

*El Testamento  
"Apud Acta Conditum"  
(o Testamento  
por Comisario)*

ENRIQUE PÉREZ HERRERO \*

\* Profesor de Archivística y Diplomática. Facultad de Geografía e Historia. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

Ciertamente nadie duda de que los negocios de la vida humana merecen ser tratados con cautela, para evitar que la oscuridad de las palabras pueda hacerles peligrar gravemente y los aparte de la recta administración de las cosas. Si este deseo de rectitud ha de prevalecer en los actos humanos, ¿cómo no se han de cuidar con mayor esmero los de las últimas disposiciones de los hombres que se van de esta vida?. "Y así, como hemos visto que esta nube de oscuridad se halla extendida en las constituciones que tratan de los testamentos, y que causan no pequeño daño a las cosas, hemos determinado que sería bueno revisarlas, y definir en ley no ambigua, ni que pueda ser diversamente entendida, cómo es menester que se confirmen, o no, los testamentos...". La noble pretensión del Emperador León "el Filósofo" (886-911) no fue motivo suficiente para clarificar la situación creada, y, por consiguiente, para evitar que códigos posteriores, entre ellos los españoles, volviesen sobre lo mismo, con idéntica intención de evitar perjuicios, "ya que el mal no se limita solamente a los vivos, sino que también persigue al muerto, y le priva de la conmiseración de Dios misericordioso...". El testamento supone el reconocimiento de lo efímera que es la vida terrenal, y por él se anuncia la suerte esperada que ha de correr el testador, que no es otra que su muerte. Por ello, antes de partir ha de dejar arreglados sus negocios y actividades para que otros los sucedan y continúen en el disfrute de sus cosas, pues, una vez sentado en la barca de Caronte, no podrá actuar como en vida. No obstante, le quedará aún una última posibilidad de ejercer como vivo, de recordar su pasado y comportarse como tal, al cumplir un acto humano una vez muerto, pues donde hay testamento es preciso que intervenga la muerte del testador para que esta última voluntad pueda cumplirse y hacerse efectiva. Y ello porque el testamento es valedero

por la muerte, ya que nunca el testamento puede ser firme mientras viva el testador<sup>3</sup>.

Mucha tinta habría aún de correr, y muchos esfuerzos de sesudos legisladores se habrían de producir hasta lograr una situación equilibrada (no ambigua) en lo que respecta al testamento. Y en España, el testamento por comisario, por no favorecer la situación, sino agravarla, habría de ocupar el tiempo de muchos próceres hasta su disolución en 1889.

Siguiendo la tradición, el testamento común podía ser otorgado bien por el propio testador, caso habitual a lo largo de los tiempos, bien por otra persona en su nombre, en este caso denominado testamento por comisario; modalidad ésta última considerada por el devenir del Derecho Civil Español de forma fluctuante hasta su total desaparición a finales del siglo XIX. Por darse el requisito imprescindible de ser forzoso la expedición de un poder anterior en el que se nombrase al comisario y el alcance de la función delegada, también se le conoce con los nombres de testamento por poder, de testamento nuncupativo por comisario o "testamento apud acta conditum".

En definitiva, el testamento por comisario no es más que una modalidad del nuncupativo, entendido éste como el que se hace, bien de viva voz o por escrito, ante testigos y escribano, enterándoles de su contenido. Así pues, testamento por comisario es aquel que otorga una persona revestida de un poder anterior (comisario testamentario) conferido por otra (testador real) para que teste autorizadamente por ella ante testigos rogados y escribano público, quienes quedan en tal acto enterados de su última voluntad.

El *Derecho Romano*, fuente inagotable para el nuestro, no puede ser considerado como el espíritu fomentador de esta institución, tan enraizada en el derecho indígena, pues la legislación romana cuenta con

repetidos preceptos no sólo para evitarlo, sino, incluso, para prohibirlo. Así el Digesto califica de "vicioso" todo testamento surgido de ajena decisión, cuando declara que "con bastante constancia decidieron los antiguos, que convenía que los derechos de los testamentos fuesen firmes por sí mismos, y que no pendiesen de ajeno arbitrio"<sup>4</sup>. Y, más exactamente, que no es válida la elección de heredero por persona que no fuese el testador mismo<sup>5</sup>.

Por otro lado, no hay que perder de vista la costumbre practicada por los romanos de recurrir a la pericia de los jurisconsultos para la redacción y forma de sus testamentos. Es probable que esta práctica de recurrir a personas entendidas fuese conocida en la Península y llevada a efecto, por lo que es permisible pensar que este simple acto de confianza se instituyese formalmente al convertirse en un proceder, si no frecuente, al menos posible. Otra explicación creíble es la postura de poder justificar la gran importancia que tomó en España este testamento gracias al desarrollo de los mayorazgos familiares, a veces de complicadísima resolución, lo que obligaría a los testadores a delegar en personas competentes el otorgamiento de sus testamentos. Con el transcurrir de los tiempos, esta situación, por convertirse en habitual, aun en los casos de fáciles testamentos nuncupativos, habría de obligar a las leyes a adoptar una postura reguladora al respecto.

