando toda la tendencia es restringir las facultades, no concebimos cómo se quiere mirar y calificar negocio de poca monta la adjudicación de mejora y el nombramiento de tutores, y distribuyendo quizá toda la herencia, ó una buena parte, en legados ó sufragios. Aquí se encuentra el foco de los engaños y fraudes de que se habla en la ley, y los comentadores no deben dar pábulo á que en vez de corregir abusos, se abra la puerta á cometerlos mayores.

10. Permítasenos repetir, que el que no quiere pensar en la muerte y otorgar testamento, lo cual haríamos nosotros que fuera obligatorio á cierta edad y contando con alguna fortuna, tiene el medio expedito del fideicomiso. Claro es, que nos remitimos á los que no tienen herederos forzosos, porque existiendo estos, inútilmente nombrarán comisarios ni herederos fideicomisarios los poderdantes para que puedan perjudicar los comisarios á las legítimas de sus descendientes ó ascendientes. Cuando la familia está bien constituida, cuando el hombre ha llenado su misión en la tierra, y no es un parásito, que no ha pensado más que en sí mismo, no se otorgan fideicomisos con encargos secretos ni se elijen comisarios. Los hijos y la mujer son los que reciben el último suspiro del testador, y no hay entonces necesidad de personas extrañas que muchas veces significan grandes faltas que se tratan de encubrir con esos encargos secretos. No queremos nosotros privar á estos testadores del agua y del fuego; pero sí nos inclinamos á que no se aumenten las atribuciones de personas que pueden venir á perturbar los derechos legítimos de los que debieron heredar. Cuando tan grandes ataques se dan á la propiedad individual, y más aún á la herencia, el jurista previsor debe encauzar las ideas para que esas mismas herencias vayan á los que la razón y la naturaleza han llamado en todos los pueblos y en todos los tiempos. Materia digna de estudio y que explanaremos comentando alguna otra cuestión legal.