

*instituyo á Fulano por mi heredero, será subsistente en el caso de que convalezca, veáse á Gomez en la ley 3 de Toro, número final.*

## CAPITULO DECIMOSEXTO.

### *Del poder para testar*

- |  |  |
|--|--|
| §. 1. ¿Que es poder para testar?   | el comisario no puede alterarle.   |
| 2. ¿Quienes pueden darle?  |  |
| 3. Si el apoderado no testa, el causante muere intestado.                    | 9. Puede darse poder para concluir un testamento empezado.                               |
| 4. El comisario debe ceñirse á las facultades que le confiera el testador.   | 10. El comisario debe concluir su comision en término perentorio.                        |
| 5. Sin embargo puede mejorar y sustituir á personas inciertas entre ciertas. | 11. Puede el testador conceder próroga del término legal.                                |
| 6. No es delegable el poder para testar.                                     | 12. Siendo varios los apoderados se hará lo que disponga la mayoría de ellos.            |
| 7. Si el testador no nombra heredero, ¿que puede hacer el comisario?         | 13. El poder para testar requiere las mismas solemnidades que el testamento nuncupativo. |
| 8. Hecho una vez el testamento   |  |

1. **E**l poder para testar es un acto, por el cual da comision el testador á alguna persona para ordenar y declarar su voluntad última, y disponer á su arbitrio de sus bienes. El comisario (pues así se llama la persona apoderada) puede tambien obtener del testador la facultad de llevar á ejecucion sus disposiciones testamentarias, y en este caso será *comisario y executor testamentario* al mismo tiempo (1). Confieren poder para testar los que no quieren ó no pueden disponer circunstanciadamente de sus cosas, y lo hacen así por no morir instestados.

2. Todo el que tiene facultad de testar puede dar dicho poder á cualquier individuo, varon ó hembra, que no tenga imposibilidad de ser apoderado de otro, á fin de que en su nombre ordene su testamento con arreglo á las prevenciones que allí se expresen ó le tenga comunicades (2).

1 *Carpio de executorib, lib. 1. cap. 1, num. 44.*

2 *Ley 6. tit. 5. lib. 3, del Fuero Real,*

3. Como el poder no es testamento, ni por tal se estima, si el comisario muere sin haberle otorgado, el poderdante habrá muerto abintestato, y le heredarán aquellos á quienes en este concepto corresponda. Lo mismo sucederá si dos sugetos se han dado poder mutuamente para testar el uno por el otro, y muere en tal estado cualquiera de los dos. La herencia del muerto no se hará abintestato, si usando del poder testa en su nombre el que queda vivo; pero este morirá intestado si no hace nueva disposicion.

4. El comisario y apoderado debe ceñirse á las expresas facultades que el testador le ha conferido, y asi no puede hacer legados, fundaciones, mejoras, sustituciones, desheredamientos ni demas, sin que le conceda en el poder facultad específica é individual para cada una de estas cosas. Respecto de las personas, tampoco podrá nombrar por sí la del heredero ó herederos, aun cuando exprese el poderdante, que pueda instituir á quien le parezca, pues esta designacion la debe hacer por sí mismo el testador, como se dijo hablando de la institucion directa en el capítulo 2 de este título (1).

5. Pero respecto de otras personas, como las mejoradas, desheredadas, sustituidas, puede el comisario nombrar á quien guste entre las designadas colectivamente por el testador, pues no se requiere en este caso la designacion directa; y esto es lo que se llama *designacion genérica*, ó bien *nombrar persona incierta de ciertas*. Asi podrá decirle que entre sus hijos mejore al que tenga por conveniente, ó que entre sus deudos elija por tutor de su pupilo al que juzgare mas á propósito para ello (2).

6. No puede el apoderado delegar su comision en otro, si el testador no lo expresa en el poder, señalándole tambien personas determinadas en que elegir el delegado; pues sin este requisito no há lugar la delegacion: y lo mismo sucede en orden á nombrar ejecutores testamentarios. Si la comision se da al que obtiene cierta dignidad, en términos que se conozca no ser por consideracion personal del sugeto que la ocupa, se trasfiere al suceso en caso de muerte ú otro evento: como si dijese, por ejemplo; doy poder para testar en mi nombre al decano del colegio de abogados de Madrid.