En contra de estas opiniones de una herencia romana, cabe aducir que la solución de testar por comisario no la encontramos en otros códigos europeos, tan conocedores e influidos del Derecho Romano como el nuestro, como para no haber podido contemplar el testamento por comisario con igualdad de oportunidades que el español. En todas las legislaciones allende los Pirineos, es considerada la facultad de testar como acto personalísimo, por lo que

a ninguna de ellas se le ocurrió la posibilidad de que el testador pudiese delegar dicha facultad en otra persona. De ahí que debamos considerar este testamento como característico de nuestro Derecho y nacido, probablemente, de ciertas costumbres indígenas.

Así pues, repetidas veces se ha dicho que el testamento por comisario es una fórmula eminentemente nacional que tomó cuerpo legal en la legislación castellana, y cuyo punto de partida hay que buscarlo en la institución de los mayorazgos familiares. Quizá no sea aventurado pensar que para las fundaciones de estas vinculaciones era necesario la enumeración de las ramas llamadas a suceder, enumeración dificultosa en la mayoría de los casos, que casi siempre se hacía al tiempo de otorgar testamento, tanto más complicada y difícil de exponer y detallar cuanto más era la inexperiencia o menor la preparación intelectual de los testadores, inconvenientes que se podían resolver encomendando a persona competente la redacción de tales instrumentos.

Con el tiempo, esta costumbre por harto frecuente debió reclamar la atención suficiente de los legisladores, como para obtener un hueco en las leyes que a lo largo del transcurso de los tiempos se encargaron de dirigir las últimas voluntades de nuestros antepasados. En unos casos para legalizarla y reglamentarla, en otros para prohibirla y evitarla.

Para conocer la existencia y el devenir de este tipo de testamento, debemos recorrer los cuerpos legales para detectar su presencia o ausencia y para comprender el trato que en cada época histórica recibió. En algunos de ellos, sí lo vamos a encontrar de forma expresa, en otros quizá indirectamente, y no faltan los que no lo consideran en absoluto.

El rastro más antiguo que conocemos en la documentación española se remonta a

los siglos VI-VII, en concreto, a la práctica hispono-visigoda. Angel Canellas López, dentro de sus "cartulae testamenti" tiene identificado un "testamentum apud acta conditum", cuya forma diplomática adopta la estructura de noticia bajo la denominación específica de "gesta". En realidad, se trata del relato de la actuación del comisario, cuyo discurso se deshilvana en los siguientes elementos: tipología documental, datas, declaración del comisario ante la Curia, determinación de ésta, ruego de insinuación, consenso de los curiales a que se proceda, descripción de la última voluntad del difunto y suscripciones requeridas<sup>6</sup>.

En el *Fuero Juzgo* no vemos la posibilidad de testar por comisión, aunque quizá podamos intuir un precedente que tomaría cuerpo con posterioridad al permitir el testar "ante testigos sin escrito"<sup>7</sup>, siempre y en cuanto luego y en el plazo de seis meses escriturasen ante juez la manda transmitida oralmente. En el fondo, coincide con el trámite autorizado posteriormente para que el testamento por comisario fuese legal, aunque se echa en falta el requisito imprescindible de conferir este deseo por poder especial otorgado ante la autoridad correspondiente, sustituido en todo caso por el juramento de los testigos de que fueron rogados para el acto, así como el contenido del testamento.

Los *fueros municipales* no fueron muy proclives al testamento en general, por considerar que podía romper y diluir la unidad económica familiar, unidad que defendían estos fueros. De ahí que en muchos de ellos se prohibiese esta última voluntad a los enfermos en cama, pues se consideraba que esta situación anulaba la capacidad de testar por desconfiar de la exactitud y corrección de estas determinaciones de últimas voluntades. No obstante, vemos expresamente la posibilidad del testamento por apoderado o comisión en el *Fuero de Soria*.

El *Fuero Viejo de Castilla* recoge disposiciones contenidas en ordenamientos anteriores sin entrar en detalles en cuanto a formas de testar y, por supuesto, sin aclarar ni aportar nada en absoluto sobre el testamento por comisario.

