

El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales

Testamenta hominum speculum esse morum vulgo creditur (Plinio el Joven, VIII, ep. 18).

Acabó la confesión y salió el cura diciendo:

«Verdaderamente se muere y verdaderamente está cuerdo Alonso Quijano, el Bueno; bien podemos entrar para que haga el testamento»

(Quijote, 2.^a parte, cap. 74, p. 1101 ed. RAE y Alfaguara, IV centenario)

SUMARIO: I. Introducción: *a)* Origen y alcance de la investigación. *b)* Estado de la cuestión. *c)* El testamento por comisario en la legislación castellana: 1. Fuero Real y Fuero de Soria. 2. Las Partidas.–II. La doctrina de algunos juristas castellanos sobre el testamento por comisario: *a)* Introducción. *b)* Juan López de Palacios Rubios. *c)* Diego Espino de Cáceres. *d)* Fernando Vázquez de Menchaca.–III. Cuándo y quiénes pueden ser comitente-testador y comisario: *a)* Introducción. *b)* Supuestos en que puede testarse por comisario. *c)* El testador-comitente. *d)* La figura del comisario: 1. Capacidad general para ser comisario. 2. La mujer. 3. Los clérigos. *e)* Identificación de los protagonistas en la práctica. *f)* Delegación del comisario en un tercero. *g)* ¿Puede heredarse la comisión? *h)* La comisión otorgada a varios comisarios.–IV. Naturaleza jurídica del apoderamiento y los poderes del comisario: *a)* Introducción. *b)* Naturaleza jurídica del poder del comisario en las Leyes de Toro. *c)* La comisión testamentaria es un poder. *d)* El poder general faculta al comisario para testar solamente *ad pias causas*. *e)* El testamento *ad pias causas* en los formularios y en los protocolos.–V. El poder especial: *a)* Introducción. *b)* Institución de heredero. *c)* Otras posibles comisiones especiales: 1. Generalidades. 2. Desheredación. 3. Mejora. 4. La sustitución. 5. Los legados. 6. El mayorazgo. 7. La disposición en favor del alma. 8. Otros posibles encargos del comitente. *d)* Personas a las que no puede favorecer el comisario.–VI. Formalidades y requisitos del poder para testar: *a)* Forma del poder para testar. *b)* Análisis de la estructura del poder. *c)* La eficacia dispositiva del poder. *d)* Extin-

ción del poder. e) La posible irrevocabilidad del poder.–VII. Plazo del comisario para cumplir el encargo.–VIII. Efectos en el supuesto de que el comisario no otorgare el testamento.–IX. Prohibición de revocar el comisario el testamento del comitente sin poder especial para ello.–X. Prohibición absoluta de revocar el comisario el testamento que hubiese otorgado en virtud del poder.–XI. Utilidad y funciones del testamento por comisario.–XII. Consideraciones finales y conclusiones provisionales.

I. INTRODUCCIÓN

A) ORIGEN Y ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

El presente artículo constituye una parte del trabajo de investigación que presenté en septiembre de 1993 para concursar a la cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Gerona. Los inicios de la investigación se remontaban a 1990 y durante su realización se publicó una monografía sobre el testamento por comisario¹.

El desacuerdo que mantenía y mantengo con la tesis de Núñez Iglesias sobre el origen y naturaleza del testamento por comisario y el estudio más profundo de la doctrina castellana sobre la cuestión (especialmente López de Palacios Rubios, Gómez Arias y Cifuentes, no son estudiados por este autor), fueron los motivos por lo que consideré que debía continuar la investigación.

En mi trabajo de Cátedra hacía un largo recorrido de la cuestión, empezando por el Derecho romano en el que no cabía tal institución, siguiendo por el testamento por comisario en la práctica de la Alta Edad Media, deteniéndome en examinar la doctrina del Derecho común, hasta llegar al núcleo de la investigación centrado en las Leyes de Toro, a cuyo contenido responde ahora el título del trabajo.

Ahora, prescindiendo del Derecho romano y de las teorías sobre el testamento por comisario en la Doctrina del Derecho común, civil y canónico, abordaremos el estudio de la institución en el Derecho castellano. Después de aludir brevemente al testamento por comisario en la práctica alto-medieval, especialmente castellana; de la cita del Fuero de Soria, del Fuero Real y las Partidas, examinamos la doctrina castellana sobre el testamento por comisario, a través de algunos juristas castellanos, que, en un caso, es comentarista de las Leyes de Toro (como López de Palacios Rubios) y, en otros, son más teóricos

¹ NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: *El testamento por comisario*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 1991. Esta monografía constituye la tesis doctoral del autor sobre Derecho civil, y su contenido es fundamentalmente histórico. A él nos remitimos con carácter general para ciertas cuestiones del Derecho común y de algunas especialidades testamentarias, mediante fórmulas comisarias de los otros territorios hispanos, no castellanos, que ahora no tratamos.

sobre la cuestión, como Fernando Vázquez de Menchaca y Diego Espino de Cáceres).

El testamento por comisario es estudiado fundamentalmente a través de los comentaristas de las Leyes de Toro², y de la práctica del mismo, examinando algunos formularios. Tan sólo consultamos algunos poderes de testar y testamentos ya publicados como luego veremos o inéditos (del Archivo Histórico provincial de Cuenca donde se custodian los protocolos notariales conquenses que se han conservado desde comienzos del s. XVI).

² De los comentaristas de las Leyes de Toro cabe prescindir de Solón de Paz que sólo llega en sus comentarios hasta la Ley 3.^a (las de Toro regulan la cuestión en las leyes 31-39); de Guillen de Cervantes, que sólo alcanza hasta la 16. Del resto no citamos todas las ediciones. Estudiamos especialmente a LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, Juan: *Glossemata legum Tauri* 1542. Autor material de las Leyes, y su comentarista, que no pudo aprovecharse de ningún otro y todos beben de él. Sus comentarios se vierten especialmente sobre la Ley 31 y analiza tal cúmulo de cuestiones que muchas rebasan los límites del testamento por comisario. GÓMEZ, Antonio: *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Salamanca 1598. Su obra fue adicionada por su nieto, Diego Gómez Cornejo en 1598 y compendiada por Juan Pérez Villamil, en Madrid, en 1776 y por Pedro Nolasco del Llano, en 1785. Gómez es metódico y ordenado en sus comentarios, extrayendo numeradas unas conclusiones de cada ley, por lo que no es de extrañar que sea el más conocido y citado por los juristas a lo largo de los siglos. FERNÁNDEZ, Tello: *Prima pars commentariorum in primas triginta et octo leges Tauri*, Madrid, 1595. Pretende ser el más original o el que más quiere sobresalir por opiniones contrarias a la mayoría de comentaristas «taurinos»; si bien es el más temeroso en apartarse de las soluciones del derecho común. VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, Luis: *Legum Taurinarum a Ferdinando et Joanna Hispaniarum regibus, felicis recordationis, utilissima glosa sequitur*, Toledo, 1588, llega en su comentario hasta la ley 35, remitiéndose para las restantes leyes a los comentarios de Matienzo. CASTILLO, Diego del: *Las Leyes de Toro glosadas, utilis et aurea domini Didaci Castelli super leges Tauri*, Medina del Campo, 1553. Uno de los primeros comentaristas, sobresale en determinadas cuestiones. Ya en el s. XIX, LLAMAS MOLINA, Sancho de: *Comentario crítico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid 1829 y 1852, resume y valora las distintas posturas de los comentaristas anteriores.

ÁLVAREZ POSADILLA, Juan: *Comentarios a las Leyes de Toro según su espíritu y la legislación española*, 1796, tuvo en su época más valor práctico que histórico hoy para nosotros. Su obra es en comentario, hilvanado en forma de diálogo entre un abogado y un escribano. Pueden considerarse también comentaristas de las Leyes de Toro quienes lo son del título V de la Nueva Compilación donde aquéllas se incluyen, como MATIENZO, Juan: *Commentaria in librum quintum Recollectionis legum Hispaniae*, 1580, y ACEVEDO, Alfonso: *Commentarium iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, tomo III (*Quintum librum Novae Recopilationis complectens*), Salamanca, 1597.

ESPINO DE CÁCERES, Diego, se ocupa, aunque no exclusivamente, de esta cuestión en su *Speculum testamentorum*, Frankfurt, 1600. VÁZQUEZ DE MENCHACA, Fernando de: *De successionum progressu et resolutione tractatus*, Venecia, 1564 y COVARRUBIAS, Diego de: *In Gregorii Noni titulum de Testamentis Commentarii*, Salamanca, 1573, se preocupan de forma más genérica sobre la necesidad o no de seguir el derecho patrio la doctrina del derecho común sobre el testamento por comisario. CIFUENTES, Miguel de: *Nova lectura sive declaratio legum taurinarum*, 1536. GÓMEZ ARIAS, Fernando: *Subtilissima et valde utilis glossa ad famosísimas ac subtiles ac necesarias ac cotidianas leges Tauri*, Alcalá de Henares, 1546.

Sobre las Leyes de Toro, y especialmente sobre sus comentaristas y edición de sus obras: PÉREZ PRENDES, *Curso de Historia del Derecho español*, Madrid, 1976, pp. 742-743. Un buen resumen de las Leyes de Toro en GIBERT, R: *Leyes de Toro*, NEJS T. IX pp. 247-266.

Una monografía sobre el comisario y el ejecutor testamentario en CARPIO, Francisco, De exentoribus e commissariis testamentaris, Osuna, 1638.

B) ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE EL TESTAMENTO POR COMISARIO

Hasta la reciente tesis de Núñez Iglesias, no existía ninguna monografía sobre el testamento por comisario. Contábamos con estudios sobre el derecho sucesorio que prestaban poca atención a la cuestión de este testamento especial. Aún hoy en día, la tesis de Caillemmer contiene la visión más general y completa sobre la cuestión en los distintos Países de Europa Occidental desde la Alta Edad Media hasta el s. XIII³.

Resulta todavía provechosa la consulta de Pertile, especialmente sobre Italia⁴.

No abundan en general los trabajos sobre el derecho sucesorio en España y menos de Castilla. Hemos de acudir a García Gallo para conocer la evolución general del derecho de sucesiones⁵. Y tampoco existía bibliografía sobre esta especial forma de testar, hasta los trabajos de Arvizu para León⁶ y de Alonso Lambán para Aragón⁷. Hasta estas investigaciones ius-históricas recientes, habían sido los civilistas, por tratarse de una institución vigente hasta la promulgación del Código Civil, los que nos proporcionaban no sólo la exégesis y comentario de las nueve Leyes de Toro, reguladoras de la institución, sino también a veces el dato histórico, no del todo probado, de que el testamento por comisario tenía su origen en el canon *cum tibi* (Decreto 3, 26, 13). Desconocían por completo los civilistas que el testamento por comisario había aparecido consuetudinariamente en algunos países de la Europa Occidental, tal como estudió Caillemmer y que el canon *cum tibi* solucionaba una cuestión planteada (año 1212) ante el Papa y resuelta por él, teniendo en cuenta seguramente la práctica de la época.

³ CAILLEMER, Robert: *Origines et développement de l'exécution testamentaire. Époque franque et moyen âge*, Lyon, 1901. Dedicada una sección de 30 páginas al testamento por comisario, incluyendo los territorios hispanos.

⁴ PERTILE, Antonio; *Storia del diritto italiano d'alla caduta dell'Imperio romano a la Codificazione*, tomo IV, Torino, 1893.

⁵ GARCÍA GALLO, A.: «El problema de la sucesión «mortis causa» en la Alta Edad Media española», Madrid, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo X, 1959, pp. 248-276. Afirma aquí que «la historia del Derecho español de sucesiones está en su mayor parte por estudiar» (p. 253) y esto continúa siendo verdad. Del mismo «Del testamento romano al Medieval. Las líneas de su evolución en España», *A.H.D.E.: 47 (1977)*, pp. 425-497. Remitimos a estos dos artículos para conocer la evolución general del derecho de sucesiones y para ahorrarnos ahora la exposición de la bibliografía más general sobre la cuestión que allí se cita.

⁶ ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando de: *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, EUNSA, 1977. De la página 286 a la 293 estudia el testamento por comisario, a través de dos casos localizados en el reino de León.

⁷ Ha estudiado la cuestión en Aragón repetidas veces: ALONSO Y LAMBÁN, Mariano: «Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón», *Revista de Derecho notarial* núm. 5-6 (1954). Pp. 1-196. y 9-10 (1955) «Las formas testamentales en las llamadas regiones forales». *Temis*, 5-6 (1959) pp. 11-69. «Un punto en el tema de la fiducia sucesoria aragonesa», *RJC*, 3-4 (mayo-agosto 1961), pp. 534-556.

Hasta tal punto llegaba la ignorancia sobre la cuestión que algunos civilistas afirmaban que el testamento por comisario era una institución propia y exclusiva del Derecho castellano⁸.

Más abundante es la bibliografía sobre el ejecutor testamentario y de utilidad a nuestro propósito por la contigüidad institucional entre el ejecutor y el comisario. Son ya clásicos los trabajos de Merea para Portugal y Castilla, Roberti para Francia, Besta y Vismara para Italia. Últimamente los de Udina y Bastier para Cataluña, y como hemos visto, Arvizu para León y Castilla⁹.

Informaciones muy sumarias sobre el testamento por comisario las podemos obtener de Bussi, Tau, Lalinde, Maldonado, y de algunos juristas catalanes, como Roca Sastre, con ocasión de diferenciar el testamento por comisario de instituciones catalanas próximas al mismo¹⁰.

Es fundamentalmente de carácter histórico la obra de Núñez Iglesias, pero con la pretensión de servir de introducción y apoyo a la ciencia iuspositivista. Justificación innecesaria de un civilista, que construye una buena tesis de historia del derecho privado. No sería necesaria una reconstrucción histórica tan completa al servicio de la dogmática jurídica. No creo que la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del «Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores» merezca tanto esfuerzo introductorio. Porque, en último término, la figura histórica que renace en este estatuto es, más bien, la del continuador de la explotación familiar o de la «casa»; propia de algunos territorios forales, y no del testamento por comisario de Castilla. Además, según la doctrina del derecho común en la designación del hijo más apto para continuar la explotación familiar nos encontramos en un caso de elección de *incerta ex certis personis*, que fue admitida sin problema alguno por el *ius commune* porque no se trata de un verdadero supuesto de testamento por comisario. En Castilla,

⁸ Véase NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.*, las notas 300 y 301 (pp. 105-107), donde se recogen las opiniones de varios juristas y de comentaristas del Código Civil español, poco informados sobre la cuestión.

⁹ Véase NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.*, pp. 7-10. UDINA I ABELLÓ, A.: *La successió testada a la Catalunya altomedieval*, Barcelona, Fundació Noguera, Textos y documentos, 1984. BASTIER, Jean: «Le testament en Catalogne du IX an XII siècle: une survivance wisigothique», *Revue historique de droit français et étranger*, LXI-3.º (1973), pp. 373-417. MERA, Paulo: «Sobre as origens do executor testamentario», *Studos de direito hispanico medieval*, tomo II, Coimbra, 1953, pp. 1-53. VISMARA, Gulio: *Famiglia e successioni nella historia del diritto prospective*, Roma, Ed. Studi s/d.

¹⁰ Para la Edad Moderna cita Núñez Iglesias la tesis del francés Vives sobre «la faculté d'élire» que no hemos podido localizar. BUSSI, E.: *La formazione dei dogmi di diritto privato en diritto comune (contrati, successioni, diritti di famiglia)*, Padoua, 1971. TAU ANZOATEGUI: *Esquema histórico del Derecho sucesorio. Del medioevo castellano al s. XIX.*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, s/d. 2.ª Rev. MALDONADO, José: *Herencias en favor del alma en el Derecho español*, Madrid, 1944. ROCA SASTRE: «L'heretament fiduciari al Pallars-Subirà», *Conferències sobre varietats comarcals al Dret civil català*, Barcelona, 1934, pp. 101-160. En este trabajo realiza una precisa distinción entre las instituciones, en las que se encomienda a otra persona el nombramiento o elección del heredero. En todos los territorios, que ahora llamamos forales, existió una institución por la que los cónyuges se apoderaban mutuamente para que el que sobreviviese eligiese al hijo más apto, como heredero que continuase la casa o explotación familiar. En Vizcaya, el llamado testamento por comisario cumplió también esta misma función. Diferente es el caso del reino de Castilla, donde el testamento por comisario lo fue exclusivamente *ad pias causas*, como defendemos en este trabajo.

como veremos, el testamento por comisario tuvo otra finalidad: *ad pias causas*.

En cuanto al contenido de la tesis de Núñez Iglesias, cabe destacar la exposición sistemática de la doctrina del *ius commune* sobre la comisión para testar y de los grados de atribución de facultades al comisario. Los comentaristas sustentaron su doctrina, más sobre los principios de la filosofía escolástica (especialmente la Suma de Santo Tomás), que en los fundamentos jurídicos romanos, y reforzaron también la prohibición de encomendar a otro la disposición testamentaria a través de la errónea interpretación de las instituciones captatorias del Derecho romano confundidas con la institución de heredero, por medio de un apoderado.

Núñez Iglesias aprovecha su tesis de que el comisario para testar procede del ejecutor o albacea universal con poderes reforzados, para estudiar ampliamente la institución del ejecutor, rebasando su tesis los límites el título de la misma. No compartimos la teoría de Núñez Iglesias sobre el origen del comisario para testar a partir del ejecutor, como luego veremos.

No estudiamos el testamento por comisario en la Codificación. La decadencia de la institución ha sido expuesta por Núñez Iglesias de forma bastante completa. No estudia, en cambio, la significación y función que cumplió este testamento dentro del Derecho castellano, que nosotros tratamos de averiguar, con el debido detenimiento.

Núñez Iglesias emplea un método cronológico, al fragmentar la evolución de la institución en tres etapas: la Edad Media, Moderna, y la Codificación. Siendo normalmente las instituciones de derecho privado de «larga duración», una institución concreta puede «traspasar» varias épocas, sin que sea apenas perceptible una evolución de la misma que justifique tal división cronológica. Quizá el método utilizado por Núñez Iglesias venga justificado en parte porque para este autor hay un cambio de naturaleza jurídica de la institución a lo largo de los siglos, que no compartimos y que tendremos ocasión de exponer a lo largo del trabajo.

C) EL TESTAMENTO POR COMISARIO EN LA LEGISLACIÓN CASTELLANA

1. Fuero Real y Fuero de Soria

La práctica alto-medieval del testamento por comisario, no fue muy frecuente si atendemos a los pocos casos localizados por Arvizu, ni encontró apenas eco en los fueros castellanos. Y los dos textos que lo reconocen establecen una regulación poco exigente en cuanto a los requisitos. Éstos son el Fuero Real¹¹ y el Fuero de Soria¹².

¹¹ «Si alguno non quisiere o non pudiere ordenar por sí la manda que quisiere fazer de sus cosas e diese su poder a otri que él la ordene e la dé en aquellos logares do él viere por bien, puédalo fazer e lo que él ordenare o diere vala así como si la ordenare aquel que dio el poder» (Fuero Real, 3, 5, 6, edic. Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, p. 76.).

¹² En parecidos términos lo regula el Fuero de Soria: «Si alguno non quisiere o non pudiere ordenar por sí la manda que quisiere fazer de sus cosas e diere su poder a otri que la ordene por él

Ni el Fuero Real ni el Fuero de Soria prohíben que el comisario sea investido de extensos poderes por el comitente; al contrario, parece que cabe la comisión en él mismo de las más amplias facultades.

Aparentemente, según estos dos preceptos, el comitente puede encomendar al comisario importantes encargos como sería la institución de heredero, pero cierto inciso de estos textos nos alerta del verdadero fin o, al menos, del más frecuente, cuando se otorgaba poder a otra persona: la determinación y entrega de una manda piadosa, normalmente *pro remedio animae* «... e que él viere por bien ...»¹³.

Por tanto, el Fuero Real y el Fuero de Soria no regulan un testamento por comisario, que contenga la posibilidad de encomendarle las más amplias facultades dispositivas, sino el testamento *ad pias causas*, ya que la libertad de escoger el comisario el lugar donde ha de entregar la manda que el comitente le ordenó hacer, nos induce a pensar que estos textos reflejan la práctica castellana de la época reveladora claramente de que el testamento por comisario era utilizado fundamentalmente por los testadores para cumplir los deberes de piedad de todo cristiano ante la proximidad y el temor de la muerte.

Nada sabemos sobre la posible influencia textual del canon *cum tibi* en estos Fueros castellanos. Coinciden sólo en esa, más bien aparente, absoluta libertad del comitente para apoderar a otra persona que disponga en su nombre. De esta coincidencia no puede deducirse ningún signo de influencia de la legislación canónica sobre la legislación de estos Fueros, que parece obedecer más bien a la práctica castellana, aunque en estas cuestiones es difícil descartar al menos un influjo genérico del Derecho canónico.

2. Las Partidas

Las Partidas introducen en el Derecho castellano la doctrina restrictiva del Derecho civil sobre el testamento *in dispositione alterius*¹⁴.

Las Partidas prohíben que el comitente pueda encomendar a otro el nombramiento del heredero y la disposición de las otras mandas¹⁵.

en aquellos lugares que él viere por bien, puédalo fazer. Et lo que él ordenare o diere que vala assi como si la ordenasse aquel que dio el poder». (Fuero de Soria, 301, edic. GALO SÁNCHEZ: *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, 1919, p. 238.)

¹³ Destaca NÚÑEZ IGLESIAS: que esta determinación por parte del comisario de elegir el lugar se ha de interpretar como la libertad que tiene de escoger el beneficiario, monasterio o iglesia destinatario de la manda, como se desprende de muchos testamentos y de los formularios notariales *ob. cit.* (p. 87 y nota 268 de la misma página).

¹⁴ Según NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.* (p. 207) «ellas no han prohibido, como se ha dicho, esta forma de disposición. Las Partidas han establecido una regulación acorde con la doctrina del derecho común». Más bien tendríamos que decir que Las Partidas se han apartado de la práctica castellana y se han alineado con la doctrina más estricta del Derecho civil sobre el testamento por comisario. De ahí que la primera afirmación de Núñez Iglesias de que Las Partidas no han prohibido la institución, queda en gran medida desmentida por la segunda, donde desarrolla el contenido de los dos preceptos fundamentales de Las Partidas sobre esta cuestión.

¹⁵ «Declarar deue e nombrar el fazedor del testamento por sí mismo el nome de aquel que estableciese por heredero. Ca si él otorgasse poder a otro quello estableciesse en su lugar, no

Las Partidas no permiten que la facultad para legar se atribuya a la libre voluntad de otra persona, pero sí al *arbitrio boni viri*, pues se puede acudir al criterio de «*algún ome sabio*», para ordenar el testamento y repartir los legados. Las Partidas siguen la opinión común de la doctrina del Derecho civil, que no admite la comisión a otra persona de institución de heredero, ni de los legados a la mera o libre voluntad de un tercero¹⁶.

En otra ley insisten Las Partidas en declarar inválido el legado si se confía a la mera voluntad de un tercero, pero será válido si se deja bajo condición suspensiva¹⁷ ¿Cuál pudo ser la influencia efectiva de la regulación establecida en Las Partidas en menoscabo de la práctica del testamento por comisario? Es difícil que podamos determinarla. En primer lugar porque no sólo combatían el testamento por comisario las Partidas, sino también el derecho común, que se alegaba también en la práctica castellana, contra lo dispuesto en el ordenamiento de Alcalá. En segundo lugar habría que estudiar si los poderes para testar ya restringían las facultades del comisario, antes de la entrada en vigor de las Partidas. Por último, quedaría la cuestión de saber si la regulación restric-

valdria, maguer dixesse así, aquel sea mio heredero que fulano quisiere, o establesciere por mio que lo sea. Esto es porque el establecimiento del heredero e de las mandas, non deue ser puesto en aluedrio de otro. Pero si alguno rogasse al testador, que fiziesse su heredero a otro, nombrandolo, si el que fizo el testamento quiere caber su ruego e lo establesciere por su heredero, valdra. Otrosi dezimos que, si el fazedor del testamento dixese a algun escriuano de concejo, ruego te e mando te que escriuas como establezco por mio heredero a fulano: e que mando tantos marauedis: o tantas cosas, o tanto heredamiento que sea dado por mi anima, diziendo a qué personas lo manda dar, o quanto a cada uno; ante siete testigos, e mando te que vayas a alguno ome sabio, e en la manera quel ordenare que sea fecho mio testamento, e departidas mis mandas, que lo escriuas tu assi, porque tengo por bien que vala como lo él ordenare. Entonce bien valdria lo que assi fuesse fecho, por mandado del testador» (pp. 6, 3, 11).

¹⁶ Así lo interpretó el más autorizado comentarista de Las Partidas, GREGORIO LÓPEZ: «*Idem si dicat quem arbitratus fuerit, vel quem putaverit, vel alia verba importantia arbitrium boni viri, licet in legatis secus esset*» (GREGORIO LÓPEZ: *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el nono*, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de India de su Magestad, ad pp. 6, 3, 11, v. Quisiere. Ed. Salamanca 1555, Madrid, 1985).

