

## LEY TRIGÉSIMASEGUNDA.

---

(L. 2.<sup>a</sup>, TÍT. 19.<sup>o</sup>, LIB. X, Nov. REC.)

El comisario, en virtud del poder general para testar, puede hacer lo que en esta ley se previene.

Cuando el testador no hizo heredero, ni ménos dió poder al comisario que lo ficiese por él, ni le dió poder para hacer alguna cosa de las dichas-en la ley próxima, sino solamente le dió poder para que por él pueda hacer testamento, el tal comisario mandamos que pueda descargar los cargos de consciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas é cargos de servicio, é otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el ánima del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare, el remanente se parta entre los parientes que vinieren á heredar aquellos bienes abintestato: é si parientes tales no tuviere el testador, mandamos que el dicho comisario dejándole á la mujer del que le dió el poder lo que segun leyes de nuestros reinos le puede pertenecer, ha obligado á disponer de todos los bienes del testador por causas pias é provechosas á la ánima del que le dió el poder é no en otra cosa alguna.

### COMENTARIO.

1. Aunque la presente ley no parece que es más que un apéndice y corolario de la anterior, sin embargo, resolvió árduas cuestiones que traian perturbados á los tribunales. Examinaremos primero lo que tenía relacion con el derecho romano, y luégo analizaremos la parte que en este asunto de los comisarios habia tomado de la legislacion canónica.

2. Saben todos los romanistas que era una ignominia morir parte testado y parte intestado, locucion que no es muy gramatical; pero que descubre la razon por qué se tenía este aborrecimiento en aquel pueblo Rey. Entre otras muchas disposiciones vino á fijar la jurisprudencia la ley 1.<sup>a</sup> ff. *de legatis* 2, y confirmaban más esta doctrina la 7.<sup>a</sup>, párrafo 1.<sup>o</sup>, *de rebus dubis*. En estas leyes se facultaba al testador para que pudiese cometer á un tercero la eleccion de la persona á quien se dejaba el legado ó fideicomiso; pero no que esto lo pudiera hacer arbitrariamente. En el primer caso, se suponía, y con razon, que el testador habia hecho reservadamente este encargo, no en el segundo, que no sería más que un acto voluntario del que habia recibido el poder.

3. Aplicándose en realidad estos principios en la legislacion española que por espacio de siglos fué puramente romana, tomó parte en su desenvolvimiento la Iglesia en todo lo que pudiera rozarse, especialmente con los actos piadosos y con el cumplimiento de las últimas voluntades. Los que quieran descubrir las causas de la inmensa riqueza adquirida por los cabildos y conventos, no sólo encontrarán los títulos de pertenencia en que tocó legítimamente á la Iglesia su parte de botín en la reconquista, porque los prelados llevaban sus huestes á la pelea por la patria y la religion, sino porque despues muchos hombres piadosos creyeron que debian fundar monasterios y dotarlos con ricas haciendas.

4. Al lado del derecho está siempre el abuso del mismo derecho. En los primitivos tiempos ilimitada fué la facultad de hacer donaciones de todo género á las casas piadosas directa é indirectamente por medio de los comisarios. La misma curia romana quiso regularizar estos donativos, pero convirtiéndolos en provecho de esos mismos establecimientos. No podemos ménos de copiar lo que sobre el particular cita Sancho de Llamas al principio del comentario de la ley 32.<sup>a</sup>: «El obispo Altisidorensi, que tenía privilegio pontificio para disponer de los bienes de los clérigos que morian *abintestato* en su diócesis, consultó al Papa si aquellos que cometian ó dejaban su última voluntad á disposicion de otro, se habian de reputar que morian *abintestato*, á cuya consulta respondió el Papa en estos términos: que aquel que su última voluntad la deja á disposicion de otro, no parece que muere intestado.»

5. En la exposicion que el Papa Inocencio IV hizo, como doctor particular de este capítulo, fué de dictámen que los bie-

nes de los que morian en el caso de la consulta debían invertirse en *obras pías*, cuya opinion han seguido constantemente los canonistas.