El *Fuero Real* contiene más disposiciones sobre testamentos ("mandas"), por lo que puede ser considerado como el inicio de la tradición española relativa a últimas voluntades. Se ocupa de quiénes pueden testar, de la manera de hacerse el testamento, aunque no determina el número de testigos de conocimiento, de la posibilidad de sustituir a los albaceas ("cabezaleros"), de la publicación de los testamentos, de su obligatoriedad y necesidad de cumplimiento y de la revocación del mismo. Pero lo que nos interesa al presente es que abiertamente se admite el testamento por comisario<sup>8</sup>. Dos son las razones aducidas para este tipo, emanadas ambas de la voluntad o condición del testador, ya que pudiera darse el caso de que "alguno non quisier o non pudiere ordenar por sí la manda que ficiere de sus cosas". Requisito imprescindible era que el comisario testamentario o persona en quien se delegaba la facultad de hacer testamento exhibiese poder para otorgarlo, de manera que si alguno "dier su poder a otro, que él que la ordene e la dé en aquellos logares, o el tuviere por bien, puedalo facer, e lo que él ordenare o diere, vala así como si lo ordenase aquel que dió el poder".

Dicha ley debió practicarse con tanta generosidad y abusos exagerados que ni siquiera Las Partidas fueron capaces, en la práctica, de desarraigar esta costumbre al considerar personalísima la facultad de testar, "ca si el testador otorgare poder á otro que lo estableciese en su lugar, non valdría, maguer dixesse assi... Esto es porque el establecimiento del heredero e de las mandas, non deve ser puesto en alvedrio de otro"<sup>9</sup>. Y para mayor abundamiento de

lo dicho, y siguiendo al Digesto<sup>10</sup> ya traído a colación, vuelve a recalcar lo poco recomendable que es el testamento por comisario al disponer importantes limitaciones, como lo son la facultad de nombrar heredero y estipular las mandas, ya que "dixeron los sabios antiguos, que las mandas e los establecimientos de los herederos, deven ser fechos segund su voluntad del fazedor del testamento, e non deven ser puestas en juhizio e plazer de otri"<sup>11</sup>.

Las Partidas, pues, supusieron un paso hacia adelante en todos los órdenes, aunque no lo fueron tanto en su deseo de imponerse sobre otros cuerpos legales, sobre todo cuando se apartan del Derecho testamentario indígena. En definitiva, Las Partidas no admiten el testamento por comisario, ya que sólo reconocen el testamento nuncupativo y personal ante siete testigos, bien sea de palabra o por escrito, y el testamento cerrado o "in scripti", " e non de otra guisa"<sup>12</sup>

El *Ordenamiento de Alcalá* es muy parco al hablar de los testamentos, y en nada nos ilustra sobre sus posibles tipos, pues la única referencia que sobre ello hace es la frase de "si alguno ordenare su testamento, ó otra su postrimera voluntat en qualquier manera con Escrivano público..."<sup>13</sup>. Y los testamentos por comisarios obviamente también se debían otorgar ante escribano, pero ésto no es suficiente para ver en dicha frase la existencia de esta modalidad, máxime cuando los testamentos especiales se suelen nombrar expresamente en las leyes.

Por el contrario, las *Leyes de Toro* van a dedicar amplio espacio al testamento por comisario, reglamentándolo con detalle en un abierto afán de limitarlo, en evitación de que "los tales comisarios hacen muchos fraudes y engaños con los tales poderes, estendiendose á mas de voluntad de aquellos que se lo dan"<sup>14</sup>. Las iniciativas, decisivas para el desarrollo de esta tipología, si bien son importantes, no son genuinas, ya

que los legisladores responsables partieron de una costumbre ya establecida. Lo que se propusieron fue simplemente el regularizarla con precisión y autoridad, extremo que indudablemente alcanzaron a través de las nueve leyes dedicadas al tema. Haciendo un juicio de valor, quizá haya que considerar que la intención de las Leyes de Toro al respecto no fue más que intentar dar forma jurídica a un procedimiento existente, que difícilmente se podría impedir por haber recalado profundamente en la Sociedad. Por otro lado, posiblemente se deba inculpar a este texto jurídico el hecho de que dicha institución arraigase en nuestra costumbre, institución, por otro lado, que ni la justicia exigía, ni la conveniencia aconsejaba, sino que, por el contrario, fue ocasión de múltiples desavenencias. El germen de su desaparición estuvo latente desde sus primeros momentos, lo que se comprueba en la falta de unanimidad de su conveniencia en los Códigos antiguos españoles hasta su desaparición definitiva y expresa en el Código Civil de 1889.

La primera condición era que el comisario poseyera y exhibiese poder otorgado ante escribano y testigos, tantos como eran requeridos en los testamentos, "y de otra manera no valgan ni hagan fé los dichos poderes"<sup>15</sup> Dicho poder tenía un determinado período de vigencia, que se podía ampliar o reducir por voluntad del testador, terminado el cual sin cumplir el comisario con su oficio pasaban los bienes a los parientes "ab intestato". Este período fluctuaba entre los cuatro meses, si el comisario residía en el mismo lugar donde se dio el citado poder; seis meses, si se hallaba ausente pero no fuera del reino; y un año, si por aquel entonces se encontraba en el extranjero; y finalizados los dichos plazos "no pueda mas hacer que si el poder no le fuera dado", con la salvedad de que si el comitente le hubiese mandado hacer alguna cosa de forma determinante "y no lo

cumpliére pasado el tiempo correspondiente, se tiene por hecha"<sup>16</sup>.