¹⁷ «Usando el testador a dezir tales palabras, quando fiziesse la manda, dexo a fulano tal cosa, si entendiere mi heredero que es derecho que la aya, o si dixesse: dexolo en aluedrio de mi heredero que, si el entendiere que sera bien que aya fulano tal cosa que les mando, que gela dé. Ca en qualquier destas maneras, vale la manda que assi fuesse dexada. Fuera ende si el heredero demuestra alguna derecha razón, porque non la quisiere dar nin otorgar. Mas si dixesse el testador: mando a fulano tal cosa si mi heredero demuestra alguna derecha razón, porque non la quisiere dar nin otorgar. Mas si dixesse el testador: mando a fulano tal cosa si mi heredero quisiere o toviere por bien que la aya: estonce en voluntad es del heredero de cumplir la manda, que asi fuesse fecha, o de revocarla si quisiere. E esto es porque, usando el testador a dezir tales palabras, quando fazía la manda, semeiava que en todas guisas la ponía el en el aluedrio del heredero. Mas si el testador dixesse mando a fulano ome mil marauedis, si quisiere tal ome cierto, diziendo el nome de cada uno dellos señaladamente, non valdria tal manda, porque es fecha a uno, e es puesta señaladamente, en aluedrio de otro. E porende dixeron los sabios antiguos, que las mandas e los establecimientos de los herederos, deuen ser fechos según su voluntad del fazedor del testamento, e non deuen ser puestas en juyzio e en plazer de otri. Mas si el testador fiziesse la manda diziendo assi que mandava a uno mil marauedis, si otro que nombraua señaladamente fiziesse alguna cosa ciertamente, como quier que aquella cosa en voluntad e en aluedrio del otro, era de la fazer o non: valdria la manda, si aquella cosa que nombrasse se cumpliesse (pp. 6, 9, 29).

tiva de Las Partidas sobre el testamento por comisario cedería ante la legislación más generosa del Fuero de Soria y del Fuero Real, en aquellas ciudades que tenían como Fuero local propio uno de dichos textos. Quizá la no entrada en vigor de Las Partidas hasta el Ordenamiento de Alcalá (1348), así como la aplicación prioritaria del Fuero Real en aquellas ciudades que lo tuviesen como Fuero local propio son factores que retrasan o recortan la aplicación de los preceptos sobre el testamento por comisario, tal como eran entendidos por el Derecho común e introducidos en Castilla por Alfonso X. Ciertamente sabemos, desde que se han conservado formularios notariales, que las facultades y poderes del comisario aparecen ya muy recortados en la Baja Edad Media. Habría que estudiar si este repliegue de los poderes del comisario se debe a la influencia del Derecho común y de las Partidas o la práctica castellana ya había evolucionado autónomamente en este sentido. Pero esta cuestión requiere una investigación que ahora no podemos atender.

II. LA DOCTRINA DE ALGUNOS JURISTAS CASTELLANOS SOBRE EL TESTAMENTO POR COMISARIO

A) INTRODUCCIÓN

¿Existe algún rasgo propio en la doctrina jurídica castellana sobre el testamento por comisario que podamos calificar como original y que no sea la mera repetición o eco de la opinión de los glosadores y comentaristas del *ius commune* del resto de la Cristiandad?

Creemos que concurren algunas circunstancias que justifican abrir este apartado. Es cierto que muchos de nuestros comentaristas reproducen la doctrina común y que otros incluso interpretan las Leyes de Toro de acuerdo con el Derecho común. Ciertamente las Leyes de Toro podían suponer en esta cuestión un desafío a la doctrina del Derecho común y la posibilidad de negarle una autoridad y «respeto» indiscutibles. Y a cierta actitud al respecto de algunos de nuestros juristas vamos a consagrar este apartado.

La glosa y, en gran parte, los comentaristas del *mos italicus* equipararon la voluntad captatoria con la disposición testamentaria encomendada a la voluntad de otra persona. La distinción de las dos cuestiones no ofrecía ninguna duda en el Derecho romano y sólo algún pasaje podía inducir a confusión a una mente poco avisada.

Los glosadores y comentaristas, carentes de una formación histórica y desprovistos del método filológico, identificaron la *voluntas capciosa o captatoria* con la disposición *in secretum alienae voluntatis*. Esta equiparación de la naturaleza y efectos de las dos instituciones fue seguida por los comentaristas, quienes se contaminaron del error, inducidos, sin duda, por el principio de autoridad propio del método escolástico. La interpretación errónea fue corregida por la nueva escuela del «*mos gallicus*». Los juristas españoles, con ocasión de comentar el testamento por comisario en las Leyes de Toro, se adhirieron en

unos casos a la tesis identificatoria y en otros distinguieron *di la voluntas captatoria* de la encomendada a la disposición de otra persona.

Entre los juristas hispanos que se ocupan de estas cuestiones, cabe destacar a Carpio, Antonio Agustín, Covarrubias, Rodrigo Suárez, Vázquez de Menchaca y Espino de Cáceres, entre otros. Rodrigo Suárez escribió un breve tratado *De captatoria voluntate*, en el que resume y sistematiza las distintas opiniones sobre la *voluntas captatoria*¹⁸.

En primer lugar, subrayan algunos de estos juristas la facilidad con que la glosa de Accursio arrastró a los comentaristas a confundir la voluntad captatoria con la comisión de la disposición testamentaria a la voluntad de otra persona¹⁹.

Entre nosotros, fue Antonio Agustín quien señaló a Accursio como autor de la confusión entre una y otra institución²⁰.

También Covarrubias percibió también claramente la distinción entre la institución captatoria y la comisión para testar²¹.

Pero, más que en la nítida distinción entre instituciones captatorias y las encomendadas a la voluntad de un tercero, donde especialmente alienta cierto espíritu de originalidad de los juristas españoles, es en la defensa de la validez de las disposiciones «*mortis causa*» encomendadas a la voluntad de un tercero, que el Derecho castellano admitía en el Fuero Real, y con matices en las leyes

¹⁸ SUÁREZ, Rodrigo: *Dilucida commentaria*, Valladolid, Fernández de Cordova, s/n. Dentro de las alegaciones se contiene el tratado «*de captatoria voluntate*, ff. 163-169. El resto de juristas excepto Antonio Agustín, citados en la nota 2.

¹⁹ Dice CARPIO: «...*omnes doctores antiqui et fere neoterici, quasi aves quae volatum anterioris sequuntur existimaverunt ultimam dispositionem in alterius voluntatem collatam captatoriam nuncupari*» (Lib. 2, cap. 6, núm. 18, f. 148 V.) Recordemos que en Roma la captación de herencias era una práctica fraudulenta muy frecuente, como nos han transmitido los autores clásicos (Séneca, Plinio, Petronio, Marcial) que hicieron de este engaño una diana típica de la literatura diatribica y epigramática. Estas aves carroñeras, como las identifica Séneca (*De Beneficiis*, IV, 20) circunvuelan especialmente a los ricos viejos o sin hijos o la joven enferma, cuya herencia se trata de pescar con el anzuelo de las dádivas, legados o la petición de casamiento. La delimitación de la captación en D. 25, 5, 70 (71).

²⁰ «*Quo capite illud definitum est, ut Accursiani, existimant, captatorias institutiones esse, quae pure fiant, licet alter alterum nulla eius testamenti mentione facta, instituisset...*» continúa ANTONIO AGUSTÍN: «...*vir et uxor se invicem heredes alter alterum relinquat et non esse captatorium testamentum dicitur... Et licet secretum alienae voluntatis quodcumque alienum arbitrium dici possit, tamen Papiniano satis visum est rationem afferre, qua pura intentio a captatoria differet. Nam quod accursiani dicunt voluntates ex alieno arbitrio pendere non posse idem ego affirmo... nego tamen eas omnes institutiones captatorias esse quae ex arbitrio alieno pendeant*» (*Emmendationum...*, lib. 4, cap. 16, p. 87). Cito por NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.*, p. 164, nota 572. En esta nota y en la siguiente hay más citas sobre la cuestión de no confundir la *captatoria voluntas* con la encomendación de testar a la voluntad de un tercero.

De tal manera es así que en la mayoría de los comentaristas, para localizar la materia sobre la comisión testamentaria o encomendada a la voluntad de otra persona es necesario buscar *voluntas captatoria*, en el *index rerum et verborum*.

²¹ *In Gregorii noni Titulum de Testamentis Commentarii, caput cum Tibi*, Salamanca, 1573, «*Est etenim captatoria voluntas diversa ab ea, quae ex alieno et simplici ac libero iudicio pendet...*», núm. 2, f. 82.

de Toro. Unos juristas con reservas y timidez, otros con cierta valentía, se manifestaron contra la autoridad indiscutida del Derecho romano y admitieron la validez del testamento por comisario.

Uno de los juristas que cuestiona la superioridad absoluta del Derecho romano sobre el Derecho real es López de Palacios Rubios.

B) LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS

Comienza alegando que, según el Fuero Real, es válida la voluntad captatoria entendida como disposición testamentaria encomendada a otra persona. Se deduce que la ley española puede disponer que valga la voluntad captatoria, como ya defendieron Angelus, Juan de Imola, Baldo, Alexandro, al comentar distintos textos romanos. «*Ergo fuit ista prohibitio de iure civile inventa et consequenter contrario iure potest tolli*», según una de las reglas del derecho recogidas en el Digesto, y «*quod ius civile et canonicum approbant captatoriam voluntatem in aliquibus casibus et potuissent generaliter*»²².

Y continúa argumentando: si la sustitución pupilar y la vulgar se introdujeron en el derecho romano por costumbre... «*non est mirandum quod dicta lex regni dictet quod valeat quis facere testamentum pro alio...; item si de iure civile statum est quod non valeat captatoria voluntas, per ipsum ius potest tolli*»²³.

C) DIEGO ESPINO DE CÁCERES

Otro jurista que se ha ocupado ampliamente del testamento por comisario es Diego Espino de Cáceres²⁴. En su *Speculum*, editado en 1600, observamos a un jurista que, pese a la época en que escribe ya no acumula cita sobre cita de autoridades, sino que se apoya para sus razonamientos en los textos justinianeos, acudiendo con sobriedad a las citas de la doctrina del derecho común. De ahí que puede observarse cierta «frescura» en su literatura jurídica y bastante libertad en sus razonamientos y conclusiones.

En cuanto a la validez del testamento por comisario, Espino parte de un principio general establecido en el núm. 23 de su glosa: «*quando aliquis habet liberam potestatem ad exercitium alicuius actus potest illum actum exercendum alteri committere*», de ahí que concluya en la glosa 24: «*omni iure*

²² Ad. L. 31, XV, XVI, f. 626.

²³ Ad. L. 31, XV, XVI, f. 627. Según López Palacios, Jason quiere probar lo contrario, apoyándose en el Código, y en la autoridad de Bártolo propósito de las donaciones entre cónyuges, pero como éste se contradice en dos pasajes, dice López de Palacios que aquél no prueba la mayor «*unde verior videtur opinio Angeli pro quem facit L. Cum praetor, vers. Item erit quibus id more concessum est D. De iuditis*» (D.5.1.12, 1), ad. L. 31, XVIII, f. 627.

²⁴ ESPINO DE CÁCERES, D.: *Speculum testamentorum*, Frankfurt Schörreretteri, 1600. Trata «*la Glosa Quinta principalis de commissario nominato ad faciendum testamentum*» (ff. 317-344). En el Handbuch de COING, es citado Espino como comentarista de las Leyes de Toro.

est permissa commissio testandi pro alio»²⁵ y que los poderes del comisario se extiendan hasta donde se extendían las facultades y los derechos de comitente: «*Omnia illa commissarius potest, quae de iure committens poterat*» (núm. 47, summaria).

Barry, que realiza una completa sistematización de la doctrina del Derecho común sobre la comisión para testar, cita al jurista castellano que no es muy conocido entre nosotros. También cita con mucha frecuencia a Gómez y Covarrubias²⁶.

D) VÁZQUEZ DE MENCHACA

Este jurista vallisoletano reúne una sólida formación jurídica (catedrático de Leyes en la Universidad de su ciudad natal) y una probada experiencia de gobierno como miembro del Consejo Real y seguramente del de Hacienda²⁷.

Vázquez de Menchaca mantiene que el Derecho natural prevalece sobre el Derecho común.

Una aplicación particular de la convicción de Vázquez de Menchaca acerca del valor superior del Derecho natural sobre el Derecho civil, se produce en la institución que venimos estudiando del testamento por comisario: cuestión que aparece envuelta, como en el caso de la mayoría de los juristas de la época, dentro de aquella otra acerca de la validez de las disposiciones captatorias.

Se pregunta Vázquez de Menchaca si la *captatoria voluntas ultima* es válida por costumbre o por ley (*statuto*). Califica de ardua la cuestión, pero no por

²⁵ ESPINO defiende que el canon *cum tibi* no se ha de interpretar solamente referido a las causas pías: «*Quare existimo dicendum quod in causa illius texti non est speciale favore causae piae, sed generaliter in omnibus casibus ille textus procedat, quod valeat huiusmodi commissio facta a defuncto: nam ibi fideicommissarius non propriam voluntatem in testamento constituit, sed voluntatem defuncti declarat, qui voluit... quam miror universos Doctores non considerasse ex quo manifeste apparet quod quemadmodum quis potest testamentum condere ex bonis suis, sic potest eius ordinationem alteri committere et testamentum commissari habebit eundem effectum, quod haberet si conditum esset ab, ipso testatore si de bonis suis disponderet*». Alega a continuación Espino la Ley 31 de Toro (Gl. 5, núm. 25, f. 327).

²⁶ «*Quod dixi neminem posse committere alteri ut testamentum pro se faciat fallit in Hispania, ubi Regia constitutione permittitur, ut dicit Didacus Spinus*» BARRY: *De Successionibus testati ac intestati. Opus digestum in duos tomos*, Lugduni, 1667. Lib. II, tomo V, f. 136.

²⁷ Dice TOMÁS Y VALIENTE: que «acaso lo más interesante de Vázquez de Menchaca es su método de razonamiento, su talante de jurista a mitad de camino entre los humanistas, buenos conocedores de las fuentes literarias, filosóficas e históricas, y la tradición del «*mos italicus*», a cuya metodología se mantiene fiel». *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid, Tecno, 3.^a ed. (p. 314).

Además de estos aspectos, Francisco Carpintero destaca también en este jurista su frecuente invocación del Derecho natural como fuente de razonamientos jurídicos y como recurso para fundamentar en el mismo la solución a problemas jurídicos concretos. CARPINTERO, F.: «*Mos italicus, mos gallicus y el humanismo jurídico; una contribución a la historia de la metodología jurídica*». *Ius Commune*, 6 (1997), p. 108-171.

ello deja de dar su opinión invocando la autoridad de Socino. La prohibición de la *captatoria voluntas* por el derecho romano es de derecho positivo y puede levantarse por otro derecho positivo. Después razona fundándose en Socino: «*unde in caso nostro, cum impune possem ego mihi facere testamento revocato mandato, non multum periculi est, si mandatum valeat*»²⁸. En este último caso, no he renunciado a mi plena libertad de testar, bajo ninguna pena, por lo que no puede entenderse que el mandato para testar sea *contra bonos mores*.

Nos advierte Vázquez de Menchaca que, en último término, la verdad de esta opinión depende de cómo interpretemos las leyes captatorias ya que, si la voluntad captatoria es condenada porque va *contra bonos mores*, no valdrá la ley (*statutum*) que las recoge; si es por otra razón, sí.

Aquí voluntad captatoria no quiere decir que contenga «*captionem, dolum, aut mendatium, fraudem aut machinationem aut votum captandae voluntatis certum et indubitatum*»; y, como estas intenciones dependen del ánimo del captante exclusivamente, únicamente Dios puede conocer las más recónditas intenciones y no el hombre; ni siquiera las sabe la ley que, en todo caso, establece que tal acuerdo o disposición sólo lleva aparejada la ocasión de captar, engañar y producir daño y perjuicio a otro. Estas presunciones siniestras y sospechosas fueron introducidas por el Derecho romano contra el Derecho natural, «*quod istae largitiones, quae procedunt ab ultimis voluntatibus honestius est, ut dentur quam ut petantur...*»; por tanto, por otro derecho estas presunciones siniestras y sospechas pueden suprimirse.

Para reforzar su argumentación sobre la más libérrima capacidad de testar de toda persona, Vázquez de Menchaca resuelve la objeción de la posibilidad de que la ley disminuya la libertad de testar de la mujer, con la exigencia del consentimiento del marido o de dos consanguíneos; y esto no sería inicuo porque no se suprime la libertad de testar, sino que se añade cierto requisito. Además la ley (*statutum*) no puede contrariar directamente *legi superiori*, pero puede hacerlo de forma indirecta. Así, en el caso propuesto de la mujer, no puede hablarse de voluntad captatoria que tiene lugar cuando la disposición última dependa de una sola voluntad, y aquí depende de la voluntad del testador y de un tercero.

Se cuestiona si puede disponerse por estatuto contra la ley *stipulatio* (D. 2,8,7,1) y responde: «*puto quod possit statuto Hispanorum, non Italianorum*». Más adelante añade que la ley *stipulatio* se apoya en la razón civil no en la ley natural y, por tanto, la ley civil puede cambiarse, salvo que estuviese respaldada por la razón natural, y así ¿quién duda que es una ley civil el que pueda testarse a los 14 años, y que de un día para otro permite la ley testar a quien tiene el mismo juicio que el día anterior?

Para Vázquez de Menchaca «*ista libertas testandi, non naturali sed civili ratione, nititur et consequenter civili lege potest inmutari, siquidem sit lex His-*

²⁸ No iremos señalando las citas una por una, por estar concentradas en los núms. 15 a 25, ff. 77-78 del Lib. 2, cap. XIII. *De successione...*, donde pueden fácilmente consultarse.

panorum, qui non recognoscunt superiorem, at secus si esset lex Italianorum». Porque, cuando la ley superior (*ius commune*) reprueba algo porque determinó que se opone a los *bonos mores*, en tal caso el *statutum inferior* no puede ir en contra del *ius commune*; en caso contrario, sí.

Sigue argumentando Vázquez de Menchaca que la *captatoria voluntas* es válida, si así lo establece la ley y califica de común su posición. En primer lugar su prohibición fue establecida por ley de derecho positivo y, por tanto, otra ley de derecho positivo puede arbitrar una solución contraria. En segundo lugar, porque aunque la *voluntas captatoria* se muestre contraria a los *bonos mores*, éstos son de carácter civil y, en consecuencia, sería ridículo que los *bonos mores civiles* obligasen en las restantes naciones de la misma forma. Finalmente, porque la voluntad captatoria ha sido admitida por el Derecho canónico, como admiten el Abad Panormitano y otros, al comentar el canon *cum tibi* y que Ripia califica esta interpretación de común. Concluye Vázquez de Menchaca que él mantiene igualmente esta opinión sobre la voluntad captatoria en una triple acepción: Hay una captación *mental* y *real* («*Te haeredem instituto ex tanta parte quantam tu postea mihi in testamento tuo dederis*»); otra, sólo *mental* («*instituto haeredem quem tu nominaveris*»); en esta segunda clase incluye también los pactos de *non succedendo*. Finalmente hay una captación que no sólo resulta mental, sino también real que, convenida y pactada con palabras, se cubre tras la interposición de una tercera persona («*ex qua parte Titium haeredem feceris, ex eadem parte te haeredem facio*»).

Admite la validez de todas estas formas de testar y critica a Covarrubias y a quienes le siguen porque sólo ven aceptable el segundo supuesto y consideran que el primero y tercero son intolerables y, por tanto, no pueden ser admitidos ni dispensados por ley, ni costumbre, ni por el derecho canónico.

Por tanto, esa forma de voluntad captatoria, por la cual se concede a otro la facultad de testar, es admitida tanto por el derecho canónico como por el derecho real, es decir, las Leyes de Toro, y lo mismo ocurre con otras especies de voluntad captatoria, como son las instituciones de heredero bajo la condición de una reciprocidad.

Son válidas y vigentes la costumbre y la ley, por muy irracionales y duras que sean, si no se oponen en modo alguno a la fe, al derecho natural, ni divino; no inducen a pecado, ni se muestran *contra bonos mores*.

¿Qué conclusiones podemos extraer de la exposición de las ideas que hemos hecho de Vázquez de Menchaca?

1.º Observamos en su doctrina una apelación constante al derecho natural, además del derecho divino (o Revelación).

2.º No identifica el derecho natural con el derecho romano ni con el *ius commune*. Ya no se supone que el Derecho romano encarne necesariamente la *ratio scripta*, y no constituye una autoridad indiscutida e indiscutible cuya solución sea necesario seguir, salvo cuando sus preceptos incorporen algún principio de derecho natural. El Derecho Romano ya no debe ser objeto de una aceptación per se, sino que ofrece soluciones y fórmulas cuya bondad y justicia

han de ser contrastadas y verificadas. Los textos justinianeos no son aceptados o acatados por Vázquez de Menchaca de una forma reverencial, como hacían los glosadores y los comentaristas.

3.º Vázquez de Menchaca equipara de *facto* y de *iure* el rango y el valor de la ley propia de cada comunidad o monarquía (*Iura propria*) con la ley «universal» romana (*Ius commune*): tanto valor tiene una ley como la otra.

No acepta que el derecho romano, ahora llamado civil, como ley del Imperio, tenga vigencia, por principio y de forma general, entre los españoles que no admiten el argumento histórico de formar parte del Imperio. Defiende la idea de la *exemptio Imperii*, que propugna la desvinculación de los reinos españoles del Imperio. La autoridad de los reyes de los reinos españoles es originaria. Han conquistado sus reinos, arrebatándolos a los musulmanes y no deriva su autoridad del Imperio. No están sometidos, por tanto, al Imperio ni a su derecho.

4.º Con todo, Vázquez de Menchaca es hijo de su época y no deja de reconocer cierta validez intemporal a los textos justinianeos. Paradójicamente son éstos los que le proporcionan la base legal y los argumentos para apoyar precisamente el principio de que cualquier ley del *ius civile* o *commune* puede ser derogada por cualquier otra norma civil de una comunidad política «nacional».

5.º Descendiendo a la tesis concreta de Vázquez de Menchaca sobre la legalidad de la comisión para testar y de la validez de las disposiciones captatorias, no deja de sorprender la valentía y originalidad con que defiende una postura que es minoritaria, entre los comentaristas de la época. Incluso, con la cita de algunos de ellos, principalmente Socino y Ripia, nos quiere convencer de que la validez de las disposiciones captatorias y del testamento por comisario constituye la *communis opinio* sobre la cuestión.

III. CUÁNDO Y QUIÉNES PUEDEN SER COMITENTE-TESTADOR Y COMISARIO

A) INTRODUCCIÓN

Iniciamos ahora el estudio del testamento por comisario tanto en las Leyes de Toro y en sus comentaristas, así como en la práctica de la sociedad castellana de la Edad Moderna, tal como nos la reflejan los formularios castellanos y algunos protocolos que hemos consultado.

Iremos analizando sucesivamente en qué supuestos procede o cabe esta forma especial de testar; quiénes pueden ser comitentes y comisarios. Abriremos un apartado sobre la cuestión de la naturaleza jurídica del comisario testamentario. Pasaremos en el apartado siguiente a analizar la cuestión crucial del poder del comisario, tanto general como especial, una de las más debatidas entre los comentaristas de estas Leyes cuando las quieren concordar con la doctrina del Derecho Común.

El testamento por comisario regulado en las Leyes de Toro se mantuvo vigente hasta finales del s. XIX con la entrada en vigor del Código Civil. Las Leyes de Toro se incorporaron íntegras en la Nueva (5, 4) y Novísima Recopilación (10, 18).

B) SUPUESTOS EN QUE PUEDE TESTARSE POR COMISARIO

«Porque muchas veces acaece que algunos, porque no quieren o porque no pueden facer sus testamentos, dan poder a otros que los fagan por ellos», dice el primer inciso de la Ley 31 de Toro. En principio, la ley concede a todos la más amplia libertad de otorgar poder a otra persona para testar, pero conviene detenerse en este punto²⁹.

A pesar de la amplia libertad que concede la Ley, los autores de formularios han tratado de justificar siempre el acto de apoderamiento en la existencia de alguna imposibilidad o dificultad del testador-comitente, que formalmente ha de constar en el instrumento de poder, desconfiando de que la comisión se deba sólo a la voluntad libérrima del comitente³⁰.

²⁹ Para BENITO GUTIÉRREZ: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo III, Madrid, 1868. «Nadie ha entendido de qué impotencia habla la ley, aunque no puede tratarse de ninguna incapacidad en ningún grado. Nadie da lo que no tiene» (p. 209). Salvo en Llamas, no hemos encontrado en los comentaristas de las Leyes exégesis alguna sobre este primer punto de la Ley 31. Llamas advierte que los comentaristas no se detienen en determinar a qué supuestos de imposibilidad se refiere la ley, por lo que se hace imprescindible detenerse en este punto. No puede tratarse de la impotencia de «enagenación de potencias, como acontece en el furioso, mentecato y fatuo. Sería un absurdo y una contradicción que, a quienes las leyes civiles y reales niegan la capacidad legal de testar, tuviesen la discreción y prudencia para dar poder a otro». Tampoco se trata de la «impotencia legal» (menores de catorce años, siervos, cautivos, monjes profesos, pródigos...). Sería un fraude de ley: lo que uno no puede hacer por sí tampoco puede ejecutarlo por medio de otro. Para Llamas se trata de la impotencia «originada de las congojas y angustias de la enfermedad que no deja al doliente la tranquilidad y sosiego natural para dictar su testamento... o a causa de la cortedad del tiempo, por ser ejecutiva la enfermedad o por estar sentenciado a muerte el que había de testar; en suma, la impotencia de que habla la ley no se ha de entender absoluta, sino *respectiva*, que le impide se ejecute el acto sin mucho trabajo e incomodidad» (p. 290).

³⁰ Desde el primer formulario castellano que conocemos en que se contiene un poder para testar (finales del s. XIV) ya se justifica la comisión testatoria a otro, a causa de la imposibilidad física «como quize que esto ferido de una landre, so afincado de muy grandes dolores en tal manera que por mi mesmo non podría trabajar para faser e ordenar mi testamento e mi ánima, según devía...».

ARGÜELLO, A. de: *Tratado de escrituras y contratos públicos con anotaciones*, Madrid, 1651, «que por estar afligido con su enfermedad, entiende que no tendrá tiempo para hacer su testamento y disponer sus cosas como conviene (p. 56).

PALOMARES: *Estilo Nuevo de escrituras públicas...*, Sevilla, 1645, «que la gravedad de mi enfermedad no me dará lugar para poder facer e ordenar mi testamento...» (p. 81 v).

DE LA RIPIA, Juan de: *Práctica de instrumentos y modos de suceder*, Madrid, 1729, «No es de esencia que los que dan poder para testar estén indispuestos de suerte que no pueden hacer su testamento; pues por enfermedad y por no quererlo hacer lo pueden cometer a otro y, no obstante, es de buen estilo el decir que, por no hallarse en disposición, lo comete» (149).

C) EL TESTADOR-COMITENTE

De lo que hemos expuesto anteriormente se deduce, y así lo entienden todos los comentaristas y prácticos, que la capacidad que se exige para testar es la misma que se ha de disfrutar para cometer a otro el poder. Los comentaristas de las Leyes de Toro no se detienen a comentar este punto, que deben de considerarlo evidente.