6. Hasta aquí el Sr. Sancho de Llamas, y tiene razon en encontrar en el derecho canónico el origen de esa escuela que, bajo el nombre de *obras pías*, quiso que se acumularan las inmensas riquezas que pasaron á manos muertas. Ni lo aplaudimos, ni lo censuramos. En su sitio y lugar daremos nuestra opinion; pero en lo que concierne á la presente ley, diremos que en su publicacion presidió el pensamiento de poner límites á esas adquisiciones, y que si por derecho canónico se reconocia que los bienes de los que morian nombrando comisario con facultad de distribuir sus bienes, se invirtieran en fundaciones piadosas, los Reyes Católicos mandaron lo contrario en esa ley 32.<sup>a</sup> Medida sábia y prudente que empezó á poner coto á las voluntades captatorias.

7. Empieza diciendo la ley que si el testador no hizo heredero, ni ménos facultó al comisario para que lo eligiese ni para ninguna otra cosa de las dichas en la ley anterior, sino solamente para que pueda hacer testamento por él, entónces las facultades de dicho comisario quedan reducidas á que *descargue la conciencia* del testador que le dió el poder, pagando sus deudas é cargas de servicio, é otras deudas semejantes, y mandar distribuir por su ánima la *quinta parte de sus bienes*, y que el remanente se parta entre los parientes que pudieren heredar *abintestato*. Cuando no hubiera parientes, prosigue la ley, despues de dar á la viuda lo que por derecho la corresponda, entónces se puede emplear el remanente en obras pías provechosas al ánima del testador. De modo que el legislador tomó un término medio. Cuando hay parientes, el comisario no puede desheredarlos ni dejar de entregar á la viuda lo que sea de derecho. Si no hubiera parientes dentro del décimo grado, que era el reconocido por las leyes de Partida, lo cual es muy difícil, entónces distribúyase la herencia.....¿en misas y sufragios? No, en obras de beneficencia, que son tan provechosas al alma, como no lo sean más que los responsos. Si hubiera herederos *abintestato*, el comisario podrá destinar nada más que la quinta parte del líquido de la herencia por el ánima del testador.

8. ¿Se empleará toda esta quinta parte en la sepultura y entierro del finado? Si la herencia fuera grande, el comisario no cumplirá con su deber si no distribuye ese quinto entre los pobres y la Iglesia. Así lo dicta la razon y así está mandado en

más de una disposicion canónica. La caridad es la virtud más grata á Dios, y nadie podria reconyenir al que así distribuyera los bienes de un poderoso.

9. Y bueno es advertir aquí, que el derecho de heredar los trasversales ha sufrido aquí alguna modificacion, y por consiguiente, la ley que estamos comentando. En 16 de Mayo de 1835 se promulgó una disposicion dando derecho de heredar al Estado, y lástima es que no hubiese restringido algo más la sucesion dejándola reducida á los parientes dentro del cuarto grado. Llamó en primer lugar á dichos parientes dentro del cuarto grado: despues á los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes respecto á la sucesion del padre y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre. Luego reconoció el legítimo derecho de la viuda, ó, mejor dicho, del cónyuge no separado por demanda de divorcio, y en último término á dichos parientes dentro del décimo grado. Con razon el Sr. Olózaga, en un excelente discurso que leyó siendo presidente de la Academia de Jurisprudencia de Madrid, censuraba la laxitud y benevolencia de la ley para personas que ni la remota idea tendrán en muchos casos de la existencia de ese parentesco. En este caso los pobres, y siempre los pobres, deberian ser los verdaderos herederos.

10. Claro es que el comisario hoy tiene que arreglar su conducta, no sólo á lo que dispone la ley 32.<sup>a</sup> de Toro, sino á las prescripciones de la expresada ley de 16 de Mayo de 1835, y que cuando no haya parientes de cuarto grado, buscará los hijos naturales, y si no el cónyuge, al que no dará la cuarta marital, sino toda la herencia, segun se manda en la ley moderna. Despues á los otros parientes, si no hubiere viudo ni viuda.

11. Como el Estado es siempre absorbente, se ha querido suponer que nunca el comisario podrá disponer de más de la quinta parte, porque á falta de herederos dentro del décimo grado hereda la nacion. La duda quedará resuelta segun se conteste á la siguiente pregunta: ¿Muere abintestato el que da poder para testar? No; luego el estado no puede heredar, porque hay leyes que autorizan al comisario para que distribuya toda la herencia. Para nosotros la ley 32.<sup>a</sup> de Toro está vigente en esta parte y no ha sido modificada por ninguna otra. Que ya sería conveniente variar la legislacion del abintestato en este punto y tambien la de las comisarias. Esta materia servirá á los futuros legisladores, no para conceder derechos á esos socialistas, que no tienen ningunos, sino para mejorar la condicion de

los menesterosos. No habiendo parientes de cuarto grado y no haciendo testamento, ó dejando comisario sin designarle heredero, y cuando no existiesen hijos naturales ni cónyuge, los pobres del lugar ó comarca debian ser los herederos.