Los comitentes podían delegar el otorgamiento y escrituración de sus últimas voluntades, bien por poder general, bien por poder especial, siendo los alcances de dichas comisiones diferentes. En el primer caso, sólo quedaba facultado el comisario para pagar las deudas y levantar las cargas de conciencia del testador poderdante, distribuir cierta cantidad entre los pobres, una vez pagado lo anterior, y distribuir lo demás entre los "inmediatos parientes" de existir o, en su defecto, entre los pobres y en otras causas pias<sup>17</sup>. En el segundo, la facultad del comisario era mayor, pues podía ya mejorar a algún hijo, desheredar, sustituir, nombrar tutor, en el caso de quedar hijos de menor edad, y nombrar heredero, si el nombre de éste estaba incluido en el tenor del poder especial<sup>18</sup>. Pero si con anterioridad el testador hubiera nombrado heredero, y hubiese autorizado por poder al comisario solamente para concluir su testamento, éste último no podría más que pagar las deudas y cargos contraídos por el comitente, y disponer del quinto de sus bienes "dejando hijo, o del tercio si son ascendientes, y si mas mandare, que no vala, salvo si el testador especialmente le dió el poder por á mas"<sup>19</sup>.

También era requisito imprescindible para poder el comisario revocar total o parcialmente el testamento hecho por él, el estar autorizado expresamente por poder especial, ya que a igual que si nadie "puede hacer por otro testamento sin su expreso mandato, así tampoco puede revocar el que el primero tubiere hecho"<sup>20</sup>, incluso si fuese "ad pías causas"<sup>21</sup>.

Como se comprueba, si bien las Leyes de Toro admiten esta forma de testar, no ofrecen grandes facilidades, pues además de ser necesario cumplir las solemnidades que se requerían para el testamento abierto, era imprescindible conceder por escrito

ante escribano y testigos un poder para comisionar a un tercero el otorgamiento del testamento en cuestión. Es más, para cualquier acto que no fuese el estricto consistente en pagar deudas, descargar la conciencia y repartir la herencia, se requería poder especial en el que se detallase concretamente la voluntad del testador y el acto delegado. Quizá su intención fuese que tal procedimiento no prosperase y, por consiguiente, cayese en desuso. No obstante, va a perdurar en nuestro Derecho hasta el Código Civil de 1889.

Tampoco era una solución en evitación de herencias abintestadas, pues podía acontecer que el comisario no hiciese el testamento encargado y esperado por tres motivos: por prescribir el plazo autorizado, por no querer hacerlo o por acaecer su muerte. En cualesquier de los casos, los bienes del pretendido testador pasarían a los parientes que por justicia debieran de heredar los bienes "ad intestato"; mas si no existiesen hijos, descendientes ni ascendientes legítimos, los herederos colaterales resultantes recibirían el caudal bajo la obligación inexcusable de distribuir su quinto a beneficio del alma del finado en el plazo de un año, obligación que de no realizarse en dicho plazo, podría conducirles ante las justicias<sup>22</sup>.

Podía ser comisario toda persona que legalmente estuviese en condiciones de recibir un mandato ajeno. Por ello, lo podía ser tanto el hombre como la mujer, sin distinción, aunque la mujer podía perder tal condición "en el caso de vivir lujurosamente", circunstancia que no se determina para el hombre. En ambos casos, no podían subdelegar las facultades y responsabilidades adquiridas una vez conferidas por el testador y aceptadas por los nombrados<sup>23</sup>.

Por último, estas leyes se ocupan de los casos en que el testador hubiera nombrado dos o más comisarios testamentarios, preocupación lógica pues intuían que tal cir-

cunstancia podía crear contrariedades y desavenencias. Tanto es así que se tipifican los casos y se reglamentan sus soluciones. Si uno de ellos no quisiese o pudiese usar de su poder por cualquier razón, incluida su muerte, el restante o restantes asumirían sus facultades; si entre ellos no hubiese acuerdo, prevalecería la decisión de la mayoría; si no se produjese mayoría, sería el corregidor, asistente, gobernador o alcalde mayor del lugar de donde fuese el testador el encargado de dirimir la cuestión, inclinando el fiel de la balanza hacia la opinión que mejor considerase<sup>24</sup>.

La fórmula más frecuente de escriturar el escribano un testamento por comisario era la siguiente: iniciar el acta con la copia del poder; manifestar que éste se encuentra en plena fuerza y vigor por no haber sido revocado ni reformado; especificar a renglón seguido lo que el comitente hubiere dispuesto por sí; y otorgar, finalmente, por parte del comisario testamentario, el testamento en cuestión con arreglo a los requisitos de todo acto de últimas voluntades.

