ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EJECUCIÓN TESTAMENTARIA.

Lucia Bernad Segarra
Profª. Aydte. Facultad Derecho Valencia

1.- INTRODUCCIÓN

Al centrarnos en el estudio del derecho de sucesiones, nos pareció interesante el estudio de una figura que encontramos en prácticamente todos los ordenamientos y, sin embargo, no encontramos en derecho romano clásico, se trata del ejecutor testamentario. Nos llamó la atención la discusión sobre su origen, así como otros rasgos propios como son las distintas denominaciones que se utilizan, cómo son nombrados y qué capacidad se les exige, y finalmente, los caracteres que le son propios.

Se trata de una figura cuya función es cumplir la última voluntad del causante, en este sentido también nos pareció interesante ahondar en el estudio de la relación entre el causante y el ejecutor, puesto que la utilización de ciertas expresiones en su nombramiento y ciertos caracteres de su cargo, podría hacer pensar en una relación de tipo contractual.

En definitiva con el presente trabajo sólo pretendemos hacer algunas reflexiones con relación a esta figura, en concreto nos interesa centrarnos en el tema de su origen, para luego centrarnos en su tratamiento en algunos ordenamientos en los que también se hace referencia a dicha figura.

1-Origen

Es claro que no podemos encontrar el origen del ejecutor testamentario en época clásica, puesto que la exigencia de la existencia de institución de heredero en todo testamento, y la frecuencia con que aparece la figura de un heredero universal va a determinar que sea éste quien se encargue de cumplir la última voluntad del causante en todos los órdenes, es decir, llevar a cabo la sepultura siguiendo las instrucciones del mismo, cumplimiento de fideicomisos, etc.

El heredero sabe que está obligado a cumplir todas las indicaciones que con relación a su última voluntad dispuso el causante, ya que en caso contrario los interesados utilizarán los medios oportunos para obligarle a hacerlo. Por tanto parece innecesario la existencia de una tercera persona ajena a la herencia para que cumpla las disposiciones del causante, puesto que de ello se va a encargar el propio heredero. Pero en época post-clásica, en la práctica, nos encontramos con que, con frecuencia, en los testamentos no existe institución de heredero, y que el testador puede no disponer de toda la herencia en el testamento de modo que la parte de la que no se ha dispuesto recae en el sucesor legítimo, en contra del principio ***nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.***

Tal y como señala García Gallo[1] esta situación no es remediada ni por los juristas postclásicos, ni por las leyes imperiales o las reales visigodas, pero por el contrario sí existen soluciones en la práctica. La primera posibilidad es la disponer de los bienes a través de donaciones[2] y no a través de testamento, y la segunda es la de hacer encargos expresos a determinadas personas.

---

1. 'Del testamento romano al medieval' *Anuario de Historia del Derecho* (1977) 485.
2. Tanto *inter vivos* con reserva de usufructo, como *mortis causa.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0706

Aquí es donde encontramos la referencia a un ejecutor testamentario, y lo hacemos en la práctica antes que en el ordenamiento jurídico. En este sentido podemos citar una constitución del emperador León del año 468 y dirigida al prefecto del pretorio de Oriente[3], y donde se hace referencia a la existencia de una práctica que no debería ser desconocida en Occidente, y que consiste en designar en testamento a una persona que cumpla determinadas disposiciones fijadas por el causante[4].

Tampoco el derecho justinianeo conoce la figura del ejecutor testamentario tal y como luego aparece en los códigos modernos, sin embargo sí podemos encontrar alguna mención a la posibilidad de que una persona ajena a la herencia cumpla determinada función fijada por el causante, como ocurre en los siguientes textos: Cod.1.3.28., donde se regula que las disposiciones testamentarias puedan ser ejecutadas por la persona que designe el testador, y en caso contrario por el obispo, y Nov.131.11., donde Justiniano dispone que este último se encargue de las disposiciones en favor de los pobres.