12. Algun autor ha creido que el comisario tenía siempre obligacion de destinar el quinto para el ánima del testador. No es este el precepto de la ley. Faculta, pero no manda, y una cosa es poder y otra tener obligacion. *Pueda* dice el texto, y si el comisario creyera que destinando menor cantidad para sufragios habia cumplido con su deber, por nadie podria ser reconvenido.

13. Nos parece excusado examinar aquí si el comisario podrá disponer de ese quinto cuando hubiera parientes de la línea derecha. Aunque la ley 32.<sup>a</sup> no distingue entre descendientes ó colaterales, hay otra ley posterior, que es la 36.<sup>a</sup>, que se ocupa del caso concreto; y cuando á ella lleguemos, se verá que entónces las facultades del comisario son ningunas. Para no involucrar cuestiones, aplazamos el exámen de esas dudas para cuando lléguemos á dicha ley. Por el pronto, disentimos en un todo de lo que expone sobre el particular el Sr. Llamas de Molina, que cree que el comisario, con arreglo á esta ley, y teniendo descendientes ó ascendientes el testador, puede disponer del quinto. Si no existiera la ley 36.<sup>a</sup>, que es verdaderamente aclaratoria de la 32.<sup>a</sup>, podria sostenerse esa opinion; pero como luego veremos, la ley 36.<sup>a</sup> es más restrictiva, y despues de todo, no debemos olvidar que el quinto en muchas ocasiones es de grandísima importancia y no puede dejarse al arbitrio de un comisario, al que no dió facultades el testador para que distribuya á su antojo una riqueza de consideracion. Siempre volveremos los ojos al fideicomiso, al que puede acudir el que quiera que otro distribuya su herencia secretamente. Si en vez de hacer esto, simplemente nombra comisario, no podemos ampliar atribuciones que la ley no da. El derecho de los ascendientes y descendientes goza de tanto privilegio, que no creemos que por interpretación se puede privar á los herederos forzosos del quinto, cuando el jefe de la familia no lo determinó así de un modo terminante y claro al elegir el comisario.

14. Y no basta acudir, como acude Llamas de Molina, á las leyes 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, título 13.<sup>o</sup>, Partida VI y á la 7.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> de Toro. Respecto de las primeras, nos basta decir que nunca rigieron, porque la ley 1.<sup>a</sup>, título 6.<sup>o</sup>, libro III del Fuero Real, llamaba solamente á los padres á la sucesion del hijo con exclu-

sion del hermano. La ley 7.<sup>a</sup> de Toro vino á mandar esto mismo de un modo más categórico en los dos renglones que contiene: «El hermano para heredar abintestato á un hermano no puede concurrir con los padres ó ascendientes del difunto.» La maldita afición al derecho Romano, dió lugar á que se aplicara el capítulo 2.<sup>o</sup> de la Novela 118, que fué la doctrina consignada en esas leyes de Partida ántes citadas.

15. Lo propio decimos de la ley 12.<sup>a</sup> de Toro. Allí se trata del caso concreto de los derechos concedidos á los hijos naturales legitimados por rescripto del Príncipe. El legislador les daba preferencia sobre los ascendientes, que no quiso de manera alguna se equiparasen á los hijos de legítimo matrimonio nacidos. Cuando estos existen, la ley de Toro sólo concede al legitimado el derecho de suceder en la quinta parte de los bienes. Pero no entremos en mies ajena. Pacheco, comentando estas leyes á los folios 105 y 180 de su libro, facilita cuantas aclaraciones pudiéramos nosotros dar para entender en su verdadero sentido el texto de la presente ley 32.<sup>a</sup>, caso de que lo dispuesto en las citadas leyes de Partida, y 7.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> de Toro, pudieran tener alguna analogía, que no la tienen, con las atribuciones concedidas vaga é indeterminadamente al comisario, que es el asunto que ahora nos preocupa.