La Ley 4 de Toro autoriza al condenado por delito a muerte civil o natural, a hacer testamento y otras disposiciones de última voluntad «o dar poder a otro que lo haga por él, como si no fuera condenado: el qual condenado y su comisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por el tal delito fueren confiscados o se oviren de confiscar, y aplicar a nuestra cámara o a otra persona alguna».

D) IDENTIFICACIÓN DE LOS PROTAGONISTAS EN LA PRÁCTICA

Hacemos ahora una consideración sobre el testamento por comisario en la práctica. En este apartado nos ocuparemos de quiénes y con qué frecuencia utilizaban esta forma de testar en Castilla y de la relación de parentesco o de amistad que mediaba entre el comitente y el comisario. Otros aspectos prácti-

FORMULARIO NOTARIAL, anónimo, Colegio de notarios de Barcelona (por el tipo de letra, hacia 1800), «estando enfermo en la cama de la enfermedad que Dios n.s. se ha servido de me dar» (f. 11).

FELIPE SÁNCHEZ: *Nuevo Formulario de instrumentos públicos*, Toledo, 1854. «que por justos motivos que al presente nos asisten nos impiden la otorgación de nuestro testamento y última voluntad» (p. 304).

FEBRERO, José: *Librería de escribanos, abogados y jueces*, Madrid, 1829, 7.^a ed. tomo I, dice: «graves ocupaciones u otros motivos» (194).

GONZALO DE LAS CASAS, José: *Elementos teórico-prácticos sobre el otorgamiento de instrumentos públicos con formularios*, Madrid, 1862: «delicado estado de salud» (533).

ZARZOSO y VENTURA, Ezequiel: *Teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos*, Valencia, 1874, 2.^a ed.: «sus muchas ocupaciones» (232).

Véase la nota 825 de la p. 233 de la obra de NÚÑEZ IGLESIAS, donde cita un trabajo de Gómez Navarro que se ocupa de este punto. Como vemos, cualquier alegación bastaba y todo había quedado en fórmula de buen estilo, como reconocía De la Rípiá. En la práctica se suele hacer constar una enfermedad grave: «por cuanto estoy enferma de las carnes... e porque mi enfermedad es grave». Poder de Leonor de Iniesta a su hermano, 5 de julio de 1516. El día 13 otorgaba testamento (Archivo Histórico Provincial de Cuenca, en adelante AHP. C 5/2). En Cuenca, el poderdante a su padre y a su tío. Instituye en el poder a su padre como heredero en todos los bienes (AHP. C. 3-1). Así encontramos una fórmula de poder para testar de esta forma «nos conferimos el uno al otro poder suficiente para que el que sobreviva haga el testamento del que primero falleciere» (FELIPE SÁNCHEZ, p. 304).

Igualmente de los 15 ejemplos de poder recogidos por Ángela González-Palencia y referentes a los protocolos de Madrid, entre los ss. XVII y XVIII principalmente, 6 corresponden al apoderamiento recíproco entre los consortes. GONZÁLEZ-PALENCIA, Ángela: *Colección de documentos sobre Madrid* (Biblioteca de estudios madrileños), Madrid, CSIC: 1953.

Si es recíproco, dice FEBRERO, «sólo sirve para el que fallece primero, de modo que el sobreviviente tiene que hacer nueva disposición si no quiere morir intestado».

cos serán considerados en los lugares correspondientes, ya que queremos estudiar conjuntamente los aspectos legales y la práctica jurídica seguida en cada apartado o cuestión.

La minuciosa regulación del testamento por comisario en las Leyes de Toro nos obliga a pensar también en la vigencia y arraigo de la institución en la Baja Edad Media y Moderna. Las Leyes de Toro dicen que quieren desterrar los abusos que cometen frecuentemente los comisarios al otorgar testamento en nombre del comitente. Nosotros creemos que no se producían abusos frecuentes, como en esta investigación demostramos.

Es difícil saber con qué frecuencia acudían los castellanos a esta forma de testar, hasta que no se haya estudiado más detenidamente el testamento y la sucesión en la Baja Edad Media y Moderna. Tal como aparece la institución en algunos estudios, como el del profesor Arvizu ya citado, no parece que la institución fuese muy frecuente en la Alta Edad Media; al menos este autor no ha encontrado abundantes ejemplos en las numerosas fuentes documentales que ha consultado, porque los cartularios de Monasterios no son quizá el lugar más adecuado para encontrar este tipo de documentación.

No contamos con muchos protocolos notariales antes de los primeros años del s. XVI, porque no era obligatorio para los notarios guardarlos, hasta la promulgación de la Pragmática de los Reyes Católicos de 7 de junio de 1503 (NR, 4, 25, 13 y Nov. R, 10, 23, 1).

Si nos fijamos en los protocolos de los archivos históricos provinciales, o de los archivos específicos de protocolos, allá donde existan, veremos que suelen comenzar por lo general a partir de 1503 ó 1504, poco antes de la promulgación de Las Leyes de Toro. Por lo que no es fácil conocer la práctica en muchos casos durante la BEM.

El número de protocolos conservados desde el s. XVI en los archivos se puede contar por millares o quizás decenas de miles y la consulta sobre cualquier cuestión, en este caso sobre el poder y el testamento por comisario, es imposible realizarse por un solo investigador. Ni siquiera puede aspirarse de forma individual a un muestreo, tan sólo alguna «cata» puede hacerse en este inmenso campo de los protocolos notariales, donde han quedado sepultadas, o mejor, fijadas las preocupaciones, la mentalidad y los momentos más importantes de la vida de los españoles.

Muchos de estos archivos, en el caso de los mejores inventariados sólo, nos indicarán, respecto a los protocolos, el notario, el lugar de su ejercicio y los años que comprenden tales protocolos³¹.

³¹ Constituye una excepción el archivo de protocolos de Madrid, que ha sido más frecuentado por investigadores. Ha interesado este archivo, porque en sus protocolos se encuentran datos interesantes de importantes literatos, artistas, personajes, políticos, etc... Matilla Tascón ha realizado un índice de unos nueve mil instrumentos del Archivo Histórico de protocolos de Madrid, de los que la mayoría son testamentos, unos seis mil. De estos ciento noventa aproximadamente son poderes para testar: lo que equivale a poco más del 3 por 100. MATILLA TASCÓN, Antonio: *Índice de testamentos y documentos afines*. Madrid, Ministerio de Cultura, 1980. Ilustres personajes dieron poder para testar. Calderón de la Barca, al presbítero D. Juan Mateo Sono, en Madrid, a 20

En un estudio sobre la muerte y la sociedad en la época de los Austrias contamos con la siguiente información: «Los testamentos por poder en los protocolos toledanos pueden fijarse en torno al 11 por 100... si bien la apreciable subida en la segunda mitad del s. xvii: 16,27 por 100 entre 1651-1675; y 38,73 por 100 entre 1676-1700 parece obedecer a otras razones (a parte de la imposibilidad de hacerlo), como un mayor desinterés o una mayor confianza en su círculo familiar»³².

Por mi parte he consultado el protocolo de algunos notarios de la ciudad de Cuenca entre principios del s. xvi y el s. xix, y el apoderamiento suele otorgarse entre los esposos, entre padres e hijos, entre clérigos (canónigos, etc.) y de seglares a sus confesores³³.

E) LA FIGURA DEL COMISARIO

1. Capacidad general para ser comisario

Como principio general podemos afirmar con López de Palacios Rubios que puede encargarse la «testamenti factio» a aquellos que tienen capacidad legal para testar por sí mismos, «quoniam qui potest pro se testari, poterit pro alio»³⁴.

Sentado este principio general, los comentaristas pasan enseguida a determinar si cierto tipo de personas pueden ser comisario, aunque no es esta la

de julio de 1678, ante el notario Juan de Burgos. No obstante, nuestro ilustre dramaturgo hizo testamento cerrado el 20 de mayo de 1681.

Igualmente dio poder para testar D. Juan de Austria, hijo de Felipe IV en Madrid, el día 7 de septiembre de 1679. Apodera, estando enfermo, al presidente del Consejo de Castilla, al arzobispo de Toledo, y al confesor de su Majestad. Instituye por su heredero al propio rey. DE AMEZÚA y MAYO, A. G.: *La vida privada española en el protocolo notarial*. Madrid, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 1950, pp. 402 ss.

³² MARTÍNEZ GIL, F.: *Muerte y Sociedad en la España de los Austrias*. Tesis doctoral. Tomo II. Universidad Complutense de Madrid, 1991, p. 1071. Ed. Siglo XXI, 1993.

³³ Ángela GONZÁLEZ-PALENCIA SIMÓN: en *Noticias y documentos para la historia madrileña*, recoge la reseña de gran cantidad de documentos muchos de los cuales son testamentos por comisario y poderes para testar. Corresponden a la segunda mitad del s. xviii. Se aprecia la frecuencia de esta forma de testamento y de los poderes para testar. De los quince poderes recogidos, seis se refieren al apoderamiento recíproco entre los consortes; dos son apoderamientos de la mujer a su esposo; uno del marido a la mujer; dos, al hermano; uno, al hermano e hijo; uno, al hermano más otra persona. Hay un caso en que se apodera a los hijos y a los yernos.

Respecto de los testamentos ocurre lo mismo. De cincuenta y ocho casos, la mayoría son testamentos que otorga la esposa por poder del marido o viceversa. Veintiuno, son los otorgados por la esposa o viuda. Diez, por el esposo; tres, recíprocos; el resto se lo reparten otros familiares (hijos, hermanos, sobrinos). No son despreciables los supuestos, dieciséis, en que el testamento ha sido otorgado por una persona que no es familiar. Puede tratarse del médico, el confesor, los testamentarios, y otras personas que hemos de suponer amigos fieles del poderdante.

³⁴ Ad. L. 31, XXXIII, f. 627. Se puede dar el poder a quien «no está defendido hazer testamento» (PALOMARES). Para FEBRERO: «el testador puede dar facultad al varón o hembra que no esté privado de ser personero o apoderado» (p. 166). La misma capacidad exigen DE LAS CASAS (p. 1037) y ZARZOSO: (p. 230). Según DE LA RIPIA puede nombrarse comisario a quien se instituye heredero (p. 150).

cuestión en que más se detienen los comentaristas de las Leyes de Toro, salvo el caso de la capacidad de la mujer³⁵.

Nosotros no vamos a tratar de los supuestos que resultaban puramente teóricos o académicos por la marginalidad o la desgracia de quienes en ellos se encontraban, sino sólo de los que en la vida práctica fueron de producción frecuente y son de los que los comentaristas de las Leyes de Toro se cuidan especialmente: la mujer (frecuentemente la esposa) y los clérigos (regular o secular), confesores y consejeros espirituales. No nos ocuparemos del menor.

2. La mujer

La cuestión fue planteada y resuelta por López de Palacios Rubios, al que suelen seguir los otros comentaristas de las Leyes de Toro. Después de afirmar que hay muchas cosas que no podemos hacer en nombre propio, pero sí ajeno, señala el ejemplo de la mujer que a veces no puede contratar en nombre propio y sí hacerlo por y en a favor de otro. A continuación alega que, según el *ius civile*, no puede ser *procuratrix* para pleitos, aunque sí para los negocios; que tampoco puede ser *tutrix* y, como la tutela se equipara a la comisión, y no puede sustituir al hijo, habría que concluir que tampoco testar por otro. Pero, como la madre puede hacer testamento por el hijo furioso e igualmente tiene capacidad para ser ejecutora testamentaria y como *executor et commissarius aequiparantur*, nuestra ley admite también a las mujeres como comisarias para testar, acaba concluyendo en este punto López de Palacios Rubios³⁶.

López de Palacios Rubios se preocupa extensa y casi obsesivamente de los supuestos en que la mujer puede perder la comisión testamentaria por cuestiones de moralidad sexual. No la pierde por pasar a segundas nupcias, solución

³⁵ NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.* (146 ss.) ha tratado pormenorizadamente la cuestión de quiénes pueden ser y quiénes no ser ejecutores testamentarios. En general, la doctrina ha equiparado a efectos de capacidad la institución del testamento por comisario y la ejecución testamentaria como hace MATIENZO, Ad Rec. 5, 4, 5 gl. 8, núm. 5, f. 118. NÚÑEZ ha sucumbido a la abundante doctrina que trata de la capacidad para ser executor testamentario y se detiene en esta cuestión, pero debía haberse cuestionado específicamente la capacidad para ser comisario, porque deben de existir diferencias según la particular naturaleza jurídica de ambas instituciones. Cabía plantearse la cuestión de si podía ser comisario el esclavo (vocablo que preferimos a siervo para la Edad Media y Moderna). Ya estuvo dividida la doctrina sobre su capacidad respecto a ser executor testamentario (NÚÑEZ 153-154), por lo que resultaba más problemática su capacidad para ser comisario que requería la misma que para testar en nombre propio. La doctrina canónica desde el Papa Gelasio se había manifestado contraria a la capacidad del esclavo («*servus facere testamentum non potest*») y recogida en el Decreto de Graciano (13, 2, 5). Posteriormente, el mismo Derecho canónico fue mitigando esa incapacidad.

Pueden plantearse otros supuestos de cuestionada capacidad para ser comisario, como son el del excomulgado, el desterrado, el bastardo, el loco. Son supuestos más doctrinales que presentes en la vida real. NÚÑEZ las estudia referidas al executor testamentario, y a él remitimos para lo que puedan afectar al comisario (pp. 150 ss.).

³⁶ L. 31, XXXIII, f. 627. Pasa después a la cuestión de la capacidad para ser comisaria sin licencia de su marido y la resuelve diciendo «*no solum testamentum proprium licet uxori facere sine licentia mariti, sed etiam testamentum alienum vel contractum alieno nomine*» (f. 629, XLV).

admitida también por la doctrina para la ejecución testamentaria después de algunos titubeos³⁷.

En el caso de la mujer *quae luxuriatur*, según López de Palacios Rubios «perdat comissionem testandi a viro sibi data, sicut perdit legatum a viro relictum (C).

Así lo establecen respecto al legado las Partidas (4, 12, 3) y el Fuero Real (3, 12, 9). Tal comportamiento vituperable se entiende que ha sido seguido antes de transcurrir un año desde la defunción del cónyuge³⁸.

Espino de Cáceres se opone rotundamente a que subsista la comisión en manos de la esposa, si pasa a segundas nupcias, ya que se trata de un caso concreto de revocación tácita por enemistad³⁹.

3. Los clérigos

Dentro de los mismos conviene distinguir entre el clero secular y el clero regular: Sobre el primero recaían muchas prohibiciones canónicas para participar en distintos negocios jurídicos. La restricción de su capacidad jurídica se fundamentaba en San Pablo: «nemo militans Deo implicat se negotiis secularibus (Segunda Carta a Timoteo, 2, 4). No podía intervenir en negocios jurídicos, sobre todo cuando implicasen rendición de cuentas, ni ser servidor de laicos, ni tutor fuera del círculo parental. Respecto a la ejecución testamentaria, la doctrina de la Glosa y el Comentario no formuló una prohibición absoluta. La postura más estricta la defendieron Guillermo Durante y Iacobus a Canibus que admitían su capacidad del clero regular para la comisión testamentaria si se trataba de un testamento *ad pias causas*⁴⁰.

³⁷ (NÚÑEZ, 147). CIFUENTES admite, después de aplicar el criterio analógico y siguiendo a López de Palacios Rubios, que la mujer puede ser comisaria. Si la mujer pasa a segundas nupcias y respecto a si mantiene la comisión, después de alegar la doctrina a favor y en contra, le encarga al lector que medite la cuestión: «ergo cogita». Ad. L. 31, núm. 4.

³⁸ «Intellige praedicta, quando mulier luxuriatur infra annum, alias secus... Aliqui putant quod talis mulier perdit commodum quod ex commissione percipere potest, non tamen ipsam comissionem, ne ipse decederet intestatus» Ad. L. 31, XL, f. 629. Así lo prevén las Ordenanzas de Castilla lib. 5, Tit. De las ganancias, ley final. López de Palacios Rubios considera hasta el lamentable supuesto de una mujer forzada: «Adde quod mulier quae per vim fuit cognita, non perdit lucrum nec comissionem (siguiendo a Bartolomé Brixensis, Baldo...) Ad. L. 31, XLI, f. 629.

³⁹ «Si talis commissarius, mediante illo tempore quod habet ad testamenti factionem, mutavit eius mores in deterius faciendo se inimicum seu ribaldum ipsius committentis, eo ipso videtur tacite revocata commissio... Ex quo infertur, ad unum singulare in praxi, quod si maritus in art. mortis commissit uxori suae testamenti factionem et ipsa post eius mortem transit ad secunda vota eo ipso videtur mandatum revocatum et non potest ulterius testamentum facere, nam uxor per talem contractum mutat mores prioris mariti et afficitur quodammodo injuria mariti prior, propter transitum ad secundas nuptias...» *Speculum*... Glos. 5, núms. 37 y 38, f. 331. Citar al resto de comentaristas equivale a repetir los argumentos de López de Palacios Rubios a quien siguen, Gómez, Cifuentes, Tello. Este último dice que aquí no se ha de hacer distinción entre hombre y mujer, siguiendo a Bartolo y como éste no discrimina en el caso de la ejecución testamentaria, lo mismo se ha de entender de la comisión para testar, según López de Palacios Rubios y Cifuentes Ad l. 31 f. 231.

⁴⁰ Así MATIENZO dice: «Possunt etiam esse executores testamenti et, per consequens, commissarii, religiosi observantes, claustrales, et canonici regulares cum licentia tamen superioris» Ad Rec... 5, 4. 5, gl. 8, núm. 6, f. 118.

Clero regular: ya hemos visto que según Matienzo, se exigía la licencia del superior para poder ser nombrado comisario.

4. Delegación del comisario en un tercero

Los comentaristas suelen negar la posibilidad de delegación del poder apoyándose en distintas razones. En principio Antonio Gómez mantiene que «videtur procurator ad negotia, potest alium suo loco substituere», de acuerdo con el Codex y la glosa ordinaria y los comentarios de los doctores, pero «procedit et habet locum in procuratore generali ad negotia propter ampliam facultatem quam habet ad non constituyente, secus vero in procuratore particulari alicuius actus vel negotii...»⁴¹.

Juan del Castillo Sotomayor niega también la posibilidad de que pueda delegarse en otro la comisión recibida del testador para el elegir a un hijo para el mayorazgo o para la mejora y resuelve también la cuestión negativamente «an si facultas concessa a testatore commissario, vel alteri, ad eligendum filium ad majoratum, vel meliorationem possit alteri committi, vel in haeredem transeat; concludit multisque comprobatur facultatem eam non posse alteri committi. nec in haeredem transeat»⁴².

TELLO FERNÁNDEZ: después de afirmar que pueden ser comisarios todos aquellos «qui a iure non sunt prohibiti...» menciona a los «religiosi observantes, claustrales et canonici observantes...» Ad L. 31, f. 231.

Ver también NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.*, pp. 149 y 150. En la práctica los clérigos eran frecuentemente nombrados comisarios. En Cuenca, Catalina Rodríguez de Illescas, viuda, nombra comisario al clérigo Rodrigo de la Parrilla, para que ordene su testamento y las mandas, con poder para vender bienes para el bien de su ánima y deja por herederas a sus hijas Catalina y Elvira (23 de julio de 1516). El clérigo otorgará testamento el 1 de noviembre de 1516. AHP. C. 5/2.

Simón de Hoyos establece como comisarios a Quiteria de Cañete, su mujer, su hermano Juan, y al clérigo D. Álvaro de Cañete, en Cuenca el 10 de agosto de 1505. AHP. Cuenca, C-2, f. 308.

⁴¹ Ad. L. 31, gl. 6, f. 109 MATIENZO se pregunta si el comisario puede hacerse sustituir sin mandato del testador: la argumentación y base legal y jurisprudencial que nos da es la misma que la de Antonio Gómez. Entiende que no puede: «quia non est constitutus, nisi ad negotium particulare, quia in specie non habet locum...» «... et quia est electa industria personae ipsius commissarii de quo maxime testador confidit» Ad Rec. 5, 4, 5, gl. 8, núm. 2, 117 v. Continúa preguntándose si podrá hacerlo en virtud del mandato expreso del testador, y responde que no podrá hacerlo si le concedió la potestad genéricamente, salvo el caso de que se trate de *incertus ex certis...*, «ut unum ex collegialibus sanctae crucis.» (117 v).

NÚÑEZ IGLESIAS (*ob. cit.* 155-157) se ha planteado esta cuestión con respecto al ejecutor testamentario, sobre la transmisibilidad «*mortis causa*». La mayoría de los canonistas se oponen a esta transmisión al heredero «quia ad hoc officium certa persona et eius industria, et amicitia fuit electa» (Durante).

⁴² Quotidianarum controversiarum iuris, Lib. V.: cap. 185, núm. 9, f. 609. La misma solución da PELÁEZ DE MIERES: *Tractatus maioratum et meliorationum Hispaniae*, Lyon, 1678, Lib. 5, cap. 183, núm. 9 y 13. CIFUENTES también se inclina por la imposibilidad de delegar, salvo que tenga el comisario especial potestad para ello Ad. L. 31, f. 239, núm. 5.

Tello niega también la posibilidad de subdelegar las facultades del comisario siguiendo la opinión de Bartolo⁴³.

Esta cuestión es diferente de la posibilidad de que el testador encargue a otra persona que le nombre un comisario para que teste por él y que veremos más adelante.

5. ¿Puede heredarse la comisión?

Otra cuestión tratada por los comentaristas se refiere a la posibilidad de que la comisión para testar pueda heredarse o pasar a los herederos del comisario. Es abordada con detenimiento por Juan del Castillo Sotomayor. Este comentarista ha recogido la opinión de muchos juristas que se clasifican entre quienes niegan que el heredero pueda recibir tal facultad del *de cuius*, que es la postura mayoritaria y los que la admiten siempre o en algunos casos⁴⁴.

6. La comisión otorgada a varios comisarios

La Ley 38 de Toro regula el supuesto en que el testador nombra a dos o más comisarios, y plantea dos casos: 1.º: «que alguno o algunos de ellos no quieran, no puedan usar tal poder, o mueran». La solución consiste en que el «poder quede por entero al otro u otros que quisieren o pudieran usar de dicho poder». 2.º: que los comisarios discordasen a la hora de testar, arbitrando la ley una solución a tal problema.

Vayamos al primer caso; Gómez comenta la necesidad de que han de actuar todos aquellos que puedan. Señala el ejemplo de lo que acontece con los jueces árbitros, que todos han de actuar y concluye que en el presente caso no se trata de un poder *in solidum* como lo es en el supuesto de tutores y curadores, que puede alguno, sin los demás, autorizar cualquier acto. Si hay discrepancias entre ellos prevalezca la mayoría⁴⁵.

Sobre la posibilidad de echar suertes en caso de discrepancia entre los comisarios, establece Matienzo: «Iudicium non habet locum, nisi in casibus a iure expressis et ubi est dubium in iure», porque como dice Gómez, «quod ab isto iudicio sortis, nunquam potest appellari, nec iterum fortiri; quia sors vel fortuna non habet superiorem in hoc mundo»⁴⁶.

⁴³ Ad. L. 31, f. 239. Los autores de formularios niegan la posibilidad de delegar en otra persona la comisión: FEBRERO (p. 166), DE LAS CASAS (p. 1038). No he encontrado ninguna escritura de delegación de la comisión.

⁴⁴ Dedicó las glosas 8 a 10 del cap. 185 a exponernos las abundantes opiniones sobre este problema. ACEVEDO estudia también la cuestión [L. 5, T.4, 6 (L. 32 Toro) gl. 11 y 12, ff. 119 y 120].

⁴⁵ Ad. L. 38, núm. 1-6, ff. 112v-113. Esta cuestión la trata ampliamente CASTILLO SOTOMAYOR, Juan: *Quotidianarum controversiarum iuris. Tomos Sextus*. Coloniae Allobrogum, 1726, cap. CXX, ff. 56-63.

⁴⁶ MATIENZO: Ad Rec. 4.º 4.º, 12 gl. 5, f. 125. GÓMEZ, Ad. L. 38, núm. 7, f. 123. Se maravilla TELLO de que varias personas pueden otorgar un mismo testamento, sin que se trate de testamento mancomunado: «Notatur primo ex hac lege, quod non solum uni tantum potest fieri commissio testandi, sed pluribus, et omnes conficiunt unum testamentum nomine defuncti: quod est mirabile: nam

IV) NATURALEZA JURÍDICA DEL APODERAMIENTO Y LOS PODERES DEL COMISARIO

A) INTRODUCCIÓN

Hemos llegado a la cuestión crucial que ha hecho correr tanta tinta, entre los doctores del Derecho común, tanto canónico como civil, porque precisamente el testamento por comisario se oponía al carácter personalísimo que el testamento había tenido en Roma. Parece que según el Fuero Real, y dada su redacción tan genérica, las facultades del comisario podían ser amplísimas, dependiendo únicamente de la voluntad del testador-comitente. En cambio, las Partidas no reconocen el testamento por comisario, concordando el Derecho castellano con el Derecho común, como ya hemos visto.

Las Leyes de Toro siguieron un criterio restrictivo al regular el testamento por comisario. La Ley 31 determina las facultades que no pueden otorgarse nunca al comisario, sin un poder especial del testador, ya «que de aquí en adelante el tal comisario no pueda por virtud del tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoría del tercio ni del quinto, ni desheredar a ninguno de los hijos o descendientes del testador, ni les pueda sustituir ni vulgar, ni pupilar, ni ejemplarmente, ni hacerles substitución alguna de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor a ninguno de los hijos o descendientes del testador; salvo si el que dio el poder para hacer testamento especialmente le dio poder para hacer alguna cosa de las susodichas: en esta manera: el poder para facer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre a quién manda que el comisario faga heredero, y en cuanto a las otras cosas señalando para qué le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que dio el poder señaló e mandó, y no más».

Según el artículo 31 de las Leyes de Toro y acomodándose al *ius civile* y a la regulación de las Partidas (6,3,11), el comisario sólo puede nombrar al heredero, si el que le dio el poder expresó el nombre del que había de ser instituido como tal. De esta forma las Leyes de Toro siguen la prohibición del derecho civil de que la institución de heredero se dejase al arbitrio o voluntad de otro.