La *Nueva Recopilación* se hace, una vez más, eco de los abusos "fraudes y engaños" que se cometían en esta modalidad de testar, inconvenientes que pretende atajar con las consabidas limitaciones de actuación y decisión de los comisarios. No aporta novedades al asunto, como nombrar heredero, desheredar, mejorar, sustituir y nombrar tutor, salvo si el poderdante le hubiese dado "especialmente poder para fazer alguna cosa de las susodichas"<sup>25</sup>. Y tanto es así, que si el testador muriese sin haber nombrado heredero y sin haber autorizado a su comisario tal cometido, éste no podrá nombrarlo, quien se habrá de limitar solamente a pagar las deudas contraídas, a repartir la quinta parte de los bienes para descargo del alma del finado, y "el remanente se parta entre los parientes que vinieren á heredar aquellos bienes ab intestato"<sup>26</sup>. Como se puede deducir, ni siquiera en este

caso el carácter de abintestato se resuelve por la figura del comisario nombrado. Se siguen respetando los plazos determinados en las Leyes de Toro para que el comisario dispusiera testamento: seis meses si estuviese ausente del lugar al tiempo de escriturarse el poder, pero sin rebasar los límites del Reino; y un año si por aquel entonces se encontrase en el extranjero. Pasados estos plazos, el poder caería en desuso, como "si el poder no le fuera dado"<sup>27</sup>. Asimismo, tampoco puede revocar testamento anterior hecho por el testador<sup>28</sup>, ni revocar "el testamento que vuere por virtud de su poder vna vez hecho, ni pueda despues de hecho fazer codicilo, aunque sea ad pias causas"<sup>29</sup>, ni tampoco disponer más del quinto de los bienes del testador<sup>30</sup>.

Esta práctica se complicaba cuando en lugar de un "cabeçalero" se nombraban dos o más, lo que evidentemente debió ocasionar discordias entre ellos, ya que se estipula que éstas se deben resolver por un tercero, como en las Leyes de Toro, que podía ser el "corregidor, asistente, governador o alcalde mayor del lugar donde fuese el testador"<sup>31</sup>.

El primer requisito para iniciar el procedimiento era indudablemente la concesión de un poder en cuyo dispositivo se nombrase expresamente al comisario, documento que debía cumplir con todas las solemnidades requeridas en los testamentos, es decir, la presencia de escribano y de testigos rogados, pues "de otra manera no valan, ni fagan fee de dichos poderes"<sup>32</sup>. Y el último, una vez hecho el testamento, era que el comisario debía presentarlo al alcalde, en el plazo de un mes, para su publicación, so pena de 1.000 maravedís<sup>33</sup>.

Las limitaciones eran de suficiente envergadura como para dejar sin contenido la obra del comisario, salvo, si se quiere, la de acabar un testamento iniciado. El camino seguía abierto para el fenecimiento de

este proceder, pues prácticamente sólo faltaba la decisión autorizada que lo prohibiese sin más recato ni dilación. Pero hasta 1889, los legisladores no se atrevieron a terminar tajantemente con el testamento nuncupativo por comisario.

La *Novísima Recopilación* de las Leyes de España no aporta nada nuevo sobre esta modalidad de testamento, pues se limita exclusivamente a recoger al pie de la letra lo estipulado en las Leyes que acabamos de comentar<sup>34</sup>.

Los *manuales y formularios* de los notarios recogían obviamente el modelo de cómo se debían concatenar correctamente las diferentes cláusulas del tenor documental de este tipo de instrumento público. En uno de los últimos, titulado "Manual práctico del escribano"<sup>35</sup>, se recogen con cierta profusión las solemnidades requeridas en testamentos de tal circunstancias. Por ellas vemos que el único requisito y diferencia, con respecto al testamento nuncupativo o abierto, es la precedencia de la cláusula del poder que lo origina, con detalle del nombre y apellido del poderhabiente y disposiciones para cuyo cumplimiento se otorga el poder, amén de la cláusula de institución de heredero, pues esta facultad le quedó prohibida al comisario desde las ya mencionadas Leyes de Toro (ley 31). Este "Novísimo Manual", como formulario que lo es, redacta un modelo del poder para testar por comisión, que se puede desmenuzar en las siguientes cláusulas y por este orden: data tópica; data crónica; rogatorio; comparecencia del otorgante con especificación de su naturaleza, protestación de fe, etc.; exposición de motivos que le inducen a tal determinación ("por cuanto sus graves ocupaciones y otros motivos no le permiten disponer con la claridad debida y con la madurez y reflexión que desea y se requiere en las cosas concernientes a su última voluntad..."); dispositivo por el que se otorga "amplio, firme y eficaz poder como es