8. Si el testador muere abintestato por haber omitido en el poder la individual designacion de heredero, no podrá hacer mas

1 Ley 1. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.

2 Matienz. en la ley 5. tit. 4. lib. 5.

Rec. glos. 3. Gom. en la ley 31 de Toro, num. 4.

el comisario que pagar sus deudas, y aplicar en bien de su alma el remanente del quinto de la herencia; pues todo lo demas se ha de repartir entre sus parientes. En caso de no tenerlos se invertirá todo el caudal á beneficio de su alma, sin que el comisario tenga facultad para darle otra aplicacion, á menos que el poderdante deje viuda, á la cual entregará la parte que le corresponda de derecho (1). Tampoco la tiene para consignar la mejora, aun cuando en el poder genérico de testar se la conceda el testador, por estarle prohibido por la ley (2); pero si el poder es especial para el hecho solo de mejorar á alguno de sus descendientes en cantidad determinada, creen varios autores que puede hacerlo (3).

8. Tampoco puede revocar en lo mas mínimo el testamento que hizo el poderdante, ni el que en su nombre otorgó el mismo comisario, aunque se reservase expresamente en él la facultad de revocarlo; ni menos hacer despues ningun codicilo, añanir, quitar ni declarar el testamento otorgado: todo lo cual han prohibido las leyes con el fin de evitar fraudes (4).

9. Cuando habiendo instituido heredero el testador en su testamento, da poder á otro para que lo concluya, no puede este disponer mas que del quinto de los bienes despues de satisfechas las cargas; y si lo hiciere no valdrá, á menos que en el poder conste semejante licencia (5). Esta disposicion legal convence de que un testamento puede empezarse en vida del testador y concluirse despues de su muerte (6).

10. El comisario debe despachar su comision en cuatro meses perentorios desde la muerte del testador, si reside en el mismo pueblo; seis si está fuera de él, pero dentro del reino; y un año si se encuentra en pais extranjero. Pasado este término sin haber otorgado el testamento, y practicado lo demas para que se le confirió el poder, no podrá ya usarle ni pedir término, aunque alegue que no habia llegado á su noticia la disposicion del testador, el cual se entenderá haber muerto intestado. Pero si este nombró heredero, ó dispuso específicamente otras cosas en el poder, está obligado el comisario á evacuarlo todo, y si no lo hiciere, se tendrá por hecho (7) y será válido: de modo que pasado el término solo puede llevar á efecto las disposicio-

1 Ley 2. tit. 19 Nov. Rec.

2 Ley 3. tit. 6. lib. 10. Nov. Rea.

3 Tello, Castillo y Gomez, en la ley 19 de Toro,

4 Leyes 4 y 5. tit. 19 lib. 10 Nov. Rec.

Matienz. en ella. glos. 3 y 4.

5 Ley 6. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.

6 Cast. lib. 4. *Controv.* cap. 40. num. 40.

7 Ley 33 de Toro, que es la 3. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.

nes específicas del poder; pero no las genéricas, como en el caso de hacerlo dentro de los límites referidos.

11. Como la ley de Toro fue establecida en beneficio del testador, y no prohíbe á este la prorogacion del término, puede hacerla en el poder, tanto para que ejecute sus disposiciones como albacea, cuanto para que disponga y declare lo que le tiene comunicado: otorgando su testamento, á cuyo fin renuncia todo lo que ceda en su privativo beneficio (1). De este modo podrá evitar los perjuicios que la negligencia, ocupaciones ó enfermedad del comisario, irrogarian al heredero y demas interesados, si dejase pasar el término establecido. Asi no deberá detenerse el escribano en ordenar el testamento, siempre que contenga el poder cláusula prorogatoria del plazo legal, aunque esté pasado: pero si carece de ella no debe autorizarlo sino para las gestiones arriba dichas.

12. Si el testador nombra dos ó mas comisarios, y no se conforman en el modo de cumplir su voluntad, se observará lo que determine la mayor parte, y en caso de morir, no querer ó no poder alguno evacuar su comision, se refunde su derecho en los que quedan. Si la discordia es de igual número por cada opinion deberán elegir por tercero al gobernador, corregidor ó alcalde mayor del pueblo, y en su defecto al alcalde ordinario, decidiendo á la suerte cuál haya de ser en caso de que hubiere dos ó mas de esta última clase; y unidos los comisarios con el juez decidirán á pluralidad de votos lo que deba hacerse (2).

13. En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, número y calidad de tertigos, que en el del testamento nuncupativo (3); se ha de insertar y relacionar el poder en el testamento que en su virtud ordene para documentarlo; y el comisario declarará no estarle revocado ni limitado, y que el testador falleció sin hacer ninguna disposicion. Véase al fin la plantilla de este instrumento.

1 Gom. en la misma, num. 2.

2 Ley 38 de Toro, que es la 7. tit. 19. lib. 10, Nov. Rec.

3 Ley 39. de Toro, que es la 8. tit. 18 lib. 10. Nov. Rec.