Además, la discusión se centró esencialmente en si el comitente podía encomendar al comisario la sustancia de la disposición (desheredación, mejora, substitución...) o sólo la elección de una persona entre varias, o ni siquiera esto último.

licet plurium testamenta una charta fieri possunt (...): tamen quod plures conficiant unum testamentum, et quod omnes dicantur disposuisse, non tanquam consultores, sed tanquam dispositores: singulare est, nec alibi legi» ad. l. Tauri, 38, núm. 1.

Como dice CARPIO lo más frecuente fue el poder otorgado in solidum: «clausula quae hodie executoribus, et commissariis alternativa imponitur, ut alter, sine altero, voluntatem testatoris in solidum adimplere valeat» Lib. 1, cap. 9, núm. 30.

Las Leyes de Toro mantuvieron un criterio restrictivo por lo que las facultades del comisario serán fruto de una combinación entre lo permitido por la ley y lo querido y manifestado por el comitente en cada caso.

Examinaremos la doctrina de los principales comentaristas. No siempre será necesario citar a todos ellos, sobre todo cuando mantienen criterios concordantes. Después pasaremos a analizar la práctica: lo que realmente hacían los castellanos, temiendo la muerte. El derecho vivido será mostrado por los autores de formularios y algunos instrumentos públicos de poder y de testamento por comisario.

Antes dictaminaremos sobre la naturaleza del poder.

B) NATURALEZA JURÍDICA DEL PODER DEL COMISARIO EN LAS LEYES DE TORO

Conviene partir una vez más de la tesis de Núñez Iglesias, para quien el comisario para testar es un ejecutor universal con poderes extraordinarios. Bajo esta equiparación estudia este autor la naturaleza jurídica del ejecutor universal, a través de dos características: el ejecutor es un intermediario de la transmisión, es un *quasi-heres* y ejerce también un *officium publicum*. Así ocurre, para Núñez Iglesias, en la Baja Edad Media. Luego, en la Edad Moderna, el ejecutor y el comisario mutarán de naturaleza, según este autor: ya no son intermediarios de la transmisión, ni ejercen un oficio público, al no ser de aceptación obligatoria⁴⁷. Será necesario buscarle una nueva naturaleza jurídica en las figuras del mandato, apoderamiento, etc.

Nosotros oponemos serias objeciones a esta tesis, porque se ciernen todavía espesas sombras sobre muchas de estas cuestiones. Es posible que el comisario tenga su origen en el ejecutor universal, pero creo que no esté probada esta tesis. En unos casos y en determinado territorio, el ejecutor universal puede haber dado origen al comisario para testar, en otros no⁴⁸.

⁴⁷ En muchos apartados de su tesis mantiene Núñez Iglesias esta tesis de que el comisario para testar es un ejecutor universal con poderes extraordinarios (Ver especialmente pp. 120-123 y 263 ss.). Menos probada queda la evolución que sufre la institución de la BEM, a la Moderna. Parece apoyarse en que el papel que había desempeñado el ejecutor universal es ahora ejercido por el heredero. Pero cabe objetar que en la BEM con el renacimiento del derecho romano, ya había vuelto a ocupar el heredero un protagonismo en tal testamento.

⁴⁸ Las similitudes y diferencias entre el comisario y el ejecutor no habrán caminado siempre paralelas o equidistantes a lo largo de la historia. Dependerá de la naturaleza de los mismos en cada período histórico. En una época determinada puede haberse concebido la ejecución testamentaria como un oficio público y a su titular como *quasi-heres*, encargado de canalizar los bienes del testador a sus destinatarios, y el comisario haber sido considerado un apoderado del testador. Estaríamos en un momento histórico en que varias notas diferenciadoras nos persuadirían inequívocamente de la distinta naturaleza de ambas instituciones, puesto que consideramos que el comisario para testar nunca ha transmitido los bienes al heredero y probablemente tampoco ha ejercido un oficio público, sino un encargo de fines piadosos por su comitente.

La figura del comisario se perfila cuando renace el testamento propiamente dicho, mientras que el ejecutor testamentario cabe también en otras manifestaciones de actos *mortis causa*, ante-

Citemos un caso bien conocido. Sabemos por Bastier y más recientemente por Udina Abelló ya citados, que la ejecución testamentaria fue muy frecuentemente en Cataluña y, sin embargo, parece fuera de toda duda que el comisario para testar como tal no encontró acomodo en dicho territorio en la Baja Edad Media.

Pero, aún admitiendo que el origen histórico del comisario para testar se encuentre en la ejecución universal testamentaria, aquel se independizó dogmáticamente de ésta y si participaban de unos rasgos comunes, otros resultaron específicos de cada una de estas figuras; con lo que nunca se confundieron ambas instituciones.

Si admitimos que el comisario es un ejecutor universal con poderes extraordinarios, ¿cómo se explica el caso de una persona dé poder al comisario y nombre además un ejecutor o albacea? Si el comisario es un ejecutor universal con poderes universales, ¿por qué no absorbe todas las funciones que el testador le delegue, sin necesidad de nombrar además el de *cuius*, un ejecutor testamentario o albacea?⁴⁹

A la diferenciación clara de ambas instituciones, no se opone en nuestra opinión las siguientes concesiones: Primera, puede existir una zona común de facultades como ocurre cuando al ejecutor le corresponde la *dispositio* sobre los bienes para distribuirlos entre los pobres, por ejemplo, atribución que es también típica del comisario. Segunda, puede suceder que ambos tipos de funciones, del comisario y del ejecutor, sean encargadas a la misma persona y

riores al renacimiento del testamento. Si durante la AEM, en muchos territorios se desconocía el testamento como tal y en otros, aunque alentaba aún el derecho romano, a través del *Liber iudiciorum* en algunos casos, el testamento no constituía forma muy frecuentada de transmisión de los bienes a los herederos, parece natural afirmar que la comisión para testar fuese menos utilizada que la ejecución testamentaria.

Está documentada la mayor antigüedad de la ejecución que de la comisión para testar, pero no está demostrada la relación genética de la segunda a partir de la primera. Según la tesis en Núñez Iglesias, el comisario para testar es un ejecutor universal con poderes extraordinarios. El testador podía encargar a una persona determinadas actuaciones en beneficio y descargo de su alma, o de sus parientes, la realización de determinadas donaciones a favor de iglesias, monasterios, instituciones de caridad y de beneficencia, la adjudicación de bienes a los herederos y legatarios. El testador podía también confiar a una persona el acto de disposición de sus bienes y los destinatarios de los mismos. Como en ese caso el ejecutor recibía el poder de dispositio, creemos que ya no se trataba de ampliar sus extensos poderes, sino de la aparición y nacimiento de una nueva institución en la que advertimos diferencias cualitativas, no exclusivamente cualitativas respecto al ejecutor testamentario, que se limita a cumplir la voluntad del testador mientras que el primero se encarga de disponer en nombre del testador.

⁴⁹ El comisario no podrá realizar las funciones del ejecutor testamentario o albacea salvo que expresamente se las haya encomendado el testador, como mantiene MATIENZO, Ad Rec. 5, 4, 6, gl. 6, núm. 4, f. 119. Funcionalmente resultaba muy práctico que los comisarios fuesen al mismo tiempo ejecutores: Las mismas personas dispusiesen de los bienes del testador, en la medida de los poderes otorgados y de acuerdo con las leyes de Toro y esas mismas ejecutasen lo ordenado concretamente por el poderdante y por ellos mismos en el testamento otorgado. Así ocurre con frecuencia en los poderes testatorios.

También lo es asociar a la persona nombrada como comisario, otras personas que actúen conjuntamente con ella como ejecutores testamentarios.

frecuentemente así ocurría. Pero esta coincidencia en la persona no supone una identidad de las dos instituciones.

Tampoco la ambigüedad terminológica debe contribuir a la confusión e identificación del ejecutor y del comisario. Es frecuente que con el nombre de *executor* se refieran los comentaristas al comisario para testar o con el de *comissarius* al ejecutor testamentario o albacea.

Pasemos ahora a determinar la naturaleza jurídica del comisario para testar en Castilla, especialmente en las Leyes de Toro. Un jurista que directamente aborda la naturaleza jurídica del comisario para testar es Carpio. Según Núñez Iglesias, este jurista identifica al comisario con un ejecutor universal con poderes extraordinarios: «Carpio nos dice que ejecutor y comisario son la misma figura con diferencia de grado»⁵⁰. Creemos que Carpio no nos dice precisamente eso⁵¹. Expone que bajo la palabra *executor* pueden cobijarse dos instituciones claramente diferentes. Aquel a quien sólo se ha encargado la ejecución de la voluntad del testador y aquel otro a quien específicamente ha sido comitada y delegada por el comitente la ordenación de su voluntad, que es una especie diferente dentro del género, *executor*.

Según la filosofía escolástica y de la dogmática jurídica, aquellas instituciones que, aunque pertenezcan a un mismo género, poseen notas características propias y exclusivas, se diferencian específicamente y, por tanto, son dos instituciones distintas, inconfundibles⁵². Más adelante perfila Carpio la imagen propia del comisario para testar que «*propie nuncupatur ille, qui, ex facultate et commissione a testatore ei iniuncta, pro eo testatur, declarat, ordinat et disponit in casibus a iure expressis et permissis... et sic testatio, declaratio, ordinatio et dispositio est commissari, voluntas vero, mandatum, facultas, commissio et delegatio testatoris*»⁵³.

Veamos lo que nos dicen los comentaristas de las Leyes de Toro sobre la naturaleza iurídica del comisario.

⁵⁰ Afirma además NÚÑEZ: *ob. cit.*, que «la posesión de un nombre (comisario) con el que ser reconocido, no supone independencia del ejecutor» (p. 264).

⁵¹ Razona CARPIO: «*executor, ... dupliciter accipitur aut pro genere taliter quod sub se comprehendat omnes executores ultimarum voluntatum, aut pro specie contenta sub genere, taliter quod executor sit species, cui sola executio dispositionis testatoris est iniuncta, ad differentiam verbi, commissarius, cui ordinatio voluntatis testatoris commissa et delegata est; quae est altera et secunda species eiusdem generis executorum*» Lib. 1, cap. 1, núm. 17, f. 4 y 4v.

⁵² Nos podemos acercar al concepto de una institución a través de la definición, entendida según el modelo aristotélico-escolástico. Según Cicerón, una definición es «*oratio quae id quod definitur explicat quid sit (Tópica, V, 26)*». Y, por tanto, nos suministra la esencia de una cosa. La definición se forma *ex genere et differentia*. Así varias instituciones pueden contenerse en una categoría general (*genus*) pero la *differentia* consiste en la característica que la delimita y singulariza de otras instituciones pertenecientes a la misma categoría. Dentro de este modelo escolástico se ha de entender la definición de Carpio. *Executor* es una categoría general, mientras que el comisario es una categoría específica, inconfundible con la ejecución testamentaria propiamente dicha. Que tengan notas comunes no equivale a identificación de ambas instituciones.

⁵³ Lib. 1, cap. 1.º, núm. 23, f. 5. Adviértase la teoría tomista de que el primer impulso o acto corresponde a la voluntad del testador. NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.*: pp. 179 ss.

Para López de Palacios Rubios, el comisario no es un intermediario de la transmisión y no ocupa el lugar de *quasi-heres*⁵⁴ en relación con la herencia.

Para Diego del Castillo está muy clara la diferente naturaleza jurídica del comisario y del ejecutor atendidas las diferentes funciones de los mismos⁵⁵. A pesar de esta clara distinción entre las facultades dispositivas de las que dispone el comisario y las de ejecución encargadas al ejecutor testamentario, parece que las propias Leyes de Toro se han dedicado a sembrar cierta confusión, encomendando a veces al comisario funciones propias de aquél. Así las Leyes 32 y 37, encomiendan al comisario «que pueda descargar los cargos de conciencia del testador que le dio el poder pagando sus deudas y cargos de servicio y otras deudas semejantes» (art. 32); y que «el tal comisario no pueda mandar más después de pagadas las deudas y cargos del servicio del testador, de la quinta parte»... (art. 37)⁵⁶.

Frente a los preceptos numerosos en que las nueve Leyes de Toro reguladoras del testamento por comisario conceden a éste poderes o facultades para disponer, aquí claramente se le encargan funciones de ejecución. Quizá porque el entramado de obligaciones del comisario ha sido tejido con la «urdimbre obligacional» del ejecutor, cuando faltaba precepto específico referido al comisario.

C) LA COMISIÓN TESTAMENTARIA ES UN PODER

Si hemos de encuadrar en alguna categoría jurídica la figura del comisario para testar, es en la del poder. Rechazamos que se confunda con el contrato de mandato. El mandato no puede perfeccionarse como contrato sin la aceptación del mandatario⁵⁷ y esto es así de forma clara, si establecemos nítidamente den-

⁵⁴ «Commissarius, sicut non potest haeredem instituere... hic sic nec haeredem in possessionem mittere, quia debet capere de manu testatoris non commissarii, nisi quando habetur loco legatarii, si instituat in re certa». Ad l. 31, f. 623.

⁵⁵ Propie is, cui committitur testamenti *factio*, dicitur commissarius... is cui committitur *executio* testamenti, vocatur executor... et quanvis omnes isti dicuntur commissarii sunt tamen constituti ad diversa officia» y con Baldo concluye Castillo ubi tenet quod commissarius dicitur qui habet officium et mandatum ad incertum, executor qui habet mandatum ad aliquod certum» ad. L. 31, f. 139 v-140.

⁵⁶ No vamos a exponer ahora la abundante literatura de nuestros comentaristas de Toro sobre el tipo de deudas que tiene o puede pagar el comisario: si se extiende también la facultad u obligación a las obligaciones naturales, a las vencidas, etc. En los protocolos también se constata que a veces los comisarios son encargados de hacer funciones de albaceas con poder para vender bienes que se empleen *ad pias causas* y en descargo de la conciencia del testador. Alonso Gutiérrez, vecino de Madrid, otorga poder a su padre y a su mujer, *in solidum* para... ordenar mi testamento e cumplir y executar, como mis cabezaleros e testamentarios... 18-12-1505. AHP (Cuenca) Caja 2.

⁵⁷ NÚÑEZ IGLESIAS: señala que una característica de la evolución de la ejecución y del testamento por comisario desde la BEM a la Moderna, consiste en que estos encargos ahora ya no son de aceptación obligatoria, frente a lo que había venido ocurriendo (p. 263). Pero tal apreciación no resulta nada clara. Este autor cuando trata de determinar la naturaleza jurídica de la ejecución y, al estudiar su posible analogía con la del tutor, nos expone las opiniones contradictorias de

tro de la dogmática *ius-privatista* la distinción de que el apoderamiento representativo es una institución diferente del contrato de mandato. En nuestro derecho histórico no ha existido confusión entre representación y mandato. Sin ir más lejos, el Proyecto de Código Civil de 1851 establece que «el mandato es un contrato por el que uno se encarga gratuitamente de dirigir los negocios que otro le comete» (art. 1602). Para nada se alude al término representación y así entendieron los juristas que lo normal era que el mandatario actuase en nombre propio, si bien en interés del mandante. En el terreno de los principios, al menos el apoderamiento es un acto, no un contrato, y como tal, un negocio jurídico unilateral, mientras que el mandato es un contrato y, en este caso, un negocio jurídico bilateral. El apoderamiento no exige aceptación para su perfección como tal acto, mientras que el mandato se perfecciona con la aceptación del mandatario⁵⁸.

Si añadimos que, frente al mandato que es un negocio causal, el apoderamiento comisión o representación, es un acto formal, cuya validez vinculan las Leyes de Toro a su autorización por escribano en escritura pública, nos convenceremos de que la comisión para testar constituye un poder y no un mandato, entendido como un contrato.

Según las Leyes de Toro, y respecto al poder, no se exige la aceptación, requisito esencial, en su caso, para la perfección del contrato de mandato. Establece la Ley 33 que «pasados los términos (sin actuar) no puede hacer más... el comisario, aunque diga e alegue que nunca vino a su noticia que el tal poder le había sido dado». La palabra poder y apoderamiento son utilizadas frecuentemente por las Leyes de Toro y la doctrina. Los comentaristas hablan constantemente de *dar* y *conceder*, sin que tales términos comprendan la aceptación del apoderado⁵⁹. La fórmula utilizada por los autores de formularios es inequívocamente propia, por sus expresiones, su estilo y estructura documental, de un apoderamiento.

Además, es esencial y razón de ser de la institución el que el comisario teste en nombre del comitente. En la Edad Media y en algunos territorios, el comisario imitaba la voz del difunto y parecía que se había encarnado en su

los doctores sobre la necesidad de aceptar el encargo. Con lo que la consideración de la ejecución y aún del testamento por comisario (aunque nos coloquemos en el terreno de Núñez), como *officium*, como una función de interés público de aceptación forzosa, es muy debatida desde la glosa (véanse las pp. 131-138).

⁵⁸ No vamos a entrar aquí a estudiar la confusión que ha existido en cierta doctrina civilística, entre poder y mandato, motivada porque nuestro Código Civil no regula sistemáticamente el poder, y, en parte hay que construir su figura con preceptos pertinentes al mandato. Así ha existido una corriente doctrinal muy fuerte encabezada por Sánchez Román que ha identificado el poder y el mandato, interpretando nuestro Código Civil de acuerdo con el Código Civil francés. Véase CASTRO LUCINI, F.: «Distinción entre poder y mandato (A propósito de una Resolución de 22 de enero de 1988). En *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*. Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado. Madrid. T.V. 1988 (pp. 155-169).

⁵⁹ El poder nace válidamente, aunque no llegue a conocimiento del comisario. Así lo dice indirectamente GÓMEZ, A.: «Si commissarius sit ignorans commissionis sibi concessae et transactum fuit tempus, an possit restituere? Ad. L. 32, núm. 4 (summaria) f. 120.

persona, como constaba en algunos documentos de la AEM. De lo que no cabe duda es que el comisario al actuar representa al testador.

¿Ejerce un *officium* el comisario? Insistimos en que, aunque la ejecución testamentaria fuese en la EM un *officium*, tal naturaleza ya no puede ser predicable automáticamente del comisario, por tratarse de una institución diferente de la ejecución testamentaria. Pero entremos, a pesar de todo, en la cuestión.

Creemos que es excesivo considerar el papel del comisario equiparable al ejercicio de una función de interés público. No me detendré a examinar si en la Edad Media el ejecutor testamentario ejerció una función pública, como defiende Núñez Iglesias. No parece necesaria tal calificación, que entraña la fiscalización de su función por la Iglesia o de los poderes públicos, en el ejercicio de su cargo. Sabemos que la vinculación frecuentemente familiar y la absoluta confianza que mediaba entre el comitente y el comisario, aseguraban el otorgamiento del testamento por parte del comisario y la ausencia de posibles fraudes, cumpliendo fielmente la voluntad del difunto.

No existe en las Leyes de Toro ninguna huella de esa fiscalización que en la EM ejercía la Iglesia o los oficiales del rey sobre la ejecución testamentaria considerada como una función de interés público. Lo que prevé la Ley 38 no es un caso de fiscalización ni tampoco de arbitraje, sino de intervención de una especie de *comisario ex lege* para que se pueda cumplir la voluntad del difunto, resolviendo las discrepancias existentes entre los comisarios, cuando sean varios los nombrados por el testador.

La absoluta libertad del apoderado para aceptar o no el poder otorgado por el comitente contribuye a desdibujar más la calificación de la comisión testamentaria como un *officium*. Uno de los comentaristas que trata más extensamente la no obligación, sino la libertad de aceptar la comisión es López de Palacios Rubios, «Commissarius non cogitur acceptare officium»⁶⁰. Es más, «ut hic colligitur, nec executor testamentarius, etiam in relicitis ad pias causas»⁶¹.

La Ley 33 ordena que el comisario sea obligado a hacer lo que le mandó el testador y añade «y, si pasado el dicho término no lo ficiere, que sea habido como si tal comisario lo ficiere o declarase». Vemos que la propia ley confiesa la impotencia para obligar al comisario a aceptar y a actuar contra su propia voluntad.

Una seria dificultad consiste en considerar la comisión como un poder que perdura después de la muerte del comitente, cuando normalmente el poder se

⁶⁰ LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS: se apoya en la opinión de Cynus y en la similitud con lo establecido en el Digesto sobre el oficio de tutor. En dos casos el comisario estará obligado a aceptar o, mejor, habría que sobreentender que ha aceptado. Si acepta un legado que lleva consigo la obligación de ejercer la comisión o «si subscripsit testamentum, tunc videtur acceptare officium». Después de otros argumentos, concluye: «ex quo infertur quod hodie, secundum iura regni nemo cogitur acceptare et restituere heredem» Ad. L. 31, núm. IV, f. 624..

⁶¹ Ad. L. 38, núm. III f. 643. En otra parte vuelve a tratar LÓPEZ DE PALACIOS la cuestión y, después de exponer las dudas que surgen de aplicar las características de la tutoría a la comisión para testar, concluye que el comisario «regulariter non cogitur nisi tunc demum quando executor vel commissarius promissit commitendi». Ad. L. 31, CIII, CIV, ff. 636 y 637.

extingue con la muerte del poderdante. Pero, he aquí, la especialidad de este poder⁶².

D) PODER GENERAL

Está previsto este supuesto en la Ley 32, cuando el testador «solamente le dio poder para que por él pueda hacer testamento el tal comisario», sin que el testador haya hecho heredero, ni le haya dado poder al comisario para que lo hiciese por él ni le apoderó para hacer ninguna de las cosas, de las dichas en la ley anterior. En tal caso, manda la ley que el comisario pueda «descargar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas e cargos de servicio, e 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 a heredar aquellos bienes *ab intestato*; e si parientes tales no tuviese el testador, mandamos que el dicho comisario, dejándole a la mujer del que le dió el poder lo que, según las leyes de nuestros reinos, le pudiera pertenecer, sea obligado a disponer de todos los bienes del testador por causas pías e provechosas a la ánima del que le dió el poder e no en otra cosa alguna»⁶³.

De esta manera se consagraba por ley una larga tradición castellana, que destinaba el quinto en favor del alma, a veces a través de un comisario que ordenaba las disposiciones de última voluntad.

En el testamento *ad pias causas* hay una expresa y directa influencia canónica, según destaca Llamas⁶⁴ en una de las escasas alusiones a los antecedentes

⁶² Los autores de formularios consideran siempre la comisión para testar como una fórmula de apoderamiento y algunos de ellos definen la naturaleza del poder para testar. «El poder para testar es un acto y disposición en que una persona da facultades para ordenar su última voluntad, declararla y disponer de sus bienes» (FEBRERO, p. 165) Apoderamiento la denomina DE LAS CASAS Y MORAL: «pueden ser comisarios o apoderados cuantos pueden ser administradores de otro» (p. 522). Tan sólo el notario de Valencia, ZARZOSO, ya en 1874, define que «testamento por comisario es el que ordena una persona por mandato de otra», pero debe de referirse al mandato o poder que puede ser general o especial como dice a continuación (p. 230).

⁶³ Lo dispuesto en este artículo es el punto de llegada de la larga evolución que comenzó en los lejanos tiempos del Derecho romano post-clásico. La cristianización del mundo romano introdujo la costumbre de los cristianos de otorgar testamento en favor de Jesucristo y de los Santos y que pasará a convertirse en ley, recogiendo fundamentalmente en la novela 131 de Justiniano. A lo largo de los siglos los cristianos fueron haciendo donaciones *pro anima* y *ad pias causas*. Véase el trabajo de GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L.: *La cuota de libre disposición en el derecho hereditario de León y Castilla. Notas y documentos*. AHDE, 9, 1932. Donde arrancando de la legislación visigoda, demuestra con aportación documental que en León y Castilla la parte de la herencia destinada *ad pias causas* es frecuentemente el quinto de la herencia.

⁶⁴ Ad. l. 32, gl. 2, 3 y 4, ff. 294 y 295. «Esta ley debe considerarse como una exposición o declaración del cap. XIII de *testamentis* de las Decretales». En la contestación que dio el Papa Inocencio III a la consulta del Obispo Altisidorense: Se dice expresamente «que aquél que su última voluntad la deja a disposición de otro, no parece que muera intestado». El Papa Inocencio IV, como doctor particular, señaló que esos bienes debían invertirse en obras pías. Modernamente MALDONADO ha recordado que el origen histórico de lo dispuesto en este artículo se encuentra en el canon *cum tibi*.

históricos del testamento por comisario, que los comentaristas dejan deslizarse en sus escritos.

El testamento continuaba siendo a principios del s. XVI para el castellano expresión de sus convicciones religiosas y ocasión para manifestar su última voluntad e instrumento en que hacía constar las mandas y legados en sufragio de su alma y de sus parientes.

E) EN PRINCIPIO, EL PODER GENERAL FACULTA AL COMISARIO PARA TESTAR SOLAMENTE *AD PIAS CAUSAS*

La interpretación sistemática de diferentes artículos nos lleva al convencimiento de que las Leyes de Toro conceden fundamentalmente al comisario el encargo de hacer un testamento *ad pias causas* y esta actuación es la que se espera de él⁶⁵. Es cierto que la voluntad expresa del testador puede ampliar el círculo de los poderes del comisario y que estará facultado, en ese caso, para disponer de sus bienes para otros fines que no sean *ad pias causas*; pero el supuesto general, salvo poderes especiales, se reduce a destinar el quinto de los bienes del testador que opera en el derecho castellano como límite legal a la generosidad *ad pias causas*. Veamos confirmada esta tesis a través de diferentes artículos de las Leyes de Toro.

El artículo 32 trata del caso en que el testador «solamente le dio al comisario poder para que por él pueda hacer testamento»: en tal supuesto paga u ordena pagar sus deudas y cargos de servicio, y ha de mandar distribuir la quinta parte de los bienes por el alma del testador, y el resto ha de ser heredado por sus parientes, y, si no los tuviese, se destinarán todos los bienes a «causas pías y provechosas a la ánima del que le dió el poder, y no en otra cosa alguna» (art. 32, *in fine*).

Si el comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador por cualquier circunstancia, los bienes se reparten entre los parientes que habrían de heredar *ab intestato* y, si éstos no son hijos ni descendientes legítimos, «sean obligados a disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador» (art. 36, *in fine*). En este supuesto encarga la ley a los parientes que dispongan, en sustitución de la obligación del comisario, de la quinta parte de los bienes *ad pias causas*. Piensa el legislador que para esto el testador comisionó al apoderado y, al no haberlo podido o querido hacer, la ley lo encarga a los parientes interpretando la voluntad del testador⁶⁶.