necesario, para que en su nombre, y representando su persona, formule y ordene dentro o fuera del término su testamento y última voluntad..."; cláusula de entierro, misas y demás disposiciones que se reservare; institución de heredero, pues en manera alguna lo puede nombrar el comisario; revocación de testamentos anteriores; y testigos de conocimiento. Por la exposición de motivos, vemos la existencia implícita de una necesidad de cierta minusvalía del intelecto para hacer testamento por comisario, más que una voluntad llana y simple de delegar por conveniencia o comodidad personal la última voluntad. Así vemos que la ausencia de claridad mental (comprensión), de madurez (falta de decisión) o de tiempo suficiente (enfermedad grave e inminente), condiciones todas ellas necesarias para reflexionar con la debida responsabilidad, impiden un testamento coherente, por lo que se puede dejar su otorgamiento en manos de otra persona en la que no concurren dichas circunstancias.

Una vez cumplido este ineludible requisito, el comisario nombrado quedaba facultado para formalizar en escritura pública el testamento pretendido. Este no se diferenciaba del nuncupativo habitual, salvo por determinadas cláusulas incluidas al principio del tenor, en las cuales se hacía referencia al carácter especial del testamento y de haberse cumplido y demostrado el preceptivo poder para actuar. Dichas cláusulas ilustraban sobre la existencia del poder, con detalle de la fecha y nombre del notario actuante, cuya copia se unía al testamento para documentarlo, de la fecha y lugar del óbito del poderdante y sobre las disposiciones en él contenidas.

Y con ello llegamos al *Código Civil Español de 1889*, que va a ser decisivo para el fenecimiento definitivo del testamento por comisario, el cual queda prohibido por considerarse el acto de última voluntad

como personalísimo y no poderse dejar, por consiguiente, su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ya que no puede "hacerse por comisario o mandatario"<sup>36</sup>. Este espíritu no es algo novedoso, pues se detecta ya con toda claridad en los proyectos anteriores al mismo de 1851 y 1882. Este último declara en su art. 665 la imposibilidad de testar por comisario en unos términos muy similares a los que vamos a encontrar empleados en el Código Civil de 1889; solamente permite a otro la distribución de las cantidades que se dejen en general a determinadas personas, como parientes, pobres, establecimientos de beneficencia, etc.<sup>37</sup>.

El *Derecho Foral* también se va a fijar en el testamento por comisario, en unos casos para permitirlo y en otros para reprobalo. Así los preceptos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho Civil especial en Aragón y Vizcaya lo autorizan, frente a los de Navarra y Mallorca que lo desautorizan por juzgar que testar es acto personalísimo, y, por tanto, no delegable su otorgamiento. Caso aparte es el de Cataluña.

En Aragón, si bien queda admitido, su uso se reduce. No se admite la amplitud vista hasta el presente en la elección del comisario (fiduciario comisario lo llaman), ya que sólo lo puede ser el cónyuge del testador, solo o asistido por determinados parientes.

En Vizcaya se admite, se regula y se limita, pues el poder recibido por el comisario para llevar a efecto su oficio, sólo le autoriza a elegir heredero entre los hijos descendientes o profincos del finado. Por lo general, es norma que el comitente nombre varios comisarios "in solidum", sin excluirse la posibilidad de que un cónyuge pueda nombrar al otro. Por último, se fija el plazo de un año para que el o los poderhabientes cumplan su cometido.

El caso de Cataluña es especial, pues se

da una situación intermedia entre el carácter de acto personalísimo del testamento (lo que no permite la figura del comisario testamentario) y la costumbre de que el marido pueda confiar a su consorte la facultad de repartir la herencia entre los hijos. Es, por lo tanto, una práctica que participa del carácter de la herencia de confianza y el testamento por comisario, pero sin poderse considerar ni como uno ni como otro. Está sujeto y condicionado por una serie de reglas entre las que cabe destacar los dos siguientes aspectos: se podrá elegir único heredero entre los hijos, y la comisión queda sujeta en todo a la voluntad manifestada por el testador.

### Testamento por comisario de Catalina Hernández de Guanarteme

Texto parcial:

"[+] /<sup>2</sup> [En el nombre] de D[ios, amén. Sepan quant]os esta carta de /<sup>3</sup> testamento vie[r]jen com[o yo, Blas Rodríguez, vecin]o que so de la villa de /<sup>4</sup> Agáldar, que es en esta ysla de la] Grand Canaria, en nonbre e en bos e asy /<sup>5</sup> como procurador testamentario que soy de Catalina Hernández de Guanarteme, mi muger, difunta, /<sup>6</sup> que Dios aya, hija de don Hernando de Guanarteme, rrey que fue desta ysla de la Grand Canaria, /<sup>7</sup> que asy mismo es difunto, por virtud de la carta de poder que della tengo, que pasó /<sup>8</sup> en la villa de Agüimes, que es en esta dicha ysla, ante Joan Berryel, escribano público de la /<sup>9</sup> dicha villa, en domingo diez e syete días del mes de hebrero deste presente año de mill /<sup>10</sup> e quinientos e veynte e seys años, que está e queda en mi poder, otorgo e conosco que fago e /<sup>11</sup> ordeno el testamento e última e postrimera voluntad de la dicha Catalina Hernández, /<sup>12</sup> mi muger, segund que ella conmigo lo platicó e acordó en la manera syguiente (. mando primeramente /<sup>13</sup> ... /<sup>24</sup> ... Yo en su nombre

le declaro e nonbro por su sepultura... /<sup>38</sup>  
 ... E declaro en nonbre de la dicha m[i]  
 muger /<sup>39</sup> como] su procurador testa-  
 mentario que durante... /<sup>62</sup> ... E para  
 conplir este dicho testamento en el dicho  
 nonbre dexo por albaceas de la [dicha]  
 /<sup>63</sup> mi muger... /<sup>69</sup> ... E conplido e pagado  
 lo susodicho, mando en el dicho nonbre  
 que todo lo que fincare... /<sup>72</sup> ... E rrevoco  
 en el dicho nonbre e doy por ningunos  
 /<sup>73</sup> todos e qualesquier testamento e  
 mandas e [co]deçillos que la dicha Cata-  
 lina Hernández, mi muger, hasta oy  
 tenga /<sup>74</sup> fechos, los quales quiero e  
 mando en el dicho nonbre que no valgan  
 ni fagan fe en juicio ni fuera del...<sup>98</sup>.

Vemos, en esta transcripción parcial, que se cumple lo estipulado. Tras las invocaciones monogramática y verbal, la notificación y la dirección universal y, antes de entrar en el dispositivo ("otorgo e conosco que fago e ordeno el testamento e última e postrimera voluntad..."), se incluyen una serie de cláusulas en las que con el detalle y la precisión requeridas se hace referencia al carácter especial de este testamento, y de haberse cumplido y demostrado el preceptivo poder para que pudiera actuar el comisario ("procurador testamentario" se dice). En este caso no se inserta en el cuerpo del documento, como hubiera sido de desear, pues el poder se lo queda el comisario ("que está e queda en mi poder"), pero se especifica con toda extensión el lugar, fecha y escribano actuante ("que pasó en la villa de Agüimes..."), como para facilitar su localización, comprobación y consulta, extremos que han sido infructuosos a pesar de haberse buscado con dedicación en los protocolos notariales que conserva el Archivo Histórico Provincial de Las Palmas.

De la existencia del poder no hay duda, y así el tenor documental nos lo indica una y otra vez cuando dice que el "procurador

testamentario" actúa "por virtud de la carta de poder "que tiene de Catalina I Hernández de Guanarteme, su mujer, de la que es poderhabiente.

El verbo del dispositivo es definitivo para comprender la personalidad de este testamento especial, pues viene acompañado de la especificación real de la persona que origina la "actio" documental, aunque luego no intervenga directamente, sino por delegación, en la "conscriptio" de su testamento ("otorgo e conosco que fago e ordeno el testamento... de la dicha Catalina Hernández, mi muger, segund que ella conmigo lo platicó e acordó en la manera syguiente..."). A lo largo de todo el testamento se puede denotar la personalidad de la comisión, pues toda disposición se hace en nombre de la finada poderdante ("Yo en su nombre le declaro e nonbro por su sepultura...", "E declaro en nombre de la dicha mi muger como su procurador testamentario...", "E para conplir este dicho testamento en el dicho nonbre dexo por albaceas...", "... mando en el dicho nonbre que todo lo que fincare...", "E rrevoco en el dicho nonbre...").

El comisario testamentario no podía revocar testamentos ni codicilos anteriores si no contaba de antemano con el correspondiente poder para ello, que podía ser independiente o incluido en el que se le otorgaba la comisión. En el caso del testamento de Catalina Hernández, se nos escapa esta particularidad, aunque evidentemente se incluye en la cláusula de revocación que cierra el "texto" y que da paso al escatocolo o protocolo final ("E rrevoco en el dicho nonbre e doy por ningunos todos e qualesquier testamento e mandas e codeçillos...").

Por último, apuntar que esta forma de testar no fue cuantitativamente muy importante en Canarias, pues los exponentes de este proceder son muy escasos y aislados.