Pero cuando bajo los emperadores cristianos comienzan a ser frecuentes las disposiciones ***ad pias causas,*** se extiende la costumbre de nombrar en testamento a una persona que se encargue de la ejecución de dichas disposiciones. Murga[5] ha señalado, en nuestra opinión con gran acierto, la importancia que tienen estos años, sobre todo el s. V, para el estudio del Derecho Romano, pues estamos ante una época en la que se incorporan gran cantidad de elementos nuevos al ordenamiento jurídico del Bajo Imperio, y esto ocurre tanto en Oriente como en Occidente, y teniendo en cuenta que las constituciones imperiales solamente son un reflejo importante, pero parcial del fenómeno, sin olvidar que 'Muy posiblemente estemos ante los primeros pasos, aún muy timidos, de las grandes figuras jurídicas que terminarán su desarrollo en la Edad Media, bajo los principios inspiradores del Derecho Canónico. Sin embargo ya podemos, aún dentro de este estado embrionario, comprobar las notas características con que luego estarán configuradas'[6].

En principio, quienes se ocupaban de la ejecución de estas donaciones *ad pias causas,* eran las autoridades religiosas, en concreto los obispos, pero cuando comienzan a generalizarse este tipo de donaciones, parece que los obispos tenian serios problemas para ejercer el sagrado ministerio, circunstancia esta que determinó la aparición del ecónomo[7], que será un particular que se encargará de ejecutar la última voluntad del difunto con relación a estas donaciones.

Y es precisamente en la Alta edad media cuando la institución del ejecutor testamentario adquiere su caracter definitivo. Aunque algunos autores como Bastier[8], consideran que la ejecución testamentaria es característica del derecho medieval catalán, y que no puede encontrarse su origen ni en el derecho romano ni en el derecho visigodo, tratándose de una petición del testador para que se ejecute una donación por el reposo de su alma.

- Distintas Denominaciones.

Resulta curiosa la variedad de nombres que recibe esta misma institución, asi, en Cataluña y Aragón, y atendiendo a la principal función de los ejecutores, se les llama *elemosinarii,* pues su

---

3. GARCIA-GALLO, *Del testamento* 486.

4. BASTIER, 'Le testament en Catalogne du IXe au XIIe siècle, une survivance wisigothique' *Révue historique du droit français et étranger* 3 (1973) 411 n.284, señala que el derecho romano permite confiar una cosa a un depositario quien, a la muerte del depositante, la transmitirá a un destinatario determinado, supuesto que se recoge en Dig.16.3.26. (Paul. 7 resp.) y que es análogo a la ejecución testamentaria.

5. *Donaciones y testamentos in bonum animae en el derecho romano tardío (*Pamplona 1968) 64.

6. MURGA, *Donaciones y testamentos* 60.

7. MURGA, *Donaciones y testamentos* 358 y 359, señala un "indudable sello oriental-helénico" en el cargo de ecónomo, y pone de manifiesto que en el concilio de Calcedonia del año 451 se establece con carácter general que el ecónomo es quien ha de intervenir en todos los asuntos patrimoniales eclesiásticos de carácter religioso. Esta regla de carácter general la encontramos en una constitución de León y Antemio del año 472, Cod.1.3.32(33)4.: *Hoc nihilo minus observando, ut in causis ecclesiasticis nullum alium conveniri fas sit nisi eum, quem dispensatorem pauperum, id est oeconomum ecclesiae, episcopi tractatus elegerit (hunc enim sine dubio a sacerdote convenit ordinari).*

8. *Donaciones y testamentos 408-417.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0706

finalidad es la distribución de los legados píos, o de las limosnas *pro anima.* Ello pone de manifiesto la influencia que tiene la iglesia en el desarrollo de esta institución.

En las propias Partidas se hace referencia a esta pluralidad de denominaciones, y se citan las de ***cabeçaleros, testamentarios,*** y ***mansessores,*** pero además continua y añade que en latín los llaman ***fideicomisarios,*** porque 'en la fe, e en la verdad destos omes tales, dexan, e encomiendan los fazedores de los testamentos el fecho de sus animas'[9]. Esta mención a los fideicomisarios al hablar de los ejecutores testamentarios nos da muestra de la existencia de cierta confusión en cuanto a la categoría jurídica de dichas figuras, puesto que es evidente que el término latino no se adecúa a la naturaleza de los ejecutores. Parece que el código alfonsino refleja cierta confusión existente en la época, con relación a esta figura jurídica, y hace referencia al término fideicomiso, precisamente por la idea de que el testador se encomendaba a la buena fe de los ejecutores[10]. Pero el hecho de que se apele a la buena fe del ejecutor no significa que se haga en virtud de un fideicomiso, sino que simplemente se pone de manifiesto que entre el testador y el ejecutor existe un vínculo de confianza basado en el convencimiento de que este último cumplirá la última voluntad del primero[11]. A este respecto Murga[12] señala que en época postconstantiniana se aprecia como una regresión a la ***fides*** como principio motor de las relaciones humanas, pero teniendo en cuenta que éste no es 'el antiguo y clásico concepto sino una nueva *fides* cristianizada y moralizante'.