⁶⁵ Esta es la finalidad manifestada en el poder: Alonso de Gutiérrez, vecino de Madrid: «... e porque yo antes de agora he hablado e comunicado algunas cosas tocantes a mi conciencia e descargo de mi anyma con mi Señor padre...» 18-12-1505. *AHP* Cuenca, C-2.

«... Faser e ordenar mi testamento e asentar e poner todo lo que a vosotros pareciere que conviene para el descargo e cumplimiento de mi ánima...», 10 de agosto de 1505. *AHP*. Cuenca, C-2. f. 308.

⁶⁶ Aquí podríamos entrar a considerar las diferencias entre lo dispuesto en el artículo 36 y el 32. ¿Qué tipo de parientes heredan en cada caso? ¿Por qué en el 32 la quinta parte de los bienes va destinada *ad pias causas* en todo caso y en el supuesto del artículo 36 sólo cuando no sean los

Más argumentos encontramos en las Leyes de Toro para afirmar que nos encontramos realmente ante el testamento *ad pias causas*. El artículo 37 dice que, cuando el testador nombra heredero, y una vez instituido, dio poder a otro para que acabase por él su testamento, «el tal comisario no pueda mandar más, después de pagadas las deudas y cargos de servicio del testador, de la quinta parte de sus bienes del testador, y si más mandare que no vala, salvo si el testador especialmente le dió el poder para más».

El presente artículo plantea varias cuestiones en las que no entramos: qué grado de parientes heredan, en qué cuota, según que el heredero nombrado sea un descendiente, ascendiente o colateral. Tampoco nos planteamos si este artículo derogaba en Castilla lo dispuesto en las Partidas (6.1.3), que ordena la unidad y continuidad del acto.

E) EL TESTAMENTO *AD PIAS CAUSAS* EN LOS FORMULARIOS Y EN LOS PROTOCOLOS

El disponer de una parte de los bienes *ad pias causas* fue la finalidad a la que sirvió realmente el testamento por comisario, independientemente de que el testador pudiese facultarlo para otras cosas.

A través de los prácticos y de los autores de formularios podemos estudiar la institución y vemos cómo el objetivo principal, al nombrar el comitente un comisario para que haga testamento en su nombre, era encargarle la disposición sobre parte de la herencia en mandas y legados piadosos. Así fue desde la aparición de su institución por costumbre hasta su desaparición con el Código Civil⁶⁷.

que heredan hijos ni descendientes legítimos. Estas y otras cuestiones las tratan los comentaristas de las Leyes de Toro. Pero desde un punto de vista histórico, al estar nosotros tratando de la institución del comisario, de sus facultades, de la finalidad y función cumplida por esta institución, y el no considerar históricamente relevante abordar esta antinomia, nos dispensan de entrar ahora en estas consideraciones. Lo que corresponde preguntarnos es si esa quinta parte de que puede disponer el comisario ha de ser *ad pias causas*. Así lo dice Llamas de pasada, cuando trata de determinar la parte de la que puede disponer el comisario. Se plantea también este comentarista la cuestión de si el heredero, no continuando el comisario el testamento, vendrá obligado a invertir el quinto de los bienes en obras pías en beneficio del alma del finado y dice «que parece que debía afirmarse, si el heredero es un colateral o extraño, por estar dispuesto en el artículo 36». Se contraargumenta Llamas que quizá puede alegarse que en el caso de este artículo 37 el testador murió testado, por haber hecho testamento y nombró heredero, y en el supuesto del artículo 36 no, pero en el caso del artículo 37 también puede entenderse que murió intestado en «la parte que dio facultad al comisario para disponer, cuya facultad se supone y declara por las leyes 32 y 36 que era para invertir el quinto de sus bienes en beneficio de su alma». No está muy seguro de la solución y dice que «el lector elegirá la opinión que le parezca más fundada». Ad. L. 37, núm. 6 y 7, f. 307.

⁶⁷ En el formulario de finales del siglo XIV se dice «... en mi nombre fagades e ordenedes mi testamento e mi anima e postrimera voluntad... e ordenado el dicho testamento e mandas... de lo que remanesciere de mis bienes que finque e sea de mis herederos fulano y fulano» (p. 381). En Palomares aparece más desarrollada esta finalidad *ad pias causas* en la fórmula de poder para testar: «y porque yo tengo comunicadas las cosas que convienen al descargo de mi conciencia y que es voluntad que se guarde y cumpla con Miguel vecino de esta ciudad...». Señala luego la fórmula que

Las Leyes de Toro recogieron y consagraron por vía legal una larga tradición e inveterada costumbre, por lo que no serían tantos «los muchos fraudes y engaños» que con tales poderes hacían los comisarios al tenerlos tan restringidos. Por los fraudes y engaños que alegan las Leyes de Toro serían el recurso retórico para promulgar una legislación restrictiva del testamento por comisario.

La práctica muy anterior a las Leyes de Toro de «ensanchar» cada vez más el contenido y cláusulas del poder en el que se contenía sustancialmente la última voluntad del poderdante-testador, que encomendaba al comisario un círculo de disposiciones *ad pias causas* cada vez más reducido, determinó que el poder adquiriera naturaleza de auténtico testamento, como se deduce del inciso final del artículo 33, como luego expondremos más extensamente: «Pero lo que el testador le mandó señalada e determinadamente señalando la persona del heredero, o señalando cierta cosa que había de hacer el tal comisario sea obligado a lo hacer; y, si pasado el dicho término, no lo fiziere, que sea habido como si tal comisario lo fiziere o lo declarare».

le da poder para que sea enterrado en determinada iglesia, forma del entierro, número y periodicidad de las misas y sufragios, tal como le tiene comunicado. Nombra a continuación el testador sus herederos y establece como cláusula final «y para que haga todas las declaraciones, mandas y legados y cláusulas que le pareciere convenir y sean necesarias al descargo de mi conciencia y que con el dicho Miguel tengo comunicadas» (p. 81). La fórmula de Argüello contiene un poder concedido a dos comisarios «para que hagan y ordenen su testamento y última voluntad, haciendo mandas y legados y disponiendo de sus bienes en todo y en parte a su elección, con que este poder ni el tal testamento no se entienda en quanto a señalar entierro, ni nombrar testamentarios, ni herederos, que esto sólo y no otra cosa reserva en sí» (p. 56). Esta fórmula, que aparentemente da amplias facultades al comisario, en realidad las restringe incluso para disposiciones que hoy consideramos nimias, como señalar entierro. La reserva del comitente de señalar entierro y nombrar herederos y testamentarios se incluirá ordinariamente en formularios posteriores.

De la Ripia dice: «y dispongo mi testamento... declarando y mandando pagar mis deudas y demás cosas del descargo de mi conciencia, haciendo las mandas, legados y declaraciones y señalamiento de sufragios que le tengo comunicado». Después la fórmula, indica las cosas que se reserva el testador que son las más (sepultura, nombramiento de albaceas, herederos, mejora de tercio y quinto, tutor y educador de sus hijos, sustituciones... A continuación recoge una fórmula de escritura de testamento en virtud de poder, en la que el comisario señala las misas y sufragios y dispone «que se dé limosna a las mandas precisas y acostumbradas, un real a cada una y liquida unas deudas con unos criados y poco más (pp. 152 y 153). Tan sólo en la fórmula de Zarzoso se señala al comisario la facultad de nombrar tutores o curadores de los hijos y albaceas y contadores que practiquen la división. Que en las Leyes de Toro todos los caminos conducen al testamento *ad pias causas* lo refuerzan los autores de formularios, como hemos visto.

Basta igualmente examinar cualquiera de los poderes para testar así como de los testamentos otorgados por los comisarios para advertir que las facultades cometidas y el posterior ejercicio de las mismas se refieren casi de forma exclusiva a las disposiciones en favor del alma, sufragios, lugar de enterramiento y de determinadas mandas a favor de las iglesias y de los pobres.

Todo parece indicar que, al menos desde la Baja Edad Media, si es que no fue así desde la Alta Edad Media, el testamento por comisario fue *ad pias causas* y el testador siempre acostumbró a reservarse la facultad de instituir heredero y de otras posibles disposiciones sobre mejoras, desheredación, etc. En parecidos términos del formulario anónimo del C.N.B. y Felipe Sánchez «disponiendo el entierro, misas y todo lo que concierne al funeral, así como los legados píos y graciosos, conforme al comunicado» (p. 304). Omitimos la fórmula de Febrero, por no cansar más la atención, dada la repetición de las cláusulas.

El poder se convirtió «de facto» en el verdadero testamento y el que posteriormente otorgaba el comisario en una disposición «adicional» *ad pias causas*.

Las Leyes de Toro vinieron a consagrar legalmente una práctica ya arraigada; como se demuestra a través de los formularios y testamentos: recortar cada vez más los poderes del comisario a la hora de disponer de los bienes del poderdante. Por lo que no habría tantas ocasiones para que se produjesen fácilmente fraudes y engaños.

V. EL PODER ESPECIAL

A) INTRODUCCIÓN

La redacción del artículo 31 de las Leyes de Toro propició una interpretación de los poderes especiales del comisario que podemos calificar como mínimo de curiosa. Con respecto a la institución de heredero, la ley exigía que el comitente había de identificar «por su nombre, a quién manda quel comisario haga heredero». De esta forma parecía no admitirse por el Derecho castellano, fijado en las Leyes de Toro aquellos supuestos del Derecho común en que la institución del heredero podía encomendarse al criterio *boni viri* y a la elección de una persona incierta de entre varias conocidas (*incertus ex certis*). En cuanto a la institución de heredero, la Ley 31 era, según el criterio de la mayoría de los comentaristas, más estricta y rigurosa que la ya restrictiva doctrina del Derecho común sobre esta materia. Por tanto, las Leyes de Toro restringían en Castilla la doctrina del Derecho común ya estricta en este punto.

Sin embargo, «en cuanto a las otras cosas» (desheredación, mejora de tercio y quinto, sustitución...) puede señalar el comitente «para qué le da el poder y, en tal caso, el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló e mandó». Aquí cabía interpretar que, como de hecho lo hizo un grupo importante de comentaristas de estas leyes, que la Ley 31 autorizaba al comitente a encomendar a un tercero la *sustancia* de la disposición sobre mejora, desheredación... y no sólo la determinación de la persona, como entendían otros, con lo cual, y a tenor de la interpretación de los primeros, la Ley 31 de Toro derogaba en Castilla el Derecho común, pero ahora elevando el *techo* dispositivo del comisario y no rebajándolo como ocurría con la institución de heredero. En un punto, el Derecho común parecía más «liberal» en la declaración de validez de la institución de heredero encomendada a un tercero: y, en los restantes puntos, la mayor generosidad parecía corresponder al Derecho castellano, regulado en las Leyes de Toro.

Así resultaba de la interpretación de los comentaristas. La práctica era diferente, pues no solía el comitente dejar a la voluntad del comisario la decisión sobre la mejora, desheredación, etc., sobre las que disponía aquel en el poder para testar, como demostramos en la investigación.

B) INSTITUCIÓN DE HEREDERO

El Derecho común había establecido, según la doctrina más generalizada, que la institución de heredero no podía encomendarse a la libre voluntad de un tercero, con la excepción de permitir encargar la elección de heredero al arbitrio *boni viri*, o de elegir una persona incierta de *certis*. Estas dos excepciones parecen ser rechazadas incluso por la Ley 31 de Toro: en el poder para hacer heredero debe constar «por su nombre a quién manda quel comissario faga heredero», y este supuesto admitió sólo la excepción de las causas pías⁶⁸.

Como dice Diego del Castillo: «officium commissarii non concernit universalem institutionem heredis... quia, in ultima voluntate, causa efficiens est solus testator... non enim potest testator committere alicui supremum iudicium suum»: además... «quia actus morientis non potest pendere ex consensu viventis»⁶⁹.

La institución del heredero por el comitente no significa, según algún comentarista, que la designación de aquél sea nominal⁷⁰ ni, según otros, que se prive al comisario de disponer sobre la sustancia⁷¹.

C) LAS OTRAS POSIBLES COMISIONES ESPECIALES

1. Generalidades

En cuanto a la posibilidad de encomendar a otra persona la desheredación, la mejora, la sustitución, y un legado, la doctrina de los comentaristas «tauri-

⁶⁸ «Institutio incerti de certis, *in fine*, quanvis de jure communi verior, receptor et tenenda sit, jure autem regio omnino rejicitur: ex dicta l. 31 Tauri» (CARPIO, lib. 2, cap. 7, núms. 39, *in fine*, y 40). «... non solum haeres nominandus sit per defunctum comittentem alieni facultatem instituendi haeredem, sed et certus et nomine proprio nominandus est ille... neque sufficet incertum de certis nominare...» (ACEBEDO, A. L.5, 4, 5, núm. 13, f. 17v).

Sobre la imposibilidad de una atribución *arbitrium boni viri* dice Carpio: «contrariam vero sententiam imo institutionem haereditis in arbitrium commissarii pure collatam invalidam esse et veriolem, et receptiorem libenter existimo» (lib. 2, cap. 7, núm. 8). Si no advierte otra cosa, siempre que emplea el término *arbitrium* se está refiriendo al *regulatum* y no al *liberum*: «arbitrium in testamentis pro boni viri arbitrio accipitur» (lib. 2, cap. 2 *summaria*, núm. 6). Ved NÚÑEZ IGLESIAS, ob. cit., cap. 2.º, pp. 244 y 245.

⁶⁹ Ad. l.31, f. 140.

⁷⁰ Peralta es de esta opinión: el que el comisario nombre al heredero, «non propterea intelligitur de proprio nomine» (ad. D. 28, 5, 73). Citado por NÚÑEZ IGLESIAS, p. 245, nota 861.

Para Cifuentes las omisiones del nombre propio, o la mención de éste sin añadir la palabra heredero, no es obstáculo para la válida institución del mismo por parte del comisario si no hay duda sobre la persona y calidad del heredero que quiere el comitente que sea instituida (L. 31, núm. 7.º).

⁷¹ «Si acaso se pretende decir que en el hecho de nombrar el testador la persona del heredero se manifiesta que no comete a la voluntad del comisario la sustancia de la disposición, se incurre en un manifiesto error, pues es muy compatible expresar la persona del heredero y cometer al arbitrio del comisario su nombramiento, como claramente se verificaría si dijese el testador, doy facultad al comisario para que pueda nombrarme heredero si quisiere, y caso que lo nombre sea fulano de tal, en cuyo caso ciertamente se cometería al comisario la facultad de establecer o no heredero, que es la sustancia de la disposición, sin embargo, de que se le señalase a quién había de elegir si hacía el nombramiento de heredero». LLAMAS ad. L. 31, glos. 20. ff. 292 y 293.

nos» aplica en este caso la teoría de la sustancia de la disposición. Núñez Iglesias clasifica a los comentaristas en tres grupos o tendencias. El primero se forma con aquellos que son más generosos en reconocer que la Ley 31 permitía encomendar al comisario la sustancia de la disposición, excepto la institución de heredero. Componen el grupo Peralta, Juan del Castillo, Matienzo, Vázquez de Menchaca y Padilla⁷². Para ellos, no estaba vigente en Castilla la doctrina más aceptada del Derecho común que prohibía encomendar a la voluntad de otro la sustancia de una disposición, que no fuese *ad pias causas*. Entre ellos hemos de incluir con grandes reservas a López de Palacios Rubios, que trata ampliamente la prevalencia del Derecho Regio sobre la doctrina del Derecho común. Véase lo que luego decimos a propósito de la mejora.

Componen el segundo grupo los que se declaraban más de acuerdo con la doctrina del Derecho común, A. Gómez, Juan Gutiérrez, Diego del Castillo, Acebedo, Velázquez de Avendaño, Carpio, R. Suárez, entre otros⁷³. En posición singular, dentro del tercer grupo siempre pretendidamente original, milita Tello Fernández, que no concede al comisario ni siquiera la facultad de elegir a la persona dentro de un grupo de personas ciertas⁷⁴.

2. Desheredación

La ley permite que el comisario, con poder especial, pueda desheredar a los hijos y descendientes del testador. Como en la desheredación era preciso

⁷² NÚÑEZ IGLESIAS, A. ob. cit.: pp. 245 y 246. «Praedicta L. Fori [F. Real, 3, 5, 6 (7)] videtur hodie approbata per eamdem L.31 Tauri et alias sequentes, quae loquuntur in materia exequutorum: per quas Ll. videtur disponentibus permitti, in aliorum voluntatem dispositiones particulares relinquere» (PERALTA: ad L. 31, 1, núm. 53; 51 y 78). «Qui aperte praesentiunt ex dict. L.31. Tauri, dispositionem posse in alterius voluntatem conferri [...] quod legata, ac etiam aliae dispositiones particulares quaecunque, ex legibus Tauri, in voluntatem alterius valide conferantur» (CASTILLO: lib. 2, cap. 6 núm. 61; y lib. 4, cap. 36, núms. 9 y 10).

Véase MATIENZO: ad. Rec.5: 4, 5, glossa 3, núm. 1-3, ff. 116v y 117.

VÁZQUEZ DE MENCHACA: «Tam iure regio quam canonico captatoria voluntas admissa sit. et quod dicto cap. cum tibi et dicta L. 31 Tauri plane loquuntur in captatoria voluntate, quae licet vitiosa esset et delicto proxima, inspecta legis Romanae civilisque censura, tamen vitiosa non est, inspecta censura legis canonicae et regiae» (*De successione* Lib. 2, 13, núm 24, f. 78), «Item dicimus quod ut ea species captatoriae voluntatis, qua quis alteri dat testandi facultatem, iure canonico et iure regio admissa est» (*ibid.* núm. 25).

⁷³ Estos autores admiten la elección por el comisario de una persona incierta de entre un grupo de personas identificadas, pero no admiten que la sustancia pueda encomendarse al comisario. Cifuentes no admite que el comisario, salvo mandato particular y especial, pueda desheredar, mejorar, sustituir y dar tutores testamentarios. (L. 31, núm. 2).

⁷⁴ «Ego quidem legem nostram liberam ab omnibus impugnatoribus existimo, si secundum ius commune intelligamus itaque ubicunque substantia dispositionis committitur in alterius voluntatem, tunc sive sit institutio, sive melioratio, sive exhaereditio, sive aliud de his in lege dispositis necessaria est expressio individue personae, in quam debet conferri dispositio, et sic nec in incertum de certis committi potest, ex eo quia alias esset captatoria voluntas [...]. Et quod in lege nostra disponitur, et commissio circa substantiam dispositionis: merito expressa et individua nominatio est facienda. Quia ex nominatione individua cessat captatoria voluntas» (TELLO FERNÁNDEZ: ad. L. Tauri 31, núm. 2, f. 228). «... sed in aliis rebus sufficiat committi incertum de certis, ad substituendum, legandum, vel meliorandum...» (ACEBEDO. A. L.5, 4, 5, núm. 13, f. 117v).

que se expresara su causa, se ha de entender que en el poder especial ha de constar también la misma. De ahí que al comisario sólo le correspondiese apreciar si alguno de los herederos había incurrido en la causa de desheredación señalada por el comitente, y al apreciarla y señalar quién había de ser excluido como heredero, se producía el supuesto de la elección *incerti ex certis*, como entiende la doctrina⁷⁵.

3. Mejora

La Ley 31 de Toro permite atribuir al comisario por poder especial la facultad de mejorar, mientras que la Ley 19 del mismo ordenamiento lo prohíbe⁷⁶. La antinomia fue resuelta por algunos comentaristas, entendiéndose que por la Ley 19 se prohibía la atribución de la mejora por poder general⁷⁷. En cambio, Carpio, en palabras de Núñez Iglesias, resolvió la contradicción de forma diferente⁷⁸.

La segunda parte de la Ley 31 admitía la atribución de la facultad por poder especial, para elegir al mejorado (*incertum de certis*) y para señalar el objeto de la mejora (*incertam rem de certis*)⁷⁹.

⁷⁵ «Ex mandato exhaeredandi quem maluerit ex filiis non poterit commissarius exhaerere nisi eum contra quem ingratitudinis causa probetur, et ideo non erit necessaria, expressio personae eius, qui exhaerendus est cum ex causa ingratitudinis satis certus efficiatur» (VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO: ad L. Tauri, 31, glossa unica, núm. 5, f. 74). Un caso de desheredación en el propio poder testario es el de Leonor de la Vega, mujer del Almirante Diego Hurtado de Mendoza, que deshereda a su hija Aldonza, «que fue muy desagradecida... que me hizo muchas e graves atroces injurias e deshonras... me tomaron por fuerza... muchos de mis bienes... e movieron muchos pleitos». Poder de 14 de agosto de 1432. Sus hijos otorgan el testamento como comisarios, declaran las causas de la desheredación, las confidencias de la madre al respecto, etc., en el testamento de 5 de septiembre de 1432. Los recoge PÉREZ BUSTAMANTE, R.: *La villa de Santillana. Estudios y documentos*, Fundación Santillana, Santander, pp. 263-280.

⁷⁶ «El padre e la madre e avuelos en vida, o al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa o parte de su fazienda el tercio e quinto de mejoría, en que aya el fijo o fijos o nietos que ellos mejoraren; con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de los poder señalar el dicho tercio e quinto, como dicho es, que no lo pueda el testador cometer a otra persona alguna» (L. Toro, 19).

⁷⁷ GÓMEZ, A.: ad L. Tauri, 19, núm. 2; TELLO FERNÁNDEZ: ad L. Tauri 19, núm. 13; MATIENZO, ad Rec. 5, 6, 3 glossa final; ACEVEDO, ad 5, 6, 3 núm. 32.

⁷⁸ «Ventiló la contradicción asegurando que la Ley 19 se refería, no a la facultad de mejorar en general, sino a la de asignar y señalar bienes; prohibiéndose la atribución siempre que dicha facultad quedara absolutamente en manos del comisario. Para él, puesto que debía de tratarse del mismo modo al encargo de designar al mejorado, que al de señalar el objeto de la mejora, resultaba que, tanto la primera parte de la Ley 31, como toda la Ley 19, prohibían la atribución de la sustancia de la mejora; aquella, en la designación de persona y ésta, en la de objeto». NÚÑEZ IGLESIAS: *El comisario*, p. 248.

⁷⁹ NÚÑEZ IGLESIAS: ob. cit., p. 249. «Eadem ratio militat in commissione permissa ad meliorandum unum ex filiis, vel nepotibus de qua in dicta L. 31 [...] quae militat in commissione ad assignandam rem pro melioratione. In illa enim substantia dispositionis est parentum; electio, declaratio, seu qualitas accessoria, et subsequens est commissarii inter filios, seu nepotes exequenda in incertum de certis: eodem modo in hac commissione assignationis rei substantia dispositionis et causa efficiens est parentum; commissarii autem sola electio, seu executio in incertam rem de certis

Diego del Castillo resuelve la contradicción entre las Leyes 19 y 31 diciendo que la primera «*declaratur et limitatur per ista*»⁸⁰.

López de Palacios Rubios, al tratarse de una institución exorbitante y odiosa, entiende que si el comitente encargó al comisario que hiciese su testamento tal como lo tenía hablado con él, entonces podrá mejorar, de acuerdo con el Digesto, porque se entiende que el segundo conoce la voluntad del primero. Del mismo modo podrá el comisario acordar la mejora del tercio, si el comitente dice: «*Melioro unum ex filiis meis, quem commissarius eligerit*»⁸¹.

Sabemos lo poco propensos que eran en general los comentaristas a dejarnos constancia del funcionamiento real de las instituciones y la aplicación efectiva de las normas, pero a veces no entreamen una pequeña puerta al mundo real, y así Pélaez de Mieres deja constancia de que la facultad para mejorar suele ser una de las que habitualmente se concedían mutuamente los cónyuges⁸².

4. La sustitución

Dice Carpio que ni los intérpretes antiguos ni los más recientes se han ocupado apenas de las sustituciones encomendadas a otra persona⁸³.

No nos parece acertada su apreciación. Entre otros los comentaristas de las leyes de Toro, López de Palacios, Rubios, Matienzo y, de forma muy extensa, Diego del Castillo se han ocupado de esta cuestión y éstos son anteriores a Carpio. Además, los comentarios suelen aplicar de forma analógica a la sustitución la doctrina sobre la institución de heredero, al ser denominada frecuentemente, la sustitución como segunda institución o institución de segundo grado.

perficienda» (CARPIO: lib. 2, cap 18, núms. 4 y 5). Son de la misma opinión: Antonio GÓMEZ:, ad. L. Tauri 31, núm. 4, 108v; y GUTIÉRREZ: Practicarum, lib. 2, quaest. 42; TELLO FERNÁNDEZ ni siquiera admitía que pudiese encomendarse la elección del mejorado dentro del grupo de parientes (ad. l. 31, núm. 2, in fine). DEL CASTILLO, D.: no concede al comisario la facultad de mejorar en el tercio, «*nisi testator exprimat cui et in quo*» (Ad. L. 31, f. 140).

⁸⁰ Ad. L. 31 f. 143v.

⁸¹ Ad. L. 31, LXXXV, f. 634, y añade «*inde si legitima ipsius filiae non sufficit ad dotem illius, commissarius potest arbitrari usque ad tertium et quintum ultra legitiman necessariam filiorum, secundum dispositionem legum regni*». Completa sus matizaciones diciendo «*Adde praedictis quod licet commissarius non possit meliorare filium in tertio... poterit tamen in quinto ex quo potest facere legata, quae non possent verificari nisi in quinto*», según el Fuero Real (LXXXVI, f. 635).

⁸² «*Solent etenim mariti istas commissiones ab uxoribus extorquere [...]: et idem si maritus uxori dederit commissionem; et huius tenoris ego vidi aliquas ultimas voluntates*», pars. 1, quaest. 48, núm 1). Entre otros autores que, al hablar de la mejora, suelen referirse a la mujer del comitente: COVARRUBIAS: ad. X, 3, 26, 13, *In Gregorii...* caput. cum tibi, núm. 11, f. 85v, *in fine*; CARPIO: Lib. 2, cap. 17, núm. 5. A GÓMEZ: ad. L. 31, núm. 6, f. 109.

