

LEY TRIGÉSIMATERCERA.

(L. 3.^a, TÍT. 19.^o, LIB. X, NOV. REC.)

«El comisario, para hacer testamento ó mandas, ó para declarar por virtud del poder que tiene lo que ha de facer de los bienes del testador, no tenga más término de cuatro meses, si estaba al tiempo que se le dió el poder en la ciudad ó villa ó 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 más de seis meses, é si estuviere fuera de los dichos reinos al dicho tiempo ténga término de un año é no más. E pasados los dichos términos no pueda más hacer que si el poder no le fuere dado, é vengan los dichos bienes á los que los habian de haber, muriendo el testador *abintestato*, los cuales términos mandamos que corran al tal comisario, aunque diga ó alegue que nunca vino á su noticia que el tal poder le habia dado. Pero lo que el testador le mandó señalada é determinadamente señalando la persona del heredero, ó señalando cierta cosa que habia de hacer el tal commissario, mandamos que en tal caso el commissario sea obligado á lo facer; y si pasado dicho término no lo ficiere, que sea habido como si el tal commissario lo ficiere ó declarase.»

COMENTARIO.

1. Cuanto más se estudian las leyes que tratan del comisariato testamentario, más se comprende el temor que en otros tiempos hubo de lo expuesta que era esta institucion al abuso. El legislador, que no se atrevia á destruir esta costumbre de encomendar á un tercero uno de los actos más solemnes de la vida, procuraba por todos los medios restringir sus facultades,

y naturalmente se habia de fijar en el término que pudiera durar el mandato. Prueba evidente de que habia divergencia de pareceres sobre el particular, y no podia permitirse que indefinidamente durase el derecho de testar por otro, quedando en incierto el dominio de los bienes del finado.

2. Este es el único y exclusivo objeto de esta ley. En los antiguos códigos no se encontraba nada que hiciera siquiera alusion á este punto. Los comisarios cumplian ó no cumplian con su mision y de aquí pleitos y abusos sin cuento. Desde la promulgacion de dicha ley este era un extremo resuelto. El comisario que se encontrara en el pueblo donde hubiese fallecido el poderdante, debia otorgar el testamento en el término de cuatro meses. Si viviera ó se encontrase en cualquier villa ó lugar de estos reinos, gozaría del plazo de seis meses para desempeñar su cometido. Si se hallára en el extranjero podria dilatar la extension de la última voluntad de su amigo por el término de un año.

3. Todos estos términos son fatales y el que los dejare pasar concluye con su mision como si hubiera renunciado el encargo que se le dió.

4. Atendida la naturaleza del acto, es incuestionable que el comisario puede decir clara y solemnemente que no quiere otorgar testamento, ó dejar pasar el tiempo; porque así como el mandatario puede renunciar el poder, que sin su anuencia y consentimiento se le otorga para que haga alguna cosa, con más motivo se puede rechazar el desempeño de una comision tan grave como es la de testar á nombre de otro.

5. Si hoy se hiciera un código civil, y se creyera que era útil y conveniente la subsistencia de los comisarios, á los que nosotros no tenemos la mayor aficion, el término que se les concediera sería mucho más corto, especialmente para los que estuvieran ausentes, porque hoy en Europa no hay distancias, circunstancia que no se ha tenido presente en muchas leyes modernas, cuando es sabido que la sociedad en general aborrece á la curia por dos razones que tienen mucho peso, á saber: que los pleitos son largos y que cuestan mucho dinero.

6. Y siendo fatal el término, consecuencia forzosa es, que no se conceda restitucion, aunque el comisario fuere de menor edad, de cuya circunstancia se desprende otra duda mayor, cual es, si se puede nombrar comisario al menor de veinticinco años, supuesto que á los catorce se puede otorgar testamento. Como no hay paridad en los casos, nuestra opinion es entera-

mente contraria. Para el acto más sencillo de la vida no se puede dar poder á quien no tenga veinticinco años, porque si para sus asuntos propios se necesita de la ayuda de tutor ó curador, cuando no se llega á esa edad, sería una anomalía muy grande que para desempeñar los ajenos bastara la edad de veinte años. No hemos tenido en la práctica ningun ejemplar de esta especie, porque sin duda alguna todo el que nombra comisario procura buscar una persona de edad provecta y para ello contribuirán tambien los notarios ante quienes se otorgan dichos instrumentos. El acto personalísimo de poder otorgar testamento propio no habilita ciertamente al menor para que ejerza actos civiles que son de la exclusiva competencia de los mayores de edad.

7. Al continuar estos comentarios nos propusimos principalmente, no sólo emitir nuestras opiniones con la suficiente claridad, sino huir de todas las cuestiones que consideramos ociosas. De esta clase es la que han promovido los comentaristas sobre si muere ó no abintestato aquel cuyo comisario no ha otorgado testamento. Si la ley dice que el poderdante *muere abintestato* si el comisario no cumple, ¿cómo pueden contrariarse sus preceptos? Si añade ademas que lo que hubiese mandado el testador eso se cumpla como si el tal comisario *lo ficiere ó declarase*, ¿cómo se puede interpretar ni entender de distinta manera lo que se preceptúa? No; cuando el mandato es genérico para otorgar testamento, y el comisario no lo ejecuta, el poderdante muere en realidad abintestato. Cuando designa el heredero ó hace legados, si el comisario no cumple, aquel heredero ó los legatarios no se ven privados de los derechos que el testador les otorgó, y el poder se reputa entónces última voluntad. Nos parecen estas explicaciones, fundadas en el texto de la ley, más claras que las sutiles concepciones de Palacios Ruvios, Matienzo, Avendaño y Llamas de Molina, que se devanan los sesos para poner acorde esta ley con otras del mismo código, especialmente la 36.^a, á la que luégo llegaremos.

8. Más racional es la duda del caso singular en que el testador hubiere facultado al comisario para mejorar á uno de sus hijos ó á uno de sus nietos. Tello, que era un gran romanista, dice: Que en el primer caso, y no habiendo elegido el comisario, ningun hijo se podrá considerar mejorado. No sucederá así en el segundo caso, porque segun la ley 77.^a §. Rogo ff *de legatis* 2, ya estaba hecha la mejora en favor de los nietos contra los hijos.

9. Nos adherimos en estos ejemplos á la opinion de Llamas de Molina, que defiende que ni en uno ni otro ejemplo existe la mejora, porque la indeterminacion con que habló el testador, no inclinándose á ninguno de sus hijos y nietos, no puede convertirse en provecho de unos contra los otros. Nuestro principio, ya sentado ántes, de que no puede haber privilegio ni mejora cuando no se establece de un modo claro, es aquí aplicable; y si el testador quiso favorecer á persona determinada, debió nombrarla. Si no lo hizo, no se puede acudir á congeturas cuando hasta el mismo comisario guardó silencio. Concluimos afirmando que en este caso no habrá mejora para ningun hijo, y ménos aún para los nietos. Con gusto recordaríamos al lector la doctrina del gran Papiniano, que no ha sido bien entendida. El caso que examina este profundo jurisconsulto es cuando hay algun motivo de predileccion, en cuyo caso quiere que el designado ó designados sean los favorecidos por el testador para que en ellos se distribuya el fideicomiso, cuya excepcion viene á confirmar la regla general que dejamos sentada.