También se denomina a los ejecutores como ***tutores, distributores, advocatis*** o ***manumissor***[13], siendo esta última denominación la que suele prevalecer y que dará lugar a la denominación *marmessor* que encontramos en los ***Furs*** y también en las ***Costums de Tortossa.***

Es evidente que esta última denominación es la que tiene un claro origen romano, concretamente en la antigua figura de la ***manumissio,*** cuyo significado original, en el que se hace referencia a la concesión de la libertad a un esclavo ha ido variando, o ampliándose a lo largo del tiempo hasta tener una acepción según la cual haría también referencia al hecho de suscribir un documento y también poner una cosa en el derecho o bajo el poder o ***manus*** de una persona[14]. Y a este último sentido parece que se hace referencia con relación a los ejecutores testamentarios, pues el testador deja en sus manos la tranquilidad de su alma, ya que él se encarga de cumplir la distribución de mandas pías, organización del funeral, celebración de misas por la salvación del alma del causante, etc.,; si bien hay que tener en cuenta que también existe la posibilidad de que se le encargue la ejecución universal del testamento, por lo que en este caso sus funciones sobrepasan las estrictamente religiosas, y en este supuesto se encargará del pago de deudas, del cumplimiento de legados profanos, etc.[15].

- Nombramiento y capacidad.

En cuanto al mombramiento del ejecutor, constantemente estamos haciendo referencia a la existencia de un testamento donde el causante designa a alguien con dicha función, sin embargo en los ***Furs*** se admite expresamente la posibilidad de que los ejecutores sean nombrados por la ley en

---

9. *L.I. Tit. X 6ª Partida.*

10. LALIENDE ABADÍA, *Sectores sucesorios hispánicos maleables por el ius commune.* Homenaje a Morêa-Braga de cruz I 690.

11. En tal sentido se expresa con gran claridad GARCIA-GALLO, *Del testamento* 489, ' Que el ejecutor actúe en virtud de la confianza que en él deposita el testador no significa que lo haga en virtud de un fideicomiso; el concepto de éste se pierde en la época visigoda, lo mismo que la palabra que lo expresa'.

12. *Donaciones y testamentos* 56.

13. BASTIER, *Le testament en* 409.

14. En este sentido GARCÍA -GALLO, *Del testamento* 487 n.221, señala que el término *Manumittere* a pesar de que en todo tiempo conserva el significado originario, el de conceder la libertad a un siervo, en la Edad Media tiene otras acepciones como son: suscribir un documento y poner una cosa en el dercho o bajo el poder o *manus* de una persona, e incluso cita una obra de RODÓN BINUÉ, *El lenguanje técnico del feudalismo en el siglo XI en Cataluña. Contribución al estudio del latín medieval* (Barcelona 1957) 171 y ss., donde únicamente se traduce la palabra *manumissor* como "ejecutor testamentario", sin hacer referencia a ninguna otra acepción.

15. MARZAL, *El derecho de sucesiones en la Valencia Foral y su tránsito a la Nueva Planta* (Valencia 1997)192.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0706

caso de sucesión intestada o en caso de que el ejecutor testamentario, por la razón que sea, no puede ejercer su función, por ejemplo porque fallece, rechaza el cargo, etc, son los llamados ejecutores legítimos, nombrados por los obispos y los justicias ordinarios, y que reciben el nombre de dativos, frente a los testamentarios.

Sin embargo esta dualidad en cuanto al nombramiento no es uniforme en todos los ordenamientos, y así tanto en ***Partidas,*** como en ***les Costums de Tortossa,*** sólo se admite la existencia de un tipo, el testamentario, es decir sólo se contempla la posibilidad de que exista un ejecutor si tal cosa ha sido prevista por el causante en su testamento[16].