Sabemos del arraigo de la costumbre de autorizarse a mejorar entre los esposos en Galicia, FUENMAYOR, A. de: «Derecho civil de Galicia», en *Nueva Enciclopedia jurídica SEIX*, t. I, pp. 262-264 y el mismo en «la mejora de labrar y poseer», en *ADC*, 1948, t. I, pp. 915 ss.

⁸³ Lib. 2, cap. 8, núm. 1.

¿Puede llegar la analogía entre ambas instituciones a la necesidad de que el comitente tenga que nombrar al sustituto por su nombre como ocurre con la institución de heredero? Tello Fernández responde afirmativamente, muy consecuente con su tesis general⁸⁴.

López de Palacios Rubios defiende que el comisario no puede sustituir pupilarmente a los hijos del comitente porque, según el Digesto y nuestras leyes, el padre «potest dare potestatem pro se et rebus suis, unde videtur quod possit illam substitutionem facere, non valet quia tantum pro bonis suis potest dari, non in alienis»⁸⁵. El comisario puede sustituir vulgarmente según este comentarista⁸⁶.

Pero no sabemos todavía si el poder especial para sustituir comprende la sustancia de la disposición o sólo la elección *incerti ex certis*. Si Matienzo, Velázquez de Avendaño, Acevedo y Carpio opinan que es necesaria la mención, por parte del comitente, de la persona a sustituir, no puede afirmarse que pueda encomendarse al comisario la sustancia de la disposición en esta cuestión concreta⁸⁷.

5. Los legados

No nos dice el artículo 31 de la ley si la facultad para legar puede encomendarse al comisario, pero hay alusiones a la misma en otras Leyes (33 y 37). El silencio de la ley fue interpretado en sentido afirmativo por los comentaristas, que eran partidarios de la tesis de la posibilidad de encomendar al comisario el poder de disponer sobre la sustancia, por entender que se trataba aquí de un caso particular de aquella amplia facultad que había venido rigiendo en el derecho castellano anterior a las Leyes de Toro⁸⁸.

Antonio Gómez y también Carpio limitan la facultad al arbitrio *boni viri* y a la elección *incerti de certis*⁸⁹.

6. El mayorazgo

Aunque las Leyes de Toro no regularon si podía encomendarse al comisario la designación del sucesor en el mayorazgo, algunos juristas se plantearon

⁸⁴ «Nam ea necessitudo, quae datur in institutione, viget in substitutione» (ad. L. 31, n. 2, f. 228).

⁸⁵ Ad. l. 31, LXXXIX, f. 635, «¿An substitutio pupillaris facta per commissarium resolvitur in fideicommissariam? Videtur quod sic per glos. in L. verbis civilis D de vulgari et pupillari (D 28, 6) ubi substitutio quae *nunquam* valuit iure directo *obliquatur*» (XC, f. 635).

⁸⁶ Ad. l. 31, XCL, f. 535. El comisario puede hacer la sustitución recíproca que sólo contenga la sustitución vulgar en el caso de que sea hecha por quien no puede realizar la pupilar (XCII, f. 635). De lo dicho se desprende que la sustitución vulgar a cargo del comisario no comprende la tácita pupilar (XCIII, f. 635).

⁸⁷ Véase NÚÑEZ IGLESIAS, ob. cit., p. 250.

⁸⁸ PERALTA: ad. D. 31, 1, núm 54; MATIENZO: ad Rec. 5, 4, 5, gl. 1, núm. 4, f. 116; CASTILLO, Juan del: lib. 2, cap. 6, núms. 46, 58 y 59.

⁸⁹ Según GÓMEZ, A.: «Legatum et fideicommissum non valet et tenet quando relinquatur in meram et absolutam voluntatem tertii vel heredis, secus tamen est si relinquatur et conferatur in arbitrium eius, quia tunc valet et tenet... (ad. l. 31 gl 3, 108v) «unum tamen est quod electio incertae personae de certis bene potest alteri committi et non dicitur captatoria voluntas (gl 4, 108v). CARPIO, en lib. 2.º, cap. 11, núms. 13 y 33.

la cuestión. Especialmente Luis de Molina entiende que puede atribuirse al comisario tanto la elección entre los hijos como la *personarum declaratio*. Según Peláez de Mieres admite sólo la elección. Ninguno de ellos admite que pueda darse poder para la fundación de mayorazgo, ya que equivaldría a encomendar a otro la sustancia de la disposición⁹⁰.

7. La disposición a favor del alma

Ciertamente el comitente podía encomendar al comisario otros encargos referentes a los sufragios por su alma, o de los parientes, que tendrían la consideración de ser *ad pias causas*, cuya extensión y cuantía vendrían sólo limitadas por la cuota forzosa en favor de los parientes. Pero esta cuestión la tratamos ya dentro de la cuestión del poder general que fue reducido por las Leyes de Toro a la significación de un testamento *ad pias causas*, como es tesis general de esta investigación.

8. Otros posibles encargos del comitente

Estudian los comentaristas otras posibles facultades que el comitente puede encomendar al comisario:

a) *Dación de tutor*: Tal posibilidad no está prevista expresamente en la Ley 31. Según López de Palacios Rubios no puede el comisario dar tutor, ya que esta facultad compete sólo al que tiene la patria potestad⁹¹. Matienzo igualmente se muestra muy estricto, aunque admite la posibilidad⁹².

b) *Encargo a otra persona para que nombre al comisario*: Puede resultar una cuestión demasiado rebuscada, pero Tello se la plantea expresamente, para negar la posibilidad de encomendar a otro el nombramiento del comisario.

⁹⁰ Véase NÚÑEZ IGLESIAS: ob. cit., p. 255. Espino de Cáceres, D., se plantea la cuestión de si el comitente que tenía en vida licencia para establecer un mayorazgo y no lo hizo, puede apoderar al comisario para constituirlo. Contesta negativamente porque en el privilegio del príncipe para la constitución del mayorazgo no se hizo mención de esta comisión, y, por tanto, no puede extenderse a la misma el privilegio (Glosa 5.^a, núm. 46, f. 334).

Manresa atribuye el considerable desarrollo del testamento por comisario a la institución de los mayorazgos familiares, conocidos ya en épocas de Alfonso X, según asegura Salazar de MENDOZA en su obra *Origen de las dignidades de Castilla*. La complicación de esta forma de vinculación hizo que fuera introduciéndose la costumbre de encomendar a personas competentes el otorgamiento de tales testamentos y que con el tiempo tal costumbre llegó a considerarse una necesidad que debieron regular las leyes y por esto se introdujo en el Fuero Real. *Comentarios al Código civil* (t. V, p. 552).

⁹¹ Ad. l. 31, LXXXVII, f. 635. Más proclive se encuentra Carpio a la posibilidad de encomendar a otra persona el nombramiento de tutor si se trata de incertus ex certis (lib. 2, cap. 20, núms. 5-9).

⁹² «... nisi specialiter concedatur commissario, non poterit tutorem nominare, quia competit iure patriae potestatis. Nihilominus tamem hoc poterit specialiter committere commissario, licet testator non nomet tutorem, ipse enim commissarius, de quo testator confidit, nominabit idoneum, ut in hac lege statuitur, licet Tellus Fernandez refregetur» (5, 4, 5, gl. 6, núm. 2, 17 v).

Tello llega a esta solución de forma análoga a la que Baldo había establecido para el ejecutor testamentario⁹³.

c) *¿Puede el comisario nombrar los ejecutores del testamento?*: No, ni sustituir al ejecutor muerto; sí puede, en cambio, elegir una entre varias personas ciertas⁹⁴.

d) *Personas a las que no puede favorecer el comisario*: El comentarista que se muestra más casuístico en este aspecto es precisamente López de Palacios Rubios. El comisario no puede disponer nada a su favor, aunque sea él precisamente el heredero *ab intestato* más próximo, a no ser que sean varios los comisarios y uno sea instituido heredero por otro⁹⁵. Tampoco puede el comisario beneficiar en nada a sus hijos⁹⁶. No puede el comisario testar en favor del hijo espurio del comitente, porque no puede una persona inhábil ser favorecida en un testamento. Ahora bien, si los hijos espurios son pobres, puede el comitente disponer en su favor por razón de alimentos. La hija espuria puede ser dotada por testamento⁹⁷.

VI. FORMALIDADES Y REQUISITOS DEL PODER PARA TESTAR

A) FORMA DEL PODER PARA TESTAR

El espíritu restrictivo de las Leyes de Toro respecto al testamento por comisario se muestra también en las formalidades necesarias para encargar el testador que el comisario otorgue su testamento. Según el artículo 39 de las Leyes de Toro, «en el poder que se diere al comisario... intervenga la solemnidad del escribano y testigos que, según las Leyes de nuestros reinos, han de intervenir en los testamentos y de otra manera no valgan ni hagan fe los dichos poderes».

Gómez interpreta que, al existir dos clases de testamentos, el poder ha de tener la misma solemnidad que el correspondiente y subsiguiente testamento (las del nuncupativo o las del *in scriptis*)⁹⁸.

⁹³ Dice Tello Fernández que: «non posse alicui dare auctoritatem statuendi quis sit executor mei testamenti...» (ad. L. 31, f. 239).

⁹⁴ Matienzo: ad Rec. 5, 4, 5. gl. 8, núm. 4, f. 117v.

⁹⁵ Ad. l. 31, LXI, f. 632.

⁹⁶ Constituyen una excepción los hijos emancipados en general o por razón de matrimonio y los hijos de primera tonsura, pues lo que se les da equivale a un peculio castrense o cuasi castrense (LXVII, f. 633). Respecto a los hijos espurios del comisario, siguiendo a Paulo de Castro y otros, admite López de Palacios Rubios la validez de la disposición en su favor, según dice (LXIX, f. 633.)

⁹⁷ Ad. L. 31, gl. LIII, LV, LVI, f. 631.

⁹⁸ «Si postea commissarius testetur nuncupative, requiritur quod habeat facultatem et commissionem sibi concessam nuncupative coram testibus legitimis et necessariis requisitis in testamento nuncupativo: si vero testetur in scriptis, requiritur quod habeat facultatem et commissionem sibi concessam in scriptis cum forma et solemnitate requisita in testamento in scriptis per nostram legem expressam» (Ad. l. 39. núm. 1, f. 113 v.).

El mismo Gómez encuentra reparos y objeciones a su postura, ya que la comisión otorgada no es testamento y última voluntad, sino un acto y disposición entre vivos y por tanto parece que

López de Palacios Rubios mantiene que, en cuanto al número de testigos para otorgar el poder no se requieren los necesarios en un testamento sino «verius est quod tot quot in procuratione ad negotia, ut colligitur ex dicta legi regni»⁹⁹.

Dice Matienzo: «crederem satis esse si mandatum contineat solemmitatem testamenti nuncupative, poterit commissarius virtute talis mandati testamentum in scriptis condere» y da varias razones, entre ellas que «testamentum in scriptis a testatore solemniter conditum, potest revocari per aliud ultimum testamentum nuncupative coram tribus testibus»¹⁰⁰.

No se conforma con esta opinión Llamas, con un argumento poco sólido, que parece querer compensar con el planteamiento y la resolución de dos nuevas cuestiones «que, si carecen del mérito de la solidez, tienen el de ser originales, por no haberlas tratado los comentadores»¹⁰¹. Se trata, en la primera, del testamento por poder del ciego, para el que, según Llamas, serían necesarios cinco testigos. La segunda, más casuística, se refiere al supuesto en que el comisario hubiese perdido la vista después de cometer el poder. Ahora serían necesarios sólo los tres testigos.

La cuestión es más bien académica que práctica. Los formularios consultados suelen contener un modelo de poder ante notario y tres testigos. Luego, bastó siempre la formalidad del testamento nuncupativo. El poder solía incluirse literalmente en el testamento que otorgaba el comisario.

B) ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL PODER

Otra cuestión sobre la formalidad del poder para testar se refiere a la forma del documento en que se extiende el poder. Nos referimos al estudio de la estructura diplomática de las cláusulas contenidas en el poder y aquí constatamos que la evolución de los formularios refleja fiel y paralelamente la reducción paulatina de las facultades del comisario. Se observa esta disminución del haz de poderes del comisario mediante el análisis de la estructura de las escrituras de poder. El poder para testar que en principio tenía un contenido y estilo similar a cualquier otro instrumento de poder fue adaptando su estructura y cláusulas para asemejarse a las formalidades y clausulado de un testamento.

sería suficiente la ordinaria solemnidad de dos testigos, pero él encuentra una razón sutil, muy escolástica por cierto para contraargumentarse: «nam eadem ratio, virtus et effectus, quod. est in consequenti, dicitur esse in antecedenti eius», que apoya en varias citas del Digesto (l.39, núm. 2, f. 113 v.).

⁹⁹ Ad. l.31, XXIX, f. 627.

¹⁰⁰ «Immo hoc procedit, etiamsi prius testamentum coram viginti testibus sit factum...» 5, 4, 13, gl. 1, f. 125. Y aclara él mismo, comentando el inciso final de esta ley («de otra manera no valan») que la solemnidad tanto del testamento como del poder no es requerida a efectos de prueba, sino que tiene carácter formal y sustancial «quia, ea deficiente, est nullum testamentum» (glos. 2).

¹⁰¹ LLAMAS...: Ad. 39, núm. 1-8, ff. 308 y 309. Si el poder se otorgó ante cinco testigos por (no) hallarse escribano, el testamento podrá otorgarse ante tres testigos y escribano, ya que dos tes-

Si nos fijamos en el formulario de finales del siglo XIV veremos esta semejanza del poder para testar con cualquier otro tipo de apoderamiento, salvo las pequeñas diferencias de estilo y cláusulas propias y específicas del objeto del apoderamiento. Es cierto que se contiene una incipiente arenga («temiendo la muerte que todo fiel cristiano deve temer que de mi podría acaescer de la dicha dolencia...»). Se contiene la institución de heredero y el nombramiento de albaceas en las mismas personas de los comisarios, pero en el resto y como hemos dicho el estilo y formulismo es igual a cualquier otro apoderamiento ¹⁰².

Por ello, teniendo en cuenta los formularios y aun los pocos testamentos y poderes anteriores a las Leyes de Toro, que he consultado, podemos afirmar que las Leyes de Toro establecieron legalmente lo que venía siendo ya una práctica y las restricciones a que sometieron el testamento por comisario las Leyes de Toro ya se habían introducido consuetudinariamente en Castilla, como decíamos antes. También se otorgaba el poder por instrumento público.

C) LA EFICACIA DISPOSITIVA DEL PODER

El poder para testar no sólo contenía y valía como un simple apoderamiento para testar, sino también tenía fuerza dispositiva sucesoria. Por costumbre se estableció que, en el poder otorgado al comisario, el comitente ya dispusiese por sí

tigos intervienen por no contar con aquél. Llamas, por tanto, da una interpretación en la cual puede suplirse el notario por dos testigos en caso necesario, contra la interpretación literal de la ley.

Espino de Cáceres, D., a la cuestión de si aquel que tiene el privilegio de testar, sin las solemnidades exigidas por la ley deberá testar sometiéndose a éstas cuando teste por comisario, contesta afirmativamente por la aplicación de la regla del derecho, según la cual el privilegio personal no pasa a otra persona (Glos. 5, núm. 45, ff. 333 y 334).

Como dice Núñez, según algunos intérpretes tardíos, el comisario no podía hacer testamento cerrado, ya que con la muerte del poderdante desaparecían los motivos para mantener secreta la última voluntad y, si se hacía, debía abrirse inmediatamente el testamento (pp. 257 y 258).

¹⁰² Si examinamos la fórmula de poder para testar que incluye PALOMARES en su *Nuevo estilo de Escrituras...*, la arenga inicial ya se ha desarrollado; a semejanza de un testamento, se contiene una protestación bastante extensa, indicación de iglesia para ser enterrado, misas, sufragios, nombramiento de albaceas, institución de herederos, etc. (pp. 81 y 82).

Es cierto que la fórmula de Argüello es más sencilla y exenta prácticamente de arenga. Pero De la Ripia y otros autores de formularios vuelven a incluir en sus fórmulas, protestación de fe, etc. (p. 55), y unas cláusulas bastante minuciosas que apenas dejan margen al ejercicio de facultades por parte del comisario a la hora de otorgar testamento; este autor, ya de comienzos del siglo XVIII, incluye una fórmula en la que prácticamente dispone todo el poderdante; sólo le queda al comisario declarar y pagar las deudas y demás cosas del descargo de la conciencia del comitente, «haciendo las mandas, legados y declaraciones y señalamiento de sufragios que yo le tengo comunicado, no obstante que aquí no van declarados y valgan como si hiciera especial mención...» (p. 153). Lo explícito de la cláusula ahorra los comentarios.

Un extensísimo y minucioso poder para testar otorgó Jovellanos en el Castillo de Bellver, donde estaba prisionero, comisionando a su sobrino D. Baltasar, el 2 de julio de 1807. Tal es el cúmulo de disposiciones que poco más que ejecutarlas correspondía a su sobrino, que era nombrado al mismo tiempo su heredero.

Está recogido en sus *Obras publicadas e inéditas*, pp. 274-284, y lo reproduce NÚÑEZ IGLESIAS en su obra, como apéndice núm. 18, pp. 443-456.

mismo sobre determinados asuntos. Poco a poco las determinaciones más importantes se las fue reservando el testador, tales como nombrar heredero y ejecutores. Legalmente *Las Partidas*, como hemos visto, exigen el nombramiento del heredero por el comitente. Tanto por la regulación legal restrictiva como por la voluntad del comitente, que cada vez disponía más ampliamente, el campo de decisión del comisario se fue reduciendo. En consecuencia, las cláusulas y disposiciones contenidas en el poder se consideraban como testamento y voluntad última del difunto, porque si el comisario no cumple lo ordenado, lo dispuesto en el poder «sea habido como si el tal comisario lo ficiese o declarare» (art. 33).

Algunos autores de formularios ya prevén que el comisario no otorgue testamento por cualquier circunstancia y en este caso el poder tendrá pleno valor de última voluntad¹⁰³.

Atribuida eficacia y valor de testamento al poder, surgen algunas cuestiones. Tello Fernández se plantea si «testamentum commissarii et defuncti an dicatur unum testamentum». En Derecho romano, sólo el soldado podía morir con dos testamentos. Como el poder-testamento del *de cuius* y el del comisario no pueden considerarse dos testamentos, porque tal suposición se opone también a nuestro derecho, por lo tanto han de considerarse un solo testamento. Como no se exige en nuestro derecho unidad de acto, puede empezar el testamento una persona y acabarlo otra. La comisión «solum sit in id quod testator non provisit».

Valdrán las dos disposiciones contenidas en ambos instrumentos notariales si no son contradictorias y ambas se complementan, pues la prohibición de que una persona no tenga dos testamentos sólo procede respecto de la institución de heredero, pero no de los legados y el resto de las otras disposiciones. De la validez del poder como testamento en todo caso no cabe dudar: «testamentum primum defuncti valet, etiam in commissione non confirmetur» nos dice Tello¹⁰⁴.

D) EXTINCIÓN DEL PODER

Carpio ha tratado extensamente las causas de la extinción del encargo hecho al comisario y señala que se extingue «ex quibus causis mandatum fini-

¹⁰³ Dice De la Ripia: «y caso que por cualquier accidente no haga el dicho testamento (el comisario) por muerte o por no querer o no poder o por otra razón, valga lo aquí expresado como mi testamento y testimonio de última voluntad» (p. 154).

Con anterioridad a las Leyes de Toro en algunos instrumentos notariales *poder e testamento* son sinónimos: «por ende sepan quantos esta carta de *poder e testamento* vieren, como yo doña Leonor de la Vega... e por esta carta de poder e testamento que agora fago e otorgo»... 14 de agosto de 1432 en PÉREZ BUSTAMANTE, R.: *La villa de Santillana. Estudios y documentos*, Fundación Santillana, 1984, pp. 263-271.

Sebastián Herrera Barnuevo otorga poder a su esposa, Francisca de Seruela; en él dispone sobre su enterramiento, albaceas, herederos... (Madrid, 21 de marzo de 1671). Cuando su esposa otorgue el testamento, las cláusulas comienzan: «item fue su voluntad... item me encargó...», MATILLA TASCÓN, A.: *Testamentos de 43 personajes del Madrid de los Austrias*, pp. 233-235.

¹⁰⁴ Ad. l. 34, núm. 1, ff. 238 y 239. El mismo argumento utiliza Tello para razonar que el comisario no puede revocar el testamento que ha hecho en nombre de su comitente, pues se considera que es el propio testamento de éste, ad. l. 35, núm. 2, ff. 239 y 240.

tur, seu revocatur», enumerándolos luego singularmente, que, en resumen de Núñez Iglesias, son las siguientes: muerte del apoderado, revocación expresa o tácita, sufrir cierto tipo de pena, enemistad sobrevenida, impedimento o locura del comisario, revocación del cargo por sospecha, transcurso del plazo para ejercerlo¹⁰⁵.

E) LA POSIBLE IRREVOCABILIDAD DEL PODER

Constituye una causa de extinción del poder su revocación expresa o tácita. Pero, ¿puede el poderdante renunciar válidamente a su derecho de revocación y vincular su voluntad de forma inquebrantable?

La doctrina de los comentaristas de las Leyes de Toro no plantea, o no ha sabido encontrar, esta cuestión. Pero, por rebuscada que pueda parecer la posibilidad de renunciar a la revocabilidad, está prevista en la fórmula para testar de finales del siglo XIV, que ya hemos mencionado «e prometo e otorgo de no ir ni venir por mí ni otro contra ello ni contra parte de ello en ninguno tiempo ni por alguna manera so obligación de todos mis bienes muebles e rayses avidos e por aver»¹⁰⁶.

Al leer la fórmula notamos que el testador se obliga a estar y pasar por todo lo que haga el comisario pero no renuncia directamente a la facultad de dar otro poder y anular el anterior. Entiendo que de forma indirecta se renuncia a la posibilidad de revocar el poder para testar que ha otorgado. Se entiende que el compromiso de no ir ni venir ni en todo ni en parte contra lo que decida el comisario carecería de toda eficacia si el testador diese nuevo poder a otra persona. ¿Es válida tal renunciación? Creo que no; porque atenta contra uno de los principios básicos del Derecho Romano y Común de sucesiones, condensado en el aforismo o sentencia *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (D. 34,4,4).

Y aun admitiendo que fuera válida la renuncia, ¿quién podría exigir al comitente de estar y pasar por lo que haga el comisario si quebranta su compromiso de no ir contra lo que haga éste? Ni desde la teoría y ni la práctica tal cuestión se planteaba y la inclusión de la cláusula de pasar por lo que haga el comisario no tiene mucho sentido.

En primer lugar, el comisario no puede hacer testamento en virtud del poder, antes el fallecimiento del comitente; no lo preceptúan expresamente las Leyes de Toro, pero así se deduce de su interpretación sistemática por la doctrina. Véase el apartado siguiente, en que se trata del cómputo del término para

¹⁰⁵ Carpio, lib. 4, cap. 1.º, glos. 1 ss. Expresamente se ocupa de la extinción por enemistad sobrevenida, Espino de Cáceres (gl. 37, f. 331). NÚÑEZ IGLESIAS: ob. cit., pp. 268-270.

¹⁰⁶ También algunos poderes otorgados contienen una fórmula de irrevocabilidad en términos semejantes: «me obligo de estar e pasar por todo lo que vosotros fizieredes e ordenaredes e de no yr ni venyr contra ello so obligación de mis bienes muebles e rayses avidos e por aver que por todo ello expresamente obligo por firme obligación e solemne estipulación...» (Poder de Simón de Hoyos en Cuenca, 10 de agosto de 1505, A.H.P. C-2). Igualmente, los poderes para testar de Alonso Gutiérrez de 18 de diciembre de 1505 y de Pedro Barranco de 20 de junio de 1505, A.H.P. C. 2.

hacer testamento el comisario. Los comentaristas mantienen que se ha de comenzar a contar desde la muerte del comitente o después.

En segundo lugar, el testador encomienda a otra persona que teste por él ante la imposibilidad de hacerlo por sí mismo, generalmente a causa de enfermedad. Desaparecido el impedimento o recobrada la salud, el comitente puede volver a testar por sí mismo, aun sin revocación expresa del poder. Este supuesto habrá de entenderse como un caso de revocación tácita del poder.

Finalmente, el compromiso de no ir y venir contra lo que haga el comisario no puede desplegar efectividad alguna en ningún momento. Durante la vida del testador hemos visto que puede hacer por sí testamento y el poder quedaría sin efecto y después de muerto; ¡al comitente no le será fácil quebrantar su compromiso!

En la práctica, el compromiso del comitente de no ir contra lo que dispone el comisario resultaba inútil, porque éste no hará testamento antes de que fallezca el primero. ¿Cómo puede alguien después de su muerte ir contra lo que haga la persona apoderada? En la práctica no tenían lugar ni se planteaban tan alambicadas cuestiones. Una persona daba poder a otra para hacer testamento y mientras vivía iba dando instrucciones y comunicando su voluntad al comisario, para que después las reflejase en el testamento ante notario, una vez fallecido el poderdante.

VII. PLAZO DEL COMISARIO PARA CUMPLIR EL ENCARGO

Tres plazos diferentes señala la Ley 33 de Toro. Si el comisario se encuentra en la ciudad, villa o lugar donde se le dio el poder, dispone de cuatro meses; si está ausente, pero «dentro de estos nuestros reinos, no tenga ni dure su poder más de seis meses»; un año se señala de plazo, si se encuentra fuera de los dichos reinos.

La interpretación más flexible es defendida por Cifuentes, que, comentando la Ley 31 de Toro, no la 33, sede de la materia, dice que «Commissarius potest testare nomine defuncti etiam si iam sunt preteriti plures anni, dum tamen nomen heredis sit per defunctum expressum, alias secus»¹⁰⁷.

En primer lugar, cabe señalar el error en que incurrió Gómez¹⁰⁸ a la hora de comentar esta ley; al confundir los plazos del ejecutor testamentario y del comisario, defiende que los plazos concedidos al ejecutor testamentario, contenidos en Las Partidas (6-10-6) se han de ajustar a lo establecido en las Leyes de Toro que derogarían en este punto a aquéllas. Esta confusión fue señalada por Matienzo y otros¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Ad. L. 31, summaria 1... «dum modo ille qui talem potestatem concessit, illam non revocavit vel si non fecit aliud testamentum» (núm. 1).