## NOTAS

- 1 Nuevas Constituciones del Emperador León Augusto o Revisiones Correctoras de las Leyes, Constitución 42.
- 2 Idem.
- 3 Epístola de San Pablo a los hebreos, 9,16.
- 4 Digesto, lib. 28, tit. 5, ley 32.
- 5 Digesto, lib. 28, tit. 5, ley 68.
- 6 Diplomática Hispano-visigoda. Instituto "Fernando el Católico", C.S.I.C., Zaragoza, 1979, pág. 70.
- 7 Fuero Juzgo, lib. II, tit. V, ley XI.
- 8 Fuero Real, lib. III, tit. V, ley VI.
- 9 Las Siete Partidas, Partida 6, tit. 3, ley 11.
- 10 Cf. nota nº 3.
- 11 Las Siete Partidas, Partida 6, tit. 9, ley 29.
- 12 Idem, tit. 1, ley 1.
- 13 Ordenamiento de Alcalá, tit. 19, ley única.
- 14 Leyes del Toro, ley 31.
- 15 Leyes de Toro, ley 39.
- 16 Leyes de Toro, ley 33.
- 17 Leyes de Toro, ley 32.
- 18 Leyes de Toro, ley 31.
- 19 Leyes de Toro, ley 37.
- 20 Leyes de Toro, ley 34.
- 21 Leyes de Toro, ley 35.
- 22 Leyes de Toro, ley 36.
- 23 Leyes de Toro, ley 31.4.
- 24 Leyes de Toro, ley 38.
- 25 Nueva Recopilación, lib. 5, tit. 4, ley 5.
- 26 Nueva Recopilación, lib. 5, tit. 4, ley 6.
- 27 Nueva Recopilación, lib. 5, tit. 4, ley 7.
- 28 Nueva Recopilación, lib. 5, tit. 4, ley 8.
- 29 Nueva Recopilación, lib. 5, tit. 4, ley 9.
- 30 Nueva Recopilación, lib. 5, tit. 4, ley 11.
- 31 Nueva Recopilación, lib. 5, tit. 4, ley 12.
- 32 Nueva Recopilación, lib. 5, tit. 4, ley 13.
- 33 Nueva Recopilación, lib. 5, tit. 4, ley 14.
- 34 Novísima Recopilación, lib. 10, tit. 19: de los comisarios.
- 35 "Novísimo manual práctico del escribano, que comprende el modelo de proceder en la autorización y estensión de todos los instrumentos y escrituras públicas, y de las actuaciones judiciales con sus correspondientes formularios por un abogado del Ilustre Colegio de esta Corte". Madrid, 1850, pág. 153 y ss.
- 36 Código Civil, art. 670.
- 37 Código Civil, art. 666.
- 38 Lobo Cabrera, Manuel: Nuevos datos sobre la descendencia de Don Fernando Guanarte-me. En Boletín Millares Carlo, Centro de la U.N.F.D. de Las Palmas, junio 1980, vol. I, nº 1, págs. 139 y ss. La transcripción por nosotros ofrecida difiere de la propuesta por el Prof. Lobo Cabrera básicamente en las normas de transcripción empleadas, pues hemos respetado las "datas archivísticas", que las incluimos entre [ ]. Este documento (folio único) apareció en unas carpetas que D. Joaquín Blanco Montesdeoca, director que fue del Archivo Histórico Provincial de Las Palmas (D.E.P.), custodiaba en su despacho de trabajo, y carente de toda indicación de procedencia. El único indicio al respecto lo hemos encontrado en la obra citada del Prof. Lobo Cabrera, quien lo localizó en el Protocolo Notarial nº 2.324 (Juan Diego de San Juan, años: 1563-1570), en pésimo estado de conservación. Por las manchas de humedad y por la letra de las notas marginales que aparecen en el documento, posiblemente de finales del s.: XVII, que coinciden en todo con lo visto en el Protocolo nº 2.324, cabe pensar que, desde antiguo, se incorporó en este legajo, al que evidentemente no corresponde en absoluto por el tipo de letra y por la fecha de su "conscriptio". Vistos otros protocolos de 1526, sólo puede corresponder al nº 2.317, perteneciente al escribano Alonso de San Clemente (años: 1526-1527), ya que el tipo de letra, ductus, módulo, abreviaturas, tinta y papel coinciden plenamente. Además, en este legajo aparece la firma de Blas Rodríguez, comisario testamentario de Catalina Hernández, en varias ocasiones como testigo de conocimiento que, aunque sin ser suficiente, acerca el testamento a esta unidad de instalación. Nosotros pensamos que el testamento en cuestión se otorgó ante Alonso de San Clemente y que, en un momento histórico desconocido, fue extraído de su protocolo de origen e incorporado en el de Juan Diego Flores de San Juan, por razones que se nos escapan, de donde a su vez fue sacado en 1980, quizá a la espera de localizar su punto de origen. Demostrada la procedencia del documento, ha sido devuelto al protocolo del que partió, que en la actualidad lleva el nº 2.317. El folio ha sido restaurado en el laboratorio de restauración del citado Archivo Histórico en 1992.