Pero lo que sí parece coincidir es el hecho de que puede ser designado ejecutor cualquier persona que pueda contratar conforme a derecho, ya sea un familiar del causante o un extraño, coincidiendo también en la existencia de la expresa prohibición de que las mujeres puedan ejercer dicho cargo[17]. Posiblemente el fundamento de tal prohibición o incapacidad estuviera en las limitaciones que la mujer tenía para contratar, intervenir en juicio o ejercer cargos públicos, pero lo cierto es que, dicha prohibición no era aplicada en la práctica[18].

Continuando con la cuestión del nombramiento, éste podía hacerse por el testador estando los ejecutores presentes o no, incluso se admitía la posibilidad de que el ejecutor fuera uno de los testigos ante los que se otorga testamento[19], y solía hacerse utilizando el verbo ***mandare***, junto con otras expresiones con igual carácter imperativo en la Alta Edad Media, como ***ordinavit, iussit, praecepit,*** o ***iniunxit,*** por lo que se ha creído ver la existencia de un mandato en el sentido de que los ejecutores testamentarios son unos mandatarios del causante, es decir sería una especie de mandato ***post mortem,*** circunstancia esta que corroboraría la idea de que la figura del ejecutor no puede tener su orígen en el derecho romano llamado clásico, pues en dicha época este tipo de mandato es completamente nulo. Sin embargo, nosotros coincidimos con García-Gallo en la idea de que la utilización de tales expresiones y el carácter imperativo que tienen no pueden llevarnos a tal conclusión, puesto que dicho ***mandatum,*** '... no es otra cosa que el poder de disponer imperativamente ***mortis causa;*** el mismo que le permite disponer para después de su muerte de todos o parte de sus bienes; el que hace que que el testamento o el legado se designen como ***manda***'[20]. El ejecutor desde luego tiene la facultad de aceptar o no dicho cargo, pero el hecho de que lo acepte no implica que dicho encargo tenga carácter contractual, al igual que tampoco lo tiene el testamento.

- Caracteres.

En cuanto a los caracteres típicos de esta figura, podemos citar la voluntariedad, a la que acabamos de hacer referencia, y la gratuidad como regla general, pues puede ocurrir que el testador

---

16. *L.1, tit. X, 6ª Partida. Cost. XXXIII. Rub. De ordinacio de testaments. Lib. VI.*

17. *Fori, 6.4.21, fol. 149 vº: Fembra no pot haver ni usar de offici de marmessor, ni pot ésser eleta en marmessor en testament. E si serà feyta marmessor en testament: valla aytant com si no era feta marmessor.*

Cost. XXXIV. Rub. De ordinació de testaments. Lib VI.: Testimonis qui son meses en testaments o en derreres volentats, deuen esser homens e no femnes.

También el Fuero Real hace referencia a la incapacidad de las mujeres, pero junto a ésta cita otras incapacidades que no proceden del derecho común y son recogidas en el Fuero de Soria, tal y como señala LALIENDE ABADÍA, *Sectores sucesorios* 691, señalando que son incapaces los siervos, religiosos, mujeres, menores de edad, locos, herjes, mooros, judíos, mudos, sordos por naturaleza, alevosos o traidores, condenados a muerte y desterrados.

18. MARZAL, *El derecho de* 193 y ss. , hace referencia a las dos formas en que la prohibición de los *Furs* podía evitarse: la primera nombrando directamente a una mujer, sola o junto a otros varones, siendo normalmente ésta la esposa del causante, y la segunda, designando a varones, pero a la vez exigiéndoles que cuenten con el consentimiento de una mujer para la realización de sus actos. El mismo autor también señala que tampoco la disposición recogida en el Fuero Real estaba en uso, tal y como pone de manifiesto el comentario de De la RIPIA: 'No pueden ser testamentarios...la muger, aunque por costumbre vemos lo contrario y en esto no está en uso la ley del Fuero', Fuero Real 3.5.7; J. De la Ripia, *Práctica...*, fol. 65.