¹⁰⁸ «Ubi habetur quod regulariter executor testamenti habet annum ad implendam voluntatem defuncti, tamen hodie habet tempus contentum in ista lege» (ad. l. 33, gl. 1, f. 236).

¹⁰⁹ Ad Rec. 5, 4, 7. glos. 2 «Commissarius difert ab executore, etiam in praefixione termini» (summaria). Carpio, lib. 3.º, cap. 1 núms. 5 ss. Por ello esta ley, que se refiere sólo al comisario, no deroga lo que disponen *Las Partidas* (6, 10, 6) sobre el ejecutor testamentario.

Trataba esta ley de evitar los abusos que el comisario podía cometer al demorar indefinidamente el encargo. De ahí la concesión de un plazo improrrogable para cumplirlo «aunque diga y alegue que nunca vino a su noticia».

Dos cuestiones se plantean los comentaristas: forma de computar el plazo y si el testador puede señalarse otro más corto o más largo.

Respecto a la primera cuestión, Tello señala ¹¹⁰ «tempus currit ei ab hac lege praefinitum a die mortis», y no cabe alegar ignorancia: el plazo es, por tanto, perentorio y no se puede ampliar o prorrogar. No puede purgarse la mora como se dice en la época, y lo reconocen Gómez ¹¹¹, López de Palacios Rubios ¹¹² y Matienzo ¹¹³, apoyando su tesis en varias leyes del Digesto.

Respecto a la segunda cuestión, reconocen casi todos los comentaristas que, dado que el plazo se ha dado en beneficio del testador, éste puede ampliarlo o limitarlo, según su voluntad, y lo mismo mantienen los autores de formularios (109) ¹¹⁴.

¹¹⁰ Señala Tello otros posibles términos *a quo*. Uno se computaría desde el momento de adir la herencia, pues antes se prohíbe la ejecución del testamento. Otro correría *ex die monitionis a iudice facta* (según Imola, Abbas, Baldo). TELLO dice «proclivior sum a morte testatoris» (Ad. l. 33, núm. 1-4, f. 235).

¹¹¹ Aunque en cualquier acto puede purgarse la mora, en este caso concreto entiende Gómez que no procede. En primer lugar, porque así lo expresa y determina la ley. En segundo lugar porque, cuando en algún acto o disposición se señala término y pena, «nunquam habet locum purgatio morae», según se desprende de algunos pasajes del Digesto y del Código. Finalmente, tampoco puede purgarse la mora «quando executio est facta a lege et privat unum aliquo iure et transfert in alium...» (ad. l. 33, gl. 3), F. 111. De la misma opinión es López de Palacios Rubios, Ad. l. 33, gl. III, f. 640.

¹¹² «Mora commissarii vel executoris non potest purgari» (ad. l. 33, gl. VII, f. 640).

¹¹³ «More purgatio non admittitur ubi est apposita dies et poena, secus de iure canonico quod servandum est in hoc regno» (ad Rec. 5, 4, 7 glos. 2, f. 120 v.). «Morae purgatio non admittitur quoties executio fit ab ipsa lege privante unum et admittendum ob negligentiam alium». Tampoco puede tener lugar la restitución «por razón de menor edad por no admitirse cuando no es beneficio y utilidad del que la pide, sino de un tercero, que debe imputarse así al haber dado la comisión o el encargo a una persona poco solícita y diligente», como dice Llamas. Ad. l. 333, gl. 3, p. 298.

¹¹⁴ Por ejemplo, Gómez dice: «teneo quod sic, quia plena et libera potestas et facultas testandi est sibi a iure concessa et per consequens modum, conditionem et tempus apponere» (ad. l. 33, glos. 3, f. 110).

De la Ripia: «... aunque sean passados los términos que las leyes de estos reinos le conceden...» (p. 152). Según Cifuentes, el comisario puede testar en nombre del difunto, aunque hayan pasado muchos años, si el nombre del heredero ha sido expresado por el difunto, siempre que no haya revocado tal poder, ni haya hecho testamento, ad. L. 30, núm. 2.

Felipe Sánchez: «nos conferimos el uno al otro poder suficientes... dentro y fuera del término de la ley» (p. 304). Febrero: «... formalice y ordene dentro o fuera del término legal su testamento y última voluntad...» (p. 194), que es la misma expresión que usa Zarzoso.

Es de opinión contraria BENITO GUTIÉRREZ quien mantiene que el testador debería sujetarse a los mismos plazos, pues «es sin duda una oficiosidad suponer que se han establecido en su beneficio y no en el de los herederos, especialmente interesados en que se eviten odiosas incertidumbres y que de una vez se fijen y sean conocidos sus derechos», y, como reconoce que los autores sostienen opinión distinta, dice que le cuesta poco sacrificarles la suya. *Códigos o estudios fundamentales sobre el D. civil español*, t. 3, pp. 215 y 216).

También habría tenido que sacrificar su opinión a la práctica seguida si Benito Gutiérrez hubiese consultado a los «prácticos» y autores de formularios, algunos de los cuales recogen la cláusula por la que el testador dispensa al comisario de tener que cumplir el encargo dentro del plazo concedido por la ley.

VIII. EFECTOS EN EL SUPUESTO DE QUE EL COMISARIO NO OTORGARE EL TESTAMENTO

¿Qué ocurría si el comisario no otorgaba el testamento? Matienzo, el comentarista que más se ha detenido en comentar la Ley 33, entiende que el comitente murió testado, aun respecto a la institución de heredero, aunque aquél no lo nombrara ni encargara a otra persona su nombramiento, porque se entiende instituido aquél que había de suceder si el testador muriese *ab intestato*¹¹⁵.

La opinión de Matienzo no convence a Llamas, que se dedica a desmontar detenidamente su argumentación. Si el testador, ni por sí ni por comisario, ha hecho testamento es dogma legal que muere *ab intestato*. Afirma Matienzo que, si el testador no nombró heredero ni tampoco lo hizo el comisario autorizado, se presume que quedó instituido aquél que había de suceder *ab intestato*. Para Llamas esta afirmación contiene el mayor absurdo y contradicción. Esta presunción se opone al derecho común y en concreto a *Las Partidas* (6, 3, 11) que obligan al testador a indicar por su nombre y de forma clara al heredero. No hay, por tanto, como defiende Matienzo, una institución de heredero por presunción. No hay un *tertius genus* entre el heredero *ex voluntate hominis* y el *ex voluntate legis*. No existe la institución de heredero por presunción.

Matienzo mismo incurre en contradicción con lo defendido en el comentario a la Ley 33, cuando señala las consecuencias de la inactividad del comisario, tal como se contiene en el artículo 36: «los tales bienes vengán derechamente a los parientes del que le dió el poder, que avien de heredar sus bienes *ab intestato*...»; aunque las palabras usadas aquí son diferentes de las recogidas en el artículo 33, su sentido y alcance es el mismo. Y añade Llamas: «Por último, también se persuade la falsedad de la opinión de Matienzo por la misma ley que intenta exponer, pues en ella se ordena que para que se tenga por hecho lo que el testador mandó, aunque el comisario no otorgara el testamento, debía haberlo mandado el testador señalada y detenidamente, y pone por ejemplo el señalamiento de la persona del heredero. Si era, pues, necesario, según la misma ley, que el testador señalase la persona del heredero para que éste lo fuese en realidad, ¿cómo se había de tener por tal el que sólo tenía a su favor la presunción?. En estos absurdos se incurre cuando se pretende singularizarse o sutilizar más de lo que conviene»¹¹⁶.

Los efectos de la inactividad del comisario son diferentes según se trate de un poder general o del poder especial. En el primer caso, la solución legal es muy clara y no requiere más detención: se abre la sucesión intestada. Mayor complejidad encierra el supuesto de poder especial: «Pero lo que el testador le mandó señalada e detenidamente, señalando la persona del heredero o señalando cosa cierta que había de hacer el comisario... sea habido como si el tal

¹¹⁵ Ex his verbis clare deducitur testatorem testatum decessisse...» (L. 5, 4, 7; gl. IV, f. 120).

¹¹⁶ Llamas... (ad. Ley 33, glos. 12, ff. 299 y 300).

comisario lo ficiese o declarase». Artículo 33. Para desentrañar el sentido y efectos de esta parte final de la Ley 33, sigue aquí Llamas la argumentación en general de Tello Fernández, si bien lo rebate en alguno de los supuestos que éste distingue. Está claro que en el caso de nombramiento de heredero no hay problema: el comitente ha señalado en el poder quién es el heredero y, tanto si el comisario hace testamento como si no, el heredero quedará instituido como tal, en virtud de su nombramiento en el propio poder que a estos efectos tiene el valor de un testamento. De esta ley podía inferirse que esta solución se ha de aplicar a otras cosas que el comitente señalase que había de hacer el comisario, pero la analogía no es tan evidente. Señala Tello, a modo de ejemplo, la mejora. Si el testador ordena mejorar a alguno de sus hijos y el comisario no otorga testamento, ninguno de los hijos se entiende mejorado. Si todos resultan mejorados por la inactividad del comisario, ninguno es mejorado en realidad. La mejora es título de comparación. La misma solución se aplica si el comitente sólo tiene nietos. Llamas se conforma con la solución de Tello.

Comienzan a surgir las dificultades si el testador tenía hijos, nietos o biznietos y dio facultad al comisario para que mejorase a uno de sus nietos o biznietos. Tello entiende que todos estos han de ser mejorados si el comisario no hace testamento ¹¹⁷.

Aún pasa Tello a un caso más dificultoso que el anterior. Se trata del supuesto en que la comisión se hiciese extensiva para mejorar a uno de los descendientes del testador, bien fuese hijo, bien nieto o biznieto. Resuelve Tello que deben entenderse mejorados todos los hijos que constituyen el primer grado ¹¹⁸.

Vemos cómo la doctrina ha cuestionado fundadamente la virtualidad de lo dispuesto en la parte final de la Ley 33 de Toro.

¹¹⁷ La posición de Fernández Tello, ad. l. 33, 5, núm. 5, ff. 236 y 237, alega en su apoyo la Ley 77, parr. Rogo 25 *de legatis II* (D 31.77, 26). Para Tello la mejora ya estaba hecha y sólo faltaba que el comisario designase la persona en quien debía recaer; si no lo hacía, todos se entendían mejorados (ad. l. 33, núm. 5 ss. ff. 236 y 237). No está de acuerdo Llamas con esta solución: la voluntad del testador era que se mejorase a uno sólo y la solución propuesta por Tello contraviene claramente la voluntad del testador. Por otra parte, se contradice Tello con la solución propuesta en el supuesto de que se tratase de una mejora entre los hijos, donde, no eligiendo el comisario, se entendía que no existía tal mejora. Por otra parte, el texto del Digesto invocado por Tello se refiere a un supuesto distinto en que el testador dejó un fideicomiso a una madre para que lo distribuyese entre sus hijos, según el mayor o menor mérito que hubiesen contraído con ella (Llamas, ad. l. 33 gls. 14-18, f. 300).

¹¹⁸ Entiende Llamas, que tal solución traiciona también la voluntad del testador (ad. l. 33, gl. 20, f. 31). Benito Gutiérrez opina que no es equiparable la solución en caso del heredero y de los otros supuestos: «dudamos que sea posible esa igualación: que el instituido heredero lo sea, aunque el comisario no le nombre, es natural; porque el poder que, por cierto, ha de tener la solemnidad del testamento, puede hacer muy bien sus veces; pero el comisario a quien se da facultad para desheredar o mejorar no tiene más que la elección. ¿Y quién se presume desheredado o mejorado, si él no lo declara? Nadie: como el testador en el acto de traspasar al comisario dicha facultad no le indique juntamente el nombre del desheredado o mejorado». ob. cit., t. 3.º (p. 216).

IX. PROHIBICIÓN DE REVOCAR EL COMISARIO EL TESTAMENTO DEL COMITENTE SIN PODER ESPECIAL PARA ELLO

Gómez Arias expresa un sutil comentario de la Ley 32. En primer lugar aclara que si el comisario, sin especial poder no puede testar; *a sensu contrario*, tampoco puede revocar sin especial poder el testamento ya hecho. Pero, si media ese especial poder, la revocación tendrá como fin el que se haga un segundo testamento, o revocar el testamento y que el comitente muera intestado. En el primer caso, el comisario no puede hacer testamento sin la previa institución del heredero por el comitente. Si el poder sólo tiene virtualidad para revocar y los herederos instituidos no son los parientes más próximos, la sucesión *ab intestato* favorecerá a los más próximos; si lo eran éstos, a ellos mismos revertirán los bienes por *ab intestato* con lo que se resuelven las dificultades de la aplicación de esta ley¹¹⁹.

En relación con la Ley 32 entiende Llamas que «a primera vista parece ociosa la disposición de la presente ley, a causa de que o el que dio el poder para testar tenía ya hecho el testamento o no. Si lo primero, era escusado que diese poder para testar, porque la facultad de dar poder para hacer testamento se concede, según la Ley 31 de Toro, cuando el que lo ha de hacer o no quiere o no puede hacerlo por sí, y en el caso presente ya lo tenía hecho, y de consiguiente era escusado el poder para hacerlo, verificándose, que el testador no sólo pudo, sino que quiso hacer su testamento. Si no lo tenía hecho era inútil que se le prohibiese al comisario revocarlo en parte ni en todo».

Sin embargo, sigue exponiendo Llamas que la decisión de la ley fue «prudente y arreglada». «Si el que dio el poder para testar no tenía hecho testamento, no tiene nada de extraño que diese poder a otro para hacerlo; si posteriormente mudó de voluntad y quiso hacer su testamento por sí, nada tiene de extraño que el comisario no pueda revocar el testamento, pues el poder era para testar no para revocar el testamento ya hecho; y, habiendo cesado la causa que motivó el poder (no querer el testador hacer el testamento por sí), debe también cesar el efecto»¹²⁰.

¹¹⁹ GÓMEZ ARIAS: *Subtilissima...* Ad. L. 32, número único (no hay foliación en esta obra).

¹²⁰ Ad. l. 34, gl. 1, 2 y 3 f. 301 y añade LLAMAS en la gl. 4: «Si el testador tenía hecho su testamento cuando dió el poder para testar, dispone la ley que este poder ningún efecto tenga, a no ser que en él expresamente se le conceda al comisario facultad para revocarlo en todo o en parte, lo que tampoco tiene nada de irregular, pues así como después de dar el poder puede el que lo dió variar de voluntad y ordenar por sí su testamento, como se ha visto, del mismo modo puede el que ya tenía hecho su testamento mudar de voluntad y dar facultad al comisario para que lo pueda revocar». (f. 301). También BENITO GUTIÉRREZ justifica el precepto: «Siendo posible el caso de la ley, su resolución, aunque al parecer inútil, era necesaria. Pero el poder que se confiriese a un comisario después de haber hecho testamento, o carecía de objeto, o implicaba su revocación; ¿era legal, podía sostenerse esa presunción? Así lo persuaden los siguientes motivos: 1.º cuando el testador comete a otro la licencia y facultad de testar por él, da bien a entender que lo hace porque quiere apartarse de su primera voluntad; 2.º natural era presumir que la persona autorizada para ordenar o disponer un acto, lo estaba para revocar otro hecho anteriormente, 3.º el distracto y revocación de un acto es de la misma naturale-

Después de asentada la congruencia de la ley, pasemos a considerar la razón de la misma ley. Gómez¹²¹ dice que no es otra que, así como se necesita especial poder para testar, se necesita el mismo poder para revocar el testamento. Le siguen casi todos los comentaristas, excepto Tello que siempre tiende a singularizarse. El testamento se confirma por la muerte del que lo hizo y como la virtud o efecto de la comisión comienza después de la muerte del que dio el poder, resultaba claro que el testamento estaba perfectamente concluido y confirmado; por lo que no puede revocarse, sin poder especial para ello¹²².

López de Palacios Rubios destaca que siempre prevalece la voluntad del comitente¹²³.

Con todo en la vida real, y no en las disquisiciones de los comentaristas, se cerraba ese portillo a la posible incongruencia en el caso de que el testador hubiese hecho ya testamento y diese poder a un comisario para testar, resultando el poder sin efecto, si no contenía facultad expresa para derogar cualquier testamento anterior del poderdante.

Sin duda alguna, en la mayoría de los casos el testador no habría testado, cuando apoderaba a otro para hacerlo en su nombre, pero en el caso que el testador ya lo hubiese hecho con anterioridad, la incongruencia no se producía en la realidad, pues la totalidad de los formularios contienen una cláusula en el poder para testar, autorizando a revocar las disposiciones testamentarias anteriores¹²⁴.

za y cualidad que el contrato y ordenación del acto mismo: 4.º de igual forma y cualidad que es la comisión por primero y segundo decreto, es y debe ser su revocación», *ob. cit.*, tomo 3.º, p. 217.

¹²¹ «Commissarius cui est concessa facultas testandi pro aliquo non potest eius testamentum revocari» porque la misma solemnidad se requiere para realizar un acto como para rescindirlo y, así como se requiere especial poder para testar por otro, se precisa igual facultad para revocar un testamento ya hecho y el nombramiento de un heredero (Ad. L. 34, f. 112).

¹²² Recoge Tello la fundamentación de Castillo: el comisario es procurador del poderdante y, por tanto, no puede revocar el *factum domini*, siguiendo a Baldo, tal como hacen también López de Palacios Rubios y Gómez Arias. Para TELLO: «sed haec ratio non habet saporem». El testamento es «voluntas iusta defuncti, cuius effectus deambulatorius est usque ad mortem... post mortem immutabile est, eo quo soli ei qui confecit permissa est revocatio», si no el testamento dependería después de la muerte del testador de la voluntad de otro. Si se comete a uno que haga algo de nuevo, no se le comete para que destruya. Son contrarios hacer y destruir (Ad. l. 34, gl. 1, f. 238).

Para Llamas la ley contiene dos partes:

Primera. El poderdante para testar no puede revocar el testamento ya hecho porque el poder se da cuando el testador no quiere o no puede hacerlo; y si lo ha hecho han faltado los dos extremos (no poder o no querer); por tanto los poderes no tienen efecto, además que siendo el poder un remedio subsidiario, no se puede acudir a él cuando se produce el ordinario.

La segunda parte constituye una excepción, si el testador al hacer testamento, ya manifestó su voluntad de testar por sí mismo cuando lo hizo, es necesaria su voluntad expresa de que ha cambiado su decisión para que el comisario pueda revocar el testamento «porque una voluntad expresa no se destruye por una tácita» (p. 302).

¹²³ «Concurrentibus autem facto domini et procuratoris contrario, praevallet factum domini, hinc est quod si dominus facit procuratorem ad renunciandum et antequam procurator renunciaret, dominus renunciavit: valet renuntiatio, quanquam postea procurator renunciaret» (Ad. l. 34, II, f. 641).

¹²⁴ «y para que revoque, que yo desde luego revoco, anullo y doy por ningunos y de ningún efecto y valor todos los testamentos, mandas y codicillos y otras disposiciones, que pareciere aver yo hecho y otorgado desde todos los tiempos...» (PALOMARES, f. 81 v).

X. PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE REVOCAR EL COMISARIO EL TESTAMENTO QUE HUBIERE OTORGADO EN VIRTUD DEL PODER

La Ley 35 prohíbe de forma absoluta al comisario revocar el testamento que ya hubiese hecho en virtud de poder, «aunque se reserve en sí el poder para lo revocar o para añadir o menguar o para facer codicillo o declaración alguna»¹²⁵. La rotundidad del texto de la ley impone la unanimidad de la opinión entre los comentaristas de las Leyes de Toro, que se dedican a averiguar las razones que movieron al legislador a establecer este precepto.

Gómez encuentra el fundamento de esta ley en la analogía con la situación del juez que, una vez pronunciada la sentencia, no tiene facultad para cambiarla o corregirla¹²⁶ y a semejanza también del comisario para elegir alguna cosa que, una vez haya hecho la elección, tampoco puede alterar su decisión; salvo si el primer testamento es nulo, en cuyo caso el comisario puede otorgar otro válido¹²⁷.

Tello comenta ampliamente este artículo, y mantiene que, como el testamento hecho por el comisario lo es realmente del primero, el comisario no puede cambiarlo una vez muerto aquél¹²⁸.

También Llamas estudia detenidamente el artículo 35 de las Leyes de Toro y resume la opinión de Gómez y Tello¹²⁹.

«... y por él revoco otros qualesquier codicilos, legados que aya hecho, de escrito, de palabra y en otra manera, para que no valgan ni hagan fe...» (ARGÜELLO, pp. 56 y 57).

... y revoco y anulo y doy por ningunos, y de ningún valor y efecto qualesquier testamentos, cobdicilos, poderes para testar y otras qualesquiera disposiciones que tengo hechas... (DE LA RIPIA, p. 154).

Y en términos parecidos se expresan los restantes autores de formularios.

¹²⁵ «Commisarius, facto semel testamento, non potest codicillos etiam, ad pias causas facere». MATIENZO, Ad Rec.: 5, 4, 9, gl. 2, f. 122 v, de acuerdo con la ley 33 de Toro.

¹²⁶ Alega GÓMEZ algunos textos del Digesto «ubi habetur et disponitur quod iudex ordinarius delegatus vel arbiter postquam semel sententiam dixit et pronunciavit, non potest illam mutare vel alterare» (ad. l. 35, gl. 1, f. 112).

¹²⁷ «... commissarius cui est commissio electio non potest variare; si tamen nulliter fecit, et non secundum formam a lege vel defuncto sibi traditam, potest revocare et aliud perfectum et validum facere» (ad. L. 35, f. 112).

¹²⁸ (ad. l. 35, ff. 239 ss.) Respecto a si el comisario puede otorgar nuevo testamento, en el caso de que el primero no sea válido difiere de la argumentación y textos legales en que se han basado otros comentaristas, aunque acaba admitiendo tal posibilidad, si bien apoyado en otros fundamentos: la comisión se entiende siempre otorgada para un acto válido, por tanto no se entiende consumida la facultad y poder en un acto nulo (gl. 3, f. 241).

No obstante, CIFUENTES admite que el comisario puede revocar el testamento, ya otorgado, si no lo hizo según la forma que le fue prescrita por el comitente o testador, y en consecuencia puede otorgar otro (Ad. L. 36. Glos. única). Doce razones encuentra GÓMEZ ARIAS para apoyar la negativa a que el comisario pueda revocar lo que hubiese dispuesto por testamento. Entre otras, que el comisario al hacer el testamento, da cumplimiento a la voluntad del comitente de instituir una persona; tal fin se quebraría si pudiese revocar el testamento (núm. 1); las comisiones son «stricti iuris», por tanto, no pueden extenderse (núm. 7).

¹²⁹ Para Llamas es ésta una «especie de cuestión más bien de lujo que de utilidad» y mantiene que «lo que no se puede dudar es que el poder para testar no lo es para revocar el testamento, así como el poder específico para comprar no se entiende para poder vender» (Ad. L. 35, g.º 4, p. 302).

XI. UTILIDAD Y FUNCIONES DEL TESTAMENTO POR COMISARIO

Cabe preguntarse por la utilidad de esta institución en el derecho castellano que exige una duplicación de instrumentos notariales, una vez que las Leyes de Toro establecen que la solemnidad del poder para testar sea la misma que la que se requiere en los testamentos mismos. Ya podía dudarse de la necesidad y utilidad del testamento por comisario, al señalar la ley tantas limitaciones a las facultades que pueden otorgarse al apoderado. Parece que la prescripción de exigir escritura de poder ante notario podía ser decisiva para que llegaran a convencerse los castellanos de la inutilidad del testamento por comisario, ya que era previsible que la práctica y costumbres de los castellanos lo enviarían a las páginas de la historia. No fue así y la institución estuvo «viva» hasta su desaparición formal con la promulgación del Código Civil (1889). Sería difícil ahora determinar si a partir de las Leyes de Toro, el testamento por comisario sufrió cierto retroceso en su práctica. Cuestión ésta que no podemos contestar categóricamente, aunque aventuramos a afirmar que si la institución fue perdiendo vigor, lo hizo de forma muy paulatina ¹³⁰.

Si el comisario tuviese facultad para revocar sin ánimo de otorgar un segundo testamento, sería un manifiesto absurdo.

Y no puede hacerlo aunque se reserve para sí el poder de hacerlo, porque, como comenta ÁLVAREZ POSADILLA, la reserva es nula porque la facultad que tenía «no era suya propia, como es la que cada uno tiene de disponer de sus bienes, sino comisionada de otro; y así, como ajena, nada puede de ella reservarse y sí sólo usarla en la forma que el dueño se la comisionó» (p. 202).

Como añade Llamas, nadie puede reservarse lo que ha gastado y consumido (gl. 5, f. 303).

La misma prohibición respecto al testamento se extiende a las demás cosas que expresa la ley como son añadir o menguar el testamento, hacer codicilo o declaración alguna (gl. 6, f. 303).

Se entretiene finalmente Llamas, siguiendo y resumiendo a Tello y Sarmiento, en dilucidar si es posible aplicar por analogía lo dispuesto para el caso del testamento de un obispo, que puede testar cuantas veces quiera cuando el Papa le haya concedido tal licencia o el caso de una persona a quien el Rey ha autorizado a fundar un mayorazgo. Apoyándose en la glosa núm. 1 de Gómez, dice que estamos en un supuesto diferente, pues «el comisario ni hace el testamento en su nombre ni para su propia utilidad, con cuya exposición quiso dar a entender que cuando por el superior se concede a un súbdito la facultad de hacer alguna cosa que le estaba prohibida, como por aquella facultad se remueve y quita el estorbo que le impedía la ejecución del acto, queda en su natural libertad y, por consiguiente, si la cosa era por su propia naturaleza reiterable, la puede revocar y variar cuantas veces quiera...». «No sucede lo mismo en nuestro caso pues, por el poder para hacer testamento, no se removió algún impedimento legal que hubiera el comisario, sino que se le confirió una facultad que nunca le había correspondido» (gl. 7, 8, 9, f. 303).

Finalmente añade LLAMAS que si el testamento que otorgó el comisario «es nulo por algún defecto, puede otorgar otro sin que se entienda que revoca el primero, pues lo que es nulo no se puede revocar» (Ad. L. 35, gl. 10, f. 303).