16. Reconocemos que este es un punto que ha dividido á muchos jurisconsultos. Conforme á nuestro parecer, Tello y Gutierrez creen que cuando hay descendientes ó ascendientes no puede el comisario distribuir el quinto de los bienes del testador en beneficio de su alma. Antonio Gomez, Matienzo y Avendaño piensan de distinto modo; pero sus razones no destruyen la que es capital para nosotros. Si el mismo testador otorgando por sí propio el testamento no podia disponer más que de la quinta parte de los bienes teniendo hijos, y es necesario que esto lo haga de un modo expreso, ¿cómo quieren esos autores que al comisario le demos unas atribuciones que no le dió el testador? Reconocido el derecho de herencia forzosa, el comisario, cuando hay descendientes ó ascendientes, no es en realidad otra cosa que un verdadero albacea sin más atribuciones que las de pagar las deudas y atender al estricto cumplimiento de las verdaderas cargas piadosas de un modo prudente y en perfecta armonía con los herederos. Cuando entre éstos y aquél ha habido divergencias, las hemos resuelto en nuestra práctica á favor de los primeros. Su derecho es inconcuso, y el comisario no puede luchar con los hijos ó los padres del testa-

dor, siempre que éste no haya dicho que el comisario distribuya el quinto de sus bienes, porque en semejante caso no puede haber duda, y es preciso acatar y obedecer la voluntad del finado.

17. También se han preocupado los autores sobre quiénes son los verdaderos pobres á quienes el comisario debe socorrer distribuyendo el quinto en los casos que marca la ley 32.<sup>a</sup> Unos sostienen que estos pobres son los verdaderos mendicantes y que sólo deben ser favorecidos los del domicilio del testador. Otros sostienen que la palabra pobre es mucho más vaga é indeterminada y en ella hay necesidad de comprender á muchas y dignas personas, que son más desgraciadas que los que mendigan el sustento por las calles de la villa. Otros, en fin, creen que el comisario no sólo debe distribuir los bienes entre los pobres del domicilio del testador, sino socorrer igualmente á los de los pueblos donde tuviera bienes el finado, donde hubiese vivido mucho tiempo y á los de aquel sitio donde hubiere nacido.

18. Nuestra opinion y nuestro consejo han sido siempre que las facultades del comisario en esta materia eran ilimitadas cuando el testador no dió instrucciones. El objeto benéfico se consigue haciendo la caridad en cualquiera parte, y lo racional y prudente es, que se atienda en primer lugar á los pobres del pueblo donde vivió el testador y aun á los del mismo barrio donde habitó, si los bienes que se han de distribuir son de corta importancia. Cuando la limosna asciende á miles de duros, ya pueden los comisarios extender su mano benéfica á otros pobres, que hasta quizá sean parientes del testador ó le hayan visto nacer. España puede decir con orgullo que en pocos pueblos del mundo se ha ejercido tanto la caridad como en este suelo. ¡Ojala que la multitud de establecimientos benéficos, que el espíritu religioso fundó, hubieran tenido más sólidas bases con que resistir á la piqueta revolucionaria! Hoy con dolor vemos la próxima desaparicion de tanto hospital y tanta casa de maternidad, ó que subsistiran pobremente con la mezquina asignacion del presupuesto. Cuando vuelva á vivificarse el principio religioso, que se vivificará, á pesar de los anuncios de esa filosofía pedantesca de los presentes tiempos, entónces los poderosos de la tierra podrán dedicar sus capitales á establecimientos independientes del Estado, que siempre se ha querido entrometer en los manejos de estos asuntos. Los gobiernos han sido en todo tiempo absorbentes. ¡Cuántas fundaciones piadosas hemos visto de hom-

bres eminentemente religiosos que mandan que no se mezcle ninguna autoridad civil ni eclesiástica en el manejo del establecimiento que crean; y que si lo hiciesen desde luego dan por nula y de ningun valor dicha fundacion! Cláusulas tan expresivas no han bastado para impedir que la mano del fisco arrebatara la riqueza de los pobres y la tirara por la ventana. En esto sí que debia ocuparse la verdadera representacion nacional. La manera de matar á las escuelas socialistas es la de dar á los pobres lo que verdaderamente les da la religion, y todo lo que es caridad es patrimonio exclusivo del indigente.