19. *Fori VI-IV-14. Cost. X. Rub. De ordenacio de testam. Lib. VI.*

20. *Del testamento* 489.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0706

haya previsto la entrega de alguna cantidad[21] en favor de los ejecutores. Aunque también hay que tener en cuenta que, como ya hemos señalado, en ***Furs*** se contempla la posibilidad de la existencia de ejecutores nombrados por el juez, civil o eclesiástico, y en este caso dichos ejecutores pueden exigir el pago por el ejercicio de estas funciones. Ello tiene su justificación en el hecho de que en el primer caso existe un vínculo de amistad, o parentela que impide que se gratifique por el cumplimiento de la última voluntad del causante, pero dicho vínculo ya no existe en el segundo caso, por lo que parece justo que, ya que se trata de personas no nombradas por el propio causante, y que probablemente no tuvieran ningún vínculo con él, al menos reciban una gratificación por las tareas que han de cumplir.

En este sentido hay que tener en cuenta que tanto en ***Furs*** como en ***Costums*** se prohibe expresamente que los ejecutores puedan ni quedarse ni comprar nada del difunto, ni siquiera a través de persona interpuesta, y en el caso de que tal cosa ocurriera no tendría ningún efecto[22].

En principio el testador puede nombrar los ejecutores que quiera, pero lo corriente es que se nombren más de uno, y en tal caso la actuación de estos ha de ser necesariamente conjunta, de modo que en ningún caso puede uno solo de los ejecutores ni actuar ni contratar. Con esta pluralidad de ejecutores el testador consigue asegurarse el cumplimiento de su última voluntad de la forma más correcta. Pero además de ésta aún existen más medidas de garantía, como son la exigencia de hacer inventario en un primer momento, y la de rendir cuentas al finalizar la ejecución, tal y como está previsto de forma expresa en ***Furs***[23].

- Conclusiones.

Nos reafirmamos en la idea expresada al comienzo de este artículo sobre la dificultad de encontrar el origen del ejecutor testamentario en el derecho romano propio de la época clásica, pero, al mismo tiempo, pensamos que ello no es obstáculo para entender que sus raíces se encuentran en el derecho propio de la época post-clásica, que también es derecho romano.

Por los indicios que hemos señalado, quizás en un principio se tratara de una figura que simplemente se utilizaba en la práctica sin que existiera regulación alguna al respecto, hay que tener en cuenta que en principio surgió para el cumplimiento de encargos muy concretos, en la mayoría de los casos estamos hablando donaciones para los pobres, y otros actos cuya finalidad tiene que ver con la tranquilidad del alma del causante. Esta última circunstancia tiene que ver con el hecho, ya señalado, de que la utilización de estos ejecutores proliferara en la época de los emperadores cristianos. Pero nosotros pensamos que con anterioridad se buscaron fórmulas similares para lograr la misma finalidad que con la ejecución, como es, por ejemplo, la utilización del depósito con dicha finalidad. El nuevo entorno más religioso, la progresiva desaparición de los elementos que distinguen donación y fideicomiso, son dos elementos que poco a poco determinarán que en la práctica se acuda a la figura de una tercera persona para que cumpla la última voluntad del causante. Y es esta práctica la que determinará que progresivamente vaya entrando en los distintos ordenamientos, de modo que en casi todos ellos existe una precisa regulación sobre la ejecución testamentaria, si bien es cierto, que en algunos casos se les da nombres diferentes, e incluso existen algunas diferencias en cuanto a los caracteres de dicha figura. Ya hemos señalado que estos nombres diferentes hacen referencia a distintos aspectos de esta figura, y también hemos visto cómo algunas de las diferencias que apreciamos no se refieren a la esencia de la ejecución, sino a aspectos no esenciales. En todas estas formas de ejecución encontramos una esencia común, que hace referencia a la capacidad, la forma de nombrarlos, el número, e incluso los caracteres y facultades, y esta esencia común es la que nos ha de hacer pensar en la existencia de un orígen común que en nuestra opinión se encuentra en el derecho romano post-clásico.

---

21. Tal y como dice expresamente en *Fori 6,4,23, fol. 149 v°: Los marmessors no leven, ni gaunyen, ne hajen alcuna cosa els béns del defunct. Si dochs lo defunct no ho lexarà a ells.*

22. *Fori* IV-XVIII-9 y VI-IV-24. *Cost. X. Rub. De ordenacio de testaments. Lib. VI.*

23. *Fori V-VI-8* y *VI-IV-23.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0706

https://doi.org/10.55104/FRDC_0706