Dice bellamente Benito GUTIÉRREZ: «Como el testamento de un comisario es el eco postremo de la palabra de un difunto, parece justo que se recoja y selle de una vez para no alterarla ni cambiarla más» y añade: «La prohibición subsiste a pesar de todas las reservas del comisario, porque no tiene en su mano dar a la voluntad la condición precisa para que sea revocable, hacerla ambulatoria», *ob. cit.*, tomo 3.º (p. 218).

¹³⁰ Cierta rigor y arraigo, debía de mantener el testamento por comisario cuando todavía en el proyecto de Código Civil de 1836 mantenía esta forma especial de testamento, reproduciendo casi al pie de la letra los artículos de las Leyes de Toro sobre este testamento.

A nuestra afirmación de que no se redujo significativamente el porcentaje de españoles que elegían esta forma de testar después de las Leyes de Toro, puede salir al paso un contradictor. En efecto, un autor de formularios hace un particular comentario sobre la frecuencia del poder de testar. Felipe Sánchez en 1854, después de la fórmula de poder consigna la siguiente advertencia: «Antiguamente se hacían muchos poderes para testar y en el día son muy pocos los que se otorgan, porque no es otra cosa que una *duplicación de instrumentos*, pues ninguna persona, por más negocios que estén a su cargo, deja de tener tiempo para formalizar su testamento, y con mucha más razón usando de la facultad de insertar en él cláusula de memoria, en donde puede ponerse o quitarse lo que convenga, no variando la institución hereditaria. Esta advertencia me ha parecido oportuna para que los escribanos la hagan a los testadores»¹³¹.

En 1862, Antonio Casas y Moral también critica la institución del testamento por comisario cuando dice que la facultad de testar puede delegarse en otra persona, dándole poder suficiente, «pero se dice impropia por la escasez de facultades que la ley con razón concede al apoderado, llamado comisario, fuera de los que el poder expresa y detalladamente contenga». Y continúa: «Y esto, sin embargo, de lo raro que es eso de testar en semejante forma, pues creemos deber aconsejar al notario, y que éste debe también hacer comprender al que quiera otorgar ese poder, que mejor que éste, en el mismo tiempo, más barato y más expedito es que otorgue testamento nuncupativo; razón porque los códigos modernos van aboliendo estos poderes»¹³².

De la cita de estos dos notarios, autores de formularios se desprende que no debía de ser inusual esta forma de testar, y que los notarios tenían que desaconsejar esta práctica.

Y con todo nos resistimos a creer que, durante los siglos modernos e incluso durante el s. XIX, haya sobrevivido una institución, a la que los testadores no encontraran ya alguna función y utilidad. Si a lo largo del tiempo, los testadores han mantenido una forma de testar mediante dos instrumentos (el poder y el testamento) que es más complicada y cara que el testamento nuncupativo,

¹³¹ (P. 305). Dos cosas nos dice Felipe Sánchez que a mediados del s. XIX ya eran muy pocos los testamentos por comisario que se hacían, siendo frecuentes antiguamente. Como escribano del número de la ciudad de Toledo podemos creerle respecto a lo que hacen los toledanos a mediados del s. XIX y, suponiendo que lo que se practica en Toledo, quepa generalizarlo a toda Castilla ¿Qué época hemos de entender comprendida en el adverbio antiguamente? Es posible que sea cierta su afirmación para el s. XIX ¿Y en los siglos anteriores? Contestar a esta pregunta requiere una labor de archivo, y la labor realizada hasta hoy sólo permite conocer lo que se hacía aproximadamente en Madrid en los ss. XVII y XVIII fundamentalmente, donde tenemos la impresión de que el porcentaje de testadores que utilizan un comisario para testar no ha disminuido a lo largo de estos siglos modernos.

Precisamente la tesis de MARTÍNEZ GIL, que hemos citado antes, nos proporciona datos suficientes para apreciar el porcentaje estimable de toledanos que en la Edad Moderna testaban por comisario. (Ver nota 32).

¹³² (P. 522). El testamento por comisario gozaba de la enemiga no sólo del legislador que ya había intentado su muerte en el Proyecto de Código Civil de 1851, sino también de los notarios que están en contacto directo con los ciudadanos.

como quiere Antonio Casas que el notario advierta a los testadores, alguna función, por pequeña que sea, cumplía el testamento por comisario y alguna utilidad conservaba. Antes de tratar algunas funciones concretas, conviene recordar que el testamento hasta su secularización con la Codificación tenía tanto de acto de transmisión de bienes *post mortem*, como de arreglo de las cuentas del alma del cristiano. Por tanto las disposiciones *ad pias causas* eran una parte esencial del testamento y no toda persona se consideraría preparada para ordenar aquellas cláusulas a tal efecto; o en algunos casos no dispondría por su enfermedad del tiempo o ánimo para ordenar las mandas y legados personalmente.

Alguna de estas funciones creemos verla, o al menos intuir, en la advertencia que ha hecho Felipe Sánchez, donde da a entender que la posible función del testamento por comisario puede ser suplida y cumplida a través de insertar en el testamento una cláusula de memoria. Se está refiriendo este autor a los codicilos, luego llamados generalmente memorias testamentarias, que permitían introducir algunas modificaciones en un testamento, ya otorgado, sin las solemnidades del mismo. El Código Civil, al prohibir las memorias testamentarias, se refiere a la cláusula que recogían muchos formularios y que muchos testadores incorporaban a su última voluntad. Dice así el artículo 672: «Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o a papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos en el testamento ológrafo».

Pues bien, entiendo que el poder para testar permitía al testador la constante posibilidad de ir modificando o perfilando en cualquier momento su voluntad, sin tener que recurrir a otorgar un nuevo testamento o codicilo, si deseaba alterar alguna cláusula como sería obligado si hubiese optado por testar de cualquier otra forma.

El poder para testar podía cumplir esta función, ya que el poderdante, después de otorgar el poder, podía en cualquier momento ir comunicando su voluntad, al comisario, que de esta forma podía recibir renovadas instrucciones y encargos, sin necesidad de otorgar nuevo poder el comitente.

Claro es que (y volvemos a la tesis general) esta posibilidad se refiere generalmente a cumplir la voluntad del testador en cuanto a la disposición *ad pias causas* fundamentalmente, pues algunas facultades como instituir heredero no puede delegarlas en el comisario; y otras determinaciones, como nombrar albaceas, tutores, mejoras, etc., si el testador ya las dispuso en el poder cómo las había de hacer el comisario, no pueden ser objeto de comunicación reservada de voluntad entre el testador y el comisario¹³³.

¹³³ A través de los formularios y de los testamentos que hemos examinado vemos esa circunstancia de comunicación constante. En los formularios se hace alusión a esta comunicación de la voluntad, «y porque yo tengo comunicado las cosas que convienen a el descargo de mi conciencia» (PALOMARES, p. 81). «Y porque las he comunicado (las cosas que ha de hacer) y su voluntad, muchas veces con fulano y fulano... haciendo las mandas, legados y declaraciones, y señalamiento de sufragios, que los tengo comunicados» (ARGÜELLO, 55 v).

Esta función del poder parece poco importante, pero reportaba alguna utilidad. El testador en algunos asuntos puede cambiar de voluntad, sin necesidad de modificar el poder otorgado. Otras posibles funciones pudo cumplir el testamento por comisario como la posibilidad y oportunidad de que el testador mantuviese ocultas ciertas disposiciones que no interesaba que se conociesen hasta después de su muerte o encomendar al comisario que diese a una cuota de sus bienes el destino que reservadamente le había comunicado que podía en cualquier momento modificar o completar en una continua comunicación de voluntad al comisario hasta el momento de morir el poderdante.

Podían caber, pues, dentro del testamento por comisario algunas de las funciones y cometidos que el heredero de confianza cumplía, por ejemplo, en Cataluña. No nos cuestionaremos ahora si la herencia de confianza existió o no en el Derecho castellano¹³⁴.

El testamento por comisario podía cumplir en cierta medida la función del heredero de confianza, pero dentro de unos límites muy estrechos, dada la normativa restrictiva de las Leyes de Toro. Si una de las ventajas del heredero de confianza consistía en mantener secreto el destinatario final de los bienes, el testamento por comisario se prestaba en cierta manera a este fin. Por supuesto que solamente podía hacerse de aquella parte de la herencia de la que el comisario podía disponer en virtud del poder general y esa parte dependía también de la existencia o no de herederos forzosos. En el caso de poder especial ya se revelaba en el mismo la voluntad del testador de forma abierta, pero aquí cabía que, a través de las facultades concedidas al comisario de elegir a una persona *incerta ex certis*, el secreto se mantuviese hasta que el comisario eligiese una dentro del círculo de personas señalado por el comitente.

En 1507 Pedro Vázquez, vecino de Cuenca, al dar poder conjunto a su padre y a su tío, dice «e porque yo he platicado e hablado algunas cosas que conviene para el descargo de mi conciencia...» (AHP. C. 3-1).

Cuando Francisca de Leruela hace testamento en virtud del poder otorgado por su marido declara que, aunque señaló su entierro en el Convento de San Basilio Magno en esta Corte, *fue su voluntad y me comunicó* se enterrase en el Colegio Imperial de la Compañía de Jesús de ella... MATILLA TASCÓN, A.: *Testamentos...* pp. 234 y 235.

Cuando Jovellanos otorga poder para hacer testamento, lamenta que su confinamiento en el Castillo de Bellver le impida que no pueda mantener una constante comunicación con su apoderado. He consultado el poder en el apéndice núm. 18 de NÚÑEZ IGLESIAS, A.: *Ob. cit.*, pp. 443-456.

¹³⁴ Sin duda alguna, en la Edad Media, también en Castilla se utilizó la herencia de confianza para poder legar y donar bienes a personas que no podían ser herederos ni por ley ni por disposición del testador. Las Partidas castigan al heredero con la pérdida de la herencia «quando el testador rogasse al heredero en poridad que diese aquella heredad en que le estableciesse a algún su hijo o a otro que lo non podía heredar, porque le era defendido por ley. Casi el heredero cumpliesse tal ruego o mandamiento del testador e la entregasse al otro, perdería por ende el derecho que había en la heredad» (6, 7, 13). Para Benito GUTIÉRREZ: «la existencia de tales herederos vino a quedar autorizada por la Real Orden de 22 de diciembre de 1831, la cual, tratando sobre la imposición de la herencia, previno... que si la cláusula fuere general y referente a fe y sigilo del fideicomisario, quedase éste, sujeto al derecho correspondiente al heredero extraño, a no ser que declarase y restituyese la herencia en forma legal, a persona pariente del testador...», *ob. cit.*, p. 146.

XII. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES PROVISIONALES

El carácter personalísimo del testamento en el Derecho romano clásico dejaba pocos resquicios a la intervención de un tercero en los actos «mortis causa». El *familiae emptor* y el *fideicomisum* no quebraban aquel principio. Pero, los jurisconsultos romanos admitieron que la validez de una disposición pendiese de los actos de un tercero, considerados como condición suspensiva, *si Titius in Capitolium ascenderit* (D. 28, 5, 69). No sobre la libre voluntad de un tercero («non ex alieno arbitrio pendere». D. 28, 32).

La intervención de terceros junto al *de cuius* en la disposición y la herencia va a ser obra del Derecho romano postclásico y del justiniano, como consecuencia de la influencia del cristianismo, que flexibilizó los rígidos principios del derecho sucesorio romano y, sobre todo, transformó el carácter y finalidad del testamento. De acto destinado a la transmisión y sucesión de los bienes, e incluso, primitivamente de la jefatura doméstica, el testamento acabó siendo considerado especialmente como la última ocasión para arreglar las cuentas del alma. El testamento permitía, a través de disposiciones en favor de la Iglesia, de los Santos y de los pobres, cerrar y saldar todas nuestras deudas por nuestros pecados. El valor expiatorio, que a la limosna atribuían las Sagradas Escrituras y la doctrina patristica, determinó que todo cristiano dispusiese de una parte de sus bienes *ad pias causas*. La confesión y el testamento se convirtieron casi en dos piezas inseparables del arreglo final de las cuentas de la conciencia del cristiano.

La finalidad, eminentemente espiritual de las disposiciones *mortis causa*, convocó alrededor del testamento a nuevas figuras. La Iglesia, desde la constitución del emperador León en 468 (luego incluida en el Código de Justiniano, C. 1, 3, 28.1) vigiló el cumplimiento de la voluntad piadosa del difunto. Los sacerdotes y amigos del moribundo recibían encargos a cumplir. Estas personas comisionadas para realizar la voluntad *post mortem* del difunto vieron realzadas sus funciones y se generalizó el nombramiento de executores o testamentarios en la medida que decreció o desapareció la institución del heredero en los actos *mortis causa*.

En la AEM aparece el *executor*, encargado de cumplir las disposiciones piadosas o no de su comitente. El albacea o executor es una institución central de los actos *mortis causa*, que puede llegar a tener la consideración de un transmisor de los bienes del difunto a los destinatarios y que cumple incluso un oficio público. Es una institución que aglutina tanto funciones de ejecución, a veces universal de todos los bienes del difunto, como poderes de disposición más o menos amplios, que le permiten distribuir, según su voluntad. Quizá de este executor universal con amplios poderes se origine el comisario para testar, pero éste alcanzará independencia institucional. Había que estudiar en qué época se produjo esta separación de la comisión para testar de la ejecución universal. Sin duda alguna, el renacimiento del testamento romano y el florecimiento del *ius commune* contribuyeron a la segregación institucional de ambas

figuras. En la mayoría de los reinos y territorios españoles encontramos ejemplos, no muy numerosos, de testamento por comisario en el tránsito ya de la Alta Edad Media a la Baja. Pero la evolución de la institución va a ser diferente en cada uno de ellos, si bien podemos formar dos grupos: 1.º aquellos territorios que mantienen el testamento por comisario: Castilla, Vizcaya y también Aragón, según algunos juristas que admiten esta forma de testar según los Fueros, aunque no se haya comprobado que sea muy habitual. 2.º aquellos otros ordenamientos en que se han consolidado ciertas formas de elección del heredero, confiándola al cónyuge superstite: Cláusula de confianza en el cónyuge como ocurre en Cataluña, Baleares, Navarra y Aragón, o en el círculo más próximo de los parientes como en Pallars-Subirà (Cataluña) y Aragón; el establecimiento de herederos de confianza en Cataluña, etc. También se ha delegado en el cónyuge la facultad de mejorar (Galicia). Esta facultad de encomendar al cónyuge sobreviviente o a los parientes más próximos que designen al heredero, mejoren o distribuyan los bienes, no se atrajo la enemiga del derecho común por tratarse de una aplicación concreta del principio de la elección de una persona incierta dentro de un grupo concreto (*incerta ex certis*). Por otra parte, la institución servía el objetivo económico-social de elegir y designar heredero a aquél que se mostrase más apto para continuar la *casa* o la explotación agrícola familiar.

La evolución del Derecho castellano fue diferente, o lo fue la sociedad castellana. Se partía aparentemente del más amplio reconocimiento del testamento por comisario en el Fuero Real y en el de Soria, pero la finalidad del poder en estos rextos apuntaba solamente al testamento *ad pias causas*. Las Partidas introdujeron la doctrina restrictiva del Derecho común sobre las disposiciones encomendadas a un tercero. El testador había de designar personalmente al heredero: los poderes de los comisarios para testar se recortaban por ley.

La ley no dejaba de ser un límite a la autonomía dispositiva de los testadores, cuya voluntad solía moverse normalmente dentro de unos márgenes más estrechos aún que las prescripciones legales. A través de los formularios y de algunos testamentos por comisario anteriores a las Leyes de Toro, observamos que los comitentes solían disponer ya en el propio poder no sólo sobre la institución de heredero, sino también sobre otras cuestiones importantes, como nombramiento de albaceas, mejoras, desheredación e incluso señalaban el lugar de su sepultura, sufragios, etc., de tal manera que el testamento del comisario viene a poco más que «parafrasear» y reproducir lo que dispone el testador comitente en el poder.

Así, cuando las Leyes de Toro regulen definitivamente el testamento por comisario, no harán otra cosa que elevar a ley lo que ya venía siendo práctica entre notarios y testadores. Las Leyes de Toro daban entrada legal a lo acostumbrado en la sociedad castellana sobre esta materia.

Además nuestros juristas, entre ellos los comentaristas de las Leyes de Toro, no ahorraron esfuerzos en interpretarlas en algunos casos de acuerdo con la doctrina del Derecho Común y en otros para defender la independencia y el

valor superior del derecho patrio o real sobre el Derecho Común, a propósito del testamento por comisario.

En general los comentaristas de las Leyes de Toro admiten los principios básicos del Derecho Común en esta materia: la sustancia de la disposición no puede encomendarse a la voluntad de otra persona. O lo que es lo mismo, el primer acto volitivo o impulso inicial para disponer por testamento e instituir heredero ha de corresponder siempre al testador, como entiende la filosofía escolástica. Se entretrejan en esta doctrina elementos romanos (el carácter de acto personalísimo del testamento que no puede depender de la voluntad ajena) y filosófico-escolásticos (la voluntad de un persona no puede diluirse o identificarse con la voluntad de otra persona). Se reforzaba además la prohibición de encomendar a la voluntad de otro la propia del testador, con la nulidad de las disposiciones captatorias invalidadas por el Derecho Romano, aunque mal interpretaron los glosadores la institución captatoria o capciosa, que confundieron con la disposición testamentaria por medio de otra persona, por un apoderado o comisario. Interpretación seguida por los comentaristas del *mos itálicus*. Los comentaristas del *mos gallicus* supieron deshacer la errónea identificación de las instituciones captatorias con las confiadas a la voluntad de un tercero: confusión propia de los glosadores y comentaristas del *mos itálicus* desconocedores de los más elementales rudimentos filológicos y de la historia de las instituciones de Roma.

Los comentaristas de las Leyes de Toro pueden agruparse entre quienes tratan de ajustar el alcance normativo de estas Leyes a la doctrina del Derecho Común, y por eso no admiten que la sustancia de la disposición pueda cometerse a otra persona (Gómez, Gutiérrez, Acevedo, Carpio, Velázquez de Avendaño...) y quienes admiten la comisión a la voluntad de un tercero de la sustancia en materia de desheredación, sustitución, mejora, legado, etc... Los primeros defienden que sólo puede encargarse al comisario la elección de la persona dentro de un reducido grupo o círculo. Los segundos tanto la sustancia de la disposición como la designación del favorecido (Peralta, Padilla, Castillo de Sotomayor, Juan Matienzo...), excepto la institución de heredero.

Otros juristas de tendencia menos «escolástica», en todos los sentidos, discurren con más libertad y menos sometimiento, dentro de lo que era posible, a los principios admitidos del derecho civil y de la autoridad de la doctrina. Hemos considerado especialmente dos de ellos, Espino de Cáceres y Vázquez de Menchaca.

Espino utiliza hábilmente los textos justinianos y la cita con sobriedad de la doctrina para concluir que todo acto, que podemos realizar por nosotros mismos, lo podemos encomendar a otra persona. El testamento por comisario está admitido sin reservas dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Vázquez de Menchaca defiende la validez del derecho patrio frente a las soluciones del derecho civil. Niega la autoridad indiscutible y universal de éste, ya que no contiene necesariamente la *ratio scripta* o el derecho natural. El derecho patrio se somete sólo al derecho común, si éste se identifica con el derecho natural. De ahí que el derecho común o civil sólo es válido de forma

universal, cuando encarna en su seno un principio de derecho natural. Nuestro ordenamiento ha admitido entre sus preceptos el testamento por comisario, en la forma recogida en las Leyes de Toro. Hemos de contrastar la validez de las mismas con el derecho natural, no con el derecho civil o común. Vázquez de Menchaca prueba que ningún principio de las Leyes de Toro se opone al derecho natural, luego el testamento por comisario es válido. Llega a sentar, con cierta temeridad, que la *opinio communis* admite tal forma de testar.

Vázquez de Menchaca es un original pensador que niega la validez universal e intemporal del Derecho Romano o Civil, argumentando con frecuencia desde los propios principios de este derecho: servidumbre última que paga al escolasticismo y al principio de autoridad, al tiempo que su pensamiento se alza sobre la vulgaridad de seguir el camino trillado de la doctrina más común.

El esfuerzo exegético de los comentaristas de las Leyes de Toro resultaba en muchos casos baldío e innecesario. Se planteaban la posibilidad de si las mujeres y los clérigos pueden ser comisarios, cuando en la práctica, suelen serlo con frecuencia. La vida real era ordinariamente más sencilla que los supuestos y casos rebuscados que planteaban los comentaristas. A veces planteaban cuestiones que no se le podían ocurrir ni al más imaginativo y extravagante testador.

Ya con anterioridad a las Leyes de Toro, por costumbre, como nos demuestran los formularios y en los testamentos que conocemos, se fue restringiendo el contenido de los encargos hechos al comisario, en la medida que en el propio poder el verdadero testador disponía sobre las cuestiones más importantes. El poder podía ser especial o, general, como luego se clasificó, según las Leyes de Toro y la doctrina de sus comentaristas. El primero podía facultar al comisario para todo tipo de disposiciones, excepto la institución de heredero. Pero sabemos por los formularios y, también, por los testamentos que vamos conociendo que no eran frecuentes los encargos importantes. El testador en el propio poder, que solía antes y ahora debía otorgar ante notario, a partir de las Leyes de Toro, ya disponía sobre tales puntos: heredero, mejoras, albaceas, etc., y como el poder tenía eficacia dispositiva se convirtió en el sustancial instrumento canalizador de la última voluntad del testador, en el verdadero testamento. El poder general facultaba al comisario, por ministerio de la ley, para disponer *ad pias causas*. Al fin, las Leyes de Toro elevaban a ley lo que venía siendo la práctica en Castilla. El testamento por comisario, regulado en las Leyes de Toro, es, sobre todo, un testamento *ad pias causas*.

Entre el comitente y el comisario mediaba frecuentemente una relación de parentesco y siempre de absoluta confianza por lo que, a causa de la concesión normalmente de un poder general, resultaba inimaginable la existencia de graves abusos a que el testamento por comisario pudiera dar lugar y que las Leyes de Toro denuncian y pretenden remediar, mediante una estricta regulación. Hemos comprobado como los comisarios son generalmente la esposa o esposo, los padres, hermanos y otros parientes, así como clérigos y confesores. Se suelen nombrar a más de una persona para que otorguen el testamento. Si se tiene

en cuenta además que, entre el poderdante y el apoderado, media una relación de absoluta confianza, la posibilidad de que los comisionados cometiesen abusos era casi nula.

Las Leyes de Toro confinaron el testamento por comisario en unos límites tan estrechos que del mismo quedó más la forma que el fondo. Más la forma, porque había un doble instrumento: por una parte, el poder del comitente que contenía la disposición sustancial de sus bienes, y por otra el posterior testamento del comisario en nombre de su poderdante. Poco fondo, porque las disposiciones del comisario se extendían sólo a los descargos de conciencia del comitente y otras disposiciones *ad pias causas*. Tal regulación parecía condenar a muerte por inutilidad al testamento por comisario. No parecía necesaria la institución: por otros caminos las memorias testamentarias y determinadas personas, el albacea por ejemplo, podía el testador cumplir sus descargos de conciencia y arreglo final de las cosas del alma.

No obstante, algunos castellanos siguieron utilizando esa forma de testar. La costumbre no se abandonó. Hemos de suponer, por tanto, que el testamento por comisario seguía cumpliendo algún fin y función y se mostraba útil a pesar de todas sus cortapisas legales. No podemos pensar que sólo la inercia o la rutina siguiese arrastrando a los castellanos a una forma de testar sin sentido o, al menos, sin alguna finalidad y utilidad.

Estas últimas hemos tratado de averiguar. Hemos encontrado, al menos, dos; por poco importante que las consideremos hoy. Después de otorgar el poder, el comitente podía constantemente y en cualquier momento dar renovadas instrucciones sobre lo que el comisario había de disponer en el testamento. Así podía modificar el comitente en cualquier momento su voluntad, sin necesidad de acudir cada vez al notario. Esta interpretación del testamento por comisario empequeñece aún más la visión del ámbito del poder de que solía disponer el comisario. En los formularios y en los poderes para testar es frecuente una fórmula de este estilo «porque tengo comunicada mi voluntad a».

La segunda era que el comitente podía mantener en secreto alguna de sus decisiones, hasta después de su muerte, depositadas en la conciencia del comisario.

Pensamos que, aun en las disposiciones *ad pias causas*, que eran las únicas que el comitente encargaba normalmente, el comisario no tenía libertad de decisión sino que ordenaba en el testamento a la muerte del comitente, al dictado de lo que éste le había ido encargando y encargando en vida, además de lo ordenado en el poder.

A la larga, las críticas se cebaron en la institución. Estamos ya en el s. XIX, y varios notarios, autores de formularios, advierten de su inutilidad y de su coste, al intervenir el notario dos veces, y de la posibilidad de conseguir los mismos resultados con otros medios, como las memorias testamentarias. No se criticaba su nocividad ni los abusos que a su amparo se cometen, porque no debían de existir, sino su inutilidad. A pesar de todo, la institución se mantenía en la práctica.

Se añadieron a la crítica los grandes comentaristas del Derecho Civil del s. XIX, que poseían pocos y errados conocimientos sobre la historia de la institución.

El testamento por comisario desapareció o dejó sólo leves huellas en los códigos hispanoamericanos y europeos. Sirviendo el testamento por comisario para disponer *ad pias causas*, la secularización del derecho sucesorio, reflejo del similar proceso de la sociedad, resultó su mortal enemiga, consiguiendo lo que no había logrado el Derecho Común: su definitiva decadencia y desaparición.

Dentro del derecho español consiguió el testamento por comisario reproducir en el Proyecto de Código Civil de 1836 los artículos, casi al pie de la letra, de las Leyes de Toro, pero el de 1851 suprimía la institución, anunciando lo que establecería el Código Civil de 1889, que ha derogado formalmente el testamento por comisario. Ya no existe el doble instrumento notarial: el poder para testar y el posterior testamento del comisario en nombre del comitente; pero, como Núñez Iglesias mantiene, a través de varios artículos del Código Civil, una persona puede realizar los mismos encargos en favor de su alma y de sus parientes, el socorro de los pobres o la ayuda a los establecimientos de beneficencia, como había venido haciéndolo al amparo de las Leyes de Toro.

JOSÉ SARRIÓN